



Határozatok Tára

PAOLO MENGOZZI
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2015. november 25.¹

C-396/14. sz. ügy

**MT Højgaard A/S
Züblin A/S
kontra
Banedanmark**

(a Klagenævnet for Udbud [közbeszerzési panaszbizottság, Dánia] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„Előzetes döntéshozatal iránti kérelem — EUMSZ 267. cikk — A Bíróság hatásköre — A kérdést előterjesztő szerv »bíróági« jellege — Függetlenség — 2004/17/EK irányelv — Közbeszerzés — Tárgyalásos eljárás — Az egyenlő bánásmód elve — A gazdasági szereplők csoportjának a közbeszerzési eljárás során való módosulása — A szerződés odaítélése egy előzetesen ki nem választott társaságnak”

1. Amennyiben valamely közbeszerzési eljárás során gazdasági szereplők egy csoportját előzetesen kiválasztották, és az ajánlatot nyújtott be, majd a szerződés odaítélését megelőzően e csoport felbomlik a két tag egyikének csődje miatt, az ajánlatkérő az egyenlő bánásmód elvére figyelemmel engedélyezheti-e a pályázatot nem önállóan benyújtó, és így előzetesen ki nem választott fennmaradó tag számára, hogy folytassa az eljárást, és végül odaítélheti-e neki a szerződést?

2. Lényegileg ez a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) által a Bíróság elé terjesztett új kérdés, az MT Højgaard A/S és Züblin A/S (a továbbiakban együtt: MTHZ), gazdasági szereplők egy közbeszerzési eljárásban résztvevő csoportja, valamint a Banedanmark, dán vasúti infrastruktúra-kezelő és az ezen eljárásban az ajánlatkérő között folyamatban lévő jogvitában. A kérdést előterjesztő bíróság előtt az MTHZ előadja, hogy azáltal, hogy engedélyezte a Per Aarsleff A/S (a továbbiakban: Aarsleff), az eljárás során felbomlott csoport megmaradó tagja számára, hogy a csoport helyett részt vegyen az ajánlati felhívásban, noha az Aarsleffet előzetesen nem választották ki, a Banedanmark megsértette a 2004/17/EK irányelv² 10. cikke által előírt egyenlő bánásmód elvét.

3. Ebben az ügyben a dán kormány először arra kéri a Bíróságot, hogy fejtse ki azokat az okokat, amelyek miatt a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) az EUMSZ 267. cikk értelmében vett bíróságnak minősül. Ezt követően, a kérdést előterjesztő bíróság által feltett kérdés érdemi megválaszolását illetően a Bíróságot arra hívják fel, hogy alakítson ki méltányos egyensúlyt egyrészt az ajánlatkérők ahhoz fűződő érdeke között, hogy a közbeszerzési eljárások a lehető legnagyobb mértékben nyitva álljanak a verseny előtt, oly módon, hogy az ajánlati felhívásban a lehető

1 — Eredeti nyelv: francia.

2 — A vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról [helyesen: a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatások területén a közbeszerzési eljárások összehangolásáról] szóló, 2004. március 31-i európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.).

legnagyobb számban vegyenek részt ajánlattevők, másrészt pedig az ajánlati felhívásban részt vevő valamennyi ajánlattevő ahhoz fűződő érdeke – vagy inkább joga – között, hogy az eljárásban való részvételükre valamennyi ajánlattevő esélyegyenlőségének szigorú tiszteletben tartása mellett kerüljön sor.

I – Jogi háttér

A – Az uniós jog

4. Az alapeljárásban szereplő szerződés vasutak építésére vonatkozik, vagyis azt az általában „ágazati irányelvnek” nevezett 2004/17 irányelv rendelkezései szabályozzák.

5. A 2004/17 irányelv (9) preambulumbekzdése szerint „[a] [...] közlekedési [...] ágazatban működő ajánlatkérők által odaítélt közbeszerzési szerződések verseny előtt történő megnyitásának biztosítása érdekében tanácsos rendelkezéseket kidolgozni egy bizonyos érték feletti szerződések közösségi koordinációjára. Ez a koordináció az EK-Szerződés 14., 28. és 49. cikkéből, valamint az Euratom-Szerződés 97. cikkéből következő követelményeken alapul, nevezetesen az egyenlő bánásmód elvén, amelynek a megkülönböztetésmentesség elve csupán egy konkrét kifejeződése [...]. Tekintetbe véve az említett koordináció által érintett ágazatok jellegét, a koordinációnak – a fenti elvek alkalmazásának garantálása mellett – meg kell teremtenie a tisztességes kereskedelmi gyakorlat keretét, és maximális rugalmasságot kell lehetővé tennie”.

6. Ezen irányelv „A szerződések odaítélésének elvei” című 10. cikke úgy rendelkezik, hogy „[a]z ajánlatkérők a gazdasági szereplőket egyenlő és megkülönböztetésmentes bánásmódban részesítik, és átlátható módon járnak el”.

7. Az említett irányelv 11. cikkének (2) bekezdése szerint „[g]azdasági szereplők csoportjai is tehetnek ajánlatot, illetve jelentkezhetnek részvételre. E csoportok számára az ajánlatkérők nem írhatják elő, hogy meghatározott társasági formát hozzanak létre az ajánlattétel, illetve a részvételre jelentkezés benyújtása érdekében, azonban a kiválasztott csoporttól, miután a szerződést elnyerte, ez megkövetelhető annyiban, amennyiben ez az átalakulás a szerződés megfelelő teljesítéséhez szükséges”.

8. Ugyanezen irányelv „Az eljárás menete” című VII. fejezetének részét képező, „Általános rendelkezések” című 51. cikke a következőképpen rendelkezik:

„(1) A közbeszerzési eljárások résztvevőinek kiválasztása céljából:

- a) az az ajánlatkérő, amely az 54. cikk (1), (2) vagy (4) bekezdésével összhangban szabályokat és szempontokat határozott meg az ajánlattevők, illetve részvételre jelentkezők kizárására, kizárja azokat a gazdasági szereplőket, amelyek megfelelnek e szabályoknak és szempontoknak;
- b) az említett ajánlatkérő az 54. cikk alapján megállapított objektív szabályokkal és szempontokkal összhangban választja ki az ajánlattevőket és a részvételre jelentkezőket;
- c) meghívásos és pályázati felhívással induló tárgyalásos eljárásoknál az említett ajánlatkérő adott esetben az 54. cikkel összhangban csökkenti az a) és a b) pont alapján kiválasztott jelentkezők számát.

[...]

(3) Az ajánlatkérő ellenőrzi, hogy a kiválasztott ajánlattevők által benyújtott ajánlatok megfelelnek-e az ajánlatokra alkalmazandó szabályoknak és követelményeknek, és az 55. és 57. cikkben megállapított szempontok alapján ítéli oda a szerződést.”

9. A 2004/17 irányelv 54. cikke írja elő a minőségi kiválasztás szempontjait, amelyeket az ajánlatkérők határoznak meg, és (3) bekezdésének utolsó mondata úgy rendelkezik, hogy meghívásos vagy tárgyalásos eljárásnál a „kiválasztott jelentkezők számával kapcsolatban [...] figyelembe kell venni a megfelelő verseny biztosításának szükségességét is”.

10. A 2004/17 irányelvet 2016. április 18-i hatállyal hatályon kívül helyezi a 2014/25/EU irányelv.³

B – A dán jog

11. A *Klagenævnet for Udbud* (közbeszerzési panaszbizottság) a közbeszerzési panaszbizottságról szóló, 1991. június 6-i 344. sz. törvény (lov n. 344 om *Klagenævnet for Udbud*) hozta létre. Szervezetét és tevékenységét a közbeszerzések szabályainak végrehajtásáról szóló, 2010. május 12-i módosított 492. sz. törvény (lov n. 492 om *håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer*, továbbiakban: közbeszerzési törvény), valamint a közbeszerzési panaszbizottságról szóló, 2011. november 8-i módosított 887. sz. rendelet (bekendtgørelse n. 887/2011 om *Klagenævnet for Udbud*) szabályozza.

12. A 2013. november 15-i 1295. sz. egységes szerkezetbe foglalt rendelettel közzétett, egyes kereskedelmi tevékenységekről szóló törvény (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) 2. cikkének első bekezdésében úgy határozza meg az „*interessentskab*” (partnerség; a továbbiakban: I/S) fogalmát, hogy az „olyan vállalkozást jelent, amelyben valamennyi résztvevő személyesen, egyetemlegesen és korlátozás nélkül felelős a partnerség kötelezettségeiért”. Az I/S önálló jogi személy és jogképességgel rendelkező jogalany.

II – Az alapeljárás tényállása, a nemzeti eljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

13. 2013. januárban a Banedanmark a 2004/17 irányelvet alkalmazva a Koppenhága (Dánia) és Ringsted (Dánia) közötti új vasútszakasz építésével összefüggő „TP 4 Urban Tunnels” nevű projekt megvalósítása vonatkozásában tárgyalásos eljárás szerint közbeszerzési hirdetményt tett közzé.

14. A szerződés dokumentációjából kitűnik, hogy a követett eljárás három ajánlat benyújtását írta elő, valamint, hogy az első két ajánlat benyújtását követően tárgyalásra került sor, mivel a harmadik, utolsó ajánlat alapján kell odaítélni a szerződést. A hirdetményben az is szerepelt, hogy a Banedanmark négyhat jelöltet kívánt felhívni arra, hogy tegyenek ajánlatot, és ha hatnál több jelentkező van, a Banedanmark a hasonló feladatokból származó referenciákon alapuló előminősítést végez. Az előzetes kiválasztás kapcsán semmilyen minimumkövetelmény nem került megállapításra.

15. Öt gazdasági szereplő jelentkezett, amelyek közül a Banedanmark mindegyiket kiválasztotta előzetesen. Ugyanakkor 2013. júniusban az egyik vállalkozás visszavonta jelentkezését, így csak négy előzetesen kiválasztott ajánlattevő maradt.

16. Ezek közé tartozott az E. Pihl & Søn A/S (a továbbiakban: Pihl) és az Aarsleff által alkotott csoport, amely az előzetes kiválasztásra konzorciumként a „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S” nevű I/S formájában jelentkezett. A Pihl és az Aarsleff a legnagyobb dán építőipari vállalkozások közé tartoztak. Az I/S-t megalapító szerződést 2013. augusztus 26-án kötötte meg a Pihl és az Aarsleff.

3 – A vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatási ágazatban működő ajánlatkérők beszerzéseiről és a 2004/17/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, 2014. február 26-i 2014/25/EU európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 94., 243. o.).

17. Ugyanezen a napon azonban fizetésképtelenségről szóló határozatot hoztak a Pihl tekintetében. A Banedanmark ezen a délutánon szerzett tudomást a fizetésképtelenségről szóló határozatról, és azonnal rákérdezett az Aarsleffnél a fizetésképtelenség folyamatban lévő közbeszerzési eljárásra gyakorolt hatására.

18. Az előző napi fizetésképtelenségi határozat ellenére 2013. augusztus 27-én az I/S benyújtotta első ajánlatát, amelyet az Aarsleff és a Pihl aláírt, az utóbbi csődgondnoka azonban nem.

19. Az Pihl fizetésképtelensége következményeinek kezelésével kapcsolatban az Aarsleffel folytatott kiterjedt levelezést követően 2013. október 15-én a Banedanmark arról tájékoztatta valamennyi ajánlattevőt, hogy úgy döntött, engedélyezi az Aarsleff számára, hogy egyedül folytassa a részvételt a közbeszerzési eljárásban, a Pihl fizetésképtelensége ellenére.

20. Közleményében a Banedanmark ezt a döntését azzal indokolta, hogy az Aarsleff a Pihl gazdasági és műszaki kapacitásai nélkül is megfelel az ajánlati felhívásban való részvétel feltételeinek, és hogy a Pihl részvételének elfogadására vonatkozó döntés szempontjából nem volt jelentős az, hogy a Pihl a csoport tagja volt. E közleményben a Banedanmark hangsúlyozta továbbá azt a tényt, hogy a Pihl helyére nem lép új ajánlattevő a csoportban, és hogy ezért ugyanazok maradnak a kiválasztott ajánlattevők, mivel nem engedélyezték új szereplők részvételét a közbeszerzési eljárásban. A Banedanmark arra is rámutatott, hogy az Aarsleff több mint ötven munkavállalót átvett a Pihltől a fizetésképtelenségi eljárás kezdetét követően, beleértve az ajánlati felhívás tárgyát képező projekt megvalósításához kapcsolódó kulcsfontosságú személyeket.

21. Az Aarsleff ezt követően saját nevében benyújtott egy második ajánlatot, és jelezte, hogy azt a Pihl-lel alkotott csoport jogutódjaként nyújtotta be, és hogy a csődgondnok nem jelezte, hogy szándékában áll folytatni a közös vállalkozásról szóló szerződést, ebből következően felmondta a szerződést. A beérkezett második ajánlatok értékelése alapján a Banedanmark – a hirdetményben szereplő feltételeknek megfelelően – kiválasztotta a gazdaságilag legelőnyösebb három ajánlatot, és felhívta a három kiválasztott ajánlattevőt a harmadik, utolsó ajánlat benyújtására. Ezek között szerepelt az Aarsleff és az MTHZ csoport is. Az utolsó ajánlatot 2013. december 12-én nyújtották be.

22. 2013. december 20-án a Banedanmark arról a döntéséről értesítette a három kiválasztott ajánlattevőt, hogy a minőség és az ár szempontjából összességében a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlatot benyújtó Aarsleffnek ítéli oda a szerződést.

23. E határozatot követően az MTHZ a kérdést előterjesztő bírósághoz fordult, egyrészt annak megállapítását kérve, hogy a Banedanmark a 2004/17/ irányelv 10. cikkében előírt egyenlő bánásmód és átláthatóság elvével ellentétesen járt el akkor, amikor a Pihl-lel alkotott csoport helyett az előzetesen ki nem választott Aarsleffnek tette lehetővé az ajánlati felhívásban való részvételt. Másrészt MTHZ a szerződést az Aarsleffnek odaítélő határozat megsemmisítését kéri.

24. Az előzetes döntéshozatalra utaló határozatból kitűnik, hogy 2014. január 28-án elfogadott határozatával a kérdést előterjesztő bíróság nem tekintette felfüggesztő hatályúnak az MTHZ által benyújtott keresetet, mivel a sürgősség feltétele nem teljesült. E határozatban a kérdést előterjesztő bíróság azonban úgy ítélte meg, hogy a *fumus boni juris* feltétele teljesült, mivel álláspontja szerint első ránézésre meg lehet állapítani, hogy valószínű, hogy a végső határozat helyt fog adni az MTHZ megsemmisítés iránti kérelmének. E tekintetben a kérdést előterjesztő bíróság először rámutatott, hogy különbséget kell tenni azon helyzet között, amikor a csoport módosulására a szerződés odaítélését megelőzően kerül sor, és azon helyzet között, amelyben e változás az odaítélést követően következik be. Ezt követően kiemelte, hogy az a tény, hogy az ajánlatkérő szerv előzetesen a közös vállalkozást választotta ki, nem jelenti azt, hogy külön is kiválasztotta a közös vállalkozásban részt vevő egyes partnereket, tekintet nélkül arra, hogy az ajánlatkérő szerv az ajánlat alapján megállapíthatja, hogy a tagok mindegyike megfelel az előírt feltételeknek.

25. Az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) először rámutat, hogy a dán jogban nincs olyan rendelkezés, amely tiltja a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozások csoportja összetételének az ajánlatok benyújtását követő módosítását. Az említett szerv ezt követően megjegyzi, hogy a hirdetményben a Banedanmark nem határozott meg minőségi minimumkövetelményeket az ajánlattevők műszaki alkalmassága tekintetében, és csak akkor kívánt minőségi válogatást végezni, ha több, mint hat jelentkező jelentkezik. E körülmények között az Aarsleff tekintetében közölt információk alapján úgy kell tekinteni, hogy azt akkor is kiválasztották volna előzetesen, ha közvetlenül jelentkezett volna, a Pihllel alkotott csoport révén történő jelentkezés helyett.

26. A Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) ugyanakkor kifejezi kétségeit azzal kapcsolatban, hogy a követett eljárás megfelel-e az egyenlő bánásmód elvének. E körülmények között úgy döntött, hogy felfüggeszti az eljárást, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdést terjeszti a Bíróság elé:

„Úgy kell-e értelmezni a 2004/17 [irányelv] 51. cikkével összhangban értelmezett 10. cikkében szereplő egyenlő bánásmód elvét, hogy azzal az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló helyzetben ellentétes az, ha az ajánlatkérő szerv a szerződést olyan ajánlattevő részére ítéli oda, amely nem jelentkezett az előválogatásra, és amelyet következképpen nem választottak ki az előválogatás során?”

III – A Bíróság előtti eljárás

27. Az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 2014. augusztus 20-án érkezett a Bíróság Hivatalához. Az MTHZ, a dán kormány és az Európai Bizottság terjesztett elő észrevételeket és vett részt a 2015. szeptember 8-án tartott tárgyaláson.

IV – Jogi elemzés

28. Mielőtt válaszolnánk a kérdést előterjesztő bíróság által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésre, előzetesen ki kell térni a Bíróság hatáskörére vonatkozó, a dán kormány által felvetett kérdésre.

A – A Bíróság hatásköréről

29. A dán kormány szerint, noha a Bíróság az Unitron Scandinavia és 3-S ítéletben⁴ már elismerte, hogy a jelen ügyben előzetes döntéshozatalt kezdeményező szerv, a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság), az EUMSZ 267. cikk értelmében vett „bíróságnak” minősül, a Bíróság által a nemrégiben hozott TDC-ítéletben⁵ – amelyben a dán jog egy másik panaszbizottsága, a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) bíróságnak minősítése volt a probléma – figyelembe vett körülmények fényében egyértelművé kell tenni, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) bíróságnak minősíthető-e, és milyen okokból.

4 – C-275/98, EU:C:1999:567. Lásd többek között: 15. pont, amely Alber főtanácsnok ugyanezen ügyre vonatkozó indítványának 17. és 18. pontjára hivatkozik (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 – C-222/13, EU:C:2014:2265.

30. E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy az állandó ítélkezési gyakorlat szerint annak értékeléséhez, hogy az előzetes döntéshozatalt kezdeményező szerv az EUMSZ 267. cikk szerinti „bíróságnak” minősül-e – ami kizárólag az uniós jog alapján eldöntendő kérdés –, a Bíróság meghatározott tényezők összességét veszi figyelembe, amelyek közé tartozik az, hogy a szerv jogszabály alapján jött-e létre, állandó jelleggel működik-e, hatásköre kötelező jellegű-e, az eljárása kontradiktórius jellegű-e, jogszabályokat alkalmaz-e, valamint hogy független-e.⁶

31. Azon kritériumok szempontjából, hogy az előzetes döntéshozatalt kezdeményező szerv jogszabály alapján jött-e létre, állandó jelleggel működik-e, az eljárása kontradiktórius jellegű-e és jogszabályokat alkalmaz-e, az iratok egyik eleme sem alkalmas annak megkérdőjelezésére, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) az EUMSZ 267. cikk értelmében vett bíróság, ahogy azt a Bíróság is elismerte a Unitron Scandinavia és 3-S ítéletben (C-275/98, EU:C:1999:567). A Bíróság számára a jelen eljárásban szolgáltatott információk alapján ezzel szemben alaposabban elemezni kell a hatásköre kötelező jellegére és a függetlenségére vonatkozó kritériumokat, mivel ez az utóbbi tényező volt az a szempont, amely alapján a Bíróság a TDC-ítéletben (C-222/13, EU:C:2014:2265) kizárta a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) bíróságnak minősítését.

32. Ami először a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) hatáskörének kötelező jellegét illeti, pusztán annyit emelek ki, hogy az a körülmény, hogy e szerv hatásköre csak egy „standstill” időszak során kizárólagos,⁷ és ezen időszak letelte után a bíróságok hatáskörével alternatív hatáskörre alakul, nem tűnik alkalmasnak a szerv bírósági jellegének megkérdőjelezésére.

33. Az ítélkezési gyakorlatból ugyanis kitűnik, hogy valamely, a bírósági úthoz képest alternatív jogorvoslat fennállása nem zárja ki szükségképpen, hogy azt a szervet, amely előtt ezt az alternatív jogorvoslatot benyújtják, az EUMSZ 267. cikk értelmében vett „tagállami bíróságnak” lehessen minősíteni, amennyiben az előzetes döntéshozatalt kezdeményező szerv határozata kötelező jellegű – ami a jelen ügyben nem kétséges⁸ –, és a szóban forgó szerv olyan, a törvény által előírt szerv, amelynek hatásköre nem függ a felek akaratától.⁹ Ezenfelül, mivel az alapeljárásban szereplő panaszt a „standstill” időszak során terjesztették elő, a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) hatásköre ebben az időpontban kötelező jellegű volt.

34. Ami másodszor a függetlenségre vonatkozó szempontot illeti, emlékeztetni kell arra, hogy a függetlenség fogalma, amely az ítélelhozatali tevékenység elengedhetetlen része, mindenekelőtt azt jelenti, hogy az érintett fórum ahhoz a hatósághoz képest, amely a fellebbezéssel megtámadott határozatot hozta, kívülállónak minősüljön. Az ítélkezési gyakorlatból kitűnik, hogy e fogalom egy külső szempontból – amely azt feltételezi, hogy a fórum védett legyen az olyan külső beavatkozástól vagy nyomástól, amely veszélyeztetheti tagjai ítélelalkotásának függetlenségét az eléjük kerülő jogvitát illetően –, és egy belső szempontból áll, amely a pártatlanság fogalmát öleli fel, és egyenlő távolságtartást jelent a jogvitában részt vevő felektől, illetve e felek azon érdekeitől, amelyek a jogvita tárgyát képezik. Ezek a függetlