



Teismo praktikos rinkinys

TEISINGUMO TEISMO (penktoji kolegija) SPRENDIMAS

2019 m. liepos 11 d.*

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Viešojo prekių ir darbų pirkimo sutarčių sudarymas – Direktyva 2014/24/ES – 28 straipsnio 2 dalis – Ribotas konkursas – Ekonominės veiklos vykdytojai, kuriems leista pateikti pasiūlymą – Būtinybė, kad išankstinę atranką įveikęs kandidatas ir pasiūlymą pateikęs kandidatas teisiškai ir faktiškai sutaptų – Vienodo požiūrio į dalyvius principas“

Byloje C-697/17

dėl *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) 2017 m. spalio 19 d. nutartimi, kurią Teisingumo Teismas gavo 2017 m. gruodžio 11 d., pagal SESV 267 straipsnį pateikto prašymo priimti prejudicinį sprendimą byloje

Telecom Italia SpA

prieš

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

dalyvaujant

OpEn Fiber SpA,

TEISINGUMO TEISMAS (penktoji kolegija),

kuriį sudaro kolegijos pirmininkas E. Regan, penktosios kolegijos teisėjo pareigas einantis Teisingumo Teismo pirmininkas K. Lenaerts, teisėjai C. Lycourgos, E. Juhász (pranešėjas) ir I. Jarukaitis,

generalinis advokatas M. Campos Sánchez-Bordona,

posėdžio sekretorė R. Šereš, administratorė,

atsižvelgęs į rašytinę proceso dalį ir įvykus 2018 m. lapkričio 15 d. posėdžiui,

išnagrinėjęs pastabas, pateiktas:

- *Telecom Italia SpA*, atstovaujamos advokatų F. Lattanzi, F. Cardarelli ir F. S. Cantella,
- *Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA*, atstovaujamos advokatų F. Isgrò, P. Messina ir D. Cutolo,

* Proceso kalba: italų.

- *OpEn Fiber SpA*, atstovaujamos advokatės L. Torchia,
 - Italijos vyriausybės, atstovaujamos G. Palmieri, padedamos *avvocato dello Stato* G. Aiello,
 - Europos Komisijos, atstovaujamos G. Conte, P. Ondrůšek ir T. Vecchi,
 - ELPA priežiūros institucijos, atstovaujamos M. Sánchez Rydelski ir C. Zatschler,
- susipažinęs su 2019 m. sausio 23 d. posėdyje pateikta generalinio advokato išvada,
priima šį

Sprendimą

- 1 Prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateiktas dėl 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, 2014, p. 65), 28 straipsnio 2 dalies išaiškinimo.
- 2 Šis prašymas pateiktas nagrinėjant *Telecom Italia SpA* paduotus penkis apeliacinius skundus dėl *Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA* (toliau – *Infratel*), kuriai *Ministero dello Sviluppo Economico* (Ekonomikos plėtros ministerija, Italija) pavedė valdyti plačiajuosčio ir ultraplačiajuosčio ryšio tinklo sukūrimo projektus Italijoje, priimtų sprendimų panaikinimo, kiek tai susiję su viešojo pirkimo sutarčių dėl viešųjų ultraplačiajuosčio ryšio tinklų statybos, priežiūros ir valdymo keliuose Italijos regionuose (Abrucų, Molizės, Emilijos-Romanijos, Lombardijos, Toskanos ir Veneto) sudarymu.

Teisinis pagrindas

Sąjungos teisė

Direktyva 2004/17/EB

- 3 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 134, 2004, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 19) 51 straipsnio 3 dalyje buvo numatyta:

„Perkantieji subjektai patikrina, ar atrinktų konkurso dalyvių pateikti pasiūlymai atitinka jiems taikytinas taisykles ir reikalavimus, ir sudaro sutartį, remdamiesi 55 ir 57 straipsniuose nustatytais kriterijais.“

Direktyva 2014/24

- 4 Direktyvos 2014/24 2 straipsnio 1 dalies 12 punkte „kandidatas“ apibrėžtas kaip „ekonominės veiklos vykdytojas, siekiantis būti pakviestas arba jau pakviestas dalyvauti ribotame konkurse, konkurso procedūroje su derybomis, derybose be išankstinio skelbimo apie pirkimą, konkurenciniame dialoge ar inovacijų partnerystėje“.

