



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
PAOLO MENGOLZI
της 25ης Νοεμβρίου 2015¹

Υπόθεση C-396/14

**MT Højgaard A/S,
Züblin A/S
κατά**

Banedanmark

[αίτηση της Klagenævnet for Udbud (Δανία)

για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή — Άρθρο 267 ΣΛΕΕ — Αρμοδιότητα του Δικαστηρίου — Ζήτημα κατά πόσον το αιτούν όργανο αποτελεί “δικαστήριο” — Ανεξαρτησία — Οδηγία 2004/17/EK — Δημόσιες συμβάσεις — Διαδικασία με διαπραγμάτευση — Αρχή της ίσης μεταχειρίσεως — Μεταβολή κοινοπραξίας οικονομικών φορέων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως — Ανάθεση της συμβάσεως σε εταιρία που δεν είχε προεπιλεγεί»

1. Όταν μια κοινοπραξία επιχειρήσεων προεπιλέχθηκε και υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και, ακολούθως, πριν την ανάθεση της συμβάσεως, η εν λόγω κοινοπραξία διαλύεται λόγω της πτωχεύσεως ενός από τα δύο μέλη της, μπορεί άραγε η αναθέτουσα αρχή, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, να επιτρέψει στο μέλος που απομένει, το οποίο δεν υπέβαλε αυτοτελώς υποψηφιότητα και ως εκ τούτου δεν προεπιλέχθηκε, να εξακολουθήσει να μετέχει στη διαδικασία και εντέλει να του αναθέσει τη σύμβαση;

2. Αυτό είναι, κατ' ουσίαν, το καινοφανές ερώτημα που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο από την Klagenævnet for Udbud (επιτροπή προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων) στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ, αφενός, της MT Højgaard A/S και της Züblin A/S (στο εξής από κοινού: MTHZ), κοινοπραξίας οικονομικών φορέων η οποία έλαβε μέρος σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και, αφετέρου, του Banedanmark, διαχειριστή των σιδηροδρομικών υποδομών στη Δανία και αναθέτουσας αρχής στη συγκεκριμένη διαδικασία. Ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, η MTHZ υποστηρίζει ότι το Banedanmark, επιτρέποντας στην εταιρία Per Aarsleff A/S (στο εξής: Aarsleff), το απομένον μέλος κοινοπραξίας που διαλύθηκε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας του διαγωνισμού, να μετάσχει σ' αυτόν αντί της κοινοπραξίας, ενώ η Aarsleff δεν είχε προεπιλεγεί, παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17/EK².

3. Στην υπόθεση αυτή, η Δανική Κυβέρνηση ζητεί καταρχάς από το Δικαστήριο να διευκρινίσει τους λόγους για τους οποίους η Klagenævnet for Udbud αποτελεί δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ. Ακολούθως, όσον αφορά την απάντηση επί της ουσίας του ερωτήματος που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο, το Δικαστήριο καλείται να επιτύχει δίκαιη στάθμιση μεταξύ, αφενός, του δημοσίου συμφέροντος των αναθετουσών αρχών, το οποίο επιτάσσει να χαρακτηρίζονται οι

¹ — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

² — 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 (EE L 134, σ. 1).

διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων από το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα στον ανταγωνισμό ούτως ώστε να διασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή προσφερόντων στους διαγωνισμούς, και, αφετέρου, του συμφέροντος —ή μάλλον του δικαιώματος— όλων των προσφερόντων που μετέχουν σε διαγωνισμό να τηρείται αυστηρά κατά τη συμμετοχή τους στη διαδικασία η αρχή των ίσων ευκαιριών για όλους τους προσφέροντες.

I – Το νομικό πλαίσιο

A — Το δίκαιο της Ένωσης

4. Η επίμαχη σύμβαση στην υπόθεση της κύριας δίκης αφορά την κατασκευή σιδηροδρομικών γραμμών και συνεπώς διέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας 2004/17, γνωστής ως «τομεακή οδηγία».

5. Στην αιτιολογική σκέψη 9 της οδηγίας 2004/17 αναφέρεται ότι «[γ]ια να εξασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των συμβάσεων δημοσίων προμηθειών που ανατίθενται από φορείς των τομέων [...] των μεταφορών, είναι σκόπιμο να καταρτισθούν διατάξεις για τον κοινοτικό συντονισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός αυτός βασίζεται στις απαιτήσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 14, 28 και 49 της [Σ]υνθήκης ΕΚ και το άρθρο 97 της [Σ]υνθήκης Ευρατόμ, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, στο πλαίσιο της οποίας η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων είναι απλώς μια ειδική έκφραση [...]. Λόγω της φύσεως των τομέων που υπάγονται σε αυτόν, ο συντονισμός αυτός θα πρέπει, διασφαλίζοντας την εφαρμογή των εν λόγω αρχών, να θεσπίζει ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και θα πρέπει να επιτρέπει τη μέγιστη δυνατή ευελιξία».

6. Το άρθρο 10 της οδηγίας αυτής, το οποίο φέρει τον τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», προβλέπει ότι «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια».

7. Το άρθρο 11, παράγραφος 2, της ίδιας οδηγίας ορίζει ότι «[ο]ι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων δύνανται να υποβάλλουν προσφορές ή υποψηφιότητες. Για την υποβολή μιας προσφοράς ή μιας αίτησης συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν να έχουν οι κοινοπραξίες οικονομικών φορέων συγκεκριμένη νομική μορφή· ωστόσο, η επιλεγείσα κοινοπραξία είναι δυνατόν να υποχρεωθεί να περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή, αν της ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης».

8. Το άρθρο 51 της ως άνω οδηγίας, το οποίο επιγράφεται «Γενικές διατάξεις» και περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο VII που τιτλοφορείται «Διεξαγωγή της διαδικασίας», ορίζει τα ακόλουθα:

«1. Για τους σκοπούς της επιλογής των προσφερόντων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων:

- α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων σύμφωνα με το άρθρο 54, παράγραφοι 1, 2 ή 4, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που ανταποκρίνονται στους εν λόγω κανόνες και κριτήρια·
- β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει του άρθρου 54·
- γ) στις κλειστές και με διαπραγμάτευση διαδικασίες με προκήρυξη διαγωνισμού, περιορίζουν, ενδεχομένως, τον αριθμό των επιλεγέντων δυνάμει των στοιχείων α) και β) υποψηφίων, σύμφωνα με το άρθρο 54.

[...]

3. Οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι επιλεγμένοι προσφέροντες προς τους κανόνες και τις απαιτήσεις που ισχύουν για τις προσφορές και αναθέτουν τη σύμβαση βάσει των κριτηρίων που προβλέπονται στα άρθρα 55 και 57.»

9. Το άρθρο 54 της οδηγίας 2004/17 προβλέπει την εφαρμογή των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ορίζονται από τους αναθέτοντες φορείς και ορίζει, στην τελευταία περίοδο της παραγράφου 3, ότι στις περιπτώσεις των κλειστών διαδικασιών ή των διαδικασιών με διαπραγμάτευση ο «αριθμός των επιλεγέντων υποψηφίων πρέπει [...] να λαμβάνει υπόψη την ανάγκη εξασφάλισης επαρκούς ανταγωνισμού».

10. Η οδηγία 2004/17 θα καταργηθεί, από 18ης Απριλίου 2016, με την οδηγία 2004/25/ΕΕ³.

B — Το δανικό δίκαιο

11. Η *Klagenævnet for Udbud* ιδρύθηκε με τον νόμο 344 για τη σύσταση επιτροπής προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (*lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud*), της 6ης Ιουνίου 1991. Η οργάνωση και η δραστηριότητά της διέπονται από τον νόμο 492 για την εφαρμογή των κανόνων συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων (*lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer*), της 12ης Μαΐου 2010, όπως έχει τροποποιηθεί (στο εξής: νόμος για τις δημόσιες συμβάσεις), καθώς και από το διάταγμα 887 σχετικά με την επιτροπή προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (*bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud*), της 11ης Αυγούστου 2011, όπως έχει τροποποιηθεί.

12. Ο νόμος περί ορισμένων εμπορικών επιχειρήσεων (*lov om visse erhvervsdrivende virksomheder*) ο οποίος δημοσιεύθηκε με το κωδικοποιητικό διάταγμα 1295, της 15ης Νοεμβρίου 2013, ορίζει στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 2 ότι ως «*interessentskab*» (ομόρρυθμη εταιρία, στο εξής: I/S) νοείται «η επιχείρηση της οποίας οι εταίροι ευθύνονται προσωπικά, απεριόριστα και εις ολόκληρον για τις υποχρεώσεις της». Η I/S είναι αυτοτελές νομικό πρόσωπο και υποκείμενο δικαίου με ικανότητα δικαίου.

II – Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης, η εθνική διαδικασία και το προδικαστικό ερώτημα

13. Τον Ιανουάριο του 2013 το *Banedanmark* δημοσίευσε, κατ' εφαρμογήν της οδηγίας 2004/17, προκήρυξη για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως κατά τη διαδικασία με διαπραγμάτευση, σχετικά με την εκτέλεση έργου υπό την ονομασία «TP 4 Urban Tunnels» στο πλαίσιο της κατασκευής νέας σιδηροδρομικής γραμμής μεταξύ των πόλεων Κοπεγχάγης (Δανία) και Ringsted (Δανία).

