



Gabra tal-ġurisprudenza

KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
ipprezentati fit-23 ta' Jannar 2019¹

Kawża C-697/17

Telecom Italia SpA
vs
**Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
bl-intervent ta':
Open Fiber SpA**

(talba għal deċiżjoni preliminari mressqa mill-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat, l-Italja))

“Rinviju għal deċiżjoni preliminari — Kuntratti pubblici — Direttiva 2014/24/UE —
Proċedura ristretta — Operaturi ekonomiċi awtorizzati sabiex jipprezentaw offerta — Proċedura ta'
amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment matul il-proċedura għall-ġhoti ta' kuntratt — Neċessità li
tinżamm l-istess identikità legali bejn il-fażi tal-preselezzjoni u l-prezentazzjoni tal-offerta”

1. F'dan ir-rinviju preliminari, il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat, l-Italja) jistaqsi jekk, skont id-Direttiva 2014/24/UE², tinżammx “l-identikità legali u materjali” ta' kumpannija, inizjalment magħzula fil-kuntest ta' proċedura ristretta ta' ġhoti ta' kuntratti pubblici, meta tali kumpannija tgħaddi minn proċess ta' amalgamazzjoni billi jsir assorbiment minn kumpannija oħra, magħzula wkoll, li finalment ma pprezentat l-ebda offerta.

2. F'ċertu mod, il-kawża inkwistjoni hija l-oppoſt ta' dik li wasslet għas-sentenza MT Højgaard u Züblin³, fejn l-offerent kien jiffirma parti, meta ġie preselezzjonat, minn raggruppament ta' impriži li sussegwentement ġie xolt. Għaldaqstant, id-dubju kien dwar jekk, wara li tali raggruppament ġie xolt, dan l-offerent setax ikompli jipparteċipa proprju f'ismu fil-proċedura nnegozjata ta' ġhoti ta' kuntratt pubbliku.

3. Għalhekk, il-Qorti tal-Ġustizzja għandha opportunità oħra sabiex tikkonsolida d-duttrina tagħha dwar ir-rekwizit ta' identikità bejn l-operaturi ekonomiċi preselezzjonati u dawk li jagħmlu l-offerti.

¹ Lingwa originali: l-Ispanjol.

² Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-akkwist pubbliku u li thassar id-Direttiva 2004/18/KE (ĠU 2014, L 94, p. 65, rettifika fil-ĠU 2015, L 275, p. 68).

³ Sentenza tal-24 ta' Mejju 2016 (C-396/14, EU:C:2016:347).

I. Il-kuntest ġuridiku

A. *Id-dritt tal-Unjoni Ewropea. Id-Direttiva 2014/24*

4. L-Artikolu 8 jistabbilixxi:

“Din id-Direttiva ma għandhiex tapplika għal kuntratti pubbliċi u l-kompetizzjonijiet ta’ disinn għall-iskop ewlieni li tippermetti lill-awtoritajiet kontraenti jipprovdu jew jagħmlu użu min-netwerks pubbliċi ta’ komunikazzjonijiet jew biex jipprovdu wieħed jew aktar servizzi ta’ komunikazzjonijiet elettronici lill-pubbliku.

Għall-finijiet ta’ dan l-Artikolu, ‘netwerk pubbliku ta’ komunikazzjonijiet’ u ‘servizz ta’ komunikazzjonijiet elettronici’ għandu jkollhom l-istess tifsira bħal fid-Direttiva 2002/21/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill [4].”

5. Skont l-Artikolu 18(1):

“L-awtoritajiet kontraenti għandhom jittrattaw lill-operaturi ekonomiċi bl-istess mod u mingħajr diskriminazzjoni u għandhom jaġixxu b’mod trasparenti u proporzjonat.

It-tfassil tal-akkwist ma għandux isir bil-ħsieb li l-akkwist jiġi eskluż mill-kamp ta’ applikazzjoni ta’ din id-Direttiva jew biex b’mod artifiċjali jnaqqas il-kompetizzjoni. Il-kompetizzjoni għandha titqies bħala artifiċjalment innaqqsa meta d-disinn tal-akkwist isir bl-intenzjoni li jagħti vantaġġ jew żvantaġġ mhux misthoqq lil ċerti operaturi ekonomiċi.”

6. Skont l-Artikolu 28:

“1. Fi proċeduri ristretti, kwalunkwe operatur ekonomiku jista’ jisottometti talba sabiex jieħu sehem b’rispons għal sejha għall-kompetizzjoni li jkun fiha l-informazzjoni stipulata fl-Anness V partijiet B jew C, skont il-każ, billi jipprovdi l-informazzjoni għall-għażla kwalitattiva rikjesta mill-awtorità kontraenti.

[...]

2. Huma biss dawk l-operaturi ekonomiċi mistiedna jagħmlu dan mill-awtorità kontraenti wara l-valutazzjoni tagħha tal-informazzjoni mogħtija jistgħu jissottomettu offerta. L-awtoritajiet kontraenti jistgħu jillimitaw in-numru ta’ kandidati xierqa li għandhom jiġu mistiedna jiehdu sehem fil-proċedura f’konformità mal-Artikolu 65.

[...]”

B. *Id-dritt nazzjonali. Codice dei contratti pubblici (Il-Kodiċi tal-Kuntratti Pubblici)*⁵

7. L-Artikolu 61(3) jipprovdi li:

“Wara l-evalwazzjoni min-naħa tal-awtoritajiet kontraenti tal-informazzjoni pprovduta, huma biss l-operaturi ekonomiċi mistiedna li jistgħu jipprezentaw offerta”.

4 Direttiva tas-7 ta’ Marzu 2002 dwar kwadru regolatorju komuni għan-networks ta’ komunikazzjonijiet u servizzi elettronici (Direttiva Kwadru) (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 13, Vol. 29, p. 349).

5 Digriet Legiżlattiv Nru 50 tat-18 ta’ April 2016 (GURI Nru 91, tad-19 ta’ April 2016, Suppliment ordinarju Nru 10) li jittrasponi, b’mod partikolari, id-dispożizzjonijiet tad-Direttiva 2014/24 (iktar ‘il quddiem il-“KKP”).

8. Skont l-Artikolu 48(11):

“Fil-kuntest tal-proċedura ristretta jew innegożjata, jew ta’ djalogu kompetittiv, l-operaturi ekonomiċi mistiedna individwalment jew il-kandidati aċċettati individwalment fil-proċedura ta’ djalogu kompetittiv jistgħu jipprezentaw offerti jew jaġixxu f’isimhom proprju jew bħala rappreżentanti tal-operaturi raggruppati”.

II. Il-fatti u d-domanda preliminari

9. Infratel Italia SpA (iktar ’il quddiem “Infratel”), f’isem il-Ministero dello Sviluppo economico (il-Ministeru għall-Iżvilupp Ekonomiku, l-Italja), stabbilixxiet proċedura ristretta għall-għoti ta’ konċessjoni għall-kostruzzjoni, il-manutenzjoni u l-ġestjoni ta’ netwerk passiv ta’ proprjetà pubblika b’banda ultra wiesgħa, f’ċerti territorji.

10. Il-proċedura ristretta, maqsuma f’ħames lottijiet (li jikkorrispondu għal tant żoni ġeografici), żvolġiet skont il-fażijiet li ġejjin:

- a) preżentazzjoni tal-atti ta’ parteċipazzjoni (sat-18 ta’ Lulju 2016);
- b) notifika tal-istediniet għall-parteċipazzjoni lill-operaturi magħżula (sad-9 ta’ Awwissu 2016); u
- ċ) preżentazzjoni tal-offerti (sas-17 ta’ Ottubru 2016).

11. Telecom Italia SpA (iktar ’il quddiem “Telecom Italia”), Metroweb Sviluppo SpA (iktar ’il quddiem “Metroweb Sviluppo”) u Enel Open Fiber SpA (iktar ’il quddiem “Enel Open Fiber”)⁶, flimkien ma’ operaturi oħrajn, iddepożitaw il-kandidaturi tagħhom (l-ewwel fażi tal-proċedura). Infratel aċċettathom, u għaldaqstant stiednet lil tali impriżi sabiex jipparteċipaw (it-tieni fażi tal-proċedura) bħala offerenti magħżula.

12. Minkejja li ntgħazlet f’din it-tieni fażi, Metroweb Sviluppo ma pprezentat l-ebda offerta, b’tali mod li, fil-fatt, irrifjutat li tipparteċipa fis-sejha għal offerti.