5 Šios direktyvos 28 straipsnyje „Ribotas konkursas“ nustatyta:

„1. Ribotų konkursų atveju bet kuris ekonominės veiklos vykdytojas gali pateikti prašymą dalyvauti pagal kvietimą dalyvauti konkurse, kuriame pateikiama V priedo B ar C dalyse nustatyta informacija, atitinkamais atvejais pateikdamas perkančiosios organizacijos reikalaujamą kokybinės atrankos informaciją.

<...>

2. Pasiūlymus gali teikti tik tie ekonominės veiklos vykdytojai, kuriuos perkančioji organizacija pakvietė tai padaryti įvertinusi pateiktą informaciją. Pagal 65 straipsnį perkančiosios organizacijos gali apriboti tinkamų kandidatų, kviečiamų dalyvauti procedūroje, skaičių.

<...>“

Italijos teisė

6 2016 m. balandžio 18 d. *decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (Įstatyminis dekretas Nr. 50, kuriuo perkeliama direktyvos 2014/23/ES, 2014/24/ES ir 2014/25/ES, susijusios su koncesijos sutarčių, viešojo pirkimo sutarčių sudarymu ir subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomais pirkimais, ir kuriuo keičiami viešojo darbų, paslaugų ir prekių pirkimo srities teisės aktai) (GURI, Nr. 91, paprastasis priedas, 2016 m. balandžio 19 d., toliau – Viešojo pirkimo sutarčių kodeksas) į Italijos teisę perkeltos minėtos direktyvos.

7 Viešojo pirkimo sutarčių kodekso 61 straipsniu „Ribotas konkursas“ perkelta Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalis. Šio kodekso 61 straipsnio 3 dalyje numatyta:

„Pasiūlymą gali teikti tik tie ekonominės veiklos vykdytojai, kurie pakviesti tai padaryti, perkančiosioms organizacijoms įvertinus pateiktą informaciją.“

Pagrindinė byla ir prejudicinis klausimas

8 2016 m. gegužės mėn. *Infratel*, veikdama Ekonomikos plėtros ministerijos vardu, pradėjo riboto konkurso procedūrą, siekdama sudaryti viešojo pirkimo sutartis dėl viešojo ultraplačiajuosčio ryšio pasyviojo tinklo statybos, priežiūros ir valdymo keliuose Italijos regionuose (Abrucų, Molizės, Emilijos-Romanijos, Lombardijos, Toskanos ir Veneto) esančiose vadinamosiose baltosiose zonose.

9 Šis konkursas buvo vykdomas įgyvendinant valstybės pagalbos schemą SA.41647 (2016/N) („Strategia Italiana Banda Ultra-Larga“), apie kurią Italijos valdžios institucijos pranešė 2015 m. rugpjūčio 10 d. ir kuri buvo patvirtinta 2016 m. birželio 30 d. Komisijos sprendimu (C(2016) 3931 *final*).

10 Minėtas konkursas buvo padalytas į penkias dalis ir jį sudarė šie trys etapai:

- paraiškų dalyvauti konkurse pateikimas (iki 2016 m. liepos 18 d.),
- kvietimų dalyvauti išsiuntimas išankstinę atranką įveikusiems veiklos vykdytojams (iki 2016 m. rugpjūčio 9 d.),

– pasiūlymų pateikimas (iki 2016 m. spalio 17 d.).

