



Repertoriul jurisprudenței

HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a cincea)

11 iulie 2019*

„Trimitere preliminară – Atribuire a unor contracte de achiziții publice de bunuri și de lucrări – Directiva 2014/24/UE – Articolul 28 alineatul (2) – Procedură restrânsă – Operatorii economici admiși să depună o ofertă – Necesitatea de a menține o identitate juridică și materială între candidatul preselectat și cel care depune oferta – Principiul egalității de tratament al ofertanților”

În cauza C-697/17,

având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia), prin decizia din 19 octombrie 2017, primită de Curte la 11 decembrie 2017, în procedura

Telecom Italia SpA

împotriva

Ministero dello Sviluppo Economico,

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

cu participarea:

OpEn Fiber SpA,

CURTEA (Camera a cincea),

compusă din domnul E. Regan, președinte de cameră, domnul K. Lenaerts, președintele Curții, îndeplinind funcția de președinte al Camerei a cincea, și domnii C. Lycourgos, E. Juhász (raportor) și I. Jarukaitis, judecători,

avocat general: domnul M. Campos Sánchez-Bordona,

grefier: doamna R. Șereș, administratoare,

având în vedere procedura scrisă și în urma ședinței din 15 noiembrie 2018,

luând în considerare observațiile prezentate:

- pentru Telecom Italia SpA, de F. Lattanzi, de F. Cardarelli și de F. S. Cantella, avocați;
- pentru Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, de F. Isgrò, de P. Messina și de D. Cutolo, avocați;

* Limba de procedură: italiana.

- pentru OpEn Fiber SpA, de L. Torchia, avvocatessa;
- pentru guvernul italian, de G. Palmieri, în calitate de agent, asistată de G. Aiello, avvocato dello Stato;
- pentru Comisia Europeană, de G. Conte, de P. Ondrůšek și de T. Vecchi, în calitate de agenți;
- pentru Autoritatea AELS de Supraveghere, de M. Sánchez Rydelski și de C. Zatschler, în calitate de agenți,

după ascultarea concluziilor avocatului general în ședința din 23 ianuarie 2019,

pronunță prezenta

Hotărâre

- 1 Cererea de decizie preliminară privește interpretarea articolului 28 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).
- 2 Această cerere a fost formulată în cadrul a cinci acțiuni introduse de Telecom Italia SpA în scopul de a obține anularea deciziilor adoptate de Infrastrutture e Telecomunicazioni Infratel per l'Italia (Infratel Italia) SpA (denumită în continuare „Infratel”), societate însărcinată de Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerul Dezvoltării Economice, Italia) cu gestionarea unor proiecte de înființare a unei rețele de bandă largă și ultralargă în Italia, în ceea ce privește atribuirea unor contracte de achiziții publice pentru construirea, întreținerea și gestionarea unor rețele publice de bandă ultralargă în mai multe regiuni din Italia (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana și Veneto).

Cadrul juridic

Dreptul Uniunii

Directiva 2004/17/CE

- 3 Articolul 51 alineatul (3) din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (JO 2004, L 134, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3) prevedea:

„Entitățile contractante verifică dacă ofertele prezentate de către ofertanții selectați sunt conforme cu normele și cerințele aplicabile ofertelor și atribuie contractul pe baza criteriilor prevăzute la articolele 55 și 57.”

Directiva 2014/24

- 4 În conformitate cu articolul 2 alineatul (1) punctul 12 din Directiva 2014/24, „candidatul” este definit drept „un operator economic care a solicitat o invitație de participare sau a fost invitat să participe la o procedură restrânsă, la o procedură competitivă cu negociere, la o procedură de negociere fără publicare prealabilă, la un dialog competitiv sau la un parteneriat pentru inovare”.

- 5 Articolul 28 din directiva menționată, intitulat „Procedura restrânsă”, are următorul cuprins:

„(1) În cazul procedurilor restrânse, orice operator economic poate depune o cerere de participare ca răspuns la o invitație la o procedură concurențială de ofertare cuprinzând informațiile prevăzute în anexa V partea B sau C, după caz, furnizând informațiile pentru selecția calitativă care sunt solicitate de către autoritatea contractantă.

[...]

(2) Numai operatorii economici invitați în acest sens de autoritatea contractantă după evaluarea informațiilor furnizate pot depune o ofertă. Autoritățile contractante pot limita numărul candidaților corespunzători pentru a fi invitați să participe la procedură în conformitate cu articolul 65.