13. Infratel ippubblikat, fid-9 ta’ Jannar 2017, il-lista tal-offerenti ammessi u, fl-24 ta’ Jannar 2017, il-klassifika provvizorja tal-offerenti rebbieħa. Enel Open Fiber kienet fl-ewwel post fil-ħames lottijiet, filwaqt li Telecom Italia ġiet ikklassifikata fit-tieni post fil-każijiet kollha, ħlief fir-rigward tal-lott Nru 4, fejn kienet fit-tielet post.

14. Wara l-konkluzjoni tal-proċedura, Telecom Italia kellha aċċess għad-dokumenti miżmuma mill-amministrazzjoni, u wara li kkonsultathom ikkonstatat li, f’xi mument bejn il-fażi ta’ selezzjoni u d-data tal-iskadenza tat-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti (17 ta’ Ottubru 2016), Metroweb Sviluppo u Enel Open Fiber kienu wettqu tranzazzjoni korporattiva kumplessa.

15. Din it-tranzazzjoni rriżultat f’konċentrazzjoni ta’ impriżi, li wasslet sabiex il-kumpanniji Enel SpA (iktar ’il quddiem “Enel”) u Cassa Depositi e Prestiti SpA (iktar ’il quddiem “CDP”), permezz tal-kumpannija sussidjarja tagħhom CDP Equity SpA. (iktar ’il quddiem “CDPE”), kisbu kontroll kongunt tal-impriża li rriżultat mill-amalgamazzjoni ta’ Enel Open Fiber ma’ Metroweb Italia SpA (iktar ’il quddiem “Metroweb Italia”).

⁶ Open Fiber huwa l-isem ta’ Enel Open Fiber minn Diċembru 2016.

16. Skont il-“ftehim qafas ta’ investiment” konkluz fl-10 ta’ Ottubru 2016 bejn il-kumpannija holding Enel (li kienet tikkontrolla lil Enel Open Fiber) u Metroweb Italia (li kienet tikkontrolla lil Metroweb Sviluppo), it-tranzazzjoni kienet timplika:

- li Enel u CDPE jkollhom, kull waħda, il-50% tal-kapital azzjonarju ta’ Enel Open Fiber;
- li Enel Open Fiber tikseb il-100% tal-kapital azzjonarju ta’ Metroweb Italia;
- li Metroweb Italia twettaq amalgamazzjoni, billi tassorbi diversi kumpanniji tal-grupp Metroweb Italia, fosthom Metroweb Sviluppo;
- li ssir amalgamazzjoni bejn Enel Open Fiber u l-kumpannija li tirriżulta mill-amalgamazzjoni tal-grupp Metroweb Italia, b’tali mod li twassal għal “Enel Open Fiber ġdida”⁷.

17. Fl-implementazzjoni ta’ dan il-ftehim, fis-17 ta’ Ottubru 2016, Metroweb Sviluppo (partecipanti fis-sejha għal offerti) giet assorbita mill-grupp Metroweb. Fit-23 ta’ Jannar 2017 saret l-amalgamazzjoni billi Metroweb giet assorbita minn Open Fiber.

18. Il-proġett ta’ konċentrazzjoni ġie nnotifikat lill-Kummissjoni Ewropea fl-10 ta’ Novembru 2016⁸, konformement mad-dispożizzjonijiet tar-Regolament (KE) Nru 139/2004⁹. Permezz ta’ deċizzjoni tal-15 ta’ Dicembru 2016 l-Kummissjoni ddeċidiet li ma topponix it-tranzazzjoni¹⁰.

19. Telecom Italia kkontestat l-għoti tal-ħames lottijiet li l-proċedura ristretta kienet maqsuma fihom, permezz ta’ ħames rikorsi pprezentati quddiem it-Tribunale amministrativo regionale del Lazio (il-Qorti Amministrattiva Reġjonali ta’ Lazio, l-Italja), li ċahdet f’ħames sentenzi b’kontenut simili.

20. F’dan il-kuntest, Telecom Italia pprezentat ħames appelli quddiem il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat), li ddeċieda li jissospendi l-proċedura u jistaqsi d-domanda preliminari li ġejja:

“L-ewwel sentenza tal-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24/UE għandha tiġi interpretata fis-sens li din teziġi identikità totali kemm legali kif ukoll ekonomika bejn l-operaturi magħzula minn qabel u dawk li jipprezentaw l-offerti fil-kuntest tal-proċedura ristretta u, b’mod partikolari, din id-dispożizzjoni għandha tiġi interpretata fis-sens li din tipprekludi ftehim konkluz bejn il-kumpanniji holding li jikkontrollaw żewġ operaturi magħzula minn qabel f’xi mument bejn l-għażla minn qabel u l-prezentazzjoni tal-offerti meta: a) dan il-ftehim ikollu bħala l-għan u l-effett tiegħu (fost oħrajn) it-twettiq ta’ amalgamazzjoni billi waħda minn dawn l-impriži magħzula minn qabel tiġi assorbita minn oħra bħalha (tranzazzjoni barra minn hekk awtorizzata mill-Kummissjoni); b) l-effetti tat-tranzazzjoni ta’ amalgamazzjoni jkunu mmaterjalizzaw wara l-prezentazzjoni tal-offerta mill-impriża li assorbiet lill-oħra (li hija r-raġuni li għaliha, fil-mument tal-prezentazzjoni tal-offerta, il-kompożizzjoni tagħha baqgħet inoltrata meta mqabbla ma’ dik ezistenti fil-mument tal-għażla minn qabel); ċ) l-impriża sussegwentement assorbita (li l-kompożizzjoni tagħha baqgħet inoltrata fid-data tal-iskadenza tat-terminu għall-prezentazzjoni tal-offerti) fi kwalunkwe każ tkun irrinuncjat għall-partecipazzjoni fil-proċedura ristretta, probabbilment sabiex teżegwixxi l-programm kuntrattwali previst fil-ftehim konkluz bejn il-kumpanniji holding?”

7 Ara l-punt 9 tad-Deċizzjoni tal-Kummissjoni tal-15 ta’ Dicembru 2016 li tiddikjara l-kompatibbiltà mas-suq intern u mal-ftehim SEE tal-konċentrazzjoni (Każ M.8234 — Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

8 ĠU 2016, C 427, p. 5.

9 Regolament tal-Kunsill tal-20 ta’ Jannar 2004 dwar il-kontroll tal-konċentrazzjonijiet bejn impriži (ir-Regolament tal-KE dwar l-Għaqdiet) (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 3, p. 40).

10 ĠU 2017, C 15, p. 1.

21. Il-qorti tar-rinviju tenfasizza li l-proċedura inkwistjoni ma hijiex irregolata kompletament mid-Direttiva 2014/24 jew mid-Direttiva 2014/23/UE¹¹, iżda sempliċiment mir-regoli tal-avviż, skont liema kien japplika l-Artikolu 61 tal-KKP li jittrasponi l-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24.

22. Barra minn hekk, dan l-istess avviż kien jipprovdi li l-għażla kienet ser issir favur l-offerta li hija l-iktar vantaġġuża ekonomikament, fuq il-bażi tal-aħjar valur għall-flus, fis-sens tal-Artikolu 95 tal-KKP li jittrasponi l-Artikolu 67 tal-istess direttiva.

23. Fl-opinjoni tal-qorti tar-rinviju, huwa dubjuż li, fil-kuntest tal-proċedura ristretta rregolata mill-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24, jista' jiġi applikat il-prinċipju ta' identità legali u materjali ddikjarat mill-Qorti tal-Ġustizzja fil-kawża MT Højgaard u Züblin¹².

24. Il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat) jenfasizza li t-tranzazzjoni ta' amalgamazzjoni li ġiet iffinalizzata f'Jannar 2017 hekk kif beda t-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti (Ottubru 2016), b'tali mod li l-istruttura ta' Enel Open Fiber kienet għadha ma ġietx mibdula. Fl-aħħar nett, fl-opinjoni tiegħu, ma huwiex possibbli li jintwera li permezz tal-ftehim ta' amalgamazzjoni —li wassal għal bidla strutturali u stabbli tal-kumpanniji kkonċernati— il-partijiet involuti riedu jiftiehm sabiex jgħawġu l-kompetizzjoni fil-proċedura għall-għoti ta' kuntratt.

III. Il-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja u l-pożizzjoni tal-partijiet

25. Id-domanda preliminari ġiet irreġistrata fil-Qorti tal-Ġustizzja fil-11 ta' Dicembru 2017. Telecom Italia, Infratel, Open Fiber, l-awtorità ta' sorveljanza EFTA, il-Gvern Taljan u l-Kummissjoni pprezentaw osservazzjonijiet bil-miktub. Fis-seduta pubblika li saret fil-15 ta' Novembru 2018, il-partijiet kollha kienu preżenti minbarra l-awtorità ta' sorveljanza EFTA.

