



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

11 juli 2019*

„Prejudiciële verwijzing – Gunning van overheidsopdrachten voor leveringen en werken – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 28, lid 2 – Niet-openbare procedure – Geschikte ondernemers die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd – Noodzaak om een juridische en feitelijke identiteit te behouden tussen de geselecteerde gegadigde en de gegadigde die de inschrijving doet – Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers”

In zaak C-697/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 19 oktober 2017, ingekomen bij het Hof op 11 december 2017, in de procedure

Telecom Italia SpA

tegen

Ministero dello Sviluppo Economico,

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

in tegenwoordigheid van:

OpEn Fiber SpA,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Vijfde kamer, C. Lycourgos, E. Juhász (rapporteur) en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Şereş, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 november 2018,

gelet op de opmerkingen van:

– Telecom Italia SpA, vertegenwoordigd door F. Lattanzi, F. Cardarelli en F. S. Cantella, avvocati,

* Procestaal: Italiaans.

- Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, vertegenwoordigd door F. Isgrò, P. Messina en D. Cutolo, avvocati,
- OpEn Fiber SpA, vertegenwoordigd door L. Torchia, avvocatessa,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. Aiello, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte, P. Ondrůšek en T. Vecchi als gemachtigden,
- de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, vertegenwoordigd door M. Sánchez Rydelski en C. Zatschler als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 januari 2019,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 28, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van vijf beroepen van Telecom Italia SpA tot nietigverklaring van de besluiten die Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (hierna: „Infratel”), een onderneming die door het Ministero dello Sviluppo Economico (ministerie van Economische ontwikkeling, Italië) is belast met het beheer van projecten voor de aanleg van een breedband- en ultrabreedbandnetwerk in Italië, heeft vastgesteld met betrekking tot de gunning van overheidsopdrachten voor het opzetten, onderhouden en beheren in verschillende Italiaanse regio's (Abruzzes, Molise, Emilia-Romagna, Lombardije, Toscane en Veneto) van openbare ultrabreedbandnetwerken.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/17/EG

- 3 Artikel 51, lid 3, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1) bepaalde:

„De aanbestedende diensten toetsen de door de [...] geselecteerde inschrijvers ingediende inschrijvingen aan de op de inschrijvingen toepasselijke regels en voorschriften, en gunnen de opdracht op basis van de in de artikelen 55 en 57 genoemde criteria.”

Richtlijn 2014/24

4 Volgens artikel 2, lid 1, punt 12, van richtlijn 2014/24 wordt de „gegadigde” omschreven als „een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging, of is uitgenodigd, om deel te nemen aan een niet-openbare procedure, een mededingingsprocedure met onderhandeling, een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, een concurrentiegerichte dialoog of een innovatiepartnerschap”.

5 Artikel 28 van deze richtlijn, met het opschrift „Niet-openbare procedure”, luidt als volgt:

„1. In een niet-openbare procedure kan elke ondernemer naar aanleiding van een oproep tot mededinging een verzoek tot deelname indienen die de in bijlage V, deel B of deel C, bedoelde informatie bevat, door verstrekking van de door de aanbestedende dienst gevraagde informatie voor de kwalitatieve selectie.

[...]

2. Alleen de ondernemers die na beoordeling van de verstrekte informatie door de aanbestedende dienst daartoe worden verzocht, kunnen een inschrijving doen. De aanbestedende dienst kan overeenkomstig artikel 65 het aantal geschikte gegadigden die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd, beperken.

[...]”

Italiaans recht

6 Bij 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 (wetsbesluit nr. 50 ter omzetting van richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende de gunning van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, alsmede tot herschikking van de vigerende regeling inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: „wetboek overheidsopdrachten”) zijn bovengenoemde richtlijn in Italiaans recht omgezet.

7 Artikel 61 van het wetboek overheidsopdrachten, met als opschrift „Niet-openbare procedure”, waarbij artikel 28, lid 2, van richtlijn 2014/24 is omgezet, bepaalt in lid 3:

„Na beoordeling van de verstrekte informatie door de aanbestedende dienst, kunnen alleen de ondernemers die daartoe worden verzocht een inschrijving doen.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

8 In mei 2016 heeft Infratel voor rekening van het ministerie van Economische ontwikkeling een niet-openbare procedure uitgeschreven voor de gunning van overheidsopdrachten voor het opzetten, onderhouden en beheren in de zogenoemde „witte” zones in verschillende Italiaanse regio’s (Abruzzes, Molise, Emilia-Romagna, Lombardije, Toscane en Veneto) van een passief openbaar ultrabreedbandnetwerk.

- 9 Deze gunningsprocedure was onderdeel van de uitvoering van steunregeling SA.41647 (2016/N) („*Strategia Italiana Banda Ultra-Larga*”), die door de Italiaanse autoriteiten op 10 augustus 2015 is aangemeld en bij besluit [C(2016) 3931 final] van de Commissie van 30 juni 2016 is goedgekeurd.
- 10 Die procedure betrof de gunning van vijf percelen en bestond uit drie fases:
 - indiening van de verzoeken tot deelname (uiterlijk 18 juli 2016);
 - verzending, aan de geselecteerde ondernemers, van de brieven met een uitnodiging om deel te nemen (uiterlijk 9 augustus 2016), en
 - indiening van inschrijvingen (uiterlijk 17 oktober 2016).
- 11 Voor alle vijf percelen zijn verzoeken om deelname ingediend door Telecom Italia alsook met name door Metroweb Sviluppo Srl en Enel OpEn Fiber SpA (hierna: „OpEn Fiber”). Hoewel Metroweb Sviluppo was geselecteerd, heeft zij uiteindelijk geen inschrijving gedaan.
- 12 Infratel publiceerde op 9 januari 2017 de lijst van de inschrijvers die tot deelneming aan de procedure werden uitgenodigd, en op 24 januari 2017 de voorlopige ranglijst van de gekozen inschrijvers. OpEn Fiber stond voor alle vijf percelen op de eerste plaats, terwijl Telecom Italia voor alle percelen op de tweede plaats stond, behalve voor perceel nr. 4, waarvoor zij de derde plaats innam.
- 13 Aangezien Telecom Italia ontevreden was over de uitkomst van de betrokken procedure, heeft zij verzocht om toegang tot de documenten in het dossier die betrekking hadden op die procedure.
- 14 Uit die documenten blijkt dat op een tijdstip tussen de preselectiefase en 17 oktober 2016, de uiterste datum voor indiening van de inschrijvingen, de holdings Enel SpA en Metroweb Italia SpA op 10 oktober 2016 een bindende raamovereenkomst hebben gesloten die bepaalde dat OpEn Fiber alle aandelen van Metroweb SpA, die eigenaar van Metroweb Sviluppo was, zou verwerven, wat dus tot de fusie door overneming van Metroweb SpA zou leiden en dientengevolge tot de fusie door overneming van Metroweb Sviluppo door OpEn Fiber. Ter uitvoering van deze raamovereenkomst is op 23 januari 2017 besloten tot de overneming van Metroweb Sviluppo door OpEn Fiber.
- 15 Dat voornemen tot concentratie werd op 10 november 2016 overeenkomstig verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1) bij de Europese Commissie aangemeld. Bij besluit van 15 december 2016 (zaak M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (PB 2017, C 15, blz. 1) besloot de Commissie zich daar niet tegen te verzetten.
- 16 De gunning van de vijf betrokken percelen is door Telecom Italia met vijf beroepen aangevochten bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), die alle beroepen heeft verworpen. Daarop heeft Telecom Italia tegen die beslissingen van die rechter hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).
- 17 De Consiglio di Stato vraagt zich af of in het kader van een in artikel 28 van richtlijn 2014/24 geregelde niet-openbare procedure als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, het vereiste van juridische en feitelijke identiteit dat door het Hof op basis van artikel 51 van richtlijn 2004/17 is geformuleerd in het arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), kan worden toegepast.
- 18 De verwijzende rechter merkt voorts op dat de fusie die in het hoofdgeding aan de orde is, op de datum van de indiening van de inschrijvingen (17 oktober 2016) nog maar net was begonnen en dat, aangezien zij pas later is voltooid, de structuur van OpEn Fiber op die datum dus nog niet was gewijzigd.

- 19 Volgens die rechter kan niet worden aangetoond dat de partijen met de betrokken fusieovereenkomst een mededingingsverstoring kartel hebben willen opzetten ter beperking van de concurrentie in het kader van de aanbestedingsprocedure die in het hoofdgeding aan de orde is.
- 20 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en de volgende prejudiciële vraag aan het Hof voorgelegd:

„Moet artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat de gepreselecteerde ondernemers juridisch en economisch identiek dienen te zijn aan de ondernemers die in het kader van de niet-openbare procedure inschrijvingen indienen en moet, meer in het bijzonder, deze bepaling aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een overeenkomst die tussen de holdings die het beheer voeren over twee gepreselecteerde ondernemingen wordt gesloten op een tijdstip tussen de preselectie en de indiening van inschrijvingen, wanneer: a) deze overeenkomst (onder andere) de totstandkoming van een fusie door overneming van een van de gepreselecteerde ondernemingen door een andere van deze ondernemingen tot doel en tot gevolg heeft (een transactie waarvoor de Europese Commissie overigens toestemming heeft verleend); b) de fusie volle werking krijgt na de indiening van de inschrijving door de overnemende onderneming (reden waarom op het moment van het indienen van de inschrijving de samenstelling van die onderneming geen wijzigingen vertoonde ten opzichte van die op het moment van de preselectie); c) de onderneming die vervolgens is overgenomen (waarvan de samenstelling geen wijzigingen vertoonde op de uiterste datum voor indiening van de inschrijvingen) evenwel heeft besloten niet deel te nemen aan de niet-openbare procedure, waarschijnlijk in uitvoering van de overeenkomst die tussen de holdings is gesloten?”

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 21 Volgens Infratel, OpEn Fiber en de Italiaanse regering moet het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk worden verklaard omdat het zowel irrelevant voor het hoofdgeding als hypothetisch van aard is, dan wel omdat het niet aansluit op echte twijfels van de verwijzende rechter.
- 22 In dat verband zij eraan herinnerd dat het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing draagt, om, rekening houdend met de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, is het Hof dus in beginsel verplicht daarop te antwoorden. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 10 juli 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 23 In de onderhavige zaak blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de procedure voor het plaatsen van een opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, onderworpen is aan de in de aankondiging van de opdracht vervatte regels, waarvan er een verwijst naar artikel 61 van het wetboek overheidsopdrachten, waarbij artikel 28 van richtlijn 2014/24 is omgezet. Voorts bevat het dossier geen enkel element op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of hypothetisch van aard is. Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, is de voorgelegde vraag namelijk bedoeld om hem in staat te stellen te bepalen of deze bepaling van richtlijn 2014/24 een volstreekte identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemers en de inschrijvende ondernemers in het kader van een niet-openbare procedure voor het plaatsen van opdrachten voorschrijft.

- 24 Daarenboven is het weliswaar zo dat de Consiglio di Stato de redenen vermeldt die zijns inziens pleiten voor een bepaalde uitlegging van artikel 28 van richtlijn 2014/24, maar dat wil nog niet zeggen dat hij geen twijfels heeft over de betekenis van deze bepaling. Door zijn standpunt kenbaar te maken, werkt hij loyaal samen met het Hof in het kader van de prejudiciële procedure en geeft hij gehoor aan de uitnodiging in punt 17 van de aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures (PB 2018, C 257, blz. 1), volgens hetwelk „[d]e verwijzende rechterlijke instantie [...] ook beknopt [kan] vermelden hoe de prejudiciële vragen haars inziens zouden moeten worden beantwoord”, welke aanwijzing in punt 17 „nuttig voor het Hof” wordt genoemd.
- 25 In die omstandigheden moet het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk worden geacht.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 26 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het, gelet op het vereiste van juridische en feitelijke identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemers en de ondernemers die de inschrijvingen indienen, eraan in de weg staat dat in het kader van een niet-openbare procedure tot gunning van een overheidsopdracht een inschrijving kan worden ingediend door een gepreselecteerde gegadigde die zich ertoe verbindt om een andere gepreselecteerde gegadigde over te nemen krachtens een fusie-overeenkomst die tussen de preselectiefase en de fase van de indiening van de inschrijvingen is gesloten en na laatstgenoemde fase is uitgevoerd.
- 27 Overeenkomstig artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 kunnen alleen de ondernemers die na beoordeling van de verstrekte informatie door de aanbestedende dienst daartoe worden verzocht, een inschrijving doen.
- 28 Deze regel is ingevoerd voor de niet-openbare procedure, die in verschillende fases verloopt, en met name voor de preselectiefase en de fase waarin de inschrijvingen worden gedaan.
- 29 Blijkens de bewoordingen van artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 moet de ondernemer die een inschrijving indient in beginsel de ondernemer zijn die gepreselecteerd was.
- 30 Deze bepaling voorziet niet in regels voor de wijzigingen die zich eventueel hebben voorgedaan ten aanzien van de structuur of de economische en technische capaciteit van de gepreselecteerde gegadigde.
- 31 In de soortgelijke context van richtlijn 2004/17 heeft het Hof, in het arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), de vraag naar het effect van die wijzigingen tijdens een onderhandelingsprocedure tot gunning van een overheidsopdracht onderzocht in het licht van de algemene beginselen van het Unierecht, met name het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, alsmede de doelstellingen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten.
- 32 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting met name betekenen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst, en dat deze beginselen de grondslag vormen van de regels van de Unie op het gebied van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 33 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, in het kader van een onderhandelingsprocedure, zou erop neerkomen dat enkel gepreselecteerde ondernemers als zodanig offertes kunnen indienen en de opdracht enkel aan hen kan worden gegund (zie in die zin arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punten 38 en 39).
- 34 Deze benadering berust op artikel 28, lid 2, van richtlijn 2014/24, volgens hetwelk „[a]lleen de ondernemers die na beoordeling van de verstrekte informatie door de aanbestedende dienst daartoe worden verzocht, [...] een inschrijving [kunnen] doen”, wat veronderstelt dat de gepreselecteerde ondernemers feitelijk en rechtens identiek zijn aan de ondernemers die de offertes indienen (zie naar analogie arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 40).
- 35 Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat in een onderhandelingsprocedure, in geval van ontbinding van een combinatie van ondernemingen die als zodanig gepreselecteerd was en waarvan twee ondernemers deel uitmaakten, een van die twee ondernemers in de plaats mag treden van die combinatie en aan die procedure mag blijven deelnemen, zonder dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, mits vast komt te staan dat deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de vereisten die oorspronkelijk door de aanbestedende dienst waren omschreven en de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen (zie in die zin arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 48 en dictum).
- 36 Opgemerkt zij dat in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, zowel de juridische als de feitelijke identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemer en de ondernemer die een inschrijving had ingediend, was gewijzigd, aangezien het ten eerste niet de als zodanig gepreselecteerde combinatie van ondernemingen was die aan de procedure was blijven deelnemen, maar slechts één van de ondernemers van die combinatie, en ten tweede de economische en technische capaciteit van de oorspronkelijke gegadigde was verminderd ingevolge het verlies van capaciteit door een van de betrokken ondernemers. Die wijziging kon evenwel verdere deelneming aan de procedure niet beletten, indien aan de door het Hof gestelde voorwaarden was voldaan.
- 37 In dat verband moet worden benadrukt dat het hoofdgeding daarentegen betrekking heeft op een situatie waarin een van de inschrijvers zijn capaciteiten heeft uitgebreid door een van de andere gepreselecteerde inschrijvers te verwerven.
- 38 Derhalve moet worden bepaald of in die omstandigheden de juridische en feitelijke identiteit van de gepreselecteerde inschrijvers is gewijzigd.
- 39 In casu staat vast dat, wat OpEn Fiber betreft, is voldaan aan het vereiste van juridische identiteit tussen de gepreselecteerde gegadigde en die welke een inschrijving heeft ingediend.
- 40 Daarentegen blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat tussen de preselectiefase en de uiterste datum voor de indiening van de inschrijvingen, de twee inschrijvende holdings, OpEn Fiber en Metroweb Sviluppo, een bindende raamovereenkomst hebben gesloten die dus tot de fusie door overneming van Metroweb Sviluppo door OpEn Fiber moest leiden. Aangezien een duidelijk engagement was aangegaan, uit hoofde waarvan OpEn Fiber de activa van Metroweb Sviluppo moest verwerven, en OpEn Fiber, dat alleen nog wachtte op een besluit van de Commissie, dus redelijkerwijs kon rekenen op de capaciteit van Metroweb Sviluppo in het kader van haar toekomstige activiteit, moet worden vastgesteld dat er, zelfs al hebben de concrete en definitieve gevolgen van de betrokken