- 11 Dėl kiekvienos iš šių penkių dalių paraiškas dalyvauti konkurse pateikė *Telecom Italia* ir, be kita ko, *Metroweb Sviluppo Srl* ir *Enel OpEn Fiber SpA* (toliau – *OpEn Fiber*). Nors *Metroweb Sviluppo* įveikė išankstinę atranką, nepateikė galutinio pasiūlymo.
- 12 2017 m. sausio 9 d. *Infratel* paskelbė dalyvių, kuriems leista dalyvauti konkurse, sąrašą, o 2017 m. sausio 24 d. – preliminarų konkurso laimėtojų eilės sąrašą. Visose penkiose konkurse dalyse pirmą vietą užėmė *OpEn Fiber*, o *Telecom Italia* – antrą vietą, išskyrus 4 konkurso dalį, kurioje ši liko trečia.
- 13 Kadangi atitinkamo konkurso rezultatai *Telecom Italia* netenkino, ji pateikė prašymą leisti susipažinti su šio konkurso dokumentais.
- 14 Iš šių dokumentų matyti, kad nuo išankstinės atrankos etapo pabaigos iki 2016 m. spalio 17 d., t. y. pasiūlymų pateikimo termino pabaigos, kontroliuojančiosios bendrovės *Enel SpA* ir *Metroweb Italia SpA* 2016 m. spalio 10 d. sudarė teisiškai privalomą bendrąjį susitarimą, pagal kurį *OpEn Fiber* įsigijo visas *Metroweb SpA*, kuriai priklausė *Metroweb Sviluppo*, akcijas; dėl šio įsigijimo *Metroweb SpA*, taigi ir *Metroweb Sviluppo*, buvo prijungta prie *OpEn Fiber*. Įgyvendinant šį bendrąjį susitarimą, 2017 m. sausio 23 d. nuspręsta prijungti *Metroweb Sviluppo* prie *OpEn Fiber*.
- 15 2016 m. lapkričio 10 d. apie šį koncentracijos projektą pranešta Europos Komisijai, kaip nustatyta 2004 m. sausio 20 d. Tarybos reglamente (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL L 24, 2004, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 3 t., p. 40). 2016 m. gruodžio 15 d. sprendimu (byla M.8234 – *Enel / CDP Equity / Cassa Depositi e Prestiti / Enel Open Fiber / Metroweb Italia*) (OL C 15, 2017, p. 1) Komisija nutarė jam neprieštarauti.
- 16 *Telecom Italia* atitinkamų penkių dalių konkurso rezultatus užginčijo pateikdama penkis skundus *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas, Italija); šis juos visus atmetė. Tada *Telecom Italia* pateikė apeliacinį skundą dėl to teismo priimtų sprendimų *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija).
- 17 *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) kyla klausimas, ar vykdant Direktyvos 2014/24 28 straipsnyje reglamentuojamą ribotą konkursą, kaip antai nagrinėjamą pagrindinėje byloje, gali būti taikomas teisinio ir faktinio tapatumo reikalavimas, kurį 2016 m. gegužės 24 d. Sprendime *MT Højgaard ir Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347) atsižvelgdamas į Direktyvos 2004/17 51 straipsnį nustatė Teisingumo Teismas.
- 18 Be to, tas teismas pažymi, kad pasiūlymų pateikimo dieną, t. y. 2016 m. spalio 17 d., pagrindinėje byloje nagrinėjamas sujungimo sandoris buvo tik pradėtas įgyvendinti, o baigtas vykdyti vėliau, taigi tą dieną *OpEn Fiber* struktūra dar nebuvo pakeista.
- 19 Minėto teismo teigimu, neįmanoma įrodyti, kad sudariusios atitinkamą sujungimo susitarimą šalys norėjo įgyvendinti antikonkurencinį susitarimą, kuriuo siekiama apriboti konkurenciją vykstant pagrindinėje byloje nagrinėjamai viešojo pirkimo procedūrai.
- 20 Šiomis aplinkybėmis *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) nutarė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šį prejudicinį klausimą:

„Ar Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalies pirmas sakinytis turi būti aiškinamas kaip reikalaujantis, kad riboto konkurso išankstinę atranką įveikusių veiklos vykdytojų teisinis ir ekonominis subjektiškumas visiškai sutaptų su tų, kurie pateikė pasiūlymus, subjektiškumu, visų pirma ar ši nuostata turi būti aiškinama kaip draudžianti kontroliuojančiosioms bendrovėms, kurios kontroliuoja du išankstinę atranką įveikusius veiklos vykdytojus, sudaryti susitarimą laikotarpiu nuo išankstinės atrankos pabaigos iki pasiūlymų pateikimo termino pabaigos, kai: a) šio susitarimo tikslas ir rezultatas