26. Telecom Italia ssostni li, fil-kuntest ta' programm ta' amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment, hija pjuttost l-identità materjali iktar milli dik legali ta' impriża preselezzjonata li assorbiet lill-oħra dik li verament tinbidel, b'tali mod li tibdel l-amalgamazzjoni f'waħda inkompatibbli mal-prinċipju tal-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24.

27. Barra minn hekk, Telecom Italia temmen li l-qorti tar-rinviju kienet issottovalutat il-komplexità tat-tranzazzjoni inkwistjoni, billi eżaminat sempliċiment l-identità suġġettiva u formali ta' Enel Open Fiber fid-data tal-iskadenza tat-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti, b'tali mod li qasmet il-programm kongunt ta' integrazzjoni progressiva ta' din il-kumpannija ma' Metroweb Sviluppo. Fil-fatt, fl-opinjoni tagħha, kien programm kongunt li, indipendentement minn kull prinċipju antikollużiv, beda permezz ta' ftehim qafas konkluz bejn il-preselezzjoni u d-data tal-iskadenza tat-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti, li tnieda matul il-proċedura ta' sejha għal offerti u ġie konkluz wara l-għoti finali, iżda qabel ma ġie ffirmit il-kuntratt. Il-ftehim qafas amalgama ż-żewġ kumpanniji f'centru uniku deċiżjonali mill-fażi tas-sejha għal offerti, b'tali mod li Metroweb Sviluppo setgħet ma tipprezentax l-offerta tagħha, bil-garanzija tal-possibbiltà li tintgħażel daqslikieku kienet ipprezentat waħda. Din is-sitwazzjoni għandha tiġi ssanzjonata bl-istess mod daqslikieku l-istess centru deċiżjonali jkun ipprezenta żewġ offerti.

11 Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-għoti ta' kuntratti ta' konċessjoni (ĠU 2014, L 94, p. 1, rettifiki fil-ĠU 2018, L 82, p. 17 u fil-ĠU 2015, L 114, p. 24).

12 Kawża C-396/14, EU:C:2016:347.

28. Infratel tqis li d-domanda preliminari hija inammissibbli, minhabba li hija ipotetika, peress li l-qorti tar-rinviju ma għandhiex dubju dwar l-interpretazzjoni tad-dritt tal-Unjoni applikabbli u diġà kienet iddeċidiet dwar is-suġġett tal-kawża prinċipali. Sussidjarjament, issostni li ma saret l-ebda bidla fl-entitajiet preselezzjonati meta mqabbla ma' dawk li kienu pprezentaw offerti. Fil-mument tal-ippreżentar tal-offerta tagħha, Enel Open Fiber kienet aġixxiet bħala operatur uniku, bl-istess kompożizzjoni bħal dik tal-fażi ta' preselezzjoni. L-amalgamazzjoni ma biddlitx il-personalità ġuridika tagħha, b'tali mod li, għalhekk, l-identità tagħha kkoincidiet ma' dik tal-impriza preselezzjonata.

29. Open Fiber ukoll tippromponi li tiġi deċiża l-inammissibbiltà tad-domanda preliminari.

- L-ewwel nett, minhabba li tqajjem il-kwistjoni tal-konformità tal-ftehim qafas mad-Direttiva 2014/24, minkejja li l-legalità tiegħu ma hijiex ikkontestata fil-proċedura tar-rinviju.
- It-tieni nett, minhabba li fil-każ ta' għoti għall-kostruzzjoni ta' network ta' komunikazzjoni tapplika d-Direttiva 2014/23, iżda kemm din kif ukoll id-Direttiva 2014/24 huma inapplikabbli minhabba l-eċċezzjoni stabbilita fihom fir-rigward man-networks u s-servizzi ta' komunikazzjoni. Id-dokumenti tal-proċedura ma jistgħux jiġu interpretati fis-sens li jirreferu għall-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24.
- It-tielet nett, minhabba li l-projbizzjoni ta' amalgamazzjoni proposta permezz ta' assorbiment bejn l-entitajiet preselezzjonati ma tikkostitwixxi prinċipju marbut mal-ordinament ġuridiku tal-Unjoni.
- Ir-raba' nett, minhabba li l-qorti tar-rinviju ma tqajjem l-ebda dubju dwar l-interpretazzjoni tad-dritt tal-Unjoni.

30. Fir-rigward tal-mertu, Open Fiber taqbel mal-pożizzjoni esposta mill-qorti tar-rinviju u tikkonkludi li l-istedina tagħha għall-fażi ta' evalwazzjoni tal-offerti ma tmur la kontra l-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24 u lanqas kontra l-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja.

31. Il-Gvern Taljan ukoll jipproponi l-inammissibbiltà, billi jallega li l-qorti tar-rinviju sempliċement issemmi, b'mod ġenerali, regola tad-dritt tal-Unjoni u tirrikonoxxi li ma hemm l-ebda rabta bejn is-sitwazzjoni inkwistjoni u tali regola, minhabba li l-offerta ta' Enel Open Fiber kienet saret mill-istess persuna ġuridika awtorizzata sabiex tipparteċipa fil-proċedura ristretta.

32. Fir-rigward tal-mertu, il-Gvern Taljan jallega li mill-Artikolu 51(2) tad-Direttiva 2004/17/KE¹³ tirriżulta n-neċessità ta' identità ekonomika u legali totali bejn l-operatur mistieden sabiex jipparteċipa u dak li jippreżenta l-offerta. Madankollu, l-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24 kien introduċa rekwiżit inqas strett.

33. Skont il-Gvern Taljan, la mir-regoli nazzjonali u lanqas mill-prinċipji ġenerali tad-dritt tal-Unjoni ma jirriżulta li l-amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment tal-entitajiet preselezzjonati, awtorizzata mill-Kummissjoni u ffinalizzata wara l-preżentazzjoni tal-offerta mill-kumpannija li tassorbi lill-oħra hija tranżazzjoni illeċita.

¹³ Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-31 ta' Marzu 2004 li tikkoordina l-proċeduri ta' akkwisti ta' entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi ta' l-ilma, l-enerġija, t-trasport u postali (GU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 6, Vol. 7, p. 19.)

34. Skont l-awtorità ta' sorveljanza EFTA, ma kienx jiġi miksur ir-rekwiżit ta' identikità li kieku—kif, fl-opinjoni tagħha, ġara f'dan il-każ— minn naħa, l-operatur ekonomiku li ppreżenta l-offerta finalment issodisfa l-kundizzjonijiet stabbiliti mill-awtorità kontraenti, u min-naħa l-oħra, meta l-preżentazzjoni tal-offerta tiegħu giet awtorizzata, il-kompetituri l-oħrajn ma tqegħdux fi żvantagġ. Ir-rekwiżit ta' identikità —li fl-ebda każ ma huwa rekwiżit assolut— ma jmurx kontra l-konkluzjoni ta' ftehim li jwassal għall-amalgamazzjoni ta' żewġ operaturi preselezzjonati matul proċedura ta' kuntratt pubbliku.

35. Skont il-Kummissjoni, id-domanda preliminari għandha tiġi rriformulata, minħabba li tista' tagħti x'tifhem li l-Qorti tal-Ġustizzja tista' tiġi mistoqsija dwar il-legalità tal-ftehim ta' amalgamazzjoni.

36. Il-Kummissjoni ssostni li l-kriterji stabbiliti fis-sentenza MT Højgaard u Züblin¹⁴, b'rabta mad-Direttiva 2004/17, jistgħu jiġu applikati *mutatis mutandis* f'ċirkustanzi analogi rregolati mid-Direttiva 2014/24. Madankollu, tosserva li s-sitwazzjoni li wasslet għal din is-sentenza hija ferm differenti minn dik inkwistjoni. F'dan il-każ, ma sar l-ebda tibdil ta' identikità, bħalma ġara fil-każ l-ieħor, bejn id-data ta' preselezzjoni tal-operaturi ammessi sabiex jagħmlu offerta u dik tal-preżentazzjoni tal-offerti.

37. Il-Kummissjoni tiċhad li l-konkluzjoni ta' ftehim ta' amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment timplika *per se* deterjorament tas-sitwazzjoni kompetittiva tal-offerenti l-oħrajn jew ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament. Dan ir-riskju jista' jiġi eskluż jekk, minn naħa, konformement mal-Artikolu 7(1) tar-Regolament Nru 139/2004, il-partijiet la wettqu — lanqas parzjalment— il-koncentrazzjoni u lanqas ma skambjaw bil-quddiem informazzjoni sensittiva li setgħet tinfluwenza l-aġir tagħhom matul il-proċedura ta' kuntratt pubbliku u jekk, min-naħa l-oħra, l-operaturi kollha li jpartecipaw fil-proċedura kienu jafu bil-konkluzjoni tal-ftehim ta' amalgamazzjoni.

38. Il-Kummissjoni tqis li huwa irrilevanti li l-impriza li giet assorbita kienet irrinunzjat għall-partecipazzjoni fil-proċedura ristretta. Dan il-fattur ma jistax jinfluwenza l-ammissjoni tal-impriza li assorbiet lill-oħra fil-fażi ta' evalwazzjoni, hlief jekk jintwera li l-partijiet wettqu parzjalment il-ftehim ta' amalgamazzjoni, bl-iskambju ta' informazzjoni sensittiva li tista' tinfluwenza l-aġir tagħhom matul il-proċedura għall-għoti ta' kuntratt, bi ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament.

IV. Analizi

A. Fuq l-ammissibbiltà tad-domanda preliminari

39. Skont Infratel, Open Fiber u l-Gvern Taljan, id-domanda preliminari hija inammissibbli, kemm minħabba l-irrelevanza allegata tagħhom għall-proċedura tar-rinviju, kif ukoll minħabba n-natura allegatament ipotetika jew minħabba li ma tirrispondix, fil-verità, għal dubju ġenwin tal-qorti tar-rinviju.

40. Madankollu, naħseb li din l-oġġezzjoni ma għandhiex tintlaqa'.

¹⁴ Kawza C-396/14, EU:C:2016:347.

41. Il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat) osserva li l-proċedura għall-ghoti ta' kuntratt hija rregolata mir-regoli li jinsabu fl-avviż tal-kuntratt, li waħda minnhom tagħmel riferiment għall-Artikolu 61 tal-KKP, li jittrasponi l-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24. Barra minn hekk, fost l-aggravji invokati minn Telecom Italia fl-appell tagħha, flimkien ma' oħrajn relatati mad-dritt nazzjonali, hemm dak tal-ksur tal-prinċipju ta' identità mitlub mid-dritt tal-Unjoni¹⁵.

42. Wara li ċaħdet li kien hemm il-ksur tad-dritt intern invokat mill-appellant, il-qorti tar-rinviju tiddikjara li jonqosha biss tanalizza l-motiv ibbażat fuq il-ksur possibbli tad-dritt tal-Unjoni, li "jsir rilevanti u deċiżiv għall-finijiet tad-deċiżjoni tal-kontroversja eżaminata u li dwarha s-Sezzjoni tqis neċessarju li ssir domanda preliminari fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE"¹⁶.

43. F'dan il-każ, inqis li għandha tapplika l-preżunzjoni ta' pertinenza tad-domandi preliminari. Dan jirrigwarda, bħalma huwa magħruf, preżunzjoni li tista' tiġi kkontestata, anki jekk sempliċement fil-każ li jikkonverġu ċirkustanzi preċiżi ħafna: a) jekk ikun jidher b'mod ċar li l-interpretazzjoni jew l-ewalwazzjoni tal-validità ta' regola tal-Unjoni mitluba ma għandha ebda relazzjoni mar-realtà jew mas-sugġett tat-tilwima fil-kawża prinċipali; b) meta l-problema hija ta' natura ipotetika; jew ċ) meta l-Qorti tal-Ġustizzja ma jkollhiex il-punti ta' fatt u ta' liġi neċessarji sabiex tirrispondi b'mod utli għad-domandi li jkunu sarulha¹⁷.

44. Fl-opinjoni tiegħi, l-ebda waħda minn dawn it-tliet ċirkustanzi ma hija preżenti f'din il-kawża. Barra minn hekk, għalkemm, ċertament, il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat) jesponi r-raġunijiet li, fl-opinjoni tiegħu, jipprezentaw ċerta interpretazzjoni tal-Artikolu 28 tad-Direttiva 2014/24, dan ma jfissirx li ma għandux dubji dwar is-sens ta' din id-dispożizzjoni¹⁸.

45. Skont il-qorti tar-rinviju, l-interpretazzjoni tagħha ta' din id-dispożizzjoni hija vijabbli, iżda tqis li eventwalment hemm interpretazzjoni oħra u li, għaldaqstant, l-intervent awtorizzat tal-Qorti tal-Ġustizzja huwa meħtieġ. B'dan il-mod, tikkollabora b'mod leali mal-Qorti tal-Ġustizzja fl-eżerċizzju tal-ġurisdizzjoni, skont l-ispirtu li jispira l-punt 17 tar-Rakkomandazzjonijiet lill-qrati nazzjonali, dwar l-introduzzjoni ta' talbiet għal deċiżjoni preliminari¹⁹.

B. Fuq il-mertu

46. Il-Kummissjoni għandha raġun tissuggerixxi li jaqbel li tiġi rriformulata d-domanda tal-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat), minħabba li din tista' tagħtu l-impressjoni, żbaljata, li tirrigwarda l-kompatibbiltà tal-ftehim ta' amalgamazzjoni mad-dritt tal-Unjoni. Madankollu, ir-realtà hija li l-qorti tar-rinviju ma tesprimi l-ebda dubju dwar dan il-ftehim u lanqas ma tikkontesta l-validità tiegħu.

15 B'mod partikolari, Telecom Italia argumentat li kien hemm il-"ksur tal-prinċipju ta' identità legali u ekonomika neċessarja bejn l-entitajiet preselezzjonati u dawk li jipprezentaw l-offerti li, fil-kuntest tal-proċedura ristretta, li huwa stabbilit fl-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24/UE u fil-ġurisprudenza pertinenti tal-Qorti tal-Ġustizzja" (punt 7.3 tad-digriet tar-rinviju).

16 Punt 7.4 tad-digriet tar-rinviju.

17 B'dan il-mod, pereżempju, is-sentenzi tas-16 ta' Ġunju 2015, Gauweiler *et* (C-62/14, EU:C:2015:400), punti 24 u 25; tal-4 ta' Mejju 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), punti 15 u 16; tal-5 ta' Lulju 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514), punt 19; tal-15 ta' Novembru 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), punt 54; tat-28 ta' Marzu 2017 (Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), punti 50 u 155; tal-10 ta' Lulju 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551), punt 31; u tal-4 ta' Ottubru 2018, Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807), punt 44.

18 Fil-punt 8.4, *in fine*, tad-digriet tar-rinviju jiġi ddikjarat li "[s]empliċement tista' tintlahaq konkluzjoni differenti fil-każ li l-Qorti tal-Ġustizzja tqis li d-dritt tal-Unjoni jipprojbixxi l-konkluzjoni ta' ftehimiet bejn operaturi li huma offerenti fil-kuntest tal-istess proċedura ta' sejha għal offerti li huma intiżi li jwettqu tranżazzjoni, bħal amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment, li fil-prinċipju hija awtorizzata mill-ordinament tal-Unjoni proprju".

19 "Il-qorti tar-rinviju tista' tindika wkoll, fil-qosor, il-fehma tagħha dwar ir-risposta li għandha tingħata lid-domandi preliminari". Indikazzjoni li "tkun utli għall-Qorti tal-Ġustizzja" (ĠU 2018, C 257, p. 1).

47. Konsegwentement, it-tilwima hija limitata sabiex jiġi ddeterminat jekk l-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24 jostakolax l-ammissjoni, fil-fażi tal-evalwazzjoni ta' offerti (fil-kuntest ta' proċedura ristretta għall-ghoti ta' kuntratt), ta' operatur li jinsab fi proċess ta' amalgamazzjoni, permezz ta' assorbiment, ma' operatur ieħor preselezzjonat.

48. Din hija l-kwistjoni mqajma speċifikament mill-qorti tar-rinviju li skontha, bħalma indikajt precedentement²⁰, l-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24 huwa regola applikabbli (b'riferiment mid-dispożizzjonijiet nazzjonali) għall-każ li għandha quddiemha u li s-soluzzjoni tal-kawża tiddependi fuq l-interpretazzjoni tiegħu, ladarba jiġi ċċarati l-kwistjonijiet ta' dritt intern imqajma fiha.

49. Anki jekk Infratel, Open Fiber u l-Gvern Taljan insistew, matul is-seduta, sabiex tiġi diskussa din l-evalwazzjoni tal-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat), inqis li l-interpretazzjoni tad-dritt applikabbli għall-każ imwettqa minn din il-qorti hija raġonevoli u mmotivata suffiċjentement.

50. B'teħid inkunsiderazzjoni tas-separazzjoni netta tal-funzjonijiet bejn il-qorti nazzjonali u l-Qorti tal-Ġustizzja li tikkaratterizza l-proċedura tal-Artikolu 267 TFUE, huwa biss il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat), li quddiemu tressqet il-kawża u li għandu jassumi r-responsabbiltà tad-deċiżjoni għadidjarja li għandha tingħata, li għandu jevalwa fid-dawl ta' ċirkustanzi partikolari tal-kawża kemm in-neċessità għal deċiżjoni preliminari, sabiex ikun f'pożizzjoni li jagħti s-sentenza tiegħu, kif ukoll ir-rilevanza tad-domandi li huwa jista' qsi lill-Qorti tal-Ġustizzja²¹. Tali evalwazzjoni tippreżupponi d-delimitazzjoni minn qabel tal-leġiżlazzjoni applikabbli għall-każ, tranzazzjoni li, għaldaqstant, f'dan il-każ ma jisthoqqilha l-ebda oġġezzjoni f'termini ta' raġonevolezza u ta' motivazzjoni.

1. L-identità legali u materjali tal-operaturi magħżula fi proċedura ristretta

51. Definittivament, dan jirrigwarda li jiġi ddeterminat jekk l-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24 “[jeżiġix] identità totali kemm legali kif ukoll ekonomika bejn l-operaturi magħżula minn qabel u dawk li jipprezentaw l-offerti fil-kuntest [ta'] proċedura ristretta”, f'kuntest fejn żewġ operaturi preselezzjonati jkun fuq idni dwar l-amalgamazzjoni tagħhom permezz ta' assorbiment ta' wieħed minnhom, bil-karatteristiċi li ġejjin:

- il-ftehim dwar il-proġett ta' amalgamazzjoni jkun sar bejn id-data tal-għażla minn qabel u l-prezentazzjoni tal-offerti, bl-awtorizzazzjoni ulterjuri tal-Kummissjoni;
- l-effetti tal-amalgamazzjoni jiġu pperfezzjonati wara li l-kumpannija li tassorbi lill-oħra tkun tefgħet l-offerta tagħha; u
- il-kumpannija assorbita tiddeċiedi li ma tipparteċipax fil-proċedura ristretta.

52. L-imsemmi “rekwiżit ta' identità kemm legali kif ukoll materjali bejn l-operaturi ekonomiċi magħżula minn qabel u dawk li jipprezentaw l-offerti” huwa bbażat fuq l-Artikolu 51(3) tad-Direttiva 2004/17 li, skontu, l-awtoritajiet kontraenti “għandhom jivverifikaw [il-konformità ta] l-offerti sottomessi mill-persuni li jagħmlu l-offerti magħżula”. Dan ġie ddikjarat mill-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza MT Højgaard u Züblin²², li l-qorti tar-rinviju tagħmel riferiment għaliha espressament.

20 Ara l-punti 21 sa 23, 41 u 42 ta' dawn il-konkluzjonijiet.

21 Fir-rigward ta' dawn kollha, is-sentenza tas-26 ta' Ġunju 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone *et* (C-305/05, EU:C:2007:383), punt 18.

22 Kawża C-396/14, EU:C:2016:347, punt 40.

53. L-istess regola tidher ukoll fl-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24, li skontu “[h]uma biss daww l-operaturi ekonomiċi mistiedna jagħmlu dan mill-awtorità kontraenti [...] [li] jistgħu jissottomettu offerta [fi proċeduri ristretta]”.

54. Fl-aħħar mill-aħħar, dan ir-rekwiżit iservi sabiex jiġi ssalvagwardjat il-prinċipju ta’ ugwaljanza fit-trattament tal-offerenti²³. L-applikazzjoni stretta tiegħu għandha twassal “għall-konklużjoni li huma biss l-operaturi ekonomiċi li ġew ippreselezzjonati bħala tali li jistgħu jipprezentaw offerti u jsiru offerenti rebbieħa”²⁴.

55. L-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24 huwa intiż li jiżgura li l-proċeduri ristretti jkunu hekk fil-verità, jiġifieri, li fihom jiġu pprezentati offerti mill-operaturi ekonomiċi li ġew mistiedna biex jagħmlu dan mill-awtorità kontraenti biss, u mhux oħrajn. Din l-istedina tistabbilixxi l-kamp ta’ applikazzjoni li fih tiġi *ristretta* l-proċedura għall-għoti ta’ kuntratt mill-perspettiva suġġettiva.

56. Jekk operatur ekonomiku li ma jkunx ġie preselezzjonat jiġi awtorizzat jipprezenta offerta, ikun qiegħed jirċievi trattament privileġġat meta mqabbel tal-bqija tal-operaturi. Dawn tal-aħħar setgħu biss jipprezentaw l-offerti tagħhom wara li kienu talbu formalment sabiex jipparteċipaw fil-proċedura (ristretta) u wara li kienu pprezentaw l-evalwazzjoni korrispondenti mill-awtorità kontraenti.

57. Fil-kawża MT Højgaard u Züblin, il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li r-regola tal-identikità “[t]ista’ [t]ittaffa sabiex tiġi żgurata, fi proċedura nneozjata, kompetizzjoni suffiċjenti”²⁵. Din l-aħħar dikjarazzjoni għandha tintiehem fil-kuntest ta’ dik il-kawża, fejn il-każ inkwistjoni kien, kif diġà spjegajt, preċiżament il-kuntrarju ta’ dak diskuss bħalissa.

58. L-Avukat Ġenerali Mengozzi ddeskriva għustament it-termini tal-imsemmija kawża, billi pprezentaha “fil-kuntest fattwali li fih grupp ta’ żewġ impriżi, ikkostitwit fil-forma ta’ kumpannija kummerċjali u li kien ippreselezzjonat fi proċedura għall-għoti ta’ kuntratt, ġie xolt wara l-falliment ta’ wiehed miż-żewġ membri tiegħu u li fih l-awtorità kontraenti awtorizzat lill-membri li kien baqa’ jkompli jipparteċipa fil-proċedura minflok il-grupp u finalment tagħtu l-kuntratt minkejja l-fatt li dan il-membri bħala tali ma kienx ippreselezzjonat”²⁶.

59. Kieku f’dak il-każ kien ġie applikat strettament il-prinċipju ta’ identikità u, konsegwentement, kien ġie konkluz li l-membri li jifdal mir-raggruppament ta’ impriżi ma setax, inkwantu entitá differenti, ikompli jipparteċipa fil-proċedura, in-numru ta’ kandidati fil-għoti kien jitnaqqas għal tlieta. Madankollu, dan ir-riżultat kien imur kontra dak li jinsab stipulat fl-avviż għall-għoti ta’ kuntratt, li skontu l-awtorità kontraenti kienet tikkunsidra li l-kandidati kellhom ikunu mill-inqas erbgħa sabiex tiġi żgurata l-kompetizzjoni²⁷.

60. F’bilanċ bejn il-prinċipju ta’ ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti —li għalih iservi l-prinċipju ta’ identikità — u l-garanzija ta’ kompetizzjoni effettiva —fil-każ fejn, barra minn hekk, it-tnaqqis tan-numru ta’ offerenti jista’ jikkomprometti l-għoti—, il-Qorti tal-Ġustizzja kkonkludiet li l-prinċipju ta’ ugwaljanza ma jiġix ippreġudikat jekk “[jiġi awtorizzat] wiehed miż-żewġ operaturi ekonomiċi li kienu jagħmlu parti minn grupp ta’ impriżi li, bħala tali, kien mistieden jissottometti offerti minn din l-entitá, sabiex jissostitwixxi ruħu għal dan il-grupp wara x-xoljiment tiegħu u sabiex jipparteċipa,

23 Dan il-prinċipju “għandu l-għan li jiffavorixxi l-iżvilupp ta’ kompetizzjoni b’saħħitha u effettiva bejn l-impriżi li jipparteċipaw f’kuntratt pubbliku, jimponi li l-offerenti kollha jkollhom l-istess opportunitajiet fil-formulazzjoni tat-termini tal-offerti tagħhom u għaldaqstant jimplika li dawn ikunu suġġetti għall-istess kundizzjonijiet għall-kompetituri kollha”. Sentenza MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), punt 38.

24 Sentenza MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), punt 39.

25 Sentenza MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), punt 41.

26 Konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Mengozzi fil-kawża MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774), punt 48.

27 Dan jiġi spjegat fil-punti 10 u 42 tas-sentenza MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

fismu stess, fil-proċedura nnegozjata għall-ġhoti ta' kuntratt pubbliku, sakemm ikun stabbilit, minn naħa, li dan l-operatur ekonomiku *jissodisfa waħdu r-rekwiziti* ddefiniti mill-imsemmija entità u, min-naħa l-oħra, li l-kontinwazzjoni tal-partecipazzjoni tiegħu fl-imsemmija proċedura *ma twassalx għal deterjorazzjoni tas-sitwazzjoni kompetittiva* tal-offerenti l-oħrajn”²⁸.

61. Fil-kawża inkwistjoni xejn ma jindika li l-esklużjoni tal-impriza li assorbiet lill-oħra (jigifieri, fil-verità, dak li titlob Telecom Italia), flimkien mal-irtirar *motu proprio* tal-impriza assorbita, jirriżultaw f'restrizzjoni tan-numru ta' offerenti li, minħabba li huwa inqas mil-limitu minimu mitlub, jista' jwassal għall-impossibbiltà tal-ġhoti tal-kuntratt.

62. Għalhekk, ma huwiex meħtieġ li jiġu aġġustati r-rekwiziti tal-prinċipju ta' identità għall-finijiet, mhux tal-kompetizzjoni bejn l-offerenti, iżda proprju tal-prinċipju ta' żamma tal-proċedura għall-ġhoti ta' kuntratt. Għaldaqstant, peress li ċ-ċirkustanza speċifika u speċjali li tinsab fl-orijini tas-soluzzjoni adottata fis-sentenza MT Højgaard u Züblin²⁹, ma hijiex preżenti f'dan il-każ, fil-prinċipju, ma hemm l-ebda raġuni sabiex “jittaffa” r-rekwizit ta' identità.

63. Madankollu, il-Qorti tal-Ġustizzja qieset li kien xieraq li “jittaffa” l-prinċipju ta' identità minħabba li ma kienx jirrigwarda offerent assolutament differenti minn dawk preselezzjonati, intiz li jippreżenta offerta (li huwa, ninsisti, il-każ tipiku li hażeb fih il-leġizlatur tal-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24). Din qablet li dan jista' jitwettaq minn kumpannija li, minħabba r-rabta tagħha ma' wiehed mill-operaturi preselezzjonati (li, fil-verità, kienet tikkostitwixxi parti minnu) ma kinitx kompletament ġdida għal din il-proċedura.

64. Issa għandna wkoll każ fejn saret —jew kienet qiegħda ssir— bidla fl-istruttura patrimonjali ta' tnejn mill-operaturi preselezzjonati, fejn wiehed minnhom jassorbi lill-iehor. Konsegwentement, lanqas ma huwa każ ta' intervent possibbli minn parti kompletament ġdida fil-proċedura ristretta.

2. *L-effett tal-amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment fuq l-identità legali u materjali tal-offerent magħżul*

65. Skont l-informazzjoni pprovduta mill-qorti tar-rinviju, il-personalità ġuridika ta' Enel Opel Fiber ma esperjenzat l-ebda bidla fid-data li fiha din il-kumpannija, wara li ntgħażlet, ippreżentat l-offerta tagħha, li huwa l-mument preċiż tal-proċedura għall-ġhoti ta' kuntratt li tistaqsi dwaru l-qorti tar-rinviju. Fi kliemha, “il-kompożizzjoni [tagħha] ma nbidlitx fid-data tal-iskadenza tat-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti”.

66. F'dan is-sens, għandu jifakkar li, bħalma enfasizzat il-Kummissjoni³⁰, minħabba li l-amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment saret f'konċentrazzjoni ta' dimensjoni Ewropea, din ma setgħetx titwettaq mingħajr l-awtorizzazzjoni minn qabel tal-Kummissjoni (b'mod iktar preċiż, in-nuqqas ta' oppożizzjoni u d-dikjarazzjoni tal-kompatibbiltà tagħha mas-suq intern), li nġhatat fil-15 ta' Diċembru 2016, jigifieri xahrejn wara li għalaq it-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti.

67. Minkejja kollox, dak li verament jinteressa lill-qorti tar-rinviju huwa jekk, minħabba li diġà kienu għaddejnin in-negozjati għall-amalgamazzjoni meta l-awtorità kontraenti kienet għażlet l-operaturi msejja sabiex jiġu amalgamati, din iċ-ċirkustanza kinitx timplika ċerta bidla *materjali* fin-natura ta' Enel Open Fiber, li hija biżżejjed sabiex jiġi kkunsidrat li din il-kumpannija ma kinitx tikkoinċidi, *de facto*, inkwantu sugġett tad-dritt, ma' Enel Open Fiber li kienet ġiet preselezzjonata.

28 Sentenza MT Højgaard u Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), punt 44, enfasi miżjuda.

29 Kawża C-396/14, EU:C:2016:347.

30 Punt 31 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tagħha.

68. Fi kliem ieħor, id-dubju huwa dwar jekk huwiex biżżejjed, sabiex issir esklużjoni mill-proċedura (ristretta) ta' għoti ta' kuntratt, il-fatt li tkun *qiegħda sseħħ* bidla fl-istruttura patrimonjali tal-offerent preselezzjonat li jassorbi jew jipproponi li jassorbi offerent ieħor preselezzjonat ukoll³¹.

69. Jista' jiġi argumentat, favur l-esklużjoni, li, matul il-proċess ta' amalgamazzjoni li għandha tiġi mmaterjalizzata permezz tal-bidla strutturali tal-kumpannija li assorbiet lill-oħra u dik assorbita, il-prinċipji ta' trasparenza u ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti jimponu li jiġi anticipat dan ir-riżultat fl-istess mument meta, permezz tal-ftehim ta' amalgamazzjoni propost, diġà jkun hemm prinċipju ta' *konfużjoni materjali* stabbilit bejn il-kumpanniji kkonċernati. B'dan il-mod, għalhekk, kienet tinqasam l-identikità materjali bejn min intgħażel u min ipprezenta offerta, li, għal dawn il-finijiet, ma tibqax l-istess entità.

70. Madankollu, naħseb li dan l-argument ma huwiex konvinċenti. Minn naħa, f'din il-kawża, jiġi injorat il-fatt li ż-żewġ operaturi (dak li jassorbi lill-ieħor u dak assorbit) kienu, qabel l-amalgamazzjoni, preselezzjonati sabiex jipprezentaw offerti, b'tali mod li wiehed jista' jikkellem kemm dwar ix-xoljiment tal-*identikità materjali*, kif ukoll dwar kontinwità, *materjali* wkoll, ta' wiehed u tal-ieħor.

71. Min-naħa l-oħra, li r-rekwiżit ta' *identikità materjali* jkun daqstant estrem, fir-rigward ta' amalgamazzjoni ta' kumpanniji permezz ta' assorbiment, naħseb li huwa sproporzjonat. Fi tranżazzjoni ta' dan it-tip, il-kumpannija li tassorbi lill-oħra żżomm in-natura legali tagħha u tkabbar il-patrimonju tagħha, billi tikseb dak tal-kumpannija assorbita³². Fil-verità, minn perspettiva *materjali*, din il-varjazzjoni tal-patrimonju tal-impriża li tassorbi lill-oħra ma hijiex differenti minn dik li tinholoq permezz ta' zieda fil-kapital azzjonarju tagħha jew tranżazzjonijiet oħrajn simili. Kieku l-offerenti preselezzjonati ma kinux jistgħu jwettqu dan it-tip ta' tranżazzjonijiet korporattivi matul il-proċedura ristretta għall-għoti ta' kuntratt, minħabba li dan jibdel l-*identikità materjali* tagħhom, il-kapaċità korporattiva tagħhom kienet tkun inutilment imxejja u b'mod sproporzjonat.

72. Matul is-seduta, Telecom Italia spjegat l-osservazzjonijiet bil-miktub tagħha, fejn irrikonnoxxiet li dan it-tip ta' tranżazzjonijiet (inklużi l-amalgamazzjonijiet) ikunu irrilevanti, mill-perspettiva inkwistjoni, kieku jinvolvu operaturi godda fil-proċedura għall-għoti ta' kuntratt. Fl-opinjoni tiegħi, b'hekk tammetti li, fil-verità, l-ilment tagħha ma jirrigwardax il-preżervazzjoni tal-identikità materjali tal-offerent preselezzjonat (minħabba li, jekk tiġi segwita t-teorija inizjali tagħha, tinbidel ukoll bl-assorbiment ta' kwalunkwe impriża oħra) iżda il-perikoli ta' kollużjoni li jistgħu jirriżultaw mill-amalgamazzjoni ma' kandidat ieħor tal-istess sejha għal offerti.