fusie zich pas voorgedaan na de indiening van de inschrijvingen, geen sprake was van feitelijke identiteit tussen OpEn Fiber op de datum van haar preselectie en deze onderneming op de uiterste datum voor de indiening van de inschrijvingen.

- 41 Bijgevolg moet in het licht van de criteria als bedoeld in het arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punt 48), dat in punt 36 van het onderhavige arrest is aangehaald, worden nagegaan of, ondanks dit gebrek aan feitelijke identiteit, het gelijkheidsbeginsel kan worden geacht niet geschonden te zijn.
- 42 Dienaangaande moet worden benadrukt, zoals uit punt 37 van het onderhavige arrest blijkt, dat die criteria zijn geformuleerd in het kader van de zaak die tot dat arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), heeft geleid, die in wezen betrekking had op omstandigheden ten gevolge waarvan de capaciteiten van de oorspronkelijk gepreselecteerde inschrijver waren verminderd, terwijl de onderhavige zaak ziet op een situatie waarin een van de inschrijvers zijn capaciteiten heeft uitgebreid door een van de andere gepreselecteerde inschrijvers te verwerven. Dit verschil in situatie heeft noodzakelijkerwijs een weerslag op de toepassing in casu van die criteria, daar een vermindering van de capaciteiten van een inschrijver, anders dan een uitbreiding daarvan, aanleiding kan geven tot moeilijkheden in het kader van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht.
- 43 Door een gegadigde waarvan de economische en technische capaciteit sedert zijn preselectie aanzienlijk is verminderd, aan de procedure te laten deelnemen, zou immers de preselectieprocedure kunnen worden omzeild, aangezien een dergelijke gegadigde wiens capaciteit aldus is verminderd, in voorkomend geval niet gepreselecteerd was geweest.
- 44 In een onderhandelingsprocedure tot gunning van een overheidsopdracht heeft de aanbestedende dienst er belang bij dat de gepreselecteerde gegadigden hun economische en technische capaciteit gedurende de gehele procedure behouden daar het verlies van deze capaciteit afbreuk dreigt te doen aan het doel van deze procedure, dat erin bestaat een inschrijver te kiezen die in staat is die opdracht uit te voeren.
- 45 De omstandigheid dat een gegadigde zijn economische en technische capaciteit na de preselectie versterkt, druist daarentegen niet in tegen de belangen van de aanbestedende dienst. Het kan zelfs als normaal worden beschouwd dat een gegadigde zich de middelen verschafft die ervoor moeten zorgen dat zijn capaciteit een garantie vormt voor de goede uitvoering van de opdracht.
- 46 De economische en technische capaciteit kan, onder andere, worden versterkt door een beroep te doen op de middelen van andere ondernemers en in voorkomend geval door de gedeeltelijke of gehele overneming van een ondernemer, met inbegrip van een ondernemer die aan dezelfde onderhandelingsprocedure tot gunning van een overheidsopdracht deelneemt.
- 47 Gelet op deze overwegingen moet worden vastgesteld dat het criterium dat in wezen erin bestaat dat een ondernemer die als inschrijver aan een procedure tot gunning van een overheidsopdracht wil blijven deelnemen, bij gebrek aan juridische of feitelijke identiteit tussen deze ondernemer tijdens de preselectiefase en die ondernemer op de uiterste datum voor de indiening van de inschrijvingen, moet aantonen dat hij nog steeds voldoet aan de vereisten die oorspronkelijk door de aanbestedende dienst zijn omschreven, hypothetisch gezien is vervuld in een situatie waarin zijn materiële capaciteit alleen is toegenomen.
- 48 Aangaande de vervulling, in casu, van het criterium in verband met het feit dat de verdere deelneming door een inschrijver aan een procedure tot gunning van een overheidsopdracht geen nadeel mag berokkenen aan de concurrentiepositie van de andere inschrijvers, moet worden opgemerkt dat andere Unierechtelijke bepalingen dan die welke de overheidsopdrachten regelen precies ervoor moeten zorgen dat de vrije en onvervalste concurrentie binnen de interne markt niet in gevaar wordt gebracht