(be kita ko) yra įmonių susijungimas vienai išankstinę atranką įveikusiai įmonei prisijungiant kitą iš anksto atrinktą įmonę (Komisija, beje, leido vykdyti tokį sandorį); b) susijungimas buvo užbaigtas kitą įmonę prisijungusiai įmonei pateikus pasiūlymą konkursui (todėl pateikiant pasiūlymą jos sudėtis buvo tokia pati kaip išankstinės atrankos metu); c) prijungtoji įmonė (kurios sudėtis paskutinę pasiūlymų pateikimo laikotarpio dieną buvo nepakitusi) vis dėlto nusprendė nedalyvauti ribotame konkurse, tikėtina, taip vykdydama kontroliuojančiųjų bendrovių susitarime nustatytą planą?“

Dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą priimtinumom

- 21 *Infratel, OpEn Fiber* ir Italijos vyriausybės teigimu, prašymas priimti prejudicinį sprendimą turi būti pripažintas nepriimtiniu tiek dėl to, kad yra nereikšmingas pagrindinei bylai, tiek dėl to, kad yra hipotetinis ir neatspindi tikrų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo abejonių.
- 22 Šiuo klausimu primintina, kad tik nagrinėjantis bylą nacionalinis teismas, atsakingas už sprendimo priėmimą, atsižvelgdamas į bylos aplinkybes, turi įvertinti tai, ar jo sprendimui priimti būtinas prejudicinis sprendimas, ir Teisingumo Teismui pateikiamų klausimų svarbą. Todėl iš principo Teisingumo Teismas turi priimti sprendimą tuo atveju, kai pateikiami klausimai susiję su Sąjungos teisės išaiškinimu. Teisingumo Teismas gali atsisakyti priimti sprendimą dėl nacionalinio teismo pateikto prejudicinio klausimo tik jeigu akivaizdu, kad prašomas Sąjungos teisės išaiškinimas visiškai nesusijęs su pagrindinėje byloje nagrinėjamo ginčo aplinkybėmis ar dalyku, jeigu problema hipotetinė arba Teisingumo Teismas neturi informacijos apie faktines ir teises aplinkybes, būtinos tam, kad naudingai atsakytų į jam pateiktus klausimus (2018 m. liepos 10 d. Sprendimo *Jehovan todistajat*, C-25/17, EU:C:2018:551, 31 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).
- 23 Šiuo atveju iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad pagrindinėje byloje nagrinėjama viešojo pirkimo procedūra reglamentuojama skelbime apie pirkimą nurodytose taisyklėse; vienoje iš šių taisyklių daroma nuoroda į Viešojo pirkimo sutarčių kodekso 61 straipsnį, kuriuo perkeltas Direktyvos 2014/24 28 straipsnis. Be to, bylos medžiagoje nėra jokios informacijos, kuri leistų manyti, kad prašomas Sąjungos teisės išaiškinimas nesusijęs su pagrindinėje byloje nagrinėjamo ginčo aplinkybėmis ar dalyku arba yra hipotetinis. Iš tiesų, kaip nurodė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, pateiktu klausimu siekiama išsiaiškinti, ar pagal šią Direktyvos 2014/24 nuostatą reikalaujama, kad, vykstant ribotam konkursui dėl viešojo pirkimo sutarčių sudarymo, išankstinę atranką įveikę veiklos vykdytojai visiškai sutaptų su tais, kurie pateikė pasiūlymus.
- 24 Be to, nors iš tikrųjų *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) nurodo priežastis, kurios, kaip ji mano, patvirtina atitinkamą Direktyvos 2014/24 28 straipsnio aiškinimą, tai nereiškia, kad jai nekyla abejonių dėl tos nuostatos turinio. Pateikdamas savo nuomonę, tas teismas lojaliai bendradarbiauja su Teisingumo Teismu vykstant prejudicinio sprendimo priėmimo procedūrai ir vykdo Rekomendacijų nacionaliniams teismams dėl prašymų priimti prejudicinį sprendimą pateikimo (OL C 257, 2018, p. 1) 17 punkte nurodytą prašymą; kaip matyti iš šio punkto, „[p]rašymą priimti prejudicinį sprendimą teikiantis teismas taip pat gali glaustai nurodyti, kaip, jo manymu, reikėtų atsakyti į prejudicinius klausimus“, o tai, kaip nurodyta šiame 17 punkte, „Teisingumo Teismui <...> naudinga“.
- 25 Atsižvelgiant į šias aplinkybes, prašymas priimti prejudicinį sprendimą turi būti laikomas priimtiniu.

