Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
της 23ης Ιανουαρίου 2019[1]

Υπόθεση C-697/17

Telecom Italia SpA
κατά
Ministero dello Sviluppo Economico,
Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA),
παρισταμένης της:
Open Fiber SpA

[αίτηση του Consiglio di Stato
(Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις – Οδηγία 2014/24/ΕΕ – Κλειστή διαδικασία – Οικονομικοί φορείς κληθέντες να υποβάλουν προσφορά – Συγχώνευση δι' απορροφήσεως συντελεσθείσα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως – Ανάγκη διατηρήσεως της ίδιας νομικής ταυτότητας μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και του σταδίου υποβολής προσφοράς»

1. Με την υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, Ιταλία) ζητεί να μάθει εάν, σύμφωνα με την οδηγία 2014/24/ΕΕ[2], διατηρείται η «νομική και ουσιαστική ταυτότητα» εταιρίας η οποία είχε αρχικώς επιλεγεί στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως, όταν η εταιρία αυτή βρίσκεται σε διαδικασία συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως με άλλη εταιρία, επίσης επιλεγείσα, η οποία, όμως, δεν υπέβαλε τελικώς προσφορά.

2. Η επίμαχη εν προκειμένω υπόθεση αποτελεί, τρόπον τινά, την αντίθετη όψη της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση MT Højgaard και Züblin[3], στην οποία ο προσφέρων, κατά τον χρόνο της προεπιλογής του, ήταν μέλος κοινοπραξίας επιχειρήσεων μεταγενεστέρως λυθείσας. Το ανακύψαν στην υπόθεση εκείνη ζήτημα ήταν εάν, μετά τη λύση της κοινοπραξίας αυτής, ο εν λόγω προσφέρων μπορούσε να συνεχίσει να μετέχει ιδίω ονόματι στη διαδικασία με διαπραγμάτευση για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.

3. Παρέχεται, επομένως, στο Δικαστήριο, νέα ευκαιρία να αναπτύξει τη νομολογία του σχετικά με την απαίτηση να υφίσταται ταύτιση μεταξύ των προεπιλεγομένων οικονομικών φορέων και αυτών που υποβάλλουν προσφορές.

1 Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65).

3 Απόφαση της 24ης Μαΐου 2016 (C-396/14, EU:C:2016:347).

I. Το νομικό πλαίσιο

Α. Το δίκαιο της Ένωσης. Η οδηγία 2014/24

4. Το άρθρο 8 ορίζει:

«Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις και στους διαγωνισμούς μελετών των οποίων κύριο αντικείμενο είναι να επιτραπεί στις αναθέτουσες αρχές η διάθεση ή η εκμετάλλευση δημόσιων δικτύων επικοινωνιών ή η παροχή στο κοινό μιας ή περισσότερων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, οι όροι "δημόσιο δίκτυο επικοινωνιών" και "δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών" έχουν την ίδια σημασία που έχουν στην οδηγία 2002/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου [4]».

5. Κατά το άρθρο 18, παράγραφος 1:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.»

6. Κατά το άρθρο 28:

«1. Στις κλειστές διαδικασίες, μπορεί να υποβάλλει αίτηση συμμετοχής στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού που περιλαμβάνει τις πληροφορίες που ορίζονται στο παράρτημα V μέρος Β ή Γ κατά περίπτωση οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, παρέχοντας τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή.

[…]

2. Προσφορά μπορούν να υποβάλλουν μόνο οι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν της αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό κατάλληλων υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 65.

[…]»

Β. Το εθνικό δίκαιο. Codice dei contratti pubblici (κώδικας δημοσίων συμβάσεων) [5]

7. Το άρθρο 61, παράγραφος 3, ορίζει:

«Κατόπιν αξιολογήσεως από την αναθέτουσα αρχή των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί, προσφορά μπορούν να υποβάλουν μόνον οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί προς τούτο».

4 Οδηγία της 7ης Μαρτίου 2002, σχετικά με κοινό κανονιστικό πλαίσιο για δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία-πλαίσιο) (ΕΕ 2002, L 108, σ. 33).

5 Νομοθετικό διάταγμα 50, της 18ης Απριλίου 2016 (GURI αριθ. 91, της 19ης Απριλίου 2016, τακτικό συμπλήρωμα αριθ. 10), περί μεταφοράς στο εθνικό δίκαιο, μεταξύ άλλων, των διατάξεων της οδηγίας 2014/24 (στο εξής: κώδικας δημοσίων συμβάσεων).

8. Κατά το άρθρο 48, παράγραφος 11:

«Στην περίπτωση διαδικασιών, είτε κλειστών είτε με διαπραγμάτευση είτε ανταγωνιστικού διαλόγου, ο οικονομικός φορέας που έχει λάβει ατομική πρόσκληση ή ο υποψήφιος που έχει επιλεγεί να μετάσχει ατομικά στη διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου, έχει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς, είτε ενεργώντας ατομικά είτε ως εντολοδόχος των συνενωμένων φορέων».

II. Πραγματικά περιστατικά και προδικαστικό ερώτημα

9. Η Infratel Italia SpA (στο εξής: Infratel) προκήρυξε, για λογαριασμό του Ministero dello Sviluppo económico (Υπουργείου Οικονομικής Αναπτύξεως, Ιταλία), κλειστή διαδικασία για την ανάθεση συμβάσεως παραχωρήσεως για την κατασκευή, συντήρηση και διαχείριση δημοσίου παθητικού δικτύου υπερευρείας ζώνης σε συγκεκριμένες περιοχές.

10. Η κλειστή διαδικασία, η οποία υποδιαιρέθηκε σε πέντε τμήματα (αντιστοιχούντα σε ισάριθμες γεωγραφικές περιοχές), χωρίστηκε στα ακόλουθα στάδια:

α) υποβολή αιτήσεων συμμετοχής (έως τις 18 Ιουλίου 2016),

β) αποστολή στους επιλεγέντες φορείς προσκλήσεων υποβολής προσφοράς (έως τις 9 Αυγούστου 2016) και

γ) υποβολή προσφορών (έως τις 17 Οκτωβρίου 2016).

11. Η Telecom Italia SpA (στο εξής: Telecom Italia), η Metroweb Sviluppo SpA (στο εξής: Metroweb Sviluppo) και η Enel Open Fiber SpA (στο εξής: Enel Open Fiber)[6], μεταξύ άλλων φορέων, υπέβαλαν αιτήσεις συμμετοχής (πρώτο στάδιο της διαδικασίας). Η Infratel έκανε δεκτές τις αιτήσεις αυτές και κάλεσε τις εν λόγω επιχειρήσεις να μετάσχουν στον διαγωνισμό ως επιλεγέντες προσφέροντες (δεύτερο στάδιο της διαδικασίας).

12. Η Metroweb Sviluppo, καίτοι είχε επιλεγεί στο δεύτερο αυτό στάδιο, δεν υπέβαλε τελικώς προσφορά, παραιτούμενη, εκ των πραγμάτων, από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό.

13. Η Infratel δημοσίευσε τον κατάλογο των προσφερόντων που είχαν γίνει δεκτοί στις 9 Ιανουαρίου 2017 και τους πίνακες προσωρινής κατατάξεως στις 24 Ιανουαρίου 2017. Η Enel OpEn Fiber βρισκόταν στην πρώτη θέση και για τα πέντε τμήματα, ενώ η Telecom Italia είχε λάβει τη δεύτερη θέση για όλα τα τμήματα, πλην του τμήματος αριθ. 4, όπου κατετάγη στην τρίτη θέση.

14. Μετά την έκδοση των αποτελεσμάτων της διαδικασίας, η Telecom Italia απέκτησε πρόσβαση στα έγγραφα που βρίσκονταν στην κατοχή της Διοικήσεως, μετά από εξέταση των οποίων διαπίστωσε ότι, σε ορισμένο χρονικό σημείο μεταξύ του σταδίου επιλογής και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών (17 Οκτωβρίου 2016), η Metroweb Sviluppo και η Enel OpEn Fiber είχαν προβεί σε σύνθετη εταιρική πράξη.

15. Η πράξη αυτή εντασσόταν στο πλαίσιο συγκεντρώσεως με την οποία οι εταιρίες Enel SpA (στο εξής: Enel) και Cassa Depositi e Prestiti SpA (στο εξής: CDP), διά της θυγατρικής της CDP Equity SpA. (στο εξής: CDPE), θα αποκτούσαν τον από κοινού έλεγχο της ετιαρίας που θα προέκυπτε από τη συγχώνευση της Enel Open Fiber με τη Metroweb Italia SpA (στο εξής: Metroweb Italia).