[...]”

Dreptul italian

- 6 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 (Decretul legislativ nr. 50 privind transpunerea Directivelor 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE referitoare la atribuirea unor contracte de concesiune, atribuirea unor contracte de achiziții publice și atribuirea unor contracte de achiziții efectuate de entități care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, precum și pentru reorganizarea reglementării aplicabile în materie de contracte de achiziții publice de lucrări, de servicii și de bunuri) din 18 aprilie 2016 (supliment ordinar la GURI nr. 91 din 19 aprilie 2016, denumit în continuare „Codul contractelor de achiziții publice”) a transpus în dreptul italian, directivele menționate mai sus.
- 7 Articolul 61 din Codul contractelor de achiziții publice, intitulat „Procedura restrânsă”, a transpus articolul 28 alineatul (2) din Directiva 2014/24. Acest articol prevede la alineatul (3):

„În urma evaluării de către autoritățile contractante a informațiilor furnizate, numai operatorii economici invitați pot depune o ofertă.”

Litigiul principal și întrebarea preliminară

- 8 În luna mai a anului 2016, Infratel a lansat, în numele Ministerului Dezvoltării Economice, o procedură restrânsă în scopul atribuirii unor contracte de achiziții publice pentru construcția, întreținerea și gestionarea unei rețele pasive publice în bandă ultralargă în așa-numitele „zone albe” din mai multe regiuni ale Italiei (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toscana și Veneto).
- 9 Această procedură de licitație se înscria în cadrul punerii în aplicare a schemei de ajutor de stat SA.41647 (2016/N) („*Strategia Italiana Banda Ultra-Larga*”), notificată de autoritățile italiene la 10 august 2015 și aprobată printr-o decizie a Comisiei din 30 iunie 2016 [C(2016) 3931 final].
- 10 Procedura menționată se referea la atribuirea a cinci loturi și cuprindea următoarele trei etape:
- depunerea cererilor de participare (până la 18 iulie 2016);
 - trimiterea scrisorilor de invitație operatorilor preselecțai (până la 9 august 2016) și

– depunerea ofertelor (până la 17 octombrie 2016).

- 11 Pentru fiecare dintre aceste cinci loturi au depus cereri de participare Telecom Italia, precum și, printre alții, Metroweb Sviluppo Srl și Enel OpEn Fiber SpA (denumită în continuare „OpEn Fiber”). Deși a fost preselecțată, Metroweb Sviluppo nu a depus în cele din urmă o ofertă.
- 12 Infratel a publicat, la 9 ianuarie 2017, lista ofertanților admiși și, la 24 ianuarie 2017, clasamentul provizoriu al ofertanților câștigători. OpEn Fiber s-a clasat pe primul loc în fiecare dintre cele cinci loturi, în timp ce Telecom Italia s-a clasat pe al doilea loc, cu excepția lotului nr. 4, în care a ocupat al treilea loc.
- 13 Nemulțumită de rezultatul procedurii în cauză, Telecom Italia a prezentat o cerere de acces la documentele care figurează în dosarul aferent acestei proceduri.
- 14 Din aceste documente rezultă că, între etapa de preselecție și 17 octombrie 2016, data limită de depunere a ofertelor, Enel SpA și Metroweb Italia SpA, societăți holding, au încheiat, la 10 octombrie 2016, un acord-cadru cu caracter obligatoriu care prevedea că OpEn Fiber ar achiziționa toate acțiunile societății Metroweb SpA, care deținea Metroweb Sviluppo, această achiziție determinând astfel fuziunea prin absorbție a Metroweb SpA și, în consecință, a Metroweb Sviluppo, de către OpEn Fiber. În conformitate cu acest acord-cadru, absorbția societății Metroweb Sviluppo de către OpEn Fiber a fost decisă la 23 ianuarie 2017.
- 15 Acest proiect de concentrare fusese notificat Comisiei Europene la 10 noiembrie 2016 în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (JO 2004, L 24, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 201). Prin decizia din 15 decembrie 2016 (Cauza M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (JO 2017, C 15, p. 1), Comisia a decis să nu se opună concentrării menționate.
- 16 Telecom Italia a contestat atribuirea celor cinci loturi în cauză prin intermediul a cinci acțiuni introduse la Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), care le-a respins pe toate. Ulterior, Telecom Italia a declarat apel împotriva deciziilor pronunțate astfel de această instanță la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia).
- 17 Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) solicită să se stabilească dacă, în cadrul unei proceduri restrânse reglementate de articolul 28 din Directiva 2014/24 precum cea în discuție în litigiul principal, cerința privind identitatea juridică și materială stabilită de Curte în ceea ce privește articolul 51 din Directiva 2004/17 în Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), se poate aplica.
- 18 Această instanță subliniază în plus că, la data depunerii ofertelor, 17 octombrie 2016, operațiunea de fuziune în discuție în litigiul principal de abia începuse, finalizarea acesteia intervenind doar ulterior, și că, în consecință, la această dată, structura OpEn Fiber rămânea neschimbată.
- 19 Potrivit instanței menționate, ar fi imposibil să se demonstreze că, prin acordul de fuziune în cauză, părțile au urmărit să realizeze o înțelegere anticoncurențială, având scop restrângerea concurenței în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziții în discuție în litigiul principal.
- 20 În aceste condiții, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarea întrebare preliminară:

„Articolul 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că impune o identitate juridică și economică deplină între operatorii preselecțați și cei care depun oferte în cadrul unei proceduri restrânse și în special această dispoziție trebuie interpretată în sensul că se opune unui acord încheiat între societățile holding care controlează doi operatori preselecțați într-un moment

cuprins între preselecție și depunerea ofertelor, în cazul în care: a) un astfel de acord are ca obiect și ca efect (*inter alia*) realizarea unei fuziuni prin absorbția uneia dintre întreprinderile preselectate de către o alta dintre acestea (operațiune, de altfel, autorizată de Comisia Europeană), b) efectele operațiunii de fuziune s-au produs după depunerea ofertei de către întreprinderea absorbantă (astfel încât, la momentul depunerii ofertei, componența acesteia nu era modificată față de cea existentă la momentul preselecției) și c) întreprinderea ulterior absorbită (a cărei componență nu era modificată la data limită pentru depunerea ofertelor) a decis însă să nu participe la procedura restrânsă, probabil în aplicarea programului contractual stabilit prin acordul încheiat între societățile holding?”

Cu privire la admisibilitatea cererii de decizie preliminară

- 21 În opinia Infratel, a OpEn Fiber și a guvernului italian, cererea de decizie preliminară trebuie declarată inadmisibilă ca urmare atât a faptului că nu este relevantă pentru procedura principală, cât și a caracterului său ipotetic sau a faptului că nu răspunde unei îndoieli reale a instanței de trimitere.
- 22 În această privință, trebuie amintit că numai instanța națională care este sesizată cu soluționarea litigiului și care trebuie să își asume răspunderea pentru hotărârea judecătorească ce urmează a fi pronunțată are competența să aprecieze, luând în considerare particularitățile cauzei, atât necesitatea unei decizii preliminare pentru a fi în măsură să pronunțe propria hotărâre, cât și relevanța întrebărilor pe care le adresează Curții. În consecință, în cazul în care întrebările adresate privesc interpretarea dreptului Uniunii, Curtea este, în principiu, obligată să se pronunțe. Curtea poate refuza să se pronunțe asupra unei întrebări preliminare adresate de o instanță națională numai atunci când este evident că interpretarea solicitată a dreptului Uniunii nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul litigiului principal, atunci când problema este de natură ipotetică sau atunci când Curtea nu dispune de elementele de fapt și de drept necesare pentru a răspunde în mod util la întrebările care i-au fost adresate (Hotărârea din 10 iulie 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17, EU:C:2018:551, punctul 31 și jurisprudența citată).
- 23 În speță, reiese din decizia de trimitere că procedura de achiziții publice în discuție în litigiul principal este reglementată de normele conținute în anunțul de participare, iar una dintre acestea face trimitere la articolul 61 din Codul contractelor de achiziții publice, care transpune articolul 28 din Directiva 2014/24. În plus, niciun element din dosar nu permite să se considere că interpretarea dreptului Uniunii solicitată nu ar avea nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul litigiului principal ori că problema ar fi de natură ipotetică. Astfel, așa cum a arătat instanța de trimitere, întrebarea adresată urmărește să îi permită să stabilească dacă această dispoziție a Directivei 2014/24 impune o identitate totală între operatorii preselecți și cei care prezintă ofertele în cadrul unei proceduri restrânse de atribuire a unor contracte.
- 24 Pe de altă parte, deși este adevărat că Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) prezintă motivele care, în opinia sa, ar determina o anumită interpretare a articolului 28 din Directiva 2014/24, aceasta nu înseamnă însă că el nu are îndoieli cu privire la sensul dispoziției respective. Prezentându-și punctul de vedere, această instanță cooperează în mod loial cu Curtea în cadrul procedurii preliminare și dă curs invitației care figurează la punctul 17 din Recomandările în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterilor preliminare (JO 2018, C 257, p. 1), potrivit căruia „[i]nstanța de trimitere poate de asemenea să își expună succint punctul de vedere cu privire la răspunsul care ar trebui să fie dat la întrebările adresate cu titlu preliminar”, expunere pe care acest punct 17 o califică drept „utilă pentru Curte”.
- 25 În aceste condiții, cererea de decizie preliminară trebuie să fie considerată admisibilă.