14. Από τη συγγραφή υποχρεώσεων του διαγωνισμού αυτού προκύπτει ότι η διαδικασία που κινήθηκε προέβλεπε την κατάθεση τριών προσφορών και ότι θα λάμβανε χώρα διαπραγμάτευση μετά την κατάθεση των δύο πρώτων προσφορών, η δε τρίτη και τελευταία προσφορά θα έπρεπε να οδηγήσει στην ανάθεση της συμβάσεως. Η προκήρυξη ανέφερε επίσης ότι το *Banedanmark* σκόπευε να προσκαλέσει από τέσσερις έως έξι υποψηφίους να υποβάλουν προσφορά και ότι, στην περίπτωση όπου ο αριθμός υποψηφίων τυχόν υπερέβαινε τους έξι, θα προχωρούσε σε προεπιλογή με σημείο αναφοράς παρόμοια, ήδη εκτελεσθέντα έργα. Η προκήρυξη δεν έθετε ελάχιστες προδιαγραφές ενόψει της προεπιλογής.

3 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 243).

15. Πέντε οικονομικοί φορείς υπέβαλαν υποψηφιότητα και το Banedanmark τους προεπέλεξε όλους. Εντούτοις, τον Ιούνιο του 2013, μία από τις επιχειρήσεις αποσύρθηκε, ούτως ώστε απέμειναν τέσσερις προεπιλεγέντες προσφέροντες.

16. Μεταξύ αυτών περιλαμβανόταν μια κοινοπραξία αποτελούμενη από την E. Pihl & Søn A/S (στο εξής: Pihl) και την Aarsleff, η οποία είχε παρουσιασθεί κατά το στάδιο της προεπιλογής ως κοινοπραξία υπό μορφή I/S με την επωνυμία «JV Pihl — Aarsleff — TP 4 Urban Tunnel I/S». Η Pihl και η Aarsleff συγκαταλέγονταν στις μεγαλύτερες επιχειρήσεις του οικοδομικού και του κατασκευαστικού τομέα στη Δανία. Η σύμβαση με την οποία συστάθηκε η I/S συνάφθηκε μεταξύ των Pihl και Aarsleff στις 26 Αυγούστου 2013.

17. Εντούτοις, την ίδια ημέρα, εκδόθηκε δικαστική απόφαση με την οποία κηρύχθηκε η Pihl σε πτώχευση. Το Banedanmark ειδοποιήθηκε σχετικά το απόγευμα της ίδιας ημέρας και ζήτησε αμέσως από την Aarsleff πληροφόρηση επί των επιπτώσεων της πτωχεύσεως στον εν εξελίξει διαγωνισμό.

18. Παρά την κήρυξη σε πτώχευση την προηγούμενη, η I/S υπέβαλε πρώτη προσφορά στις 27 Αυγούστου 2013, υπογεγραμμένη από την Aarsleff και την Pihl, όχι όμως και από τον σύνδικο της πτωχεύσεως της τελευταίας.

19. Μετά από μακρά ανταλλαγή αλληλογραφίας με την Aarsleff σχετικά με την αντιμετώπιση των συνεπειών της πτωχεύσεως της Pihl, το Banedanmark ενημέρωσε, στις 15 Οκτωβρίου 2013, όλους τους διαγωνιζομένους για την απόφασή του να επιτρέψει στην Aarsleff να εξακολουθήσει να μετέχει μόνη στη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως, παρά την πτώχευση της Pihl.

20. Με το έγγραφό του, το Banedanmark δικαιολόγησε την εν λόγω απόφαση επικαλούμενο το ότι η Aarsleff πληρούσε τα κριτήρια συμμετοχής στον διαγωνισμό και χωρίς την οικονομική και τεχνική συνδρομή της Pihl, καθώς και το ότι η συμμετοχή της τελευταίας στην κοινοπραξία δεν είχε αποτελέσει στοιχείο καθοριστικής σημασίας προκειμένου να επιτραπεί η συμμετοχή στον διαγωνισμό. Με το ίδιο έγγραφο, το Banedanmark επέστησε επίσης την προσοχή στο γεγονός ότι η Pihl δεν επρόκειτο να αντικατασταθεί στην κοινοπραξία από άλλον προσφέροντα και ότι οι επιλεγέντες προσφέροντες παρέμεναν συνεπώς οι ίδιοι, δεδομένου ότι δεν επιτρεπόταν σε κανένα νέο φορέα να συμμετάσχει στη διαδικασία του διαγωνισμού. Το Banedanmark επισήμανε ακόμη ότι η Aarsleff είχε προσλάβει περισσότερους από 50 μισθωτούς της Pihl μετά την κίνηση της συλλογικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένων προσώπων με καθοριστικό ρόλο στην εκτέλεση του έργου το οποίο αφορούσε ο διαγωνισμός.

21. Ακολούθως, η Aarsleff υπέβαλε δεύτερη προσφορά ιδίω ονόματι, γνωστοποιώντας ότι την κατέθετε υπό την ιδιότητά της ως διαδόχου της κοινοπραξίας την οποία είχε συστήσει με την Pihl, ότι ο σύνδικος της πτωχεύσεως δεν είχε γνωστοποιήσει κατά πόσον σκόπευε να ασκήσει το δικαίωμα επιλογής σε σχέση με τη συστατική της κοινοπραξίας σύμβαση και ότι, κατά συνέπεια, η ίδια την είχε καταγγείλει. Μετά από αξιολόγηση των δεύτερων προσφορών που έλαβε, το Banedanmark επέλεξε, σύμφωνα με τους όρους της προκηρύξεως, τις τρεις προσφορές οι οποίες θεωρήθηκαν ως οι οικονομικά πλέον συμφέρουσες και ζήτησε από τους τρεις επιλεγέντες προσφέροντες να υποβάλουν τρίτη και τελευταία προσφορά. Μεταξύ αυτών ήταν η Aarsleff και η MTHZ. Η τελευταία προσφορά κατατέθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2013.

22. Στις 20 Δεκεμβρίου 2013, το Banedanmark γνωστοποίησε στους τρεις επιλεγέντες προσφέροντες ότι είχε αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση στην Aarsleff, της οποίας η προσφορά ήταν συνολικά, από άποψη τόσο ποιότητας όσο και τιμής, η πλέον συμφέρουσα.

23. Κατόπιν της εν λόγω απόφασης, η MTHZ προσέφυγε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, ζητώντας από αυτό να αποφανθεί ότι το Banedanmark παραβίασε τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας υπό την έννοια του άρθρου 10 της οδηγίας 2004/17, καθόσον επέτρεψε στην Aarsleff να συμμετάσχει στον διαγωνισμό αντί της κοινοπραξίας που είχε συστήσει με την Pihl, ενώ η Aarsleff δεν είχε προεπιλεγεί. Επίσης, η MTHZ ζήτησε την ακύρωση της απόφασης με την οποία η σύμβαση ανατέθηκε στην Aarsleff.

24. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι, με απόφαση που εκδόθηκε στις 28 Ιανουαρίου 2014, το αιτούν δικαστήριο απέρριψε το αίτημα να αναγνωρισθεί ανασταλτικό αποτέλεσμα στην προσφυγή της MTHZ, επειδή δεν πληρούνταν η προϋπόθεση του επείγοντος. Με την απόφαση αυτή, το αιτούν δικαστήριο έκρινε εντούτοις ότι συνέτρεχε η προϋπόθεση του *fumus boni juris*, καθόσον από μια εκ πρώτης όψεως εξέταση της προσφυγής μπορούσε ήδη, κατά την εκτίμησή του, να συναχθεί ότι ήταν πολύ πιθανό να γίνει δεκτό, με την οριστική του απόφαση, το αίτημα της MTHZ για ακύρωση της απόφασης αναθέσεως. Συναφώς, το αιτούν δικαστήριο τόνισε καταρχάς ότι έπρεπε να γίνει διάκριση μεταξύ της περιπτώσεως όπου η μεταβολή σε κοινοπραξία επέρχεται πριν την ανάθεση της συμβάσεως και της περιπτώσεως όπου τυχόν μεταβολή επέρχεται μετά την ανάθεση. Ακολούθως, αποφάνθηκε ότι το γεγονός ότι μια αναθέτουσα αρχή είχε προεπιλέξει συγκεκριμένη κοινοπραξία δεν σημαίνει ότι προεπέλεξε και καθένα από τα μέλη της ατομικά, τούτο δε ανεξαρτήτως του ότι, βάσει της υποβολής υποψηφιότητας, η αναθέτουσα αρχή είναι ενδεχομένως σε θέση να διαπιστώσει ότι καθένα από τα μέλη της κοινοπραξίας πληρούσε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις.

25. Με τη διάταξή της περί παραπομπής, η Klagenævnet for Udbud επισημαίνει καταρχάς ότι δεν υφίσταται στο δανικό δίκαιο διάταξη που να απαγορεύει τη μεταβολή, κατόπιν της υποβολής των προσφορών, της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας επιχειρήσεων η οποία μετέχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως. Σημειώνει ακολούθως ότι, με την προκήρυξη, το Banedanmark δεν έθεσε ελάχιστους ποιοτικούς όρους σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες των προσφερόντων, θα όφειλε δε να προχωρήσει σε ποιοτική αξιολόγηση των υποψηφιοτήτων μόνο σε περίπτωση που ο αριθμός τους θα υπερέβαινε τις έξι. Υπό τις συνθήκες αυτές, βάσει των πληροφοριών που παρασχέθηκαν σχετικά με την Aarsleff, πρέπει να θεωρηθεί αποδεδειγμένο ότι αυτή θα είχε προεπιλεγεί αν είχε υποβάλει απευθείας υποψηφιότητα αντί να το πράξει μέσω της κοινοπραξίας που συνέστησε με την Pihl.

26. Η Klagenævnet for Udbud διατηρεί εντούτοις αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητα της διαδικασίας που ακολουθήθηκε με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Κατόπιν τούτου, αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν της διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Έχει η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως κατά τα άρθρα 10 και 51 της οδηγίας 2004/17 [...] την έννοια ότι, σε περιπτώσεις όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, απαγορεύει σε αναθέτοντα φορέα τη σύναψη συμβάσεως με προσφέροντα ο οποίος δεν έχει υποβάλει αίτηση συμμετοχής στη διαδικασία προεπιλογής και, ως εκ τούτου, δεν έχει προεπιλεγεί;»

III – Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

27. Η διάταξη περί παραπομπής περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 20 Αυγούστου 2014. Η MTHZ, η Δανική Κυβέρνηση και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν παρατηρήσεις και παρέστησαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση που έλαβε χώρα στις 8 Σεπτεμβρίου 2015.

IV – Νομική Ανάλυση

28. Προτού δοθεί απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο, πρέπει να εξετασθεί το προκαταρκτικό ζήτημα της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου, το οποίο τέθηκε από τη Δανική Κυβέρνηση.

A — Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου

29. Η Δανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι, καίτοι με την απόφαση *Unitron Scandinavia* και 3-S⁴ το Δικαστήριο έχει ήδη κρίνει ότι το αιτούν όργανο στην προκειμένη υπόθεση, ήτοι η *Klagenævnet for Udbud*, είναι «δικαστήριο» υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, εντούτοις, υπό το πρίσμα των στοιχείων που έλαβε υπόψη του το Δικαστήριο με την πρόσφατη απόφαση *TDC*⁵, όπου είχε τεθεί το ζήτημα αν αποτελούσε δικαστήριο μια άλλη επιτροπή προσφυγών του δανικού δικαίου, ήτοι η *Teleklagenævnet* (επιτροπή προσφυγών στον τομέα των τηλεπικοινωνιών), είναι αναγκαίο να διευκρινισθεί κατά πόσον, και για ποιους λόγους, η *Klagenævnet for Udbud* μπορεί να χαρακτηριστεί δικαστήριο.

30. Πρέπει συναφώς να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, το Δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει αν το αιτούν όργανο είναι «δικαστήριο» υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, ζήτημα που άπτεται αποκλειστικά του δικαίου της Ένωσης, λαμβάνει υπόψη ένα σύνολο στοιχείων, όπως είναι η ίδρυση του οργάνου αυτού με νόμο, η μονιμότητά του, ο δεσμευτικός χαρακτήρας της δικαιοδοσίας του, ο κατ' αντιμωλία χαρακτήρας της ενώπιόν του διαδικασίας, η εκ μέρους του οργάνου αυτού εφαρμογή των κανόνων δικαίου, καθώς και η ανεξαρτησία του⁶.

31. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την ίδρυση του αιτούντος οργάνου με νόμο, τη μονιμότητά του, τον κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της διαδικασίας, καθώς και την εφαρμογή, από το όργανο αυτό, κανόνων δικαίου, κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν θέτει υπό αμφισβήτηση τη διαπίστωση ότι η *Klagenævnet for Udbud* είναι «δικαστήριο» υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, στην οποία είχε καταλήξει και το Δικαστήριο με την απόφαση *Unitron Scandinavia* και 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Βάσει των πληροφοριών που παρασχέθηκαν στο Δικαστήριο στο πλαίσιο της προκειμένης διαδικασίας, επιβάλλεται, αντιθέτως, ενδελεχέστερη ανάλυση των κριτηρίων που σχετίζονται με τον δεσμευτικό χαρακτήρα της δικαιοδοσίας της και την ανεξαρτησία της, δεδομένου ότι βάσει ακριβώς του τελευταίου αυτού κριτηρίου το Δικαστήριο δεν αναγνώρισε, με την απόφαση *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), την ιδιότητα του δικαστηρίου στην *Teleklagenævnet*.

32. Όσον αφορά, πρώτον, τη δεσμευτική φύση της δικαιοδοσίας της *Klagenævnet for Udbud*, περιορίζομαι να επισημάνω ότι το γεγονός ότι η δικαιοδοσία του οργάνου αυτού είναι αποκλειστική μόνον κατά τη διάρκεια περιόδου καλούμενης «standstill»⁷ και καθίσταται, κατά το πέρας της εν λόγω περιόδου, εναλλακτική προς αυτή των δικαστηρίων δεν θέτει εν αμφιβόλω τον δικαιοδοτικό χαρακτήρα του συγκεκριμένου οργάνου.

33. Πράγματι, όπως προκύπτει από τη νομολογία, η ύπαρξη δυνατότητας αιτήσεως παροχής έννομης προστασίας άλλου είδους, πέραν της ένδικης, δεν αποκλείει κατ' ανάγκην το ενδεχόμενο να μπορεί το άλλο αυτό όργανο, στο οποίο υποβάλλεται η σχετική αίτηση, να χαρακτηριστεί ως «δικαστήριο κράτους μέλους» υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, εφόσον η απόφασή του έχει υποχρεωτική ισχύ —πράγμα που δεν αμφισβητείται στην προκειμένη περίπτωση⁸— και πρόκειται για

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Βλ. ιδίως σκέψη 15, η οποία παραπέμπει στα σημεία 17 και 18 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα S. Alber στην ίδια υπόθεση (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235, σκέψη 21), και *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, σκέψη 27).

7 — Βλ. άρθρα 3, παράγραφος 1, και 5, παράγραφος 1, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις.

8 — Όπως συνάγεται από τα άρθρα 13, 14 και 16 έως 18 του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις, η *Klagenævnet for Udbud* μπορεί, ειδικότερα, να ακυρώνει τις παράνομες αποφάσεις ή αναθέσεις συμβάσεων, να εκδίδει διαταγές, να επιβάλλει οικονομικές κυρώσεις, να χορηγεί αποζημιώσεις και να κηρύσσει συμβάσεις άκυρες.

προβλεπόμενο εκ του νόμου όργανο, του οποίου η αρμοδιότητα δεν εξαρτάται από συμφωνία των διαδίκων⁹. Επιπλέον, δεδομένου ότι η προσφυγή στην υπόθεση της κύριας δίκης ασκήθηκε εντός της περιόδου «standstill», η δικαιοδοσία της *Klagenævnet for Udbud* ήταν κατά τον χρόνο εκείνο δεσμευτική.

34. Όσον αφορά, δεύτερον, το κριτήριο της ανεξαρτησίας, υπενθυμίζω ότι η εγγενής στο δικαιοδοτικό έργο έννοια της ανεξαρτησίας προϋποθέτει κυρίως ότι το οικείο όργανο έχει την ιδιότητα του τρίτου σε σχέση με την αρχή που έχει εκδώσει την απόφαση η οποία προσβάλλεται με την προσφυγή. Κατά τη νομολογία, η εν λόγω έννοια έχει μια εξωτερική πτυχή, η οποία προϋποθέτει ότι το οικείο όργανο προστατεύεται από εξωτερικές παρεμβάσεις ή πιέσεις ικανές να θέσουν σε κίνδυνο την ανεξάρτητη κρίση των μελών του ως προς τις διαφορές που υποβάλλονται στην κρίση του, και μια εσωτερική πτυχή, η οποία είναι παρεμφερής με την έννοια της αμεροληψίας και αφορά την τήρηση ίσων αποστάσεων από τους διαδίκους και από τα αντίστοιχα συμφέροντά τους σε σχέση με το αντικείμενο της διαφοράς. Αυτές οι εγγυήσεις ανεξαρτησίας και αμεροληψίας απαιτούν την ύπαρξη κανόνων, ιδίως όσον αφορά τη σύνθεση του οργάνου, τον διορισμό των μελών του, τη διάρκεια της θητείας τους και τους λόγους αποχής, εξαιρέσεως ή παύσεώς τους, ώστε οι πολίτες να μην έχουν καμία εύλογη αμφιβολία ως προς τη στεγανότητα του οργάνου έναντι παντός εξωτερικού στοιχείου και ως προς την ουδετερότητά του απέναντι στα αντικρουόμενα συμφέροντα¹⁰.

35. Με την απόφαση TDC, την οποία επικαλείται η Δανική Κυβέρνηση, το Δικαστήριο κατέληξε ότι η *Teleklagenævnet* δεν αποτελούσε δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ κρίνοντας ότι το όργανο αυτό δεν πληρούσε το κριτήριο της ανεξαρτησίας. Το Δικαστήριο θεμελίωσε την κρίση του σε δύο στοιχεία. Αφενός, ως προς την εξωτερική πτυχή της ανεξαρτησίας, το Δικαστήριο επισήμανε ότι, ενώ η δανική νομοθεσία προέβλεπε ιδιαίτερες εγγυήσεις όσον αφορά την ανάκληση των δικαστών των τακτικών δικαστηρίων, δεν υπήρχε, αντιθέτως, ειδική ρύθμιση για τις προϋποθέσεις ανακλήσεως των μελών της *Teleklagenævnet*, με αποτέλεσμα να εφαρμόζονται απλώς και μόνο, σε περίπτωση καταχρηστικής ανακλήσεως, οι γενικοί κανόνες του διοικητικού δικαίου και του εργατικού δικαίου¹¹. Αφετέρου, ως προς την εσωτερική πτυχή της ανεξαρτησίας, το Δικαστήριο απέκλεισε το ενδεχόμενο να θεωρηθεί η *Teleklagenævnet* ως τρίτος σε σχέση με τα διακυβευόμενα συμφέροντα, αφού διαπίστωσε ότι, σε περίπτωση ασκήσεως προσφυγής κατά αποφάσεώς της ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων, η εν λόγω επιτροπή προσφυγών μετείχε στη διαδικασία με την ιδιότητα της καθής¹².

36. Εντούτοις, σύμφωνα με τις πληροφορίες που διαθέτει το Δικαστήριο, στην περίπτωση της *Klagenævnet for Udbud* δεν συντρέχει κανένα από τα δύο στοιχεία που έλαβε υπόψη το Δικαστήριο με την απόφαση TDC.

37. Πράγματι, όσον αφορά, πρώτον, την εσωτερική πτυχή της ανεξαρτησίας, η Δανική Κυβέρνηση επιβεβαίωσε κατηγορηματικά, τόσο με τις παρατηρήσεις της όσο και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι, εν αντιθέσει προς την *Teleklagenævnet*, η *Klagenævnet for Udbud* δεν είναι διάδικος στις υποθέσεις στις οποίες οι ενδιαφερόμενοι στρέφονται κατά αποφάσεών της ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων. Δεν συντρέχει συνεπώς λόγος αμφισβητήσεως της ιδιότητάς της ως τρίτου σε σχέση με τα διακυβευόμενα συμφέροντα.

38. Όσον αφορά, δεύτερον, την εξωτερική πτυχή της ανεξαρτησίας, υπογραμμίζεται ότι από τον φάκελο που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο συνάγεται η ύπαρξη σημαντικών διαφορών μεταξύ της *Teleklagenævnet* και της *Klagenævnet for Udbud* όσον αφορά τη σύνθεσή τους, τις εγγυήσεις κατά της ανακλήσεως των μελών τους και τη λειτουργία τους.

9 — Βλ. απόφαση *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψεις 22 και 23 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., επίσης, για πλήρη ανάλυση της νομολογίας επί του εν λόγω ζητήματος, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Jääskinen στην ίδια υπόθεση (C-203/14, EU:C:2015:445, σημεία 40 επ.).

10 — Βλ., *inter alia*, απόφαση *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587, σκέψεις 49 έως 53 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

11 — Απόφαση TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, σκέψεις 34 έως 36).

12 — Όπ.π. (σκέψη 37).

39. Έτσι, από τις οικείες διατάξεις του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις προκύπτει ότι η Klagenævnet for Udbud —που ιδρύθηκε προκειμένου, μεταξύ άλλων, να τεθεί σε εφαρμογή η οδηγία 89/665/ΕΟΚ¹³— αποτελείται από έναν πρόεδρο και από συγκεκριμένο αριθμό αντιπροέδρων (το προεδρείο), καθώς και από ορισμένο αριθμό μελών τα οποία είναι εμπειρογνώμονες, ορίζονται δε όλοι από τον Υπουργό Εμπορίου και Ανάπτυξης (Erhvervs- og vækstministeren) με θητεία έως τέσσερα έτη¹⁴.

40. Εντούτοις, εν αντιθέσει προς ό,τι ισχύει για την Teleklagenævnet, το προεδρείο της Klagenævnet for Udbud πρέπει να αποτελείται από δικαστές πρωτοβάθμιων δικαστηρίων και ανωτέρων περιφερειακών δικαστηρίων¹⁵. Όπως επισήμανε άλλωστε και το Δικαστήριο με την απόφαση TDC¹⁶, οι δικαστές αυτοί τυγχάνουν ιδιαίτερου καθεστώτος προστασίας σε σχέση με την ανάκληση. Το ίδιο καθεστώς προστασίας, το οποίο στηρίζεται στο άρθρο 64 του δανικού Συντάγματος, εφαρμόζεται επίσης, σύμφωνα με τα υποστηριχθέντα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, και στο προεδρείο των επιτροπών προσφυγών.

41. Επιπλέον, από την ανάλυση των διατάξεων του νόμου προκύπτει ότι τα μέλη του προεδρείου διαδραματίζουν σαφώς σημαντικότερο ρόλο στη δραστηριότητα λήψεως αποφάσεων της Klagenævnet for Udbud από ό,τι οι εμπειρογνώμονες. Πιο συγκεκριμένα, στη συνήθη σύνθεσή του το όργανο αυτό αποτελείται από ένα μέλος του προεδρείου, το οποίο ενεργεί ως πρόεδρος, και από έναν εμπειρογνώμονα. Σε περίπτωση ισοψηφίας κατά τη λήψη απόφασης, υπερισχύει η ψήφος του προέδρου¹⁷. Επιπλέον, τα μέλη του προεδρείου μπορούν να λαμβάνουν ορισμένες αποφάσεις χωρίς τη σύμπραξη των εμπειρογνομόνων¹⁸, διαθέτουν δε και πλειοψηφική υπεροχή ως προς τη λήψη αποφάσεων στις πολυπλοκότερες υποθέσεις ή σε αυτές που αφορούν ζητήματα αρχής¹⁹.

42. Έτσι, όσον αφορά ορισμένα από τα μέλη της Klagenævnet for Udbud, ήτοι τους εμπειρογνώμονες, το δανικό δίκαιο ομολογουμένως δεν φαίνεται να προβλέπει ειδικούς κανόνες σε σχέση με την ανάκλησή τους, όπως ακριβώς συμβαίνει με τα μέλη της Teleklagenævnet, με αποτέλεσμα να εφαρμόζονται απλώς, σε περίπτωση καταχρηστικής ανακλήσεως, οι γενικοί κανόνες του διοικητικού δικαίου και του εργατικού δικαίου.

43. Παρατηρώ όμως επ' αυτού ότι ναι μεν το Δικαστήριο έχει κρίνει, με ορισμένες αποφάσεις του, ότι, για να θεωρηθεί ότι πληρούται η προϋπόθεση σχετικά με την ανεξαρτησία του αιτούντος οργάνου, η νομολογία απαιτεί, ειδικότερα, να καθορίζονται από ρητές νομοθετικές διατάξεις οι περιπτώσεις ανακλήσεως των μελών του οργάνου αυτού²⁰, παρά ταύτα επισημαίνεται ότι, στις υποθέσεις εκείνες, η διαπίστωση ότι δεν υπήρχαν τέτοιοι κανόνες αποτέλεσε ένα εκ των στοιχείων αξιολογήσεως, πολύ σημαντικό ασφαλώς, αλλά εντασσόμενο πάντως στο πλαίσιο μιας σφαιρικής αναλύσεως²¹ των στοιχείων που χαρακτηρίζουν το αντίστοιχο αιτούν όργανο. Στις υποθέσεις εκείνες, το Δικαστήριο δεν

13 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε.

14 — Βλ. άρθρο 9, παράγραφοι 1 και 2, πρώτη περίοδος, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις.

15 — Βλ. άρθρο 9, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις.

16 — Απόφαση TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, σκέψη 35).

17 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφοι 4, πρώτη περίοδος, και 5, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις. Κατά την πρώτη από αυτές τις διατάξεις, με την εξαίρεση της περιπτώσεως που περιγράφεται στην παράγραφο 6 του ίδιου άρθρου, κάθε χωριστή υπόθεση εξετάζεται από ένα μέλος του προεδρείου και έναν εμπειρογνώμονα. Κατά τη δεύτερη διάταξη, οι αποφάσεις της Klagenævnet for Udbud λαμβάνονται με απλή πλειοψηφία και η ψήφος του προέδρου υπερισχύει σε περίπτωση ισοψηφίας.

18 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφος 6, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις.

19 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφος 4, του νόμου για τις δημόσιες συμβάσεις, όπου ορίζεται ότι ο πρόεδρος της Klagenævnet for Udbud μπορεί, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις, να αποφασίσει την αύξηση των μελών του προεδρείου και των εμπειρογνομόνων που συμμετέχουν στον χειρισμό μιας υποθέσεως. Σε παρόμοια περίπτωση, ο αριθμός των μελών του προεδρείου πρέπει τότε να αντιστοιχεί στον αριθμό των εμπειρογνομόνων. Από τη διάταξη αυτή, η οποία τυγχάνει εφαρμογής στις πολυπλοκότερες υποθέσεις ή στις υποθέσεις που αφορούν ζητήματα αρχής, προκύπτει ότι στις ίδιες πάλι υποθέσεις, ήτοι στις ιδιαίτερα σημαντικές, η Klagenævnet for Udbud αποτελείται από ίσο αριθμό μελών του προεδρείου και εμπειρογνομόνων, όπερ σημαίνει, δεδομένου ότι η ψήφος του προέδρου είναι αποφασιστική, ότι τα μέλη του προεδρείου διαθέτουν πλειοψηφική υπεροχή κατά τη λήψη της απόφασης.

20 — Διάταξη Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, σκέψη 24 in fine), και απόφαση TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, σκέψη 32).

21 — Βλ. απόφαση Syfait κ.λπ. (C-53/03, EU:C:2005:333, σκέψη 37).

αναγνώρισε στα οικεία όργανα την ιδιότητα του δικαστηρίου, στηριζόμενο ακριβώς στη σφαιρική ανάλυση όλων αυτών των στοιχείων²². Εξάλλου, σε ορισμένες περιπτώσεις, ιδίως σε σχέση με εθνικά όργανα που επιλαμβάνονται προσφυγών στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων κατ' εφαρμογή της οδηγίας 89/665, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει την ιδιότητα του δικαστηρίου σε αιτούν όργανο χωρίς καν να διερωτηθεί κατά πόσον υφίστανται ανάλογοι κανόνες²³.

44. Εν προκειμένω, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι όχι μόνο μια σημαντική μερίδα των μελών της Klagenævnet for Udbud, και μάλιστα τα μέλη που διαδραματίζουν τον σπουδαιότερο ρόλο στη λήψη των αποφάσεων, καλύπτεται από μια ιδιαίτερη εγγύηση κατά της ανακλήσεως, δηλαδή την προβλεπόμενη συνταγματική εγγύηση, αλλά επιπλέον, όπως προκύπτει από τη δικογραφία, υπάρχουν και άλλα στοιχεία που ενδυναμώνουν την ανεξαρτησία του εν λόγω οργάνου σε σχέση με ενδεχόμενες αδικαιολόγητες πιέσεις και έξωθεν παρεμβάσεις. Έτσι, η Klagenævnet for Udbud έχει την ιδιότητα του τρίτου σε σχέση με την αρχή που εξέδωσε την απόφαση κατά της οποίας στρέφεται η προσφυγή στην υπόθεση της κύριας δίκης²⁴. Ειδικότερα, δεν υφίσταται λειτουργικός δεσμός με την Erhvervsstyrelsen (δανική αρχή για τις επιχειρήσεις), που θέτει στη διάθεση του αιτούντος οργάνου τη γραμματεία της, ούτε με τις αναθέτουσες αρχές των οποίων οι πράξεις προσβάλλονται ενώπιόν του²⁵. Επιπλέον, η Klagenævnet for Udbud ασκεί τα καθήκοντά της υπό συνθήκες πλήρους αυτοτέλειας, χωρίς να υπέχει ιεραρχική δέσμευση ούτε υποχρέωση υπακοής έναντι οποιουδήποτε και χωρίς να λαμβάνει εντολές ή οδηγίες από πουθενά²⁶. Όλα τα μέλη της οφείλουν να ασκούν τα καθήκοντά τους κατά τρόπο ανεξάρτητο²⁷. Περαιτέρω, στο μέτρο που η Klagenævnet for Udbud μπορεί, μεταξύ άλλων, να διαπιστώνει τον παράνομο χαρακτήρα τυχόν αποφάσεων ή αναθέσεων συμβάσεων, καθώς και να διατάσσει προσωρινά μέτρα σε σχέση με αναθέσεις συμβάσεων, ασκεί κατά βάση δικαιοδοτική λειτουργία²⁸.

45. Τέλος, υπενθυμίζω ότι το Δικαστήριο, στο πλαίσιο της εκτιμήσεως του νομικού καθεστώτος των εθνικών οργάνων στα οποία αναφέρεται η οδηγία 89/665 ως αρμόδια να επιλαμβάνονται προσφυγών στον τομέα της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, έχει ήδη επιβεβαιώσει ότι πράγματι αποτελούν «δικαστήριο», υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, πολλά άλλα εθνικά όργανα που είναι κατ' ουσίαν παρεμφερή με το αιτούν όργανο στην προκειμένη υπόθεση²⁹.

46. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, φρονώ ότι δεν συντρέχει λόγος να αμφισβητηθεί η κρίση την οποία διατύπωσε το Δικαστήριο με την απόφαση Unitron Scandinavia και 3-S, ότι δηλαδή η Klagenævnet for Udbud έχει την ιδιότητα του «δικαστηρίου» υπό την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ.

B — Επί του προδικαστικού ερωτήματος

47. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί με το προδικαστικό του ερώτημα να διευκρινισθεί αν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όπως προβλέπεται στο άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι, σε περιπτώσεις όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, απαγορεύει σε αναθέτοντα φορέα τη σύναψη συμβάσεως με προσφέροντα ο οποίος δεν έχει υποβάλει αίτηση συμμετοχής στη διαδικασία προεπιλογής και, ως εκ τούτου, δεν έχει προεπιλεγεί.

22 — Βλ. την ανάλυση του Δικαστηρίου στις αποφάσεις Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, σκέψεις 37 έως 43), Syfait κ.λπ. (C-53/03, EU:C:2005:333, σκέψεις 30 έως 37), και στη διάταξη Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, σκέψεις 25 έως 30). Βλ., επίσης, απόφαση TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), στην οποία το Δικαστήριο βασίστηκε σε δύο στοιχεία, δηλαδή στην εσωτερική πτυχή και στην εξωτερική πτυχή, προκειμένου να καταλήξει ότι η Teleklagenævnet δεν ήταν ανεξάρτητη (βλ. σημείο 35 ανωτέρω).

23 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση HI (C-92/00, EU:C:2002:379, σκέψεις 24 έως 28).

24 — Βλ. απόφαση Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψη 19 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

25 — Βλ., a contrario, απόφαση Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, σκέψεις 37 έως 40).

26 — Βλ. απόφαση Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψη 19 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

27 — Βλ. άρθρο 1, παράγραφος 4, του διατάγματος 887, της 11ης Αυγούστου 2011, σχετικά με την επιτροπή προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Για την κρισιμότητα του στοιχείου αυτού, βλ. απόφαση Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, σκέψη 35).

28 — Βλ. απόφαση Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, σκέψη 37).

29 — Βλ. απόφαση Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψη 26 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

48. Το προδικαστικό ερώτημα εντάσσεται 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. Αυτή είναι η περίπτωση στην οποία αναφέρεται το αιτούν δικαστήριο με το προδικαστικό του ερώτημα.

49. Συνεπώς, το προδικαστικό ερώτημα αφορά κατ' ουσίαν το ζήτημα αν μια αναθέτουσα αρχή έχει, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισεως, τη δυνατότητα να επιτρέψει σε μέλος κοινοπραξίας οικονομικών φορέων, το οποίο δεν προεπιλέχθηκε ατομικά, να καταλάβει τη θέση της κοινοπραξίας κατά τη διάρκεια της διαδικασίας για τη σύναψη της συμβάσεως.

1. Επί του κανονιστικού πλαισίου που έχει εφαρμογή

50. Διαπιστώνεται, καταρχάς, ότι η οδηγία 2004/17 δεν περιλαμβάνει κανέναν ειδικό κανόνα σχετικά με τις μεταβολές στη σύνθεση κοινοπραξίας οικονομικών φορέων.

51. Η μόνη διάταξη της εν λόγω οδηγίας που σχετίζεται με τις κοινοπραξίες οικονομικών φορέων είναι το άρθρο 11, παράγραφος 2³⁰, το οποίο, εντούτοις, δεν αφορά τη μεταβολή τους κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως. Έτσι, εφόσον η οδηγία δεν περιλαμβάνει διάταξη που να πραγματεύεται τέτοιου είδους μεταβολές, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η ρύθμισή τους, σε κανονιστικό επίπεδο, εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών³¹. Υπό τις περιστάσεις αυτές, απόκειται ενδεχομένως στον εθνικό νομοθέτη, εν γένει, ή στην αναθέτουσα αρχή, σε κατ' ιδίαν περίπτωση, να θέσει τους σχετικούς κανόνες³².

52. Επ' αυτού, επισημαίνω επίσης ότι, με την απόφαση Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική³³, το Δικαστήριο έκρινε ότι η οδηγία 93/37 περί διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων³⁴ δεν αντιτίθεται σε εθνική κανονιστική ρύθμιση που απαγορεύει τη μεταβολή, κατόπιν της υποβολής προσφοράς, της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας μετέχουσας σε διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.

53. Εν προκειμένω, εντούτοις, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει, αφενός, ότι η δανική κανονιστική ρύθμιση δεν προβλέπει ειδικούς κανόνες σχετικά με τις μεταβολές στη σύνθεση των κοινοπραξιών οικονομικών φορέων και, αφετέρου, ότι ούτε η αναθέτουσα αρχή έθεσε, στην προκήρυξη του διαγωνισμού, ειδικούς κανόνες συναφώς.

54. Υπό τις συνθήκες αυτές, τυχόν μεταβολές στη σύνθεση των κοινοπραξιών οικονομικών φορέων κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως υπόκεινται στις γενικές αρχές του δικαίου που αποτελούν μέρος της έννομης τάξεως της Ένωσης, μεταξύ των οποίων, ιδίως, η προβλεπόμενη στο άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17 αρχή της ίσης μεταχείρισεως και της διαφάνειας, και επιτρέπονται μόνο στον βαθμό που τηρούνται οι αρχές αυτές.

30 — Βλ. σημείο 7 ανωτέρω. Το άρθρο αυτό επαναλαμβάνεται, κατ' ουσίαν, στο άρθρο 37, παράγραφοι 2 και 3, της οδηγίας 2014/25.

31 — Βλ., κατ' αναλογία, σε σχέση με την οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), απόφαση Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική (C-57/01, ΕΥ:C:2003:47, σκέψη 61).

32 — Τόσο ο νομοθέτης όσο και η αναθέτουσα αρχή οφείλουν, όταν θέτουν τέτοιους κανόνες, να τηρούν πάντοτε τις γενικές αρχές του δικαίου. Βλ., συναφώς, αιτιολογική σκέψη 9 της οδηγίας 2004/17 και, σε ακόμη πιο κατηγορηματικό τόνο, αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2004/18 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114). Βλ., επίσης, αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/25.

33 — C-57/01, ΕΥ:C:2003:47, σκέψεις 61 και 63.

34 — Βλ. υποσημείωση 31.

2. Επί της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων

55. Κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιτάσσει να μην αντιμετωπίζονται παρόμοιες περιπτώσεις με διαφορετικό τρόπο, ούτε διαφορετικές περιπτώσεις με παρόμοιο τρόπο, εκτός αν τούτο δικαιολογείται αντικειμενικά³⁵.

56. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί επανειλημμένως ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων και το καθήκον των αρχών αναθέσεως να διασφαλίζουν την τήρησή της αποτελούν τον πυρήνα των κανόνων του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων³⁶.

57. Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων, η οποία αποσκοπεί στην ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, επιβάλλει την παροχή ίσων ευκαιριών προς όλους τους προσφέροντες κατά τη διαμόρφωση των όρων των προσφορών τους και, επομένως, συνεπάγεται ότι ισχύουν συναφώς οι ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζόμενους³⁷. Η αρχή αυτή προϋποθέτει ότι πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση στους προσφέροντες *καθόλη τη διάρκεια της διαδικασίας* αναθέσεως της σύμβασης, ήτοι τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο όπου αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή³⁸.

58. Αληθεύει πράγματι ότι το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι ένας από τους σκοπούς των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις είναι το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και ότι η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού προσφερόντων σε διαγωνισμό είναι προς το συμφέρον του δικαίου της Ένωσης³⁹, καθώς και ότι το εν λόγω άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του συμφέροντος της Ένωσης στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της οικείας αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά⁴⁰.

59. Εντούτοις, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τόσο η μέριμνα διασφάλισης αποτελεσματικού ανταγωνισμού όσο και ο σεβασμός της αρχής της ισότητας μεταξύ προσφερόντων. Έτσι, μολονότι το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά πρέπει να αξιολογείται με γνώμονα τους στόχους που επιδιώκονται⁴¹, εντούτοις για να υλοποιηθεί και να επιτευχθεί το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό πρέπει οπωσδήποτε οι οικείοι οικονομικοί φορείς να μετέχουν στον διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπό ίσους όρους και χωρίς

35 — Βλ., *inter alia*, αποφάσεις *Fabricom* (C-21/03 και C-34/03, EU:C:2005:127, σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 30).

36 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις *Fabricom* (C-21/03 και C-34/03, EU:C:2005:127, σκέψη 26), και *Μηχανική* (C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

37 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110), και *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

38 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψεις 33 και 34), *Μηχανική* (C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), και διάταξη *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, σκέψη 38). Η υπογράμμιση δική μου.

39 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, σκέψη 26), και *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37).

40 — Απόφαση *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37). Στην περίπτωση των διαδικασιών με διαπραγμάτευση, η επιταγή περί «επαρκούς» ανταγωνισμού επισημαίνεται, άλλωστε, ρητώς στην παράγραφο 3 του άρθρου 54 της οδηγίας 2004/17, που αναφέρθηκε στο σημείο 9 ανωτέρω.

41 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 29).

ίχνος διακρίσεων⁴². Δεδομένου ότι το να προαχθεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός εντάσσεται στο πλαίσιο του ευρύτερου στόχου να προαχθεί ένας ανταγωνισμός ο οποίος, προκειμένου να είναι αποτελεσματικός, πρέπει να είναι υγιής, η απαίτηση της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων αποτελεί κατ' ανάγκην όριο στην επιδίωξη του στόχου αυτού⁴³.

60. Συναφώς, επισημαίνω επίσης ότι, όπως τόνισαν ορισμένοι από τους παρεμβαίνοντες, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων διαδραματίζει θεμελιώδη ρόλο στο στάδιο πριν την ανάθεση της συμβάσεως, κατά το οποίο οι διάφοροι προσφέροντες ανταγωνίζονται αλλήλους. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το ενδιαφέρον εστιάζεται αντιθέτως στην εφαρμογή της. Εντός του πλαισίου αυτού, συμβάντα όπως η μεταβολή της κοινοπραξίας στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση, δεν θέτουν καταρχήν ζητήματα σχετικά με την ίση μεταχείριση των προσφερόντων, αλλά μάλλον ζητήματα σχετικά με ενδεχόμενη μεταβολή των ουσιαστών όρων της οικείας συμβάσεως⁴⁴ ή με τη διακινδύνευση της προσήκουσας εκπληρώσεώς της⁴⁵.

61. Υπό το πρίσμα των αρχών αυτών πρέπει να αναλυθούν οι περιορισμοί τους οποίους η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως θέτει, σε μια περίπτωση όπως η προκειμένη, στη δυνατότητα αναθέτουσας αρχής να επιτρέψει, πριν την ανάθεση της συμβάσεως, σε οικονομικό φορέα που δεν είχε αρχικά προεπιλεγεί, να διαδεχθεί άλλον φορέα, και πιο συγκεκριμένα την προεπιλεγείσα κοινοπραξία στην οποία συμμετείχε.

3. Επί της δυνατότητας να επιτραπεί σε επιχείρηση που δεν προεπιλέχθηκε να διαδεχθεί άλλη επιχείρηση σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεων

62. Φαίνεται ότι οι παρεμβαίνοντες συμφωνούν ότι, καταρχήν, στις προκηρύξεις διαγωνισμών με προεπιλογή, μόνον οι προεπιλεγέντες προσφέροντες μπορούν να υποβάλουν προσφορές και, έτσι, να επιτύχουν την ανάθεση της συμβάσεως σε αυτούς.

63. Συμμερίζομαι μια τέτοιου είδους προσέγγιση, η οποία, όπως ορθώς τόνισε η MTHZ, βρίσκει ρητό κανονιστικό στήριγμα στο άρθρο 51, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17. Πράγματι, η διάταξη αυτή, προβλέποντας ότι οι αναθέτουσες αρχές «ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι [κατ' αυτόν τον τρόπο] επιλεγμένοι προσφέροντες» προϋποθέτει ταύτιση μεταξύ των προεπιλεγέντων φορέων και των φορέων που υποβάλλουν προσφορές⁴⁶. Συνεπώς, επιβάλλεται καταρχήν να ταυτίζονται, τόσο νομικά όσο και ουσιαστικά, ο προεπιλεγείς οικονομικός φορέας με τον οικονομικό φορέα που υποβάλλει την προσφορά και ενδέχεται να είναι ο ανάδοχος (στο εξής: αρχή της ταυτίσεως).

42 — Βλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Fabricom (C-21/03 και C-34/03, EU:C:2004:709, σημείο 22), καθώς και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro στην υπόθεση Μηχανική (C-213/07, EU:C:2008:544, σημείο 23).

43 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις La Cascina κ.λπ. (C-226/04 και C-228/04, EU:C:2005:524, σημείο 26).

44 — Βλ. απόφαση Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψεις 40 επ.).

45 — Σημειωτέον ότι η οδηγία 2014/25 ρυθμίζει ειδικώς, στο στοιχείο δ', περίπτωση ii, της παραγράφου 1 του άρθρου 89, την περίπτωση μεταβολής του εργολάβου μετά την ανάθεση της συμβάσεως. Η διάταξη αυτή προβλέπει ότι δεν απαιτείται να πραγματοποιηθεί εκ νέου ανάθεση συμβάσεως ιδίως όταν νέος εργολάβος αντικαθιστά αυτόν στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση «συνεπεία [...] μερικής ή ολικής διαδοχής 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 ουσιαστικές τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν έχει στόχο την αποφυγή της εφαρμογής της [...] οδηγίας».

46 — Στο πλαίσιο των κανονιστικών ρυθμίσεων για τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση όπου έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού, το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/25 είναι ακόμη σαφέστερο συναφώς, αφού προβλέπει ότι «μόνον οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί από τον αναθέτοντα φορέα κατόπιν αξιολόγησης, εκ μέρους του, των πληροφοριών που παρέχονται μπορούν να συμμετάσχουν στις διαπραγματεύσεις».

64. Συναφώς, πρέπει να διευκρινισθεί ότι, αντιθέτως προς τα όσα υποστήριξε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, φρονώ ότι, εν προκειμένω, επ' ουδενί υφίσταται ταύτιση, νομική ή ουσιαστική, μεταξύ, αφενός, της κοινοπραξίας που συστάθηκε υπό τη μορφή I/S και, αφετέρου, της Aarsleff. Πράγματι, μολονότι η Aarsleff υπήρξε μία από τις εταιρείες της I/S, είναι αδιαμφισβήτητο ότι αποτελεί νομικό πρόσωπο ουσιαστικά και νομικά διαφορετικό από την κοινοπραξία της οποίας αποτελούσε μέρος.

65. Μετά από αυτή τη διευκρίνιση, τίθεται το ζήτημα κατά πόσον, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως όπως ερμηνεύθηκε στα σημεία 55 έως 59 ανωτέρω, είναι αποδεκτές εξαιρέσεις από την αρχή της ταυτίσεως, ειδικότερα δε υπό περιστάσεις όπως αυτές της υποθέσεως της κύριας δίκης.

66. Κατά την άποψή μου, η αρχή αυτή δεν πρέπει να είναι απόλυτη ούτε να ισχύει ανεξαιρέτως. Εκτιμώ ότι είναι δυνατόν να εμφανισθούν περιπτώσεις, καίτοι περιορισμένες, στις οποίες η μεταβολή της ταυτότητας ενός προσφέροντος κατά τη διάρκεια της διαδικασίας θα πρέπει να γίνεται δεκτή, ιδίως με γνώμονα την απαίτηση του ευρύτερου δυνατού ανοίγματος στον ανταγωνισμό στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεως.

67. Εντούτοις, όπως επισήμανα στο σημείο 59 ανωτέρω, δεδομένου ότι η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως θέτει ένα όριο στην απαίτηση αυτή, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να κάνει διάκριση μεταξύ των προσφερόντων προβάλλοντας ως δικαιολόγηση την απαίτηση του μέγιστου δυνατού ανοίγματος της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως στον ανταγωνισμό. Επομένως, η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων συνιστά το απόλυτο όριο ως προς ενδεχόμενες εξαιρέσεις από την αρχή της ταυτίσεως —οι οποίες, άλλωστε, ακριβώς ως εξαιρέσεις από έναν γενικό κανόνα πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά⁴⁷.

68. Άραξ τέθηκαν οι εν λόγω αρχές, πρέπει να διερωτηθούμε ποια προσέγγιση *in concreto* επιτρέπει άραγε την καλύτερη εναρμόνιση των —αντικρουόμενων ενδεχομένως, σε περιπτώσεις όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης— απαιτήσεων που απορρέουν από την αυστηρή τήρηση της αρχής των ίσων ευκαιριών έναντι των προσφερόντων και του μέγιστου ανοίγματος στον ανταγωνισμό.

69. Καθένας από τους παρεμβαίνοντες προτείνει διαφορετική προσέγγιση.

70. Καταρχάς, για τους λόγους που εξέθεσα στο σημείο 66 ανωτέρω, κλίνω προς την άποψη ότι δεν πρέπει να γίνει δεκτή η ερμηνεία την οποία προκρίνει κατά τα φαινόμενα η MTHZ, ότι δηλαδή δεν θα έπρεπε να αναγνωρίζονται ποτέ εξαιρέσεις από την αρχή της ταυτίσεως.

71. Η Επιτροπή από την πλευρά της εκτιμά κατ' ουσίαν ότι αν ο φορέας που δεν προεπιλέχθηκε —πιο συγκεκριμένα, εν προκειμένω, το απομένον μέλος της κοινοπραξίας— πληροί τους όρους της συγγραφής υποχρεώσεων, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή να του επιτρέψει να παραμείνει στη διαδικασία. Εντούτοις, η λύση αυτή δεν εγγυάται ότι θα τηρηθεί αυστηρά η απαίτηση της παροχής ίσων ευκαιριών στους προσφέροντες.

72. Ασφαλώς, το στοιχείο ότι ο νέος φορέας πληροί τους όρους της συγγραφής υποχρεώσεων⁴⁸ είναι απαραίτητη προϋπόθεση προς αποφυγή διακρίσεων μεταξύ των προσφερόντων. Εντούτοις, το στοιχείο αυτό από μόνο του δεν αρκεί για να διασφαλιστεί ότι, στον βαθμό που η συμμετοχή του νέου φορέα στον διαγωνισμό εγκρίνεται σε μεταγενέστερο χρόνο, ο συγκεκριμένος φορέας δεν θα έχει

47 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις *Hovngvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, σκέψη 24), καθώς και *Pfeiffer κ.λπ.* (C-397/01 έως C-403/01, EU:C:2004:584, σκέψη 52 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

48 — Δεν είναι άλλωστε σαφές αν, σύμφωνα με την προτεινόμενη ερμηνεία, ο νέος φορέας οφείλει να πληροί τους όρους της συγγραφής υποχρεώσεων κατά τον χρόνο επελεύσεως της μεταβολής ή αν θα οφείλει να τους πληροί κατά τον χρόνο της προεπιλογής όλων των λοιπών προσφερόντων.

ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα κατά τη στιγμή της εισόδου του στη διαδικασία. Τέτοιο πλεονέκτημα μπορεί να είναι, παραδείγματος χάρη, η γνώση πληροφοριών τις οποίες οι λοιποί προσφέροντες δεν είχαν στη διάθεσή τους⁴⁹ όταν αποφάσισαν να μετάσχουν στη διαδικασία για τη σύναψη συμβάσεως⁵⁰.

73. Η Δανική Κυβέρνηση θεωρεί ότι, σε μια περίπτωση όπως η προκειμένη, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως δεν εμποδίζει αναθέτουσα αρχή να δεχθεί μεταβολή της ταυτότητας του προσφέροντος κατά το διάστημα μεταξύ της προεπιλογής και της αναθέσεως της σύμβασης, εφόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις. Πρώτον, το μέρος που απομένει κατόπιν της μεταβολής της ταυτότητας του προσφέροντος πρέπει να πληροί, από μόνο του, τις προδιαγραφές οι οποίες απαιτούνται για την προεπιλογή και, δεύτερον, η μεταβολή της ταυτότητας του προσφέροντος δεν πρέπει να έχει επίπτωση στον κύκλο των προεπιλεγέντων υποψηφίων, υπό την έννοια ότι ακόμη και αν το απομένον μέρος είχε μετάσχει εξ αρχής στην προεπιλογή υπό τη νέα του μορφή, οι προεπιλεγέντες υποψήφιοι θα ήταν οι ίδιοι.

74. Φρονώ εντούτοις ότι ούτε αυτή η λύση είναι ικανοποιητική. Πράγματι, η πρώτη προϋπόθεση φαίνεται να αντιστοιχεί, κατ' ουσίαν, στην προϋπόθεση στην οποία στηρίζεται και η λύση που πρότεινε η Επιτροπή. Όσον αφορά τη δεύτερη προϋπόθεση, δεν αρκεί, κατά την άποψή μου, να μην έχει η μεταβολή της ταυτότητας επίπτωση στον κύκλο των προεπιλεγέντων υποψηφίων, προκειμένου να διασφαλιστεί η αυστηρή τήρηση της αρχής των ίσων ευκαιριών για τους προσφέροντες. Πράγματι, για τους ίδιους λόγους που ανέφερα στο σημείο 72 ανωτέρω, εκτιμώ ότι το στοιχείο ότι κανένας φορέας δεν αποκλείστηκε αδικαιολόγητα από τη διαδικασία ούτε έγινε αδικαιολόγητα δεκτός σ' αυτήν, μολοντί βεβαίως αποτελεί και αυτό αναγκαία προϋπόθεση προς αποφυγή διακρίσεων, εντούτοις δεν αρκεί προς διασφάλιση της τηρήσεως της απαιτήσεως να έχουν όλοι οι προσφέροντες ίσες ευκαιρίες.

75. Είμαι της γνώμης ότι, εφόσον δεν έχουν τεθεί ρητοί κανόνες από τον νομοθέτη ή από την αναθέτουσα αρχή, ενδείκνυται να προβαίνει η αναθέτουσα αρχή σε ανάλυση *in concreto*, ήτοι κατά περίπτωση, βάσει του συνόλου των πραγματικών στοιχείων που διαθέτει, προκειμένου να κρίνει αν η επίμαχη μεταβολή έχει ως συνέπεια να μην αντιμετωπίζονται ισότιμα οι προσφέροντες στη διάρκεια του διαγωνισμού, ιδίως αλλά όχι αποκλειστικώς ως προς τη διαμόρφωση των προσφορών τους. Σκοπός της αναλύσεως αυτής θα είναι, ειδικότερα, να ελεγχθεί κατά πόσον η εν λόγω μεταβολή συνεπάγεται ανταγωνιστικό πλεονέκτημα για τον νέο προσφέροντα, επιφέροντας, έτσι, αλλοίωση της διαδικασίας σε επίπεδο ανταγωνισμού.

76. Θεωρητικώς, πολλά είναι τα πιθανά παραδείγματα μεταβολής της ταυτότητας διαγωνιζομένου και δεν συντρέχει λόγος να εξεταστούν όλα στο πλαίσιο αυτών των προτάσεων. Περιορίζομαι να παρατηρήσω ότι, στην περίπτωση όπου η μεταβολή της ταυτότητας αφορά μόνον τυπικά και όχι ουσιαστικά στοιχεία, όπως, για παράδειγμα, όταν πρόκειται αποκλειστικά για μεταβολή νομικής μορφής ή για εσωτερική αναδιοργάνωση στερούμενη ουσιαστικών συνεπειών⁵¹, είναι απίθανο τέτοιου είδους μεταβολή να δημιουργήσει μια κατάσταση όπου οι προσφέροντες δεν θα έχουν ίσες ευκαιρίες.

77. Εντούτοις, κατά την άποψή μου, σε μια περίπτωση όπως η προκειμένη, όπου κοινοπραξία η οποία συστάθηκε υπό τη νομική μορφή νομικού προσώπου διαφορετικού από τους οικονομικούς φορείς που την αποτελούν διαλύεται και αντικαθίσταται στη διαδικασία από το απομένον μέλος της κοινοπραξίας, δεν πρόκειται για μεταβολή ταυτότητας η οποία αφορά μόνον τυπικά και όχι ουσιαστικά στοιχεία.

49 — Βλ. απόφαση *Fabricom* (C-21/03 και C-34/03, EU:C:2005:127, σκέψη 29), όπου το Δικαστήριο έλαβε υπόψη το ενδεχόμενο να αποκόμισε συγκεκριμένος φορέας ανταγωνιστικό πλεονέκτημα λόγω πληροφοριών τις οποίες θα μπορούσε να έχει αποκτήσει σχετικά με την επίμαχη δημόσια σύμβαση.

50 — Σημειωτέον εξάλλου ότι και η ίδια η Επιτροπή παραδέχεται στις παρατηρήσεις της ότι το κριτήριο που προτείνει δεν εγγυάται ότι θα είναι εξ ορισμού αδύνατη οποιαδήποτε στρέβλωση του ανταγωνισμού.

51 — Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψεις 43 έως 45).

78. Κατόπιν τούτου, φρονώ ότι απόκειται στο αιτούν δικαστήριο βάσει των πραγματικών στοιχείων που διαθέτει, να κρίνει *in concreto*, αν, στην προκειμένη περίπτωση, η απόφαση του Banedanmark ενέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των διαφόρων προσφερόντων οι οποίοι έλαβαν μέρος στη διαδικασία και, ειδικότερα, αν η Aarsleff, κατά τον χρόνο που της επιτράπηκε να υποκαταστήσει την I/S στη διαδικασία, είχε αποκτήσει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς προσφέροντες.

79. Συναφώς, βάσει των πληροφοριακών στοιχείων που διαθέτει το Δικαστήριο, θα περιορισθώ στη διατύπωση των ακόλουθων σκέψεων.

80. Καταρχάς, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι πρέπει να θεωρηθεί αποδεδειγμένο ότι, αν η Aarsleff είχε υποβάλει απευθείας υποψηφιότητα αντί να το πράξει μέσω της κοινοπραξίας που διαλύθηκε, θα είχε παρά ταύτα προεπιλεγεί. Εντούτοις, φρονώ ότι τούτο δεν αποκλείει το ενδεχόμενο να παραβιάσθηκε, εν προκειμένω, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Το κρίσιμο ζήτημα στην παρούσα υπόθεση δεν είναι τόσο (ή μόνον) το εάν, υποθετικώς, η Aarsleff θα είχε ή όχι προεπιλεγεί ως μεμονωμένη οντότητα, αλλά το αν έτυχε διαφορετικής μεταχειρίσεως από την οποία άντλησε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα αφής στιγμής της επιτράπηκε να συμμετάσχει μόνη στη διαδικασία, χωρίς να έχει προηγουμένως προεπιλεγεί.

81. Ακολούθως, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η Aarsleff αποφάσισε να μετάσχει μόνη στη διαδικασία του διαγωνισμού βάσει πληροφοριών τις οποίες δεν διέθεταν οι λοιποί προσφέροντες όταν αποφάσισαν να μετάσχουν στον διαγωνισμό⁵². Ειδικότερα, η MTHZ υποστήριξε ότι όταν επιτράπηκε στην Aarsleff, κατόπιν της πτωχεύσεως της Pihl και της επακόλουθης διαλύσεως της κοινοπραξίας, να λάβει τη σχετική απόφαση, αφενός, αυτή είχε ήδη μπορέσει να πληροφορηθεί τον ακριβή αριθμό των επιχειρήσεων που μετείχαν στη διαδικασία και είχαν υποβάλει προσφορά και, αφετέρου, γνώριζε ότι η προσφορά που είχε υποβληθεί από την κοινοπραξία, της οποίας η Aarsleff ήταν μέρος, είχε αποτιμηθεί ως η δεύτερη καλύτερη. Πέραν δε τούτου, μετά την πτώχευση της Pihl, δόθηκε στην Aarsleff η δυνατότητα να προσλάβει 50 μισθωτούς της Pihl, συμπεριλαμβανομένων προσώπων με καθοριστικό ρόλο για την εκτέλεση του έργου το οποίο αφορούσε ο διαγωνισμός⁵³.

82. Όταν δύο οικονομικοί φορείς, πριν την έναρξη διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, αποφασίζουν να συστήσουν κοινοπραξία με αποκλειστικό σκοπό τη συμμετοχή στη διαδικασία αυτή, τούτο σημαίνει ότι οι εν λόγω δύο φορείς, έχοντας εκτιμήσει τις ευκαιρίες και τους κινδύνους που συνδέονται με το έργο, έλαβαν την εμπορική απόφαση να μετάσχουν από κοινού στον διαγωνισμό και να μοιραστούν τα οφέλη και τους κινδύνους που απορρέουν από τη συμμετοχή τους. Κατόπιν τούτου, πρέπει να εξετασθεί *in concreto* αν η δυνατότητα που δόθηκε στον έναν εκ των δύο εν λόγω φορέων να μεταβάλει την εμπορική αυτή απόφαση σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, κατά το οποίο η αβεβαιότητα ως προς την έκβασή της είναι μειωμένη, με το να του επιτραπεί να μετάσχει μόνος σ' αυτήν συνιστά διαφορετική μεταχείρισή του σε σχέση με τους λοιπούς προσφέροντες και του παρέχει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα. Πρέπει ακόμη να ελεγχθεί κατά πόσον τέτοιου είδους μεταγενέστερη εμπορική απόφαση ελήφθη, στην πράξη, βάσει πληροφοριών διαφορετικών από αυτές που διέθεταν οι λοιποί προσφέροντες όταν έλαβαν την απόφαση να μετάσχουν στη διαδικασία υπό καθορισμένη μορφή ή σύνθεση, χωρίς να έχουν στη συνέχεια τη δυνατότητα να την τροποποιήσουν.

52 — Συναφώς, βλ. υποσημείωση 49 ανωτέρω.

53 — Συναφώς, είναι κρίσιμο να επισημανθεί ότι προκύπτει από το έγγραφο που απέστειλε το Banedanmark προς τους λοιπούς προσφέροντες (που αναφέρθηκε στο σημείο 20 ανωτέρω) ότι έλαβε υπόψη το συγκεκριμένο στοιχείο όταν αποφάσισε να επιτρέψει στην Aarsleff να υποκαταστήσει τη διαλυθείσα πλέον κοινοπραξία.

V – Πρόταση

83. Κατόπιν των ανωτέρω, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε η *Klagenævnet for Udbud* την ακόλουθη απάντηση:

- 1) Το άρθρο 51, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι, καταρχήν, ο προεπιλεγείς οικονομικός φορέας σε διαγωνισμό με προεπιλογή για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως πρέπει να ταυτίζεται, τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής απόψεως, με τον οικονομικό φορέα ο οποίος υποβάλλει την προσφορά στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας.
- 2) Σε μια περίπτωση όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, όπου δύο οικονομικοί φορείς συνέστησαν κοινοπραξία υπό τη μορφή εμπορικής εταιρίας προκειμένου να μετάσχουν σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και ο ένας εξ αυτών, μετά την προεπιλογή της κοινοπραξίας, αλλά πριν την ανάθεση της συμβάσεως, κηρύχθηκε σε πτώχευση με αποτέλεσμα να διαλυθεί η κοινοπραξία, το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17 έχει την έννοια ότι απόκειται στην αναθέτουσα αρχή, βάσει *in concreto* αναλύσεως, στηριζόμενης σε όλα τα πραγματικά στοιχεία που αυτή διαθέτει, να ελέγξει αν, επιτρέποντας στο απομένον μέλος της κοινοπραξίας, το οποίο δεν είχε αρχικά προεπιλεγεί, να παραμείνει στη διαδικασία αντί της κοινοπραξίας, δημιουργείται μια κατάσταση όπου οι προσφέροντες δεν αντιμετωπίζονται ισότιμα από πλευράς ευκαιριών κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, ιδίως αλλά όχι αποκλειστικώς όσον αφορά τη διαμόρφωση των προσφορών τους. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι τούτο συμβαίνει, ειδικότερα, εφόσον δόθηκε στο απομένον μέλος της κοινοπραξίας η δυνατότητα να λάβει αποφάσεις στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως βάσει πληροφοριών που δεν διέθεταν οι λοιποί προσφέροντες όταν κλήθηκαν να λάβουν την ίδια απόφαση, καθώς και εφόσον δόθηκε στο εν λόγω μέλος η δυνατότητα, μετά την έναρξη της διαδικασίας, να αποκτήσει πρόσβαση σε στοιχεία καθοριστικής σημασίας για την εκτέλεση του έργου, τα οποία δεν διέθετε κατά τον χρόνο που θα έπρεπε να είχε προεπιλεγεί.