73. Il-projbizzjoni tal-bidliet fl-istruttura azzjonarja tal-impriża preselezzjonata, waqt li tkun għaddeja l-proċedura ristretta għall-għoti ta' kuntratt, tista' twassal, barra minn hekk, għan-nuqqas ta' certezza legali li jenfasizza l-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat) fid-digriet tar-rinviju tiegħu³³.

31 Kif tenfasizza Telecom Italia fl-osservazzjonijiet bil-miktub tagħha (punt 31), "f'dan ix-xenarju, id-destin legali-formali [ulterjuri] tal-kumpannija assorbita (Metroweb Sviluppo) ma huwiex ta' interess [...]; fil-verità, huwa biżżejjed li tvarja l-identikità sostanzjali iktar milli dik legali, tal-kumpannija li tassorbi lill-oħra (Open Fiber) [...] sabiex l-amalgamazzjoni tirriżulta inkompatibbli [mal-]prinċipju stabbilit fl-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24".

32 Skont l-Artikolu 3(1) tad-Direttiva 2011/35/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-5 ta' April 2011 dwar il-mergers ta' kumpanniji pubbliċi b'responsabbiltà limitata (ĠU 2011, L 110, p. 1), "merger permezz tal-akkwist" hija t-tranżazzjoni li permezz tagħha "kumpannija waħda jew aktar jiġu stralċjati mingħajr ma' jispicċaw f'likwidazzjoni u jittrasferixxu lil xi oħra l-attiv u l-passiv kollu tagħhom bi skambju għall-hruġ lill-azzjonisti tal-kumpannija jew kumpanniji li qed jiġu akkwistati ta' ishma fil-kumpannija li qed takkwista u pagament fi flus, jekk ikun il-każ, li ma jeċċedix l-10% tal-valur nominali tal-ishma hekk mahruġa jew, meta m'għandhomx valur nominali, tal-parità kontabbli tagħhom".

33 "Jekk il-prinċipji li jistgħu jiġu dedotti mill-Artikolu 28(2) jittiehdu f'sens tant wiesa', ikun diffiċli li l-konsegwenzi jiġu kkontrollati mill-awtoritajiet kontraenti u jinholoq ir-riskju kontinwu li tinholoq l-invalidità *ex post* tal-atti ta' għoti [...] b'kuntrast evidenti mal-prinċipju generali ta' stabbiltà tas-sitwazzjonijiet legali" (punt 8.3 *in fine* tad-digriet tar-rinviju).

74. Proprju d-Direttiva 2014/24 tinkludi l-possibbiltà li, wara ristrutturazzjoni korporattiva (rizultat ta', fost l-oħrajn, proċess ta' amalgamazzjoni), kuntrattur ġdid jissostitwixxi lil dak magħżul bħala offerent rebbieh, mingħajr in-neċessità li tinbeda proċedura ġdida għall-ġhoti ta' kuntratt³⁴. Jekk il-kundizzjonijiet li għalihom il-leġizlatur issugġetta din il-possibbiltà jiġu ssodisfatti³⁵, ma nsibx raġuni għaliex din id-dispożizzjoni ma tistax tiġi applikata wkoll fil-każ ta' proċedurali tkun għaddejja³⁶.

75. Fl-aħħar nett, għandu jiġi enfasizzat li l-possibbiltà ta' kawża ta' esklużjoni għal dan il-motiv għandha tidher *espressament* fid-dokumenti tal-proċedura tal-ġhoti ta' kuntratt, fil-leġizlazzjoni nazzjonali jew fid-dispożizzjonijiet tad-dritt tal-Unjoni li jirregolawha. Dan ma huwiex il-każ f'din il-kawża, minhabba li l-argumenti tas-sentenza Specializuotas transportas³⁷ huma applikabbli b'mod sħiħ fuq "il-fatt li jiġi impost fuq l-offerenti [...] obbligu [li] la jinsab fid-dritt nazzjonali applikabbli u lanqas fis-sejha għal offerenti jew fl-ispeċifikazzjonijiet tal-kuntratt, [għalhekk] ma jikkostitwixxix kundizzjoni ddefinita b'mod ċar, fis-sens tal-ġurisprudenza msemmija"³⁸.

3. Il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament fir-rigward (tal-bqija) tal-operaturi magħżula

76. Fuq il-bażi tal-kontinwità bejn iż-żewġ operaturi preselezzjonati (il-kumpannija li tassorbi lill-oħra u dik assorbita), nikkunsidra li ma hemmx motivi sabiex jiġi kkonstatat ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament fil-konfront tal-offerenti l-oħrajn. L-ebda wiehed minn dawn tal-aħħar ma jkollu jikkompeti ma' operatur ekonomiku kompletament ġdid fil-proċedura ristretta, iżda ma' wiehed li għandu konnessjoni *materjali* innegabbli maż-żewġ operaturi li wkoll kienu preselezzjonati u kellhom jiġu sugġetti għall-istess proċedura ta' evalwazzjoni.

77. Għaldaqstant, ma kien hemm l-ebda ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament *fil-mument tal-preżentazzjoni tal-offerti*, li f'dan il-każ huwa prinċipalment sinjifikattiv. Irrispettivament minn jekk sussegwentement ġietx amalgamata ma' wiehed mill-operaturi preselezzjonati, il-fatt huwa li anki Enel Open Fiber għaddiet mill-proċedura ta' preselezzjoni, anki jekk iċ-ċirkustanzi tagħha kienu differenti ħafna minn dawk ta' parti terza li kienet ġiet mistiedna mingħajr ma kellha ssegwi l-proċedura li l-operaturi ammessi għall-proċedura ristretta kellhom josservaw.

78. Il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti, li għandu l-għan li jiffavorixxi l-iżvilupp ta' kompetizzjoni tajba u effettiva bejn l-imprizi li jipparteċipaw f'kuntratt pubbliku, jimponi li l-offerenti kollha għandhom jingħataw l-istess opportunitajiet fil-formulazzjoni tat-termini tal-offerti tagħhom. Għaldaqstant, jimplika li dawn l-offerti jkunu sugġetti għall-istess kundizzjonijiet għall-kompetituri kollha³⁹, b'tali mod li l-effettività tagħhom tiġi estiza għall-proċedura ta' ġhoti tal-kuntratt, b'mod partikolari, kemm fil-mument ta' preparazzjoni tal-kandidaturi tagħhom kif ukoll tal-evalwazzjoni tagħhom mill-awtorità kontraenti⁴⁰.

34 Il-każ inkwistjoni msemmi b'mod partikolari fit-tieni inċiż tal-Artikolu 27(1)(d) huwa dan li ġej: "suċċessjoni universali jew parzjali fil-pożizzjoni tal-kuntrattur inizjali, wara operazzjonijiet ta' ristrutturar korporattiv, inkluż it-tehid ta' pussess, amalgamazzjoni, akkwist jew insolvenza ta' operatur ekonomiku iehor li jissodisfa l-kriterji tal-għażla kwalitattiva inizjalment stabbiliti, dejjem jekk din ma twassalx għal modifiki sostanzjali oħrajn għall-kuntratt u ma għandhiex l-għan li tevita l-applikazzjoni ta' din id-Direttiva".

35 Possibbiltà li tiġi spjegata kemm għall-finijiet tal-prinċipju ta' żamma tal-kuntratt, kif ukoll sabiex ma tiġix ippreġudikata l-possibbiltà ta' bidliet fl-azzjonisti, minhabba ndhil fl-iżvilupp normali tat-tranzazzjonijiet korporattivi. Dawn tal-aħħar jistgħu jiġu kkundizzjonati jekk il-bidliet li jsehhu fil-kapital kellhom effetti negattivi fuq il-proċeduri ristretta għall-ġhoti ta' kuntratt. Għalhekk, il-kumpanniji spicċaw imwaqqfa milli jwettqu l-proċessi ta' ristrutturazzjoni korporattiva.

36 Skont il-premessa 110 tad-Direttiva 2014/24, "[...] l-offerent li jwettaq il-kuntratt għandu jkun jista', b'mod partikolari fejn il-kuntratt ikun ingħata lill-aktar minn impriza wahda, li jgħaddi minn ċerti bidliet strutturali matul it-tweġiq tal-kuntratt, bħar-riorganizzazzjonijiet purament interni, takeovers, amalgamazzjonijiet u akkwisti jew insolvenza. Tali bidliet strutturali ma għandhomx awtomatikament jirrikjedu proċeduri ta' akkwist godda għall-kuntratti pubbliċi kollha mwettqa minn dak l-offerent".