Cu privire la întrebarea preliminară

- 26 Prin intermediul întrebării formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, având în vedere cerința privind identitatea juridică și materială între operatorii economici preselecțati și cei care depun ofertele, se opune ca, în cadrul unei proceduri restrânse de atribuire a unui contract de achiziții publice, un candidat preselecțat care se angajează să absoarbă un alt candidat preselecțat, în temeiul unui acord de fuziune încheiat între etapa de preselecție și cea de depunere a ofertelor și executat după această etapă de depunere, să poată depune o ofertă.
- 27 În conformitate cu articolul 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24, numai operatorii economici invitați în acest sens de autoritatea contractantă după evaluarea informațiilor furnizate pot depune o ofertă.
- 28 Această normă este prevăzută pentru procedura restrânsă, care se desfășoară în mai multe etape și în special pentru etapa de preselecție și pentru cea de depunere a ofertelor.
- 29 Reiese din modul de redactare a articolului 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24 că operatorul economic care depune o ofertă trebuie să fie, în principiu, cel care a fost preselecțat.
- 30 Această dispoziție nu prevede norme privind modificările eventual intervenite în structura sau în capacitatea economică și tehnică a candidatului preselecțat.
- 31 În contextul similar al Directivei 2004/17, Curtea a examinat aspectul impactului unor astfel de modificări în cursul unei proceduri negociate de atribuire a unui contract de achiziții publice în Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), în lumina principiilor generale ale dreptului Uniunii, în special a principiului egalității de tratament și a obligației de transparență care decurge din acesta, precum și a obiectivelor dreptului respectiv în materie de achiziții publice.
- 32 În această privință, trebuie amintit că principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 37 și jurisprudența citată).
- 33 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții. O aplicare strictă a principiului egalității de tratament între ofertanți, în cadrul unei proceduri negociate, ar conduce la concluzia că numai operatorii economici care au fost preselecțati ca atare pot prezenta oferte și pot deveni ofertanți câștigători (a se vedea în acest sens Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctele 38 și 39).
- 34 Acest demers se întemeiază pe articolul 28 alineatul (2) din Directiva 2014/24, potrivit căruia „[n]umai operatorii economici invitați în acest sens de autoritatea contractantă după evaluarea informațiilor furnizate pot depune o ofertă”, ceea ce presupune o identitate juridică și materială între operatorii economici preselecțati și cei care prezintă ofertele (a se vedea prin analogie Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 40).

