



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 11 juli 2019*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 28.2 – Selektivt förfarande – Ekonomiska aktörer som inbjudits att lämna anbud – Huruvida det är nödvändigt att den utvalda sökanden och den sökande som lämnar anbudet ska fortsätta att vara identiska – Principen om likabehandling av anbudsgivarna”

I mål C-697/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 19 oktober 2017, som inkom till domstolen den 11 december 2017, i målet

Telecom Italia SpA

mot

Ministero dello Sviluppo Economico,

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

ytterligare deltagare i rättegången:

OpEn Fiber SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan, domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på femte avdelningen, samt domarna C. Lycourgos, E. Juhász (referent) och I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren R. Şereş,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 15 november 2018,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Telecom Italia SpA, genom F. Lattanzi, F. Cardarelli och F. S. Cantella, avvocati,

* Rättegångsspråk: italienska.

- Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, genom F. Isgrò, P. Messina och D. Cutolo, advokater,
- OpEn Fiber SpA, genom L. Torchia, advokatessa,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Aiello, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom G. Conte och P. Ondrůšek samt genom T. Vecchi, i egenskap av ombud,
- Eftas övervakningsmyndighet, genom M. Sánchez Rydelski och C. Zatschler, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 23 januari 2019 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 28.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).
- 2 Begäran har framställts i samband med att Telecom Italia SpA väckt talan i fem fall i syfte att ogiltigförklara beslut som antagits av Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA (nedan kallat Infratel), ett bolag som utsetts av Ministero dello Sviluppo Economico (ministeriet för ekonomisk utveckling, Italien) för förvaltning av projekt för att skapa ett nät för bredband och ultrasnabbt bredband i Italien, vad gäller tilldelning av offentliga kontrakt för att bygga, underhålla och förvalta allmänna ultrasnabba bredbandsnät i flera italienska regioner (Abruzzerna, Molise, Emilia-Romagna, Lombardiet, Toscana och Veneto).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/17/EG

- 3 I artikel 51.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), föreskrevs följande:

”Den upphandlande enheten skall kontrollera att anbuden från de anbudsgivare som valts ut på detta sätt överensstämmer med de regler och krav som skall tillämpas på anbud samt tilldela kontraktet på grundval av de kriterier som anges i artiklarna 55 och 57.”

Direktiv 2014/24

- 4 I artikel 2.1.12 i direktiv 2014/24 definieras *anbudssökande* som ”en ekonomisk aktör som har ansökt om att få eller inbjudits att lämna anbud vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande under konkurrens, ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling, en konkurrenspräglad dialog eller i ett innovationspartnerskap”.
- 5 Artikel 28 i det direktivet, med rubriken ”Selektivt förfarande”, har följande lydelse:

”1 Vid selektiva förfaranden får alla ekonomiska aktörer ansöka om att få delta efter en anbudsinfordran som innehåller den information som anges i del B eller C i bilaga V, allt efter omständigheterna, genom att lämna de upplysningar som krävs för det kvalitativa urvalet och som den upphandlande myndigheten begärt.

...

2 Endast de ekonomiska aktörer som inbjuds att delta av den upphandlande myndigheten efter det att den bedömt de inlämnade upplysningarna får lämna anbud. De upphandlande myndigheterna får i enlighet med artikel 65 begränsa antalet lämpliga anbudssökande som kommer att inbjudas att delta i förfarandet.

...”

Italiensk rätt

- 6 Direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU införlivades med italiensk rätt genom 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 (lagdekret nr 50 om införlivande av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU angående tilldelning av koncessionskontrakt, offentlig upphandling och offentlig upphandling som genomförs av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt omstrukturering av de regler som gäller för upphandling av byggentreprenader varor och tjänster) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016 (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).
- 7 Artikel 61 i lagen om offentlig upphandling, med rubriken ”Selektivt förfarande”, införlivade artikel 28.2 i direktiv 2014/24. Punkt 3 i denna artikel har följande lydelse:

”Endast de ekonomiska aktörer som inbjuds att delta av den upphandlande myndigheten – efter det att den bedömt de inlämnade upplysningarna – får lämna anbud.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 8 I maj 2016 inledde Infratel, på uppdrag av ministeriet för ekonomisk utveckling, ett selektivt förfarande för tilldelning av offentliga kontrakt för att bygga, underhålla och förvalta ett offentligt passivt ultra-snabbt bredbandsnät i de så kallade ”vita” områdena i flera italienska regioner (Abruzzerna, Molise, Emilia-Romagna, Lombardiet, Toscana och Veneto).

- 9 Detta anbuds förfarande ägde rum inom ramen för den statliga stödordningen SA.41647 (2016/N) ("*Strategia Italiana Banda Ultra-Larga*"), som anmäldes av de italienska myndigheterna den 10 augusti 2015 och godkändes genom kommissionens beslut av den 30 juni 2016 (C(2016) 3931 final).
- 10 Förfarandet gällde tilldelning av fem delkontrakt och bestod av följande tre etapper:
 - Senast den 18 juli 2016 skulle de intresserade företagen inkomma med ansökan om att få delta.
 - Senast den 9 augusti 2016 skulle inbjudan att delta skickas till aktörer som valts ut att lämna anbud.
 - Senast den 17 oktober 2016 skulle anbuderna lämnas.
- 11 För var och en av dessa fem delkontrakt ingavs ansökningar som att få delta av Telecom Italia samt bland annat av Metroweb Sviluppo Srl och Enel OpEn Fiber SpA (nedan kallat OpEn Fiber). Även om Metroweb Sviluppo valdes ut lämnade bolaget slutligen inte något anbud.
- 12 Infratel offentliggjorde den 9 januari 2017 förteckningen över de anbudsgivare som inbjudits att lämna anbud och den 24 januari 2017 den provisoriska rangordningen av anbudsgivarna. OpEn Fiber var på första plats för var och en av de fem delkontrakten, med Telecom Italia på andra plats, utom för delkontrakt 4 där det var på tredje plats.
- 13 Telecom Italia var inte nöjt med resultatet av det aktuella förfarandet och ingav en begäran om tillgång till handlingarna i ärendet rörande detta förfarande.
- 14 Av dessa handlingar framgår att under perioden mellan fasen för urval av anbudssökande och fristen för att lämna anbud, det vill säga den 17 oktober 2016, hade Enel SpA och Metroweb Italia SpA, två holdingbolag, den 10 oktober 2016 ingått ett bindande ramavtal som innebar att OpEn Fiber skulle förvärva samtliga aktier i Metroweb SpA, som ägdes av Metroweb Sviluppo. Detta förvärv innebar en fusion där OpEn Fiber absorberade Metroweb SpA och följaktligen Metroweb Sviluppo. Med tillämpning av detta ramavtal beslutades den 23 januari 2017 att OpEn Fiber skulle absorbera Metroweb Sviluppo.
- 15 Den föreslagna koncentrationen anmäldes till Europeiska kommissionen den 10 november 2016 i enlighet med rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1). Kommissionen beslutade den 15 december 2016 (ärende M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel OpEn Fiber/Metroweb Italia) (EUT C 15, 2017, s. 1) att inte motsätta sig detta.
- 16 Telecom Italia bestred tilldelningen av de fem berörda delkontrakten genom att väcka talan i fem fall vid Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), som ogillade talan i samtliga mål. Telecom Italia överklagade nämnda avgöranden till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).
- 17 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) vill få klarhet i huruvida, inom ramen för ett selektivt förfarande som regleras av artikel 28 i direktiv 2014/24, såsom det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen, kravet på att en sökande ska behålla sin identitet i rättsligt och materiellt hänseende, som fastställts av domstolen mot bakgrund av artikel 51 i direktiv 2004/17 i dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), kan vara tillämpligt.
- 18 Högsta förvaltningsdomstolen har även påpekat att vid tidpunkten för inlämnande av anbuderna den 17 oktober 2016 hade den aktuella fusionen endast påbörjats. Fusionen slutfördes först senare och OpEn Fibers struktur var därför oförändrad vid den aktuella tidpunkten.

- 19 Enligt denna domstol är det omöjligt att visa att parterna genom det relevanta fusionsavtalet ville genomföra ett konkurrensbegränsande avtal, vars syfte var att begränsa konkurrensen i det upphandlingsförfarande som är aktuellt i det nationella målet.
- 20 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 28.2 första meningen i direktiv 2014/24/EU tolkas så, att det föreskrivs att de ekonomiska aktörer som har valts ut att lämna anbud inom ramen för ett selektivt förfarande ska vara fullständigt identiska i rättsligt och ekonomiskt hänseende med dem som lämnar anbud, och ska nämnda bestämmelse i synnerhet tolkas så, att den utgör hinder för att de holdingbolag som är moderbolag till två utvalda aktörer ingår ett avtal under tiden mellan det första urvalet och anbudsgivningen varvid: a) nämnda avtal avser och resulterar (bland annat) i genomförande av en fusion varigenom ett av de utvalda företagen absorberas av ett av de övriga (en sammanslagning som för övrigt har godkänts av Europeiska kommissionen); b) fusionens verkningar visar sig efter det att det övertagande bolaget har lämnat in sitt anbud (vilket innebär att det övertagande bolagets sammansättning vid tidpunkten för anbudsgivningen inte var förändrad jämfört med den som gällde vid tidpunkten för det första urvalet); c) det företag som senare överläts (vars sammansättning inte var förändrad vid tidsfristen för anbudsgivningen) under alla omständigheter har funnit det lämpligt att inte delta i det selektiva förfarandet, troligen som ett led i genomförandet av den plan som holdingbolagen upprättade när de ingick avtalet?”

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

- 21 Enligt Infratel, OpEn Fiber och den italienska regeringen, bör begäran om förhandsavgörande avvisas, dels på grund av att den inte är relevant för huvudförfarandet, dels på grund av att den är hypotetisk och inte avser något verkligt tvivel från den hänskjutande domstolens sida.
- 22 Domstolen påpekar härvid att det uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 10 juli 2018, Jehovan Todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 23 Det framgår av beslutet om hänskjutande att det aktuella upphandlingsförfarandet omfattas av de regler som angetts i anbudsinfordran och en av dessa hänvisar till artikel 61 i lagen om offentlig upphandling, som införlivar artikel 28 i direktiv 2014/24. Det finns inte någon uppgift i handlingarna som kan läggas till grund för standpunkten att den begärda tolkningen av unionsrätten inte skulle ha något samband med de verkliga omständigheterna eller med föremålet för tvisten i den nationella domstolen eller att den är hypotetisk. Den hänskjutande domstolen har nämligen påpekat att den fråga som ställts syftar till att göra det möjligt för denna domstol att avgöra om det enligt bestämmelsen i direktiv 2014/24 krävs att de ekonomiska aktörer som valts ut för att lämna anbud och de ekonomiska aktörer som lämnar in anbuden i ett selektivt upphandlingsförfarande är helt identiska.

- 24 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har visserligen redovisat de skäl som den anser talar för en viss tolkning av artikel 28 i direktiv 2014/24, men det innebär inte att den inte är osäker på bestämmelsens innebörd. Genom att redogöra för sin uppfattning samarbetar den nationella domstolen lojalt med EU-domstolen i förfarandet för förhandsavgörande och följer uppmaningen i punkt 17 i rekommendationerna till nationella domstolar om begäran om förhandsavgöranden (EUT C 257, 2018, s. 1) enligt vilken "[d]en hänskjutande domstolen [även] får ... kortfattat redogöra för hur den anser att de frågor som hänskjuts för förhandsavgörande ska besvaras". En sådan redogörelse anses enligt punkt 17 vara "till hjälp för EU-domstolen".
- 25 Mot denna bakgrund ska begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning.

Tolkningsfrågan

- 26 Den nationella domstolen har ställt en fråga för att få klarhet i huruvida artikel 28.2 första meningen i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att med beaktande av kravet på att de ekonomiska aktörer som valts ut för att lämna anbud och de ekonomiska aktörer som lämnar anbud ska vara identiska i rättsligt och materiellt hänseende, utgör denna bestämmelse hinder mot att en utvald anbudssökande lämnar anbud inom ramen för ett selektivt förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, då den aktuella sökanden i enlighet med ett fusionsavtal som ingåtts under perioden mellan urvalsfasen och anbudsfasen åtagit sig att absorbera en annan utvald anbudssökande.
- 27 Enligt artikel 28.2 första meningen i direktiv 2014/24 får endast de ekonomiska aktörer lämna anbud som inbjuds att delta av den upphandlande myndigheten efter det att den bedömt de inlämnade upplysningarna.
- 28 Denna regel fastställs för det selektiva förfarandet, som sker i flera etapper, särskilt för urvalsfasen och anbudsfasen.
- 29 Av ordalydelsen i första meningen i artikel 28.2 i direktiv 2014/24 följer att den ekonomiska aktör som lämnar ett anbud i princip måste vara den aktör som valts ut för att delta i förfarandet.
- 30 Denna bestämmelse innehåller inga bestämmelser om eventuella förändringar i den utvalda anbudssökandens struktur eller ekonomiska och tekniska förmåga.
- 31 I ett liknande sammanhang enligt direktiv 2004/17 prövade domstolen frågan om inverkan av sådana förändringar under ett förhandlat förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt i dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), mot bakgrund av de allmänna unionsrättsliga principerna, särskilt principen om likabehandling och det transparenskrav som följer av denna princip, samt målen för denna rätt på området för offentlig upphandling.
- 32 Principen om likabehandling och transparenskyldigheten innebär bland annat att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuderna prövas av den upphandlande myndigheten och de utgör grunden för unionslagstiftningen om förfarandena vid offentlig upphandling (dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 37 och där angiven rättspraxis).
- 33 Enligt principen om likabehandling av anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling, krävs det att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. En strikt tillämpning av principen om likabehandling av anbudsgivare i samband med ett förhandlat förfarande leder till slutsatsen att endast de ekonomiska

aktörer som valts ut för att delta i förfarandet får lämna anbud och bli anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkterna 38 och 39).

- 34 Detta synsätt grundar sig på artikel 28.2 i direktiv 2014/24, där det anges att "[e]ndast de ekonomiska aktörer som inbjuds att delta av den upphandlande myndigheten efter det att den bedömt de inlämnade upplysningarna får lämna anbud", vilket förutsätter att de utvalda ekonomiska aktörerna och de ekonomiska aktörer som lämnar anbud är identiska i rättsligt och materiellt hänseende (se, analogt, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 40).
- 35 Domstolen slog emellertid även fast att i ett förhandlat förfarande, för det fall en företagsgrupp som valts ut för att delta i denna egenskap upplöses, är det möjligt för en av de två ekonomiska aktörerna som var medlemmar i gruppen att ersätta företagsgruppen och fullfölja förfarandet, utan att principen om likabehandling åsidosätts, förutsatt att det kan fastställas att den kvarvarande ekonomiska aktören på egen hand uppfyller de krav som ursprungligen uppställdes av den upphandlande myndigheten och att dess fortsatta deltagande i förfarandet inte leder till att konkurrenssituationen för övriga anbudsgivare försämras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 48 och domslutet).
- 36 Det bör framhållas att i det målet som ledde till denna dom hade det skett förändringar så att den ekonomiska aktör som valts ut för att delta och den ekonomiska aktör som lämnade anbud inte längre var identiska vare sig i rättsligt eller materiellt hänseende, eftersom det för det första inte var den företagsgrupp som i denna egenskap hade valts ut för att delta som fullföljde förfarandet utan endast en av de berörda ekonomiska aktörerna i gruppen, och den ursprungliga sökandens ekonomiska och tekniska kapacitet, för det andra, hade minskat på grund av förlorad kapacitet till följd av att en av de berörda ekonomiska aktörerna fallit bort. Denna förändring var dock inte av sådan art att den hindrade att förfarandet fortsätter, förutsatt att de villkor som fastställts av domstolen var uppfyllda.
- 37 I detta avseende är det viktigt att understryka att förevarande mål avser en situation där en av anbudsgivarna har ökat sin kapacitet genom att förvärva en av de övriga anbudsgivarna som valts ut för att delta i förfarandet.
- 38 Det är därför nödvändigt att fastställa huruvida, under dessa omständigheter, det har skett en ändring så att de anbudsgivare som valts ut för att delta inte är identiska i rättsligt och materiellt hänseende.
- 39 I förevarande fall är det utrett, vad gäller OpEn Fiber, att kravet är uppfyllt såvitt avser att den anbudssökande som valts ut för att delta och den anbudssökande som lämnat anbud ska vara identiska i rättsligt hänseende.
- 40 Däremot framgår det av begäran om förhandsavgörande att under tidsperioden mellan urvalsfasen och fristen för att lämna anbud, hade holdingbolagen till de två anbudsgivarna, OpEn Fiber och Metroweb Sviluppo, ingått ett bindande ramavtal som var avsett att leda till en fusion där OpEn Fiber absorberar Metroweb Sviluppo. Eftersom ett bindande åtagande gjorts enligt vilket OpEn Fiber skulle förvärva tillgångarna i Metroweb Sviluppo, och OpEn Fiber, även om det var underkastat kommissionens beslut, således rimligen kunde räkna med Metroweb Sviluppos kapacitet i sin framtida verksamhet, konstaterar domstolen, även om de konkreta och slutgiltiga effekterna av den berörda fusionen uppstod först efter ingivandet av anbuden, att OpEn Fiber vid tidpunkten då det valdes ut och detta bolag vid fristdagen för inlämnande av anbuden inte var identiskt i materiellt hänseende.
- 41 Följaktligen måste domstolen pröva huruvida det kan anses att likabehandlingsprincipen, trots att de aktuella aktörerna inte var identiska i materiellt hänseende, inte åsidosätts mot bakgrund av de kriterier som anges i domen av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 48), som det hänvisas till i punkt 36 i förevarande dom.

- 42 Det är i detta avseende viktigt att betona, såsom framgår av punkt 37 i förevarande dom, att dessa kriterier har utvecklats i det mål som ledde till nämnda dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), vilket i allt väsentligt rör omständigheter där kapaciteten hos den ursprungligen utvalda anbudsgivaren hade minskat, medan det aktuella fallet rör en situation där en av anbudsgivarna ökade sin kapacitet genom att förvärva en av de andra utvalda anbudsgivarna. Denna skillnad i omständigheter påverkar nödvändigtvis tillämpningen av dessa kriterier i det aktuella fallet, eftersom en minskning av en anbudsgivares kapacitet, tvärtemot en ökning av anbudsgivarens kapacitet, kan ge upphov till svårigheter i samband med ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt.
- 43 Att tillåta en anbudssökande vars ekonomiska och tekniska kapacitet har minskat avsevärt sedan det första urvalet att lämna anbud skulle kunna leda till att förfarandet för urval för att delta i förfarandet kringgås, eftersom en sådan anbudssökande med nedsatt kapacitet inte skulle ha valts ut.
- 44 Vid ett förhandlat förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt ligger det i den upphandlande myndighetens intresse att anbudssökande, när de har valts ut för att delta i förfarandet, bibehåller sin ekonomiska och tekniska kapacitet under hela förfarandet, eftersom förlusten av denna kapacitet riskerar att åsidosätta syftet med detta förfarande, det vill säga att välja en anbudsgivare som kan fullgöra kontraktet.
- 45 Däremot strider det inte mot den upphandlande myndighetens intresse att en anbudssökande stärker sin ekonomiska och tekniska kapacitet efter det första urvalet. Det kan till och med anses normalt att en anbudssökande vidtar åtgärder för att säkerställa att bolaget har kapacitet som garanterar ett korrekt fullgörande av kontraktet.
- 46 Denna förstärkning av den ekonomiska och tekniska kapaciteten kan inbegripa utnyttjande av andra ekonomiska aktörers resurser och, i förekommande fall, genom att helt eller delvis absorbera en ekonomisk aktör, inbegripet en ekonomisk aktör som deltar i samma förhandlade förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt.
- 47 Mot bakgrund av dessa överväganden konstaterar domstolen att kriteriet som i huvudsak består i ett fastställande av att en ekonomisk aktör som önskar fullfölja ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt som anbudsgivare då den ekonomiska aktören vid tidpunkten för urvalsfasen och denna ekonomiska aktör på fristdagen för inlämnande av anbud inte längre är identisk i rättsligt och materiellt hänseende, måste bevisa att det aktuella bolaget fortsätter att uppfylla de krav som ursprungligen angetts av den upphandlande myndigheten, får anses uppfyllt i en situation där den ekonomiska aktörens materiella kapacitet endast har ökat.
- 48 När det i förevarande fall gäller efterlevnaden av kriteriet som avser att anbudsgivarens fortsatta deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt inte får leda till en försämring av de övriga anbudsgivarnas konkurrenssituation, framhåller domstolen att andra unionsrättsliga bestämmelser än dem som reglerar offentlig upphandling är särskilt avsedda att säkerställa att en fri och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden inte hotas av sådana sammanslagningar som den som är i fråga i det nationella målet. Under förutsättning att en ekonomisk aktörs beteende är förenligt med dessa specifika regler kan dess deltagande i en sådan transaktion sig inte anses kunna leda till en försämring av konkurrenssituationen för de andra anbudsgivarna enbart på grund av att den sammanslagna enheten kommer att ha stärkt ekonomisk och teknisk kapacitet.
- 49 En sådan fusion genom absorption som är aktuell i det aktuella målet måste följaktligen genomföras i enlighet med unionsbestämmelserna, särskilt förordning nr 139/2004.
- 50 Det framgår dock av begäran om förhandsavgörande att kommissionen den 15 december 2016, i enlighet med den förordningen, beslutade att inte motsätta sig den anmälda transaktionen.

- 51 Det bör också tilläggas att även om principen om likabehandling inte åsidosätts enbart på grund av att två anbudsgivare som valts ut för att lämna anbud slås samman, kan detta inte utesluta att känsliga uppgifter om upphandlingsförfarandet har kunnat utväxlas mellan de berörda parterna innan sammanslagningen förverkligas. Detta förhållande kan, när anbuden lämnas in, medföra oberättigade fördelar för den absorberande anbudsgivaren i förhållande till övriga anbudsgivare och därmed nödvändigtvis leda till en försämring av sistnämnda anbudsgivares konkurrenssituation (se, analogt, dom av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 29).
- 52 En sådan situation är i princip tillräcklig för att den upphandlande myndigheten inte ska kunna beakta anbudet från den absorberande anbudsgivaren (se, analogt, dom av den 17 maj 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punkt 31).
- 53 I likhet med vad kommissionen påpekade i sitt yttrande kan emellertid ett sådant informationsutbyte, vilket för övrigt kan utgöra en överträdelse av artikel 7 i förordning nr 139/2004 angående uppskjutande av en koncentration som faller inom förordningens tillämpningsområde till dess att den godkänts, liksom en överträdelse av artikel 101 FEUF, inte presumeras. Det framgår dock av de uppgifter som ingetts till domstolen att något konkurrensbegränsande beteende inte har fastställts i förevarande fall.
- 54 Av det ovanstående framgår följande. Artikel 28.2 första meningen i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att med beaktande av kravet på att de ekonomiska aktörer som valts ut för att lämna anbud och de ekonomiska aktörer som lämnar anbud ska vara identiska i rättsligt och materiellt hänseende, utgör denna bestämmelse inte hinder mot att en utvald anbudssökande lämnar anbud inom ramen för ett selektivt förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, då den aktuella sökanden i enlighet med ett fusionsavtal som ingåtts under perioden mellan urvalsfasen och anbudsfasen åtagit sig att absorbera en annan utvald anbudssökande.

Rättegångskostnader

- 55 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 28.2 första meningen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas så, att med beaktande av kravet på att de ekonomiska aktörer som valts ut för att lämna anbud och de ekonomiska aktörer som lämnar anbud ska vara identiska i rättsligt och materiellt hänseende, utgör denna bestämmelse inte hinder mot att en utvald anbudssökande lämnar anbud inom ramen för ett selektivt förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, då den aktuella sökanden i enlighet med ett fusionsavtal som ingåtts under perioden mellan urvalsfasen och anbudsfasen åtagit sig att absorbera en annan utvald anbudssökande.

Underskrifter