Dėl prejudicinio klausimo

- 26 Savo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalies pirmas sakinytis turi būti aiškinamas taip, jog pagal jį, atsižvelgiant į išankstinę atranką įveikusių ekonominės veiklos vykdytojų ir tų, kurie pateikė pasiūlymus, teisinio ir faktinio tapatumo reikalavimą, draudžiama, kad, vykstant ribotam konkursui dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, išankstinę atranką įveikęs kandidatas, kuris pagal sujungimo

susitarimą, sudarytą laikotarpiu nuo išankstinės atrankos etapo pabaigos iki pasiūlymų pateikimo etapo pabaigos ir įvykdytą jau pasibaigus šiam pateikimo etapui, išpareigoja prisijungti kitą iš anksto atrinktą kandidatą, galėtų pateikti pasiūlymą.

- 27 Pagal Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalies pirmą sakinį pasiūlymus gali teikti tik tie ekonominės veiklos vykdytojai, kuriuos perkančioji organizacija pakvietė tai padaryti, įvertinusi pateiktą informaciją.
- 28 Ši taisyklė taikoma ribotam konkursui, kuris vykdomas keliais etapais, be kita ko, išankstinės atrankos ir pasiūlymų pateikimo etapams.
- 29 Iš Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalies pirmo sakinio formuluotės matyti, kad pasiūlymą teikiantis ekonominės veiklos vykdytojas iš esmės turi būti išankstinę atranką įveikęs ekonominės veiklos vykdytojas.
- 30 Šioje nuostatoje nenumatyta taisyklių dėl galimų išankstinę atranką įveikusio kandidato struktūros ar ekonominio ir techninio pajėgumo pokyčių.
- 31 Kalbant apie analogišką Direktyvos 2004/17 kontekstą, reikia pažymėti, kad 2016 m. gegužės 24 d. Sprendime *MT Højgaard ir Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347) Teisingumo Teismas nagrinėjo klausimą dėl tokių pokyčių poveikio, vykstant derybų procedūrai dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, atsižvelgiant į bendruosius Sąjungos teisės principus, be kita ko, vienodo požiūrio principą ir iš jo kylančią skaidrumo pareigą, taip pat į šios teisės tikslus viešųjų pirkimų srityje.
- 32 Šiuo klausimu primintina, kad vienodo požiūrio principas ir skaidrumo pareiga, be kita ko, reiškia, kad dalyviai turi turėti vienodas galimybes tiek tuomet, kai rengia pasiūlymus, tiek tuomet, kai perkančioji organizacija juos vertina, ir sudaro Sąjungos viešojo pirkimo procedūras reglamentuojančių taisyklių pagrindą (2016 m. gegužės 24 d. Sprendimo *MT Højgaard ir Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, 37 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).
- 33 Pagal vienodo požiūrio į dalyvius principą, kurio tikslas – skatinti sveiką ir veiksmingą konkurenciją tarp viešajame pirkime dalyvaujančių įmonių, visi dalyviai turi turėti vienodas galimybes, kai rengia savo pasiūlymų sąlygas, o tai reiškia, kad visų konkurentų pasiūlymams turi būti taikomos vienodos sąlygos. Griežtas vienodo požiūrio į dalyvius principo taikymas vykstant derybų procedūrai lemia išvadą, kad tik išankstinę atranką įveikę ekonominės veiklos vykdytojai gali teikti pasiūlymus ir su jais gali būti sudarytos sutartys (šiuo klausimu žr. 2016 m. gegužės 24 d. Sprendimo *MT Højgaard ir Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, 38 ir 39 punktus).
- 34 Šio požiūrio pagrindas įtvirtintas Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalyje, pagal kurią „[p]asiūlymus gali teikti tik tie ekonominės veiklos vykdytojai, kuriuos perkančioji organizacija pakvietė tai padaryti[,] įvertinusi pateiktą informaciją“, taigi reikalaujama teisinio ir faktinio išankstinę atranką įveikusio ekonominės veiklos vykdytojų ir tų, kurie pateikė pasiūlymus, tapatumo (pagal analogiją žr. 2016 m. gegužės 24 d. Sprendimo *MT Højgaard ir Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, 40 punktą).
- 35 Vis dėlto Teisingumo Teismas taip pat yra nusprendęs, kad jei vykstant derybų procedūrai nebeliko išankstinę atranką įveikusios grupės, kurią sudarė du ekonominės veiklos vykdytojai, vienas iš jų gali užimti šios grupės vietą ir toliau dalyvauti toje procedūroje, tačiau neturi būti pažeistas lygybės principas ir turi būti nustatyta, kad šis vienas ekonominės veiklos vykdytojas atitinka perkančiosios organizacijos iš pradžių nustatytus reikalavimus ir jo tolesnis dalyvavimas minėtoje procedūroje nepablogina kitų dalyvių konkurencinės padėties (šiuo klausimu žr. 2016 m. gegužės 24 d. Sprendimo *MT Højgaard ir Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, 48 punktą ir rezoliucinę dalį).
- 36 Pažymėtina, kad byloje, kurioje priimtas tas sprendimas, išankstinę atranką įveikęs veiklos vykdytojas ir pasiūlymą pateikęs veiklos vykdytojas nesutapo nei teisiškai, nei faktiškai, nes, pirma, toliau procedūroje dalyvavo ne įmonių grupė, įveikusi išankstinę atranką, o tik vienas iš tos grupės veiklos vykdytojų ir,