37 Sentenza tas-17 ta' Mejju 2018 (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 *Ibidem*, punt 24.

39 Sentenza tat-12 ta' Marzu 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), punt 33, b'riferiment għall-ġurisprudenza.

40 Fir-rigward ta' dawn kollha, is-sentenza tas-16 ta' Diċembru 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731), punt 45.

79. Il-fatt li l-amalgamazzjoni taż-żewġ operaturi sehħet wara d-data tal-iskadenza tat-terminu għall-preżentazzjoni tal-offerti, iżda *qabel il-klassifikazzjoni definittiva ta' dawn*⁴¹, setgħet tippregudika lill-bqija tal-offerenti minhabba li tqegħedhom f'sitwazzjoni ta' inugwaljanza? Ma naħsibx li huwa hekk. L-element determinanti huwa li l-kuntratt finalment jingħata lil min jissodisfa l-kundizzjonijiet stabbiliti fl-avviż tal-kuntratt, dejjem jekk l-offerent rebbieh ma jkunx irċieva trattament privilegġat matul il-proċedura.

80. B'mod partikolari, f'dan ir-rigward, minhabba li hija proċedura ristretta, il-fatturi li ġejjin irrizultaw rilevanti:

- Minn naħa, il-fatt li Enel Open Fiber kienet debitament preselezzjonata u n-natura legali tagħha ma nbidlitx, anki jekk l-istruttura azzjonarja tagħha nbidlet meta assorbit offerent ieħor.
- Min-naħa l-oħra, il-fatt li Metroweb Sviluppo, l-offerent assorbit, finalment ma ppreżenta l-ebda offerta, minkejja li kien ġie preselezzjonat. Fl-aħħar mill-aħħar, din l-informazzjoni timplika li l-amalgamazzjoni taż-żewġ operaturi rrizultat fil-preżentazzjoni ta' offerta unika.

81. Fil-verità, ir-rinunzja ta' Metroweb għall-kandidatura tagħha lanqas ma kienet assolutament indispensabbli, f'termini tal-garanzija tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament, minhabba li l-Qorti tal-Ġustizzja ddecidiet li l-offerenti marbuta bejniethom jistgħu jippreżentaw offerti fl-istess hin u fl-istess proċedura, dejjem jekk ma jkunux "offerti kkoordinati jew miftiehma, jiġifieri mhux awtonomi u lanqas indipendenti, li jkunu jistgħu għaldaqstant jiksbulhom vantaġġi mhux iġġustifikati fil-konfront tal-offerenti l-oħra"⁴².

82. Fil-verità, ir-riskji possibbli ta' kollużjoni li setgħu jitqajmu fir-rigward tat-tranzazzjoni ta' amalgamazzjoni proprjament ma għandhomx x'jaqsmu ma' bidla fl-identità materjali ta' Enel Open Fiber, iżda mal-fatt li twettqu kuntatti ingusti bejn tnejn mill-offerenti, irrispettivament minn jekk kinux involuti fi proċedura ta' amalgamazzjoni jew le.

83. Xejn ma jindika li l-offerti ta' Metroweb Sviluppo u ta' Enel Open Fiber kienu kkoordinati jew miftiehma u, fi kwalunkwe każ, finalment wahda minnhom biss ġiet ippreżentata, b'tali mod li huwa eliminat ir-riskju ta' kollużjoni.

84. Barra minn hekk, il-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat) jeskludi espressament li l-ftehim ta' amalgamazzjoni kien intiz li jevita r-regoli ta' kompetizzjoni u li "kien sostanzjalment intiz sabiex jibdel il-bilanċ tas-sejha għal offerti, għad-detriment tal-offerenti l-oħrajn u għall-awtorità kontraenti proprja [...] Ma jistax jiġi ddikjarat li l-koncentrazzjoni mwettqa b'applikazzjoni tal-ftehim qafas tal-10 ta' Ottubru 2016 tirrappreżenta, minnha nnifisha, Prattika kollużorja fost il-partecipanti fis-sejha għal offerti"⁴³.

41 Kif diġà għidt (punt 17), l-amalgamazzjoni saret fit-23 ta' Jannar 2017, filwaqt li l-klassifikazzjoni provvizorja tal-offerenti rebbieha tal-hames lottijiet ġiet ippubblikata l-ġurnata ta' wara, fl-24.

42 Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324), punt 29.

43 Digriet tar-rinviju, punt 8.4.

85. Minkejja kollox, wiehed jista' jistaqsi f'liema każijiet amalgamazzjoni li tkun għaddejja tista' tippreġudika l-prinċipju ta' ugwaljanza. Ma neskludix li, b'mod astratt, dan jista' jigrigi meta, bi ksur tal-Artikolu 7(1) tar-Regolament tal-KE dwar l-Għaqdiet⁴⁴, l-amalgamazzjoni tkun bdiet *de facto* topera, b'tali mod li jkun jista' jsir skambju ta' informazzjoni bejn l-operaturi kkonċernati—u preselezzjonati— li jista' jqeghedhom f'sitwazzjoni ta' vantaġġ fir-rigward tal-bqija tal-offerenti⁴⁵.

86. Hija l-qorti tar-rinviju li għandha tiddetermina jekk dan kienx il-każ f'din il-kawża, għalkemm, nirrepeti, jidher li, bħalma jintqal fid-digriet tar-rinviju, l-amalgamazzjoni strutturali taż-żewġ kumpanniji “tmur lil hinn minn ftehim kollużorju bejn żewġ offerenti intizi li jibdlu l-bilanċ ta' sejha għal offerti”⁴⁶.

87. Fil-qosor, il-preżentazzjoni ta' offerta minn offerent matul l-amalgamazzjoni ma' offerent ieħor magħżul ukoll ma hijiex inkompatibbli mal-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24, hlief jekk iż-żewġ operaturi jikkoordinaw jew jiftiehm u l-aġir tagħhom, fil-kuntest ta' proċedura ristretta għall-ghoti ta' kuntratt, b'tali mod li jkunu jistgħu jgawdu vantaġġi ingusti meta mqabbla mal-offerenti l-oħrajn, li għandu jiġi ddeterminat mill-qorti nazzjonali.

V. Konkluzjoni

88. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet magħmula iktar 'il fuq, nipproponi li l-Qorti tal-Ġustizzja tirispondi lill-Consiglio di Stato (il-Kunsill tal-Istat, l-Italja) kif ġej:

“L-Artikolu 28(2) tad-Direttiva 2014/24/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-akkwist pubbliku u li tħassar id-Direttiva 2004/18/KE għandu jiġi interpretat fis-sens li ma jipprekludix li, fi proċedura ristretta, operatur ekonomiku li kkonkluda ftehim ta' amalgamazzjoni permezz ta' assorbiment ma' operatur ekonomiku ieħor magħżul ukoll jiġi ammess, dejjem jekk:

- tali ftehim ta' amalgamazzjoni ma jkunx ġie implimentat la legalment u lanqas materjalment qabel il-fażi ta' preżentazzjoni ta' offerti; u
- iż-żewġ operaturi ma jkunux ikkoordinaw jew ftiehm u l-aġir tagħhom, fil-kuntest tal-proċedura ristretta għall-ghoti ta' kuntratt, b'tali mod li jkunu jistgħu jgawdu minn vantaġġi ingusti meta mqabbla mal-offerenti l-oħrajn, li għandu jiġi ddeterminat mill-qorti nazzjonali.”

44 Li skontu, “[k]onċentrazzjoni b'dimensjoni Komunitarja [...] jew konċentrazzjoni li għandha tkun eżaminata mill-Kummissjoni [...] ma għandhiex tkun implimentata qabel tkun notifikata jew qabel ma tkun dikjarata kompatibbli mas-suq komuni permezz ta' deċiżjoni [...]”.

45 Dan jirrigwarda l-każijiet inklużi fil-punt 29 tas-sentenza *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), imdahhal qabel. Eventwalment, din l-ipotezi tista' ssehh jekk, ladarba jkun beda l-proċess ta' amalgamazzjoni qabel il-preżentazzjoni ta' offerti, l-implementazzjoni materjali (u illegali) tiegħu qabel id-deċiżjoni tal-Kummissjoni tikkundizzjona l-kontenut tal-offerta ta' Enel Open Fiber, bl-istess mod kif kien jiġri li kieku din l-istess imprima u Metroweb Sviluppo kienu kkoordinaw sabiex jallinjaw l-aġir tagħhom matul il-fażijiet suċċessivi tal-proċedura, għad-detriment tal-bqija tal-operaturi.

46 Digriet tar-rinviju, punt 8.4.