6 Open Fiber είναι η επωνυμία της Enel Open Fiber από τον Δεκέμβριο του 2016.

16. Σύμφωνα με την «επενδυτική συμφωνία-πλαίσιο», η οποία συνήφθη στις 10 Οκτωβρίου 2016 μεταξύ της εταιρίας χαρτοφυλακίου Enel (η οποία ήλεγχε την Enel OpEn Fiber) και της Metroweb Italia (η οποία ήλεγχε την Metroweb Sviluppo), η πράξη συνεπαγόταν ότι:

– η Enel και η CDPE θα αναλάμβαναν έκαστη το 50 % του εταιρικού κεφαλαίου της Enel Open Fiber·

– η Enel Open Fiber θα αποκτούσε το 100 % του εταιρικού κεφαλαίου της Metroweb Italia·

– ορισμένες εταιρίες του ομίλου Metroweb Italia, μεταξύ των οποίων η Metroweb Sviluppo, θα συγχωνεύονταν δι' απορροφήσεως από την Metroweb Italia·

– η Enel Open Fiber θα συγχωνευόταν με την εταιρία που θα προέκυπτε από τη συγχώνευση του ομίλου Metroweb Italia και, κατ' αυτόν τον τρόπο, θα δημιουργούνταν μια «νέα Enel Open Fiber» [7].

17. Σε εκτέλεση της συμφωνίας αυτής, η Metroweb Sviluppo (μετέχουσα στον διαγωνισμό) απορροφήθηκε στις 17 Οκτωβρίου 2016 από τον όμιλο Metroweb. Στις 23 Ιανουαρίου 2017 αποφασίσθηκε η δι' απορροφήσεως συγχώνευση της Metroweb με την Open Fiber.

18. Το σχέδιο συγκεντρώσεως κοινοποιήθηκε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις 10 Νοεμβρίου 2016 [8], σύμφωνα με τις διατάξεις του κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 [9]. Με απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 2016, η Επιτροπή αποφάσισε να μην αντιταχθεί στην εν λόγω πράξη [10].

19. Η Telecom Italia προσέβαλε την ανάθεση των πέντε τμημάτων στα οποία είχε υποδιαιρεθεί η κλειστή διαδικασία, ασκώντας ισάριθμες προσφυγές ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale del Lazio (περιφερειακού διοικητικού πρωτοδικείου Λατίου, Ιταλία), το οποίο τις απέρριψε με πέντε αποφάσεις ανάλογου περιεχομένου.

20. Στο πλαίσιο αυτό, η Telecom Italia άσκησε πέντε αιτήσεις αναιρέσεως ενώπιον του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), το οποίο αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Πρέπει το άρθρο 28, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιβάλλει να ταυτίζονται, τόσο από νομικής όσο και από οικονομικής απόψεως, οι προεπιλεγέντες φορείς με τους φορείς που υποβάλλουν προσφορές, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας, και, ειδικότερα, πρέπει η εν λόγω διάταξη να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εμποδίζει τη σύναψη συμφωνίας μεταξύ εταιριών χαρτοφυλακίου, που ελέγχουν δύο προεπιλεγέντες φορείς, σε χρονικό σημείο μεταξύ της προεπιλογής και της υποβολής προσφορών, όταν: α) μια τέτοια συμφωνία έχει ως αντικείμενο και αποτέλεσμα (μεταξύ άλλων) την υλοποίηση συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως μιας εκ των προεπιλεγεισών επιχειρήσεων από μια άλλη εξ αυτών (πράξη η οποία, άλλωστε, έχει εγκριθεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή)· β) τα αποτελέσματα της πράξεως συγχωνεύσεως ολοκληρώθηκαν μετά την υποβολή προσφοράς από την απορροφώσα επιχείρηση (λόγος για τον οποίο, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δεν προέκυπτε μεταβολή στη σύνθεσή της σε σύγκριση με την υφιστάμενη σύνθεση κατά τον χρόνο προεπιλογής)· γ) η επιχείρηση που, εν συνεχεία, απορροφήθηκε (η σύνθεση

7 Βλ. σημείο 9 της αποφάσεως της Επιτροπής, της 15ης Δεκεμβρίου 2016, περί του συμβατού της συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά και τη Συμφωνία ΕΟΧ (Υπόθεση αριθ. M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia).

8 ΕΕ 2016, C 427, σ. 5.

9 Κανονισμός του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (Κοινοτικός κανονισμός συγκεντρώσεων) (ΕΕ 2004, L 24, σ. 1).

10 ΕΕ 2017, C 15, σ. 1.

της οποίας δεν προέκυπτε ότι είχε μεταβληθεί κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) είχε, εντούτοις, αποφασίσει να μη μετάσχει στην κλειστή διαδικασία, πιθανώς κατ' εφαρμογή του συμβατικού προγράμματος που είχε καθοριστεί με τη συμφωνία μεταξύ των εταιριών χαρτοφυλακίου;»

21. Το αιτούν δικαστήριο σημειώνει ότι η επίμαχη διαδικασία στο σύνολό της δεν διέπεται από την οδηγία 2014/24 ή από την οδηγία 2014/23/ΕΕ[11], αλλά από τους κανόνες της προκηρύξεως του διαγωνισμού, σύμφωνα με τους οποίους εφαρμογή είχε το άρθρο 61 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24.

22. Η ίδια αυτή προκήρυξη προέβλεπε, επιπλέον, ότι η σύμβαση επρόκειτο να ανατεθεί σε όποιον υπέβαλλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά βάσει της καλύτερης σχέσεως ποιότητας/τιμής, κατά την έννοια του άρθρου 95 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 67 της ίδιας οδηγίας.

23. Κατά την κρίση του αιτούντος δικαστηρίου, είναι αμφίβολο εάν μπορεί να εφαρμοστεί, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας διεπομένης από το άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24, η αρχή της ταυτίσεως από νομικής και ουσιαστικής απόψεως την οποία διατύπωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση MT Højgaard και Züblin[12].

24. Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) επισημαίνει ότι, κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (Οκτώβριος 2016), είχε μόλις αρχίσει η πράξη συγχωνεύσεως που ολοκληρώθηκε τον Ιανουάριο του 2017 και, ως εκ τούτου, η διάρθρωση της Enel Open Fiber δεν είχε ακόμη μεταβληθεί. Κατά την κρίση του, τέλος, δεν είναι δυνατό να αποδειχθεί ότι με τη συμφωνία συγχωνεύσεως –η οποία οδήγησε σε διαρθρωτική και μόνιμη μεταβολή των οικείων εταιριών– τα εμπλεκόμενα μέρη επιχείρησαν να εναρμονίσουν τη δράση τους με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού κατά τη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

III. Διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου και θέσεις των διαδίκων

25. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως περιήλθε στο Δικαστήριο στις 11 Δεκεμβρίου 2017. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν η Telecom Italia, η Infratel, η Open Fiber, η Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ, η Ιταλική Κυβέρνηση και η Επιτροπή. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 15ης Νοεμβρίου 2018 παρέστησαν όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία πλην της Εποπτεύουσας Αρχής της ΕΖΕΣ.

26. Η Telecom Italia υποστηρίζει ότι, στο πλαίσιο ενός προγράμματος συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως, αυτό που μεταβάλλεται στην πραγματικότητα είναι μάλλον η ουσιαστική, παρά η νομική ταυτότητα της προεπιλεγείσας απορροφώσας επιχειρήσεως, πράγμα που καθιστά τη συγχώνευση ασύμβατη προς την αρχή του άρθρου 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24.

27. Επιπλέον, κατά την άποψη της Telecom Italia, το αιτούν δικαστήριο, περιοριζόμενο στην εξέταση της υποκειμενικής και τυπικής ταυτότητας της Enel Open Fiber κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, υποτίμησε την πολυπλοκότητα της επίμαχης πράξεως, κατατέμνοντας το συνολικό πρόγραμμα σταδιακής συγχωνεύσεως με τη Metroweb Sviluppo. Στην πραγματικότητα, κατά την κρίση του, επρόκειτο για ένα συνολικό πρόγραμμα, το οποίο, αγνοώντας κάθε αρχή για την απαγόρευση των συμπράξεων, άρχισε με δεσμευτική συμφωνία-πλαίσιο η οποία συνήφθη σε χρονικό σημείο μεταξύ του σταδίου προεπιλογής και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, τέθηκε σε εφαρμογή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας διαγωνισμού και ολοκληρώθηκε μετά την κατακύρωση της συμβάσεως, αλλά πριν την υπογραφή της. Βάσει της συμφωνίας-πλαισίου προέκυψε,

11 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ 2014, L 94, σ. 1).