antra, pirminio kandidato ekonominis ir techninis pajėgumas sumažėjo praradus vieno iš atitinkamų ekonominės veiklos vykdytojų pajėgumą. Vis dėlto toks pasikeitimas negalėtų užkirsti kelio tęsti procedūrą, jei būtų laikomasi Teisingumo Teismo nustatytų sąlygų.

- 37 Šiuo klausimu reikia pažymėti, kad pagrindinėje byloje nagrinėjama kitokia situacija – vienas iš dalyvių padidino savo pajėgumus, įsigydamas kitą iš anksto atrinktą dalyvį.
- 38 Taigi reikia nustatyti, ar šiomis aplinkybėmis išankstinę atranką įveikę dalyviai nebėra teisiškai ir faktiškai tapatūs.
- 39 Šiuo atveju dėl *OpEn Fiber* neginčijama, kad buvo laikomasi išankstinę atranką įveikusio kandidato ir pasiūlymą pateikusio kandidato teisinio tapatumo reikalavimo.
- 40 Vis dėlto iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad laikotarpiu nuo išankstinės atrankos etapo pabaigos iki pasiūlymų pateikimo termino pabaigos dviejų dalyvių kontroliuojančiosios bendrovės *OpEn Fiber* ir *Metroweb Sviluppo* sudarė teisiškai privalomą bendrąjį susitarimą, pagal kurį *Metroweb Sviluppo* turėjo būti prijungta prie *OpEn Fiber*. Kadangi prisiimtas tvirtas įsipareigojimas, pagal kurį *OpEn Fiber* turėjo įsigyti *Metroweb Sviluppo* turtą, ir dėl to *OpEn Fiber*, nors ir nebuvo sulaukusi Komisijos sprendimo, planuodama savo veiklą galėjo pagrįstai pasitikėti *Metroweb Sviluppo* pajėgumu, konstatuotina, kad net jeigu atitinkamas sujungimo sandoris konkretų ir galutinį poveikį turėjo tik po pasiūlymų pateikimo, tą dieną, kai *OpEn Fiber* įveikė išankstinę atranką, ir paskutinę pasiūlymų pateikimo termino dieną ši bendrovė faktiškai nebuvo tapati.
- 41 Taigi reikia išnagrinėti, ar, nepaisant šio faktinio nesutapimo, lygybės principas laikytinas nepažeistu, atsižvelgiant į šio sprendimo 36 punkte nurodytame 2016 m. gegužės 24 d. Sprendime *MT Højgaard ir Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, 48 punktą) nustatytus kriterijus.
- 42 Šiuo klausimu pažymėtina, kad, kaip matyti iš šio sprendimo 37 punkto, šie kriterijai buvo suformuluoti byloje, kurioje priimtas minėtas 2016 m. gegužės 24 d. Sprendimas *MT Højgaard ir Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347); toje byloje iš esmės nagrinėtos aplinkybės, kai sumažėjo iš anksto atrinkto dalyvio pajėgumai, o šioje byloje nagrinėjama situacija, kai vienas iš dalyvių padidino savo pajėgumus, įsigydamas kitą iš anksto atrinktą dalyvį. Šios skirtingos situacijos neišvengiamai turi įtakos minėtų kriterijų taikymui nagrinėjamu atveju, nes, priešingai nei dalyvio pajėgumų padidėjimo atveju, jų sumažėjimas gali sukelti sunkumų vykstant viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūrai.
- 43 Iš tiesų, jeigu kandidatui, kurio ekonominis ir techninis pajėgumas gerokai sumažėjo nuo to momento, kai įveikė išankstinę atranką, būtų leista pateikti pasiūlymą, galėtų būti pažeidžiama išankstinės atrankos procedūra, nes toks mažiau pajėgumų turintis kandidatas tam tikrais atvejais nebūtų įveikęs išankstinės atrankos.
- 44 Vykstant derybų procedūrai dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, perkančioji organizacija suinteresuota, kad išankstinę atranką įveikę kandidatai išlaikytų savo ekonominį ir techninį pajėgumą per visą procedūrą, nes tokio pajėgumo praradimas gali kelti grėsmę šios procedūros tikslui, t. y. pasirinkti dalyvį, galintį įvykdyti minėtą sutartį.
- 45 Kita vertus, perkančiosios organizacijos interesams neprieštarauja tai, kad išankstinę atranką įveikęs kandidatas padidintų savo ekonominį ir techninį pajėgumą. Netgi gali būti laikoma normalu, kad kandidatas imasi priemonių, kurios leidžia jam užtikrinti savo pajėgumą, siekiant tinkamai vykdyti sutartį.
- 46 Šis ekonominio ir techninio pajėgumo padidinimas gali apimti kitų ekonominės veiklos vykdytojų išteklių naudojimą ir prireikus dalinį arba visišką ekonominės veiklos vykdytojo, įskaitant toje pačioje derybų procedūroje dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo dalyvaujantį ekonominės veiklos vykdytoją, prijungimą.