door fusies als die aan de orde in het hoofdgeding. Voor zover het gedrag van een marktdeelnemer aan die specifieke regels voldoet, kan dus niet worden geoordeeld dat zijn deelneming aan een dergelijke operatie op zich nadeel berokkent aan de concurrentiepositie van de andere inschrijvers louter vanwege het feit dat de gefuseerde entiteit over een grotere economische en technische capaciteit zal beschikken.

- 49 Een overneming als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, moet dus worden verwezenlijkt met inachtneming van de Uniewetgeving, met name verordening nr. 139/2004.
- 50 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat in casu de Commissie op 15 december 2016, op grond van die verordening, heeft besloten om zich niet tegen de aangemelde operatie te verzetten.
- 51 Tevens moet worden toegevoegd dat de fusie tussen twee gepreselecteerde inschrijvers als zodanig weliswaar geen afbreuk heeft gedaan aan het gelijkheidsbeginsel, maar niet uit te sluiten valt dat gevoelige informatie betreffende de aanbestedingsprocedure tussen de bij de fusie betrokken partijen is uitgewisseld voordat zij was voltooid. Deze omstandigheid zou de overnemende inschrijver een ongerechtvaardigd voordeel ten opzichte van de andere inschrijvers tijdens de indiening van de inschrijvingen kunnen verschaffen, waarvan hun concurrentiepositie noodzakelijkerwijs nadeel zal ondervinden (zie naar analogie arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punt 29).
- 52 Een dergelijke situatie zou in beginsel voor de aanbestedende dienst kunnen volstaan om de offerte van de overnemende inschrijver niet in aanmerking te nemen (zie naar analogie arrest van 17 mei 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punt 31).
- 53 Die uitwisseling van informatie, die overigens in strijd kan zijn met zowel artikel 7 van verordening nr. 139/2004 – dat betrekking heeft op de opschorting van de totstandbrenging van concentraties die binnen de werkingssfeer van deze verordening vallen, zolang zij niet zijn toegestaan – als met artikel 101 VWEU, zoals de Commissie in haar opmerkingen heeft benadrukt, kan evenwel niet worden geacht te hebben plaatsgevonden. Uit de informatie waarover het Hof beschikt blijkt dat in casu geen onderling afgestemd gedrag is vastgesteld.
- 54 Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het, gelet op het vereiste van juridische en feitelijke identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemers en de ondernemers die de inschrijvingen indienen, niet eraan in de weg staat dat in het kader van een niet-openbare procedure tot gunning van een overheidsopdracht een inschrijving kan worden ingediend door een gepreselecteerde gegadigde die zich ertoe verbindt om een andere gepreselecteerde gegadigde over te nemen krachtens een fusie-overeenkomst die tussen de preselectiefase en de fase van de indiening van de inschrijvingen is gesloten en na laatstgenoemde fase is uitgevoerd.

Kosten

- 55 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 28, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat het, gelet op het vereiste van juridische

en feitelijke identiteit tussen de gepreselecteerde ondernemers en de ondernemers die de inschrijvingen indienen, niet eraan in de weg staat dat in het kader van een niet-openbare procedure tot gunning van een overheidsopdracht een inschrijving kan worden ingediend door een gepreselecteerde gegadigde die zich ertoe verbindt om een andere gepreselecteerde gegadigde over te nemen krachtens een fusie-overeenkomst die tussen de preselectiefase en de fase van de indiening van de inschrijvingen is gesloten en na laatstgenoemde fase is uitgevoerd.

ondertekeningen