12 Υπόθεση C-396/14, EU:C:2016:347.

ήδη από το στάδιο προκηρύξεως του διαγωνισμού, συγχώνευση των δύο εταιριών υπό ένα ενιαίο κέντρο λήψεως αποφάσεων, πράγμα που επέτρεψε στην Metroweb Sviluppo να μην υποβάλει προσφορά, ενώ ταυτοχρόνως διασφαλιζόταν ότι θα μπορούσε να επιλεγεί ως εάν είχε υποβάλει προσφορά. Στην περίπτωση αυτή θα έπρεπε να επιβληθούν οι κυρώσεις που θα επιβάλλονταν εάν το ίδιο κέντρο λήψεως αποφάσεων υπέβαλλε δύο προσφορές.

28. Η Infratel εκτιμά ότι το προδικαστικό ερώτημα είναι απαράδεκτο ως υποθετικό, καθόσον το αιτούν δικαστήριο δεν εκφράζει αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία του εφαρμοστέου δικαίου της Ένωσης, έχει δε αποφανθεί ήδη επί του αντικείμενου της διαφοράς της κύριας δίκης. Επικουρικώς, υποστηρίζει ότι οι προεπιλεγείσες εταιρίες ήταν ακριβώς οι ίδιες που υπέβαλαν προσφορές. Κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, η Enel Open Fiber είχε ενεργήσει ως ενιαίος φορέας με τη σύνθεση που είχε και κατά το στάδιο προεπιλογής. Η συγχώνευση δεν μετάβαλε τη νομική της προσωπικότητα, με αποτέλεσμα η ταυτότητά της να συμπίπτει με αυτήν της προεπιλεγείσας επιχειρήσεως.

29. Η Open Fiber ζητεί επίσης να απορριφθεί το προδικαστικό ερώτημα ως απαράδεκτο.

– Πρώτον, διότι εγείρει ζήτημα συμβατότητας της συμφωνίας-πλαισίου με την οδηγία 2014/24, καίτοι η νομιμότητα της συμφωνίας αυτής δεν αμφισβητείται στο πλαίσιο της κύριας δίκης.

– Δεύτερον, διότι, καθόσον πρόκειται για παραχώρηση με αντικείμενο την κατασκευή δικτύου επικοινωνιών, εφαρμογή θα είχε η οδηγία 2014/23, πλην, όμως, τόσο αυτή όσο και η οδηγία 2014/24 καθίστανται ανεφάρμοστες λόγω της εξαιρέσεως που θεσπίζουν σε σχέση με τα δίκτυα και τις υπηρεσίες επικοινωνίας. Δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τα έγγραφα της διαδικασίας παραπέμπουν στο άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24.

– Τρίτον, διότι η προβαλλομένη απαγόρευση της συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως μεταξύ των προεπιλεγεισών εταιριών δεν συνιστά εγγενή αρχή του δικαίου της Ένωσης.

– Τέταρτον, διότι το αιτούν δικαστήριο δεν εκφράζει κανενός είδους αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης.

30. Όσον αφορά την ουσία, η Open Fiber συμμερίζεται την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η πρόσκλησή της στο στάδιο αξιολογήσεως των προσφορών δεν αντίκειται στο άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24 ούτε στη νομολογία του Δικαστηρίου.

31. Η Ιταλική Κυβέρνηση κλίνει επίσης υπέρ του απαραδέκτου, ισχυριζόμενη ότι το αιτούν δικαστήριο μνημονεύει απλώς κατά τρόπο γενικό έναν κανόνα του δικαίου της Ένωσης, αναγνωρίζει δε ότι ουδεμία σχέση υφίσταται μεταξύ της επίμαχης καταστάσεως και του εν λόγω κανόνα, καθόσον η προσφορά της Enel Open Fiber υποβλήθηκε από το ίδιο νομικό πρόσωπο στο οποίο είχε επιτραπεί η συμμετοχή στην κλειστή διαδικασία.

32. Ως προς την ουσία, η Ιταλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι από το άρθρο 51, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/17/ΕΚ[13] απορρέει η ανάγκη απόλυτης ταυτίσεως, τόσο από οικονομικής όσο και από νομικής απόψεως, μεταξύ του φορέα που κλήθηκε να μετάσχει στη διαδικασία και αυτού που υποβάλλει την προσφορά. Ωστόσο, το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 εισήγε, κατά την άποψή της, μια λιγότερο αυστηρή απαίτηση.

13 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1).

33. Κατά την Ιταλική Κυβέρνηση, ούτε από τους εθνικούς κανόνες ούτε από τις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης συνάγεται ότι η συγχώνευση δι' απορροφήσεως των προεπιλεγεισών οντοτήτων, η οποία εγκρίθηκε από την Επιτροπή και ολοκληρώθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς από την απορροφώσα εταιρία, αποτελεί αθέμιτη πράξη.

34. Κατά την Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ, δεν συντρέχει παράβαση της απαιτήσεως περί ταυτίσεως, εφόσον –όπως, κατά την άποψή της, συνέβη εν προκειμένω– αφενός, ο υποβάλλων εν τέλει την προσφορά οικονομικός φορέας τηρεί τους καθορισθέντες από την αναθέτουσα αρχή όρους και, αφετέρου, η αναγνώριση σε αυτόν δικαιώματος υποβολής προσφοράς δεν περιάγει τους λοιπούς διαγωνιζομένους σε μειονεκτικότερη θέση. Η απαίτηση περί ταυτίσεως –η οποία δε καμιά περίπτωση δεν είναι απόλυτη– δεν απαγορεύει, κατά την άποψή της, τη σύναψη συμφωνίας που οδηγεί σε συγχώνευση δύο προεπιλεγέντων φορέων κατά τη διάρκεια διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

35. Κατά την άποψη της Επιτροπής, το προδικαστικό ερώτημα πρέπει να αναδιατυπωθεί, καθώς θα μπορούσε να δημιουργήσει την εντύπωση ότι ζητείται από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί της νομιμότητας της συμφωνίας.

36. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι τα κριτήρια που διατυπώθηκαν στην απόφαση MT Højgaard και Züblin [14] σε σχέση με την οδηγία 2004/17 θα μπορούσαν, τηρουμένων των αναλογιών, να τύχουν εφαρμογής υπό ανάλογες περιστάσεις που διέπονται από την οδηγία 2014/24. Επισημαίνει, ωστόσο, ότι η περίπτωση που οδήγησε στην απόφαση εκείνη παρουσιάζει ουσιώδεις διαφορές με την εξεταζόμενη εν προκειμένω. Στην υπό κρίση υπόθεση, καμία μεταβολή ταυτότητας δεν επήλθε κατά το διάστημα μεταξύ της ημερομηνίας προεπιλογής των φορέων που εκλήθησαν να υποβάλουν προσφορά και της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, όπως είχε συμβεί στην ανωτέρω υπόθεση.

37. Κατά την Επιτροπή, η σύναψη συμφωνίας συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως δεν επάγεται per se επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων ή παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Ο κίνδυνος αυτός μπορεί να αποκλειστεί εάν, αφενός, σύμφωνα με το άρθρο 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 139/2004, τα μέρη δεν έχουν πραγματοποιήσει –ούτε καν εν μέρει– τη συγκέντρωση ούτε έχουν προηγουμένως ανταλλάξει ευαίσθητες πληροφορίες που θα μπορούσαν να επηρεάσουν τη συμπεριφορά τους κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και εάν, αφετέρου, όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία φορείς είχαν γνώση της συνάψεως της συμφωνίας συγχωνεύσεως.

38. Η Επιτροπή εκτιμά ότι ουδεμία επιρροή ασκεί το γεγονός ότι η απορροφηθείσα επιχείρηση απέσυρε τη συμμετοχή της από την κλειστή διαδικασία. Ο παράγοντας αυτός δεν μπορεί να θίξει τη συμμετοχή της απορροφώσας επιχειρήσεως στο στάδιο αξιολογήσεως, εκτός εάν αποδειχθεί ότι τα μέρη έχουν υλοποιήσει μερικώς τη συμφωνία συγχωνεύσεως, ανταλλάσσοντας ευαίσθητες πληροφορίες ικανές να επηρεάσουν τη συμπεριφορά τους κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και παραβιάζοντας έτσι την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

IV. Ανάλυση

A. Επί του παραδεκτού της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

39. Κατά την Infratel, την Open Fiber και την Ιταλική Κυβέρνηση, το προδικαστικό ερώτημα είναι απαράδεκτο, τόσο λόγω του αλυσιτελούς του χαρακτήρα για τους σκοπούς της κύριας δίκης όσο και λόγω του υποθετικού του χαρακτήρα ή διότι δεν εκφράζει πραγματική αμφιβολία του αιτούντος δικαστηρίου.