- 47 Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, konstatuotina, kad tenkinamas kriterijus, pagal kurį iš esmės reikalaujama, kad ekonominės veiklos vykdytojas, siekdamas toliau dalyvauti viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūroje kaip dalyvis tuo atveju, kai jis išankstinės atrankos momentu ir paskutinę pasiūlymų pateikimo termino dieną teisiškai ar faktiškai yra ne tas pats ekonominės veiklos vykdytojas, įrodytų, kad toliau atitinka perkančiosios organizacijos iš pradžių nustatytus reikalavimus, su sąlyga, kad jo materialinis pajėgumas tik padidėjo.
- 48 Dėl to, ar nagrinėjamu atveju paisyta kriterijaus, pagal kurį tolesnis dalyvio dalyvavimas viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūroje neturi pabloginti kitų dalyvių konkurencinės padėties, reikia pažymėti, kad kitomis Sąjungos teisės nuostatomis nei tos, kuriomis reglamentuojami viešieji pirkimai, konkrečiai siekiama užtikrinti, kad sujungimo sandoriai, kaip antai nagrinėjamas pagrindinėje byloje, nekeltų grėsmės laisvai ir neiškraipytai konkurencijai vidaus rinkoje. Vadinasi, jei ekonominės veiklos vykdytojo veiksmai atitinka šias konkrečias taisykles, negalima pripažinti, kad dalyvaudamas tokia sandorėje jis gali pabloginti kitų dalyvių konkurencinę padėtį vien dėl to, kad susijungęs subjektas turės didesnę ekonominę ir techninę pajėgumą.
- 49 Taigi prijungimas, kaip antai nagrinėjamas pagrindinėje byloje, turi būti įvykdytas laikantis Sąjungos teisės aktų, be kita ko, Reglamento Nr. 139/2004.
- 50 Iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad nagrinėjamu atveju 2016 m. gruodžio 15 d. Komisija, remdamasi tuo reglamentu, nusprendė neprieštarauti sandoriui, apie kurį pranešta.
- 51 Reikia taip pat pridurti, kad jeigu dėl dviejų išankstinę atranką įveikusių dalyvių susijungimo nebuvo pažeistas lygybės principas, negalima atmesti galimybės, kad prieš įvykdydamos sujungimo sandorį suinteresuotosios šalys galėjo pasikeisti jautria informacija apie viešojo pirkimo procedūrą. Dėl šios aplinkybės kitą dalyvį prisijungiantis dalyvis, teikdamas pasiūlymą, galėtų įgyti nepagrįstą pranašumą, palyginti su kitais dalyviais, ir neišvengiamai pablogintų tų kitų dalyvių konkurencinę padėtį (pagal analogiją žr. 2018 m. gegužės 17 d. Sprendimo *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, 29 punktą).
- 52 Tokios padėties iš principo pakaktų, kad perkančioji organizacija galėtų neatsižvelgti į kitą dalyvį prisijungiančio dalyvio pasiūlymą (pagal analogiją žr. 2018 m. gegužės 17 d. Sprendimo *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, 31 punktą).
- 53 Vis dėlto negalima daryti prielaidos, kad įvyko toks pasikeitimas informacija, dėl kurio, kaip savo pastabose nurodė ir Komisija, gali būti pažeistas Reglamento Nr. 139/2004 7 straipsnis, susijęs su bet kokios koncentracijos, patenkančios į šio reglamento taikymo sritį, sustabdymu, kol bus gautas leidimas, taip pat SESV 101 straipsnis. Iš Teisingumo Teismo turimos informacijos matyti, kad nagrinėjamu atveju nenustatyta jokių slaptų veiksmų.
- 54 Atsižvelgiant į visa tai, kas išdėstyta, darytina išvada, kad Direktyvos 2014/24 28 straipsnio 2 dalies pirmas sakinytis turi būti aiškinamas taip, jog pagal jį, atsižvelgiant į išankstinę atranką įveikusių ekonominės veiklos vykdytojų ir tų, kurie pateikė pasiūlymus, teisinio ir faktinio tapatumo reikalavimą, nedraudžiama, kad, vykstant ribotam konkursui dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, išankstinę atranką įveikęs kandidatas, kuris pagal sujungimo susitarimą, sudarytą laikotarpiu nuo išankstinės atrankos etapo pabaigos iki pasiūlymų pateikimo etapo pabaigos ir įvykdytą jau pasibaigus šiam pateikimo etapui, įsipareigoja prisijungti kitą iš anksto atrinktą kandidatą, galėtų pateikti pasiūlymą.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

- 55 Kadangi šis procesas pagrindinės bylos šalims yra vienas iš etapų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo nagrinėjamoje byloje, bylinėjimosi išlaidų klausimą turi spręsti šis teismas. Išlaidos, susijusios su pastabų pateikimu Teisingumo Teismui, išskyrus tas, kurias patyrė minėtos šalys, nėra atlygintinos.

Remdamasis šiais motyvais, Teisingumo Teismas (penktoji kolegija) nusprendžia:

2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, 28 straipsnio 2 dalies pirmas sakinytis turi būti aiškinamas taip, jog pagal jį, atsižvelgiant į išankstinę atranką įveikusių ekonominės veiklos vykdytojų ir tų, kurie pateikė pasiūlymus, teisinio ir faktinio tapatumo reikalavimą, nedraudžiama, kad, vykstant ribotam konkursui dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, išankstinę atranką įveikęs kandidatas, kuris pagal sujungimo susitarimą, sudarytą laikotarpiu nuo išankstinės atrankos etapo pabaigos iki pasiūlymų pateikimo etapo pabaigos ir įvykdytą jau pasibaigus šiam pateikimo etapui, įsipareigoja prisijungti kitą iš anksto atrinktą kandidatą, galėtų pateikti pasiūlymą.

Parašai.