- 35 Cu toate acestea, Curtea a statuat de asemenea că, în cadrul unei proceduri negociate, în cazul dizolvării unui grup preselectat ca atare, din care au făcut parte doi operatori economici, unul dintre aceștia poate să se substituie grupului respectiv și să continue procedura menționată, fără ca principiul egalității de tratament să fie încălcat, cu condiția de a se stabili că acest operator economic îndeplinește singur cerințele stabilite inițial de autoritatea contractantă și că continuarea participării sale la procedura amintită nu atrage o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți (a se vedea în acest sens Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 48 și dispozitivul).
- 36 Trebuie să se arate că, în cauza în care s-a pronunțat hotărârea menționată, atât identitatea juridică, cât și identitatea materială între operatorul preselectat și cel care a depus o ofertă au fost modificate, din moment ce, pe de o parte, nu grupul de întreprinderi preselectat ca atare a continuat procedura, ci numai unul dintre operatorii din acest grup, și, pe de altă parte, capacitatea economică și tehnică a candidatului inițial a fost redusă prin pierderea capacității unuia dintre operatorii economici în cauză. Totuși, această modificare nu era de natură să împiedice continuarea procedurii, dacă condițiile stabilite de Curte erau respectate.
- 37 În această privință, trebuie subliniat că litigiul principal privește, în schimb, o situație în care unul dintre ofertanți și-a mărit capacitățile prin achiziția unuia dintre ceilalți ofertanți preselectați.
- 38 Prin urmare, trebuie să se stabilească dacă, în aceste împrejurări, identitatea juridică și materială a ofertanților preselectați a fost modificată.
- 39 În speță, este cert că, în ceea ce privește OpEn Fiber, cerința privind identitatea juridică între candidatul preselectat și cel care a prezentat o ofertă a fost respectată.
- 40 În schimb, reiese din cererea de decizie preliminară că, între etapa de preselecție și data limită de depunere a ofertelor, societățile holding a doi dintre ofertanți, OpEn Fiber și Metroweb Sviluppo, au încheiat un acord-cadru cu caracter obligatoriu care are vocația de a determina astfel fuziunea prin absorbție a Metroweb Sviluppo de către OpEn Fiber. În măsura în care fusese asumat un angajament ferm în temeiul căruia OpEn Fiber trebuia să achiziționeze activele Metroweb Sviluppo, iar OpEn Fiber, deși aștepta o decizie a Comisiei, se putea baza, prin urmare, în mod rezonabil pe capacitatea Metroweb Sviluppo în cadrul activității sale viitoare, este necesar să se constate, chiar dacă efectele concrete și definitive ale operațiunii de fuziune în cauză nu s-au produs decât după prezentarea ofertelor, o inexistență a unei identități materiale între OpEn Fiber la data la care a fost preselectată și această societate la data-limită de depunere a ofertelor.
- 41 În consecință, este necesar să se examineze dacă, în pofida acestei inexistențe a unei identități materiale, principiul egalității poate fi considerat că nu a fost încălcat, având în vedere criteriile menționate în Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 48), citată la punctul 36 din prezenta hotărâre.
- 42 În această privință, trebuie să se sublinieze, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 37 din prezenta hotărâre, că aceste criterii au fost elaborate în cadrul cauzei în care s-a pronunțat Hotărârea din 24 mai 2016, MT Højgaard și Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), menționată, care privea în esență împrejurări în care capacitățile ofertantului preselectat inițial au scăzut, în timp ce prezenta cauză privește o situație în care unul dintre ofertanți și-a mărit capacitățile prin achiziția unuia dintre ceilalți ofertanți preselectați. Această diferență de situație are în mod necesar un impact asupra aplicării, în speță, a criteriilor menționate, din moment ce, spre deosebire de o creștere a capacităților unui ofertant, o reducere a acestora poate determina dificultăți în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