14 Υπόθεση C-396/14, EU:C:2016:347.

40. Φρονώ, ωστόσο, ότι η ένσταση αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

41. Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) έχει επισημάνει ότι η διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως διέπεται από τους κανόνες της προκηρύξεως του διαγωνισμού, ένας εκ των οποίων παραπέμπει στο άρθρο 61 του κώδικα δημοσίων συμβάσεων, το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 28 της οδηγίας 2014/24. Επιπλέον, στους προβληθέντες από την Telecom Italia λόγους αναιρέσεως, πέραν όσων αφορούν το εθνικό δίκαιο, περιλαμβάνεται η παραβίαση της αρχής της ταυτίσεως που απαιτείται από το δίκαιο της Ένωσης [15].

42. Έχοντας απορρίψει τους προβληθέντες από την αναιρεσείουσα λόγους περί παραβάσεως του εθνικού δικαίου, το αιτούν δικαστήριο αναφέρει ότι μένει να εξεταστεί ο λόγος περί της πιθανής παραβάσεως του δικαίου της Ένωσης, ο οποίος «καθίσταται κρίσιμος και καθοριστικός για τους σκοπούς της επιλύσεως της υπό κρίση διαφοράς και ως προς τον οποίον το τμήμα εκτιμά αναγκαία την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος κατά την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ» [16].

43. Υπό τις συνθήκες αυτές, φρονώ ότι πρέπει να λειτουργήσει το τεκμήριο λυσιτέλειας των προδικαστικών ερωτημάτων. Πρόκειται, ως γνωστόν, για τεκμήριο που μπορεί να ανατραπεί, αλλά μόνον εάν συντρέχουν ορισμένες πολύ συγκεκριμένες περιστάσεις: α) όταν είναι προφανές ότι η ζητούμενη ερμηνεία ή εκτίμηση κανόνα του δικαίου της Ένωσης δεν έχει σχέση με το υποστατό ή με το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, β) όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή γ) όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία για να δώσει λυσιτελή απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα [17].

44. Κατά την άποψή μου, δεν συντρέχει εν προκειμένω καμία από τις τρεις αυτές περιστάσεις. Περαιτέρω, το γεγονός ότι το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) εκθέτει βεβαίως τους λόγους που, κατά την άποψή του, θα κατέτειναν σε συγκεκριμένη ερμηνεία του άρθρου 28 της οδηγίας 2014/24, δεν σημαίνει ότι δεν διατηρεί αμφιβολίες σε σχέση με το περιεχόμενο της εν λόγω διατάξεως [18].

45. Το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι είναι σε θέση το ίδιο να ερμηνεύσει το εν λόγω άρθρο, εκτιμά, όμως, ότι είναι εξίσου πιθανή και διαφορετική ερμηνεία, με αποτέλεσμα να καθίσταται αναγκαία η προβλεπόμενη παρέμβαση του Δικαστηρίου. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, το αιτούν δικαστήριο συνεργάζεται καλόπιστα με το Δικαστήριο κατά την άσκηση της δικαιοδοτικής του αρμοδιότητας, σύμφωνα με το πνεύμα του σημείου 17 των συστάσεων προς τα εθνικά δικαστήρια, σχετικά με την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων [19].

15 Συγκεκριμένα, η Telecom Italia προέβαλε «παραβίαση της αρχής της απαιτούμενης νομικής και οικονομικής ταυτότητας μεταξύ των προεπιλεγέντων φορέων και των φορέων που υποβάλλουν προσφορές, η οποία, στο πεδίο της κλειστής διαδικασίας, επιβάλλεται από το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και τη συναφή νομολογία του Δικαστηρίου» (σημείο 7.3 της διατάξεως περί παραπομπής).

16 Σημείο 7.4 της διατάξεως περί παραπομπής.

17 Συναφώς, βλ., παραδείγματος χάριν, αποφάσεις της 16ης Ιουνίου 2015, Gauweiler κ.λπ. (C-62/14, EU:C:2015:400, σκέψεις 24 και 25), της 4ης Μαΐου 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, σκέψεις 15 και 16), της 5ης Ιουλίου 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, σκέψη 19), της 15ης Νοεμβρίου 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, σκέψη 54), της 28ης Μαρτίου 2017 Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, σκέψεις 50 και 155), της 10ης Ιουλίου 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551, σκέψη 31), και της 4ης Οκτωβρίου 2018, Kantarev (C-571/16, EU:C:2018:807, σκέψη 44).

18 Στο σημείο 8.4, τελευταία περίοδος, της διατάξεως περί παραπομπής σημειώνεται ότι «[θ]α οδηγηθούμε σε διαφορετικό συμπέρασμα μόνον εάν το Δικαστήριο αποφανθεί ότι το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει τη σύναψη συμφωνιών μεταξύ ανταγωνιστικών φορέων, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας διαγωνισμού, βάσει των οποίων υλοποιείται μια πράξη, όπως η συγχώνευση δι' απορροφήσεως, η οποία, κατ' αρχήν, επιτρέπεται από την ίδια την έννομη τάξη της Ένωσης».

19 «Το αιτούν δικαστήριο μπορεί, επίσης, να εκθέτει συνοπτικά την άποψή του ως προς την απάντηση που πρέπει να δοθεί στα υποβαλλόμενα προδικαστικά ερωτήματα». Άποψη η οποία «είναι χρήσιμη για το Δικαστήριο» (ΕΕ 2018, C 257, σ. 1).

Β. Επί της ουσίας

46. Ορθώς η Επιτροπή προτείνει την αναδιατύπωση του ερωτήματος του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), καθόσον το ερώτημα αυτό, όπως είναι διατυπωμένο, θα μπορούσε να δημιουργήσει την εσφαλμένη εντύπωση ότι αναφέρεται στη συμβατότητα της συμφωνίας συγχωνεύσεως με το δίκαιο της Ένωσης. Στην πραγματικότητα, ωστόσο, το εθνικό δικαστήριο δεν εκφράζει αμφιβολίες ως προς τη συμφωνία αυτή ούτε αμφισβητεί το κύρος της.

47. Κατά συνέπεια, το αντικείμενο της διαφοράς περιορίζεται στο εάν το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 εμποδίζει τη συμμετοχή στο στάδιο αξιολογήσεως των προσφορών (στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας) φορέα ο οποίος βρίσκεται σε διαδικασία συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως με άλλον, επίσης προεπιλεγέντα φορέα.

48. Αυτό είναι συγκεκριμένα το ερώτημα που υποβάλλει το αιτούν δικαστήριο, κατά το οποίο, όπως έχω ήδη αναφέρει[20], το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 έχει εφαρμογή (δυνάμει παραπομπής των εθνικών διατάξεων) στην αχθείσα ενώπιόν του υπόθεση και από την ερμηνεία του οποίου εξαρτάται, κατόπιν άρσεως των σχετικών με το εθνικό δίκαιο αμφιβολιών, η επίλυση της διαφοράς.

49. Καίτοι η Infratel, η Open Fiber και η Ιταλική Κυβέρνηση ενέμειναν, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, στην αμφισβήτηση της εκτιμήσεως αυτής του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας), φρονώ ότι η κατά το δικαστήριο αυτό ερμηνεία του εφαρμοστέου στην υπό κρίση υπόθεση δικαίου είναι εύλογη και επαρκώς αιτιολογημένη.

50. Λαμβανομένης υπόψη της σαφούς διακρίσεως των αρμοδιοτήτων μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου, η οποία χαρακτηρίζει τη διαδικασία του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, εναπόκειται αποκλειστικώς στο Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας), το οποίο έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της δικαστικής αποφάσεως που πρόκειται να εκδώσει, να εκτιμήσει, υπό το πρίσμα των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της υποθέσεως που εκκρεμεί ενώπιόν του, τόσο το εάν η έκδοση προδικαστικής αποφάσεως είναι αναγκαία προκειμένου να μπορέσει να εκδώσει τη δική του απόφαση όσο και το εάν τα ερωτήματα που υποβάλλει στο Δικαστήριο είναι λυσιτελή[21]. Η εν λόγω εκτίμηση προϋποθέτει τον προηγούμενο προσδιορισμό της εφαρμοστέας στην υπό κρίση υπόθεση νομοθεσίας, ενέργεια που, όπως έχει ήδη εκτεθεί, δεν εγείρει εν προκειμένω κανενός είδους ένσταση από απόψεως βασιμότητας και αιτιολογήσεως.

1. Η από νομικής και ουσιαστικής απόψεως ταύτιση των επιλεγομένων στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας φορέων

51. Σε τελική ανάλυση, το ζήτημα που πρέπει να αποσαφηνιστεί είναι εάν το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 «επιβάλλει να ταυτίζονται, τόσο από νομικής όσο και από οικονομικής απόψεως, οι προεπιλεγέντες φορείς με τους φορείς που υποβάλλουν προσφορές, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας» σε περίπτωση κατά την οποία δύο προεπιλεγέντες φορείς έχουν συμφωνήσει τη συγχώνευσή τους, δι' απορροφήσεως του ενός εξ αυτών, με τις ακόλουθες ιδιαιτερότητες:

– το σχέδιο συγχωνεύσεως συμφωνήθηκε μεταξύ της ημερομηνίας επιλογής και της ημερομηνίας υποβολής προσφορών, έτυχε δε της μεταγενέστερης εγκρίσεως της Επιτροπής,

20 Βλ. σημεία 21 έως 23, 41 και 42 των παρουσών προτάσεων.

21 Βλ., αντί πολλών, απόφαση της 26ης Ιουνίου 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone κ.λπ. (C-305/05, EU:C:2007:383, σκέψη 18).

– τα αποτελέσματα της συγχωνεύσεως επρόκειτο να αναπτυχθούν πλήρως μετά την κατάθεση προσφοράς από την απορροφώσα εταιρία και

– η απορροφώμενη εταιρία αποφασίζει να μη μετάσχει στην κλειστή διαδικασία.

52. Η καλούμενη «απαίτηση ταυτίσεως από νομικής και ουσιαστικής απόψεως των προεπιλεγέντων οικονομικών φορέων και αυτών που υποβάλλουν τις προσφορές» βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 51, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17, δυνάμει του οποίου, οι αναθέτουσες αρχές «ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι [κατ' αυτόν τον τρόπο] επιλεγμένοι προσφέροντες». Έτσι έκρινε το Δικαστήριο με την απόφαση MT Højgaard και Züblin [22], στην οποία παραπέμπει ρητώς το αιτούν δικαστήριο.

53. Ο ίδιος κανόνας έχει αποτυπωθεί στο άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24, κατά το οποίο «[π]ροσφορά (στις κλειστές διαδικασίες) μπορούν να υποβάλλουν μόνο οι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα αρχή».

54. Η απαίτηση αυτή αποσκοπεί, σε τελική ανάλυση, στη διαφύλαξη της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων [23]. Η αυστηρή εφαρμογή της αρχής αυτής θα είχε «ως αποτέλεσμα μόνον οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς, υπό τη συγκεκριμένη μορφή υπό την οποία προεπελέγησαν, να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν προσφορά και να καταστούν ανάδοχοι» [24].

55. Σκοπός του άρθρου 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 είναι να διασφαλίσει ότι οι κλειστές διαδικασίες θα είναι πράγματι τέτοιες, ήτοι ότι προσφορές σε αυτές θα μπορούν να υποβάλουν αποκλειστικά και μόνον οι οικονομικοί φορείς που προσκλήθηκαν προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή. Βάσει της προσκλήσεως αυτής καθορίζεται το πεδίο στο οποίο *περιορίζεται*, από υποκειμενικής απόψεως, η διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

56. Η αναγνώριση σε μη προεπιλεγέντα οικονομικό φορέα της δυνατότητας να υποβάλει προσφορά θα συνιστούσε προνομιακή μεταχείρισή του έναντι των λοιπών φορέων. Οι τελευταίοι θα μπορούσαν να υποβάλουν τις προσφορές τους μόνον αφού θα είχαν προηγουμένως ζητήσει επισήμως να μετάσχουν στην (κλειστή) διαδικασία και αφού θα είχαν υποβληθεί στην αντίστοιχη αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή.

57. Στην υπόθεση MT Højgaard και Züblin, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο κανόνας περί ταυτίσεως «μπορεί να αμβλύνεται προκειμένου να διασφαλίζεται, στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση, επαρκής ανταγωνισμός» [25]. Η τελευταία αυτή κρίση πρέπει να γίνει αντιληπτή στο πλαίσιο της υποθέσεως εκείνης, το πραγματικό της οποίας ήταν, όπως έχω ήδη αναφέρει, το αντίστροφο ακριβώς του επίμαχου εν προκειμένω.

58. Ο γενικός εισαγγελέας P. Mengozzi περιέγραψε με ενάργεια τους όρους της προαναφερθείσας υποθέσεως, εντάσσοντάς την «σε πραγματικό πλαίσιο εντός του οποίου κοινοπραξία δύο επιχειρήσεων, που συστάθηκε υπό τη μορφή εμπορικής εταιρίας και προεπιλέχθηκε σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, διαλύεται κατόπιν της πτωχεύσεως του ενός από τα δύο μέλη της και η αναθέτουσα αρχή επιτρέπει στο μέλος που απομένει να συνεχίσει να μετέχει στη διαδικασία αντί της κοινοπραξίας και εντέλει του αναθέτει τη σύμβαση, παρά το ότι το εν λόγω μέλος, αυτό καθ' εαυτό, δεν είχε προεπιλεγεί» [26].

22 Υπόθεση C-396/14 (EU:C:2016:347, σκέψη 40).

23 Η εν λόγω αρχή «έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές πρέπει να υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζομένους». Απόφαση MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 38).

24 Όπ.π, σκέψη 39.

25 Όπ.π., σκέψη 41.

26 Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην υπόθεση MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, σημείο 48).

59. Εάν η αρχή της ταυτίσεως είχε τύχει, στην υπόθεση εκείνη, αυστηρής εφαρμογής και είχε θεωρηθεί ότι το εναπομείναν μέλος της κοινοπραξίας επιχειρήσεων δεν μπορούσε, ως διαφορετικό υποκείμενο, να συνεχίσει να μετέχει στη διαδικασία, ο αριθμός των υποψηφίων για την ανάθεση της συμβάσεως θα είχε μειωθεί σε τρεις. Το αποτέλεσμα, όμως, αυτό, θα ερχόταν σε αντίθεση με τους όρους της προκηρύξεως, βάσει των οποίων ο αναθέτων φορέας έκρινε ότι, για τη διασφάλιση του ανταγωνισμού, οι υποψήφιοι έπρεπε να είναι τουλάχιστον τέσσερις [27].

60. Κατόπιν ισόρροπης σταθμίσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων –την οποία υπηρετεί η αρχή της ταυτίσεως– και της διασφαλίσεως πραγματικού ανταγωνισμού –σε περίπτωση στην οποία, επιπλέον, η μείωση του αριθμού προσφερόντων θα μπορούσε να ματαιώσει την ανάθεση–, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η αρχή της ισότητας δεν παραβιάζεται όταν «[επιτρέπεται] σε έναν από τους δύο οικονομικούς φορείς μέλη κοινοπραξίας κληθείσας προς υποβολή προσφοράς να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία μετά τη λύση της και να συμμετάσχει, ιδίω ονόματι, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας *πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις* που έχει καθορίσει ο αναθέτων φορέας και, αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία *δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως* των λοιπών προσφερόντων» [28].

61. Εν προκειμένω, δεν προκύπτει ότι ο αποκλεισμός της απορροφώσας επιχειρήσεως (ήτοι, στην πραγματικότητα, αυτό που ζητεί η Telecom Italia), σε συνδυασμό με την ιδία βουλήσει αποχώρηση της απορροφηθείσας επιχειρήσεως, θα οδηγούσε σε μείωση του αριθμού προσφερόντων ο οποίος, υπολειπόμενος του απαιτούμενου ελάχιστου ορίου, θα μπορούσε να καταστήσει αδύνατη την ανάθεση της συμβάσεως.

62. Επομένως, δεν θα ήταν επιτακτική η προσαρμογή των απαιτήσεων της αρχής της ταυτίσεως χάριν, όχι πλέον του ανταγωνισμού μεταξύ προσφερόντων, αλλά της ίδιας την αρχής της διατηρήσεως της διαδικασίας αναθέσεως. Ως εκ τούτου, αφ' ης στιγμής δεν συντρέχει η συγκεκριμένη και ειδική περίσταση που οδήγησε στη λύση την οποία ακολούθησε η απόφαση MT Højgaard και Züblin [29], δεν συντρέχουν κατ' αρχήν λόγοι για την «άμβλυνση» της απαιτήσεως περί ταυτίσεως.

63. Στην υπόθεση εκείνη, ωστόσο, το Δικαστήριο έκρινε αναγκαία την «άμβλυνση» της αρχής της ταυτίσεως, στηριζόμενο στην παραδοχή ότι ο προσφέρων που επιθυμούσε να υποβάλει προσφορά δεν ήταν εντελώς διαφορετικός των προεπιλεγέντων (όπως θα συνέβαινε, επιμένω, στην τυπική περίπτωση που είχε κατά νου ο νομοθέτης του άρθρου 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24). Το Δικαστήριο δέχθηκε ότι μπορούσε να υποβάλει προσφορά εταιρία η οποία, λόγω της συνδέσεώς της με έναν από τους προεπιλεγέντες φορείς (του οποίου αποτελούσε, στην πραγματικότητα, συστατικό μέρος), δεν ήταν απολύτως ξένη προς τη διαδικασία.

64. Η υπό κρίση υπόθεση αφορά επίσης περίπτωση στην οποία έχει επέλθει –ή επρόκειτο να επέλθει– μεταβολή στο ιδιοκτησιακό καθεστώς δύο από τους προεπιλεγέντες φορείς, ο ένας από τους οποίους απορροφά τον άλλον. Συνεπώς, δεν πρόκειται εν προκειμένω ούτε για πιθανή παρέμβαση τρίτου, παντελώς ξένου προς την κλειστή διαδικασία.

27 Όπως εκτίθεται στις σκέψεις 10 και 42 της αποφάσεως MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).

28 Απόφαση MT Højgaard και Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 44, η υπογράμμιση δική μου).

29 Υπόθεση C-396/14, EU:C:2016:347.

2. Οι επιπτώσεις της συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως στην νομική και ουσιαστική ταυτότητα του επιλεγέντος προσφέροντος

65. Σύμφωνα με τις πληροφορίες που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο, καμία μεταβολή στη νομική προσωπικότητα της Enel Open Fiber δεν είχε επέλθει κατά την ημερομηνία κατά την οποίαν η εν λόγω εταιρία, κατόπιν επιλογής της, κατέθεσε την προσφορά της, όπερ αποτελεί το συγκεκριμένο σημείο της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως ως προς το οποίο διερωτάται το αιτούν δικαστήριο. Σύμφωνα με τη διατύπωσή του, «η σύνθεσή της δεν προέκυπτε ότι είχε μεταβληθεί κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών».

66. Υπό την έννοια αυτή, υπενθυμίζεται, όπως επισήμανε η Επιτροπή [30], ότι, καθόσον η συγχώνευση δι' απορροφήσεως αποτελούσε συγκέντρωση με ευρωπαϊκή διάσταση, αυτή δεν μπορούσε να υλοποιηθεί χωρίς την προηγούμενη συναίνεση της Επιτροπής (ορθότερα, τη μη εναντίωσή της και την κήρυξη της συγκεντρώσεως ως συμβατής με την εσωτερική αγορά), η οποία δόθηκε στις 15 Δεκεμβρίου 2016, ήτοι, δύο μήνες μετά την εκπνοή της προθεσμίας για την υποβολή προσφορών.

67. Ωστόσο, αυτό που ζητεί στην πραγματικότητα να μάθει το αιτούν δικαστήριο είναι εάν το γεγονός ότι οι διαπραγματεύσεις για τη συγχώνευση ήταν ήδη σε εξέλιξη κατά τον χρόνο επιλογής από την αναθέτουσα αρχή των υπό συγχώνευση φορέων συνιστούσε κάποιου είδους *ουσιαστική* μεταβολή στην προσωπικότητα της Enel Open Fiber, η οποία αρκούσε για να συναχθεί ότι η εταιρία αυτή δεν συνέπιπτε, εν τοις πράγμασι, ως υποκείμενο δικαίου με την Enel Open Fiber, η οποία είχε προεπιλεγεί.

68. Με άλλα λόγια, η αμφιβολία έγκειται στο εάν το γεγονός ότι βρίσκεται *σε εξέλιξη* μεταβολή στο ιδιοκτησιακό καθεστώς του προεπιλεγέντος φορέα, ο οποίος απορροφά ή προτίθεται να απορροφήσει άλλον προσφέροντα, επίσης προεπιλεγέντα, αρκεί για τον αποκλεισμό από την (κλειστή) διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως [31].

69. Θα μπορούσε, υπέρ του αποκλεισμού, να υποστηριχθεί ότι, στον βαθμό κατά τον οποίον η διαδικασία συγχωνεύσεως οδηγεί αναπόφευκτα σε διαρθρωτική μεταβολή της απορροφώσας και της απορροφωμένης εταιρίας, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων επιβάλλουν τη μετάθεση του αποτελέσματος αυτού ακριβώς στον χρόνο κατά τον οποίον, με τη σχεδιαζόμενη συμφωνία συγχωνεύσεως, σημειώνεται ήδη μια αρχή *ουσιαστικής συγχύσεως* μεταξύ των εμπλεκομένων εταιριών. Επέρχεται, επομένως, διάρρηξη της *ουσιαστικής* ταυτότητας μεταξύ εκείνου που προεπελέγη και εκείνου που υποβάλλει προσφορά, με αποτέλεσμα να μην πρόκειται πλέον, για τους σκοπούς αυτούς, για το ίδιο υποκείμενο.

70. Φρονώ, ωστόσο, ότι το επιχείρημα αυτό δεν είναι πειστικό. Αφενός, δεν λαμβάνει υπόψη ότι, εν προκειμένω, οι δύο φορείς (ο απορροφών και ο απορροφώμενος) είχαν προεπιλεγεί πριν από τη συγχώνευση για την υποβολή προσφορών, με αποτέλεσμα να μπορεί να γίνει λόγος τόσο για διάρρηξη της *ουσιαστικής ταυτότητας* όσο και για εξίσου *ουσιαστική* συνέχεια και των δύο.

71. Αφετέρου, θεωρώ ότι δεν συνάδει προς την αρχή της αναλογικότητας το να φθάνει η απαίτηση περί *ουσιαστικής ταυτότητας* σε τέτοιο σημείο, οσάκις πρόκειται για συγχώνευση εταιριών διά απορροφήσεως. Σε περίπτωση πράξεως αυτού του είδους, η απορροφώσα εταιρία διατηρεί τη νομική της προσωπικότητα και αυξάνει την περιουσία της, ενσωματώνοντας σε αυτήν την περιουσία της

30 Σημείο 31 των γραπτών παρατηρήσεών της.

31 Όπως επισημαίνει η Telecom Italia στις γραπτές παρατηρήσεις της (σημείο 31), «υπό τις συνθήκες αυτές, δεν ασκεί επιρροή η [μεταγενέστερη] τυπική νομική μορφή της απορροφηθείσας εταιρίας (Metroweb Sviluppo) […]· στην πραγματικότητα, αρκεί ότι μεταβάλλεται η ουσιαστική ταυτότητα της απορροφώσας εταιρίας (Open Fiber), παρά μάλλον η νομική, […] ώστε η συγχώνευση να καθίσταται ασύμβατη με […] την εξαγγελλομένη στο άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 αρχή».

απορροφωμένης εταιρίας[32]. Στην πραγματικότητα, η μεταβολή αυτή στα περιουσιακά στοιχεία της απορροφώσας επιχειρήσεως δεν διαφέρει, από *ουσιαστικής* απόψεως, από αυτήν που θα προέκυπτε σε περίπτωση αυξήσεως του εταιρικού της κεφαλαίου ή σε άλλες παρόμοιες περιπτώσεις. Εάν οι προεπιλεγέντες προσφέροντες δεν είχαν τη δυνατότητα να διενεργούν, κατά τη διάρκεια κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, τέτοιου είδους εταιρικές πράξεις, διότι θα αλλοίωναν, κατ' αυτόν τον τρόπο, την *ουσιαστική ταυτότητά* τους, η επιχειρηματική τους ικανότητα θα θιγόταν αδικαιολόγητα και δυσανάλογα.

72. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Telecom Italia έλαβε αποστάσεις από τις γραπτές της παρατηρήσεις, αναγνωρίζοντας ότι αυτού του είδους οι πράξεις (συμπεριλαμβανομένων των συγχωνεύσεων) δεν θα ήταν κρίσιμες, από την άποψη που ενδιαφέρει την υπόθεση, αν αφορούσαν φορείς ξένους προς τη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως. Παραδέχεται επομένως, κατά τη γνώμη μου, ότι, στην πραγματικότητα, η αιτίασή της δεν αφορά τόσο τη διατήρηση της ουσιαστικής ταυτότητας του προεπιλεγέντος φορέα (καθόσον, βάσει της αρχικής της θέσεως, μεταβολή της ταυτότητας θα επερχόταν και σε περίπτωση απορροφήσεως οποιασδήποτε άλλης επιχειρήσεως) όσο τους κινδύνους συμπράξεως που θα μπορούσαν να προκύψουν από τη συγχώνευση με άλλον υποψήφιο στον ίδιον διαγωνισμό.

73. Η απαγόρευση μεταβολών στη μετοχική σύνθεση της προεπιλεγείσας επιχειρήσεως, ενόσω η κλειστή διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως βρίσκεται σε εξέλιξη, θα μπορούσε, επιπλέον, να ενισχύσει την ανασφάλεια δικαίου, όπως επισημαίνει το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) με τη διάταξή του περί παραπομπής[33].

74. Η ίδια η οδηγία 2014/24 προβλέπει τη δυνατότητα αντικαταστάσεως του αρχικού αναδόχου από νέο εργολάβο, κατόπιν εταιρικής αναδιαρθρώσεως (η οποία οφείλεται, μεταξύ άλλων, σε διαδικασία συγχωνεύσεως), χωρίς να είναι αναγκαία η κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως[34]. Εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει συναφώς ο νομοθέτης[35], δεν βλέπω για ποιον λόγο η διάταξη αυτή δεν μπορεί να εφαρμοστεί και στην περίπτωση διαδικασίας που βρίσκεται σε εξέλιξη[36].

32 Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2011/35/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 5ης Απριλίου 2011, για τις συγχωνεύσεις των ανωνύμων εταιρειών (ΕΕ 2011, L 110, σ. 1), ως «συγχώνευση με απορρόφηση» νοείται η πράξη με την οποία «μία ή περισσότερες εταιρείες μεταβιβάζουν σε μία άλλη, κατόπιν λύσεώς τους χωρίς να τεθούν σε εκκαθάριση, το σύνολο της περιουσίας τους, ενεργητικό και παθητικό διαθέτοντας στους μετόχους τους μετοχές της νέας εταιρείας και ενδεχομένως συμψηφιστικό ποσό σε μετρητά, που δεν υπερβαίνει το 10 % της ονομαστικής αξίας των μετοχών που διατέθηκαν ή σε περίπτωση ελλείψεως ονομαστικής αξίας, της λογιστικής τους αξίας».

33 «Εάν οι απορρέουσες από το άρθρο 28, παράγραφος 2, αρχές, γίνονταν αντιληπτές υπό τόσο ευρεία εννοία, οι συνέπειες θα ήταν δυσχερώς διαχειρίσιμες από τις αναθέτουσες αρχές και θα ανέκυπτε ο συνεχής κίνδυνος της εκ των υστέρων ακυρώσεως των πράξεων αναθέσεως […] σε προφανή σύγκρουση με τη γενική αρχή της σταθερότητας των εννόμων καταστάσεων» (σημείο 8.3, τελευταία περίοδος, της διατάξεως περί παραπομπής).

34 Συγκεκριμένα, το προβλεπόμενο στο άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο δ', σημείο ii, πραγματικό είναι το εξής: «[η] μερική ή ολική διαδοχή του αρχικού εργολάβου, κατόπιν εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της συγχώνευσης και της αφερεγγυότητας, από άλλο οικονομικό φορέα ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, εφόσον η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν έχει στόχο την αποφυγή της εφαρμογής της παρούσας οδηγίας».

35 Η δυνατότητα αυτή βρίσκει έρεισμα τόσο στην αρχή της διατηρήσεως της συμβάσεως όσο και στην ανάγκη ενδεχόμενες μεταβολές στη μετοχική σύνθεση να μη θίγονται από παρεμβάσεις στη συνήθη εκτέλεση εταιρικών πράξεων. Οι τελευταίες θα μπορούσαν να διακυβευθούν εάν τυχόν αλλαγές στο κεφάλαιο είχαν αρνητικές επιπτώσεις στις κλειστές διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων. Οι εταιρίες θα εμποδίζονταν, συνεπώς, να κινούν διαδικασίες εταιρικής αναδιαρθρώσεως.

36 Κατά την αιτιολογική σκέψη 110 της οδηγίας 2014/24, «[…] ο ανάδοχος που εκτελεί τη σύμβαση θα πρέπει να μπορεί, ιδίως εάν η σύμβαση έχει ανατεθεί σε περισσότερες από μία επιχειρήσεις, να υποστεί ορισμένες διαρθρωτικές μεταβολές κατά την εκτέλεση της σύμβασης, όπως καθαρά εσωτερική αναδιοργάνωση, εξαγορές, συγχωνεύσεις ή διαδικασία αφερεγγυότητας. Οι εν λόγω διαρθρωτικές μεταβολές δεν θα πρέπει να συνεπάγονται αυτομάτως απαίτηση έναρξης νέων διαδικασιών προμήθειας για όλες τις δημόσιες συμβάσεις τις οποίες εκτελεί ο εν λόγω προσφέρων».

75. Τέλος, πρέπει να σημειωθεί ότι ενδεχόμενος τέτοιος λόγος αποκλεισμού θα έπρεπε να προβλέπεται *ρητώς* στα έγγραφα της διαδικασίας, στους εθνικούς κανόνες ή στους κανόνες της Ένωσης που διέπουν τη διαδικασία αυτή. Κάτι τέτοιο δεν συντρέχει εν προκειμένω, και, ως εκ τούτου, πλήρη εφαρμογή έχουν οι κρίσεις της αποφάσεως Specializuotas transportas [37] ως προς το ότι «[η] επιβολή […] στους προσφέροντες […] υποχρεώσεως [που] δεν περιλαμβάνεται ούτε στο εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο ούτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, δεν συνιστά σαφώς καθορισμένη προϋπόθεση, κατά την έννοια της παρατεθείσας […] νομολογίας» [38].

3. Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως έναντι των (λοιπών) επιλεγέντων φορέων

76. Επί τη βάσει της συνέχειας μεταξύ των δύο προεπιλεγέντων φορέων (της απορροφώσας και της απορροφώμενης εταιρίας), φρονώ ότι δεν υφίστανται λόγοι για τους οποίους θα μπορούσε να διαπιστωθεί παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως έναντι των λοιπών προσφερόντων. Κανείς από τους τελευταίους δεν κλήθηκε να ανταγωνιστεί έναν οικονομικό φορέα απολύτως ξένο προς την κλειστή διαδικασία, αλλά κάποιον με αδιαμφισβήτητη *ουσιαστική* σύνδεση με τους δύο φορείς οι οποίοι είχαν επίσης προεπιλεγεί και κληθεί να υποβληθούν στην ίδια διαδικασία αξιολογήσεως.

77. Δεν υφίσταται, συνεπώς, κανενός είδους παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως *κατά τον χρόνο της υποβολής των προσφορών*, ο οποίος κατά κύριο λόγο ενδιαφέρει εν προκειμένω. Ανεξαρτήτως του εάν συγχωνεύθηκε μεταγενέστερα με κάποιον από τους προεπιλεγέντες φορείς, γεγονός είναι ότι και η Enel Open Fiber ολοκλήρωσε με επιτυχία τη διαδικασία προεπιλογής και, ως εκ τούτου, οι σχετικές με αυτήν περιστάσεις είναι απολύτως διαφορετικές από εκείνες που θα συνέτρεχαν στην περίπτωση ενός τρίτου που θα είχε προσκληθεί να υποβάλει προσφορά χωρίς να υποχρεωθεί να ακολουθήσει τη διαδικασία στην οποία όφειλαν να υποβληθούν όσοι φορείς είχαν γίνει δεκτοί στην κλειστή διαδικασία.

78. Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, επιβάλλει να έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των προσφορών τους. Συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υπόκεινται στις ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζόμενους [39], ενώ καλύπτει το σύνολο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως και, συγκεκριμένα, τόσο τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και τον χρόνο αξιολογήσεως των προσφορών τους από την αναθέτουσα αρχή [40].

79. Μπορούσε η συγχώνευση των δύο φορέων σε χρόνο μεταγενέστερο της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, *πρότερο, όμως, της οριστικής κατατάξεως των τελευταίων* [41], να θίξει τους λοιπούς προσφέροντες περιάγοντάς τους σε κατάσταση ανισότητας; Φρονώ πως όχι. Το κρίσιμο στοιχείο είναι το αν η σύμβαση ανατίθεται τελικώς σε εκείνον που πληροί τους όρους του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι ο ανάδοχος δεν έχει τύχει προνομιακής μεταχειρίσεως κατά τη διάρκεια της διαδικασίας.

37 Απόφαση της 17ης Μαΐου 2018 (C-531/16, EU:C:2018:324).

38 Όπ.π., σκέψη 24.

39 Απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

40 Αντί πολλών, απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική (C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45).

41 Όπως έχει ήδη εκτεθεί (σημείο 17 των παρουσών προτάσεων), η συγχώνευση έλαβε χώρα στις 23 Ιανουαρίου 2017, ενώ η προσωρινή κατάταξη των προσφορών για τα πέντε τμήματα της διαδικασίας δημοσιοποιήθηκε την επόμενη ημέρα, ήτοι στις 24 Ιανουαρίου 2017.

80. Ειδικότερα, για τους σκοπούς της επίδικης υποθέσεως, κρίσιμοι, αφ' ης στιγμής πρόκειται για κλειστή διαδικασία, είναι οι ακόλουθοι παράγοντες:

– αφενός, το γεγονός ότι η Enel Open Fiber προεπελέγη νομίμως και διατήρησε αμετάβλητη τη νομική της προσωπικότητα, ακόμη και αν η μετοχική της σύνθεση μεταβλήθηκε διά της απορροφήσεως άλλου προσφέροντος,

– αφετέρου, το γεγονός ότι η Metroweb Sviluppo, ο απορροφηθείς προσφέρων, δεν υπέβαλε τελικώς προσφορά, καίτοι είχε προεπιλεγεί. Τούτο επάγεται ότι, σε τελική ανάλυση, η συγχώνευση των δύο φορέων είχε ως αποτέλεσμα την υποβολή μίας μόνον προσφοράς.

81. Στην πραγματικότητα, η απόσυρση της Metroweb από τη διαδικασία δεν ήταν καν απολύτως αναγκαία για τη διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, καθόσον το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι οι συνδεδεμένοι μεταξύ τους προσφέροντες μπορούν να υποβάλλουν προσφορές ταυτοχρόνως σε ίδια διαδικασία, υπό τον όρο ότι δεν πρόκειται για «συντονισμένες ή συμπεφωνημένες προσφορές, ήτοι μη αυτοτελείς ή ανεξάρτητες προσφορές, οι οποίες θα ήταν ικανές να τους προσδώσουν με τον τρόπο αυτό μη δικαιολογημένα πλεονεκτήματα σε σχέση με άλλους προσφέροντες» [42].

82. Οι κίνδυνοι συμπράξεως που θα μπορούσαν να προκύψουν επ' ευκαιρία της συγχωνεύσεως δεν συνδέονται στην πραγματικότητα με τυχόν μεταβολή στην ουσιαστική ταυτότητα της Enel Open Fiber, αλλά μάλλον με το ενδεχόμενο αθέμιτων επαφών μεταξύ δύο προσφερόντων, ανεξαρτήτως του εάν τελούν ή όχι υπό διαδικασία συγχωνεύσεως.

83. Από κανένα στοιχείο δεν μπορεί να συναχθεί ότι οι προφορές των Metroweb Sviluppo και Enel Open Fiber ήταν συντονισμένες ή συμπεφωνημένες, εν πάση δε περιπτώσει, μόνο μία από αυτές υποβλήθηκε τελικώς, όπερ εξαλείφει τον κίνδυνο συμπράξεως.

84. Έτι περαιτέρω, το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας) αποκλείει ρητώς το να είχε η συμφωνία συγχωνεύσεως ως σκοπό την καταστρατήγηση των κανόνων ανταγωνισμού και να «επεδίωκε κατ' ουσίαν τη διατάραξη της ισορροπίας του διαγωνισμού, προς βλάβη των λοιπών προσφερόντων και της ίδιας της αναθέτουσας αρχής […] Δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η συντελεσθείσα σε εκτέλεση της συμφωνίας πλαισίου της 10ης Οκτωβρίου 2016 συγκέντρωση αποτελεί αφ' εαυτής σύμπραξη μεταξύ των μετεχόντων τον διαγωνισμό» [43].

85. Τίθεται, ωστόσο, το ερώτημα, σε ποιες περιπτώσεις μια εν εξελίξει συγχώνευση είναι ικανή να θίξει την αρχή της ισότητας. Δεν αποκλείεται, κατά την άποψή μου, το θεωρητικό ενδεχόμενο να συμβεί κάτι τέτοιο όταν, κατά παράβαση του άρθρου 7, παράγραφος 1, του κοινοτικού κανονισμού συγκεντρώσεων [44], η συγχώνευση έχει εν τοις πράγμασι αρχίσει να παράγει αποτελέσματα, καθιστώντας πιθανή την ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των οικείων –και προεπιλεγέντων– φορέων, η οποία θα μπορούσε να τους περιαγάγει σε πλεονεκτικότερη θέση σε σχέση με τους λοιπούς προσφέροντες [45].

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

43 Διάταξη περί παραπομπής, σημείο 8.4.

44 Δυνάμει του οποίου, «[μ]ια συγκέντρωση με κοινοτική διάσταση […] ή που θα εξετασθεί από την Επιτροπή […] δεν πραγματοποιείται πριν από την κοινοποίησή της ούτε πριν να κηρυχθεί συμβατή με την κοινή αγορά κατόπιν απόφασης […]».

45 Πρόκειται για τις περιπτώσεις που εκτίθενται στην προπαρατεθείσα σκέψη 29 της αποφάσεως Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). Κάτι τέτοιο θα συνέβαινε εάν η διαδικασία συγχωνεύσεως είχε αρχίσει πριν από την υποβολή προσφορών και η πρότερη της αποφάσεως της Επιτροπής ουσιαστική (και αθέμιτη) εκτέλεσή της είχε επηρεάσει το περιεχόμενο της προσφοράς της Enel Open Fiber κατά τον ίδιον τρόπο ως εάν η επιχείρηση αυτή και η Metroweb Sviluppo είχαν συντονιστεί μεταξύ τους προκειμένου να ευθυγραμμίσουν τη συμπεριφορά τους κατά τα διαδοχικά στάδια του διαγωνισμού, προς βλάβη των λοιπών φορέων.

86. Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει εάν κάτι τέτοιο συνέβη εν προκειμένω, καίτοι, επαναλαμβάνω, η άποψή του, όπως αποτυπώνεται στη διάταξη περί παραπομπής, είναι ότι η από διαρθρωτικής απόψεως συγχώνευση των δύο εταιριών «πόρρω απέχει από μια αθέμιτη σύμπραξη μεταξύ δύο προσφερόντων, οι οποίοι αποσκοπούν να μεταβάλουν την ισορροπία ενός επιμέρους διαγωνισμού» [46].

87. Εν συνόψει, η υποβολή προσφοράς από προσφέροντα ο οποίος βρίσκεται σε διαδικασία συγχωνεύσεως με άλλον επίσης προεπιλεγέντα προσφέροντα δεν είναι ασύμβατη με το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24, εκτός εάν οι δύο φορείς συντονίζουν ή εναρμονίζουν τη δράση τους, στο πλαίσιο της κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, κατά τρόπο που τους προσπορίζει αδικαιολόγητα πλεονεκτήματα έναντι των λοιπών προσφερόντων, πράγμα που απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.

V. Πρόταση

88. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, Ιταλία) ως εξής:

«Το άρθρο 28, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν απαγορεύει, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας, να γίνει δεκτός στο στάδιο αξιολογήσεως προσφορών οικονομικός φορέας που έχει συνάψει συμφωνία συγχωνεύσεως δι' απορροφήσεως άλλου οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει επίσης προεπιλεγεί, εφόσον:

– η εν λόγω συμφωνία συγχωνεύσεως δεν έχει εκτελεστεί ούτε από νομικής ούτε από ουσιαστικής απόψεως πριν από το στάδιο υποβολής προσφορών και

– οι δύο φορείς δεν έχουν συντονίσει ή εναρμονίσει τη δράση τους, στο πλαίσιο κλειστής διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, κατά τρόπο που να τους προσπορίζει αδικαιολόγητα πλεονεκτήματα έναντι των λοιπών προσφερόντων, πράγμα που απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.»

46 Διάταξη περί παραπομπής, σημείο 8.4.