- 43 Astfel, a permite unui candidat, a cărui capacitate economică și tehnică a scăzut semnificativ de la preselecția acestuia, să depună o ofertă ar putea conduce la o eludare a procedurii de selecție, dat fiind că un asemenea candidat a cărui capacitate a fost astfel redusă nu ar fi fost, după caz, preselectat.
- 44 Într-o procedură negociată de atribuire a unui contract de achiziții publice, este în interesul autorității contractante ca, atunci când candidații au fost preselectați, aceștia să își mențină capacitatea economică și tehnică pe tot parcursul procedurii, întrucât pierderea acestei capacități ar putea aduce atingere obiectivului acestei proceduri, care constă în a alege un ofertant capabil să execute contractul menționat.
- 45 În schimb, nu este contrar intereselor autorității contractante ca un candidat să își consolideze capacitatea sa economică și tehnică după selecție. Se poate chiar considera că este normal ca un candidat să se doteze cu mijloace care să îi permită să se asigure de capacitatea sa de a garanta buna executare a contractului.
- 46 Această creștere a capacității economice și tehnice poate include utilizarea mijloacelor altor operatori economici și, după caz, absorbția parțială sau completă a unui operator economic, inclusiv a unui operator economic care participă la aceeași procedură negociată de atribuire a unui contract de achiziții publice.
- 47 Având în vedere aceste considerații, trebuie să se constate că criteriul privind în esență stabilirea faptului că un operator economic care dorește să continue o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în calitate de ofertant, în lipsa unei identități juridice sau materiale între acest operator economic în etapa de selecție și același operator la data limită a depunerii ofertelor, trebuie să dovedească că îndeplinește în continuare cerințele stabilite inițial de autoritatea contractantă este îndeplinit prin ipoteză într-o situație în care capacitatea sa materială doar a crescut.
- 48 În ceea ce privește, în speță, criteriul privind faptul că continuarea participării ofertantului la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice nu trebuie să determine o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți, trebuie să se arate că dispozițiile dreptului Uniunii distincte de cele care reglementează contractele de achiziții publice vizează în mod specific să asigure că existența unei concurențe libere și nededurate în cadrul pieței interne nu este pusă în pericol prin operațiuni de fuziune precum cea în discuție în litigiul principal. Astfel, în măsura în care comportamentul unui actor economic respectă aceste norme specifice, nu se poate considera că participarea sa la o astfel de operațiune ar putea, în sine, să conducă la o deteriorare a situației concurențiale a celorlalți ofertanți prin simplul fapt că entitatea rezultată în urma fuziunii va beneficia de o capacitate economică și tehnică sporită.
- 49 Prin urmare, o absorbție precum cea în discuție în litigiul principal trebuie realizată cu respectarea reglementării Uniunii, în special a Regulamentului nr. 139/2004.
- 50 Or, reiese din cererea de decizie preliminară că, în speță, Comisia a decis la 15 decembrie 2016, în temeiul regulamentului menționat, să nu se opună operațiunii notificate.
- 51 Mai trebuie adăugat că, deși nu se aduce atingere principiului egalității prin simplul fapt al fuziunii dintre doi ofertanți preselectați ca atare, nu poate fi exclus și ca informații sensibile referitoare la procedura de atribuire a contractului să fi putut fi schimbate de părțile interesate de fuziune înainte de realizarea acesteia. Or, această împrejurare ar fi susceptibilă, cu ocazia depunerii ofertelor, să asigure avantaje nejustificate ofertantului care absoarbe în raport cu ceilalți ofertanți, determinând astfel în mod necesar o deteriorare a situației concurențiale a acestora din urmă (a se vedea prin analogie Hotărârea din 17 mai 2018, Specializuoas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punctul 29).

- 52 O asemenea situație ar fi suficientă, în principiu, pentru ca oferta ofertantului care absoarbe să nu poată fi luată în considerare de autoritatea contractantă (a se vedea prin analogie Hotărârea din 17 mai 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punctul 31).
- 53 Totuși, astfel de schimburi de informații, care, pe de altă parte, așa cum a arătat Comisia în observațiile sale, sunt susceptibile să încalce articolul 7 din Regulamentul nr. 139/2004, referitor la suspendarea oricărei concentrări care intră în domeniul său de aplicare până când aceasta este autorizată, la fel cum ar putea să încalce și articolul 101 TFUE, nu pot fi prezumate. Or, reiese din informațiile de care dispune Curtea că niciun comportament coluziv nu a fost stabilit în speță.
- 54 Rezultă din ansamblul considerațiilor care precedă că articolul 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, având în vedere cerința privind identitatea juridică și materială între operatorii economici preselecți și cei care depun ofertele, nu se opune ca, în cadrul unei proceduri restrânse de atribuire a unui contract de achiziții publice, un candidat preselectat care se angajează să absoarbă un alt candidat preselectat, în temeiul unui acord de fuziune încheiat între etapa de preselecție și cea de depunere a ofertelor și executat după această etapă de depunere, să poată depune o ofertă.

Cu privire la cheltuielile de judecată

- 55 Întrucât, în privința părților din litigiul principal, procedura are caracterul unui incident survenit la instanța de trimitere, este de competența acesteia să se pronunțe cu privire la cheltuielile de judecată. Cheltuielile efectuate pentru a prezenta observații Curții, altele decât cele ale părților menționate, nu pot face obiectul unei rambursări.

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a cincea) declară:

Articolul 28 alineatul (2) prima teză din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că, având în vedere cerința privind identitatea juridică și materială între operatorii economici preselecți și cei care depun ofertele, nu se opune ca, în cadrul unei proceduri restrânse de atribuire a unui contract de achiziții publice, un candidat preselectat care se angajează să absoarbă un alt candidat preselectat, în temeiul unui acord de fuziune încheiat între etapa de preselecție și cea de depunere a ofertelor și executat după această etapă de depunere, să poată depune o ofertă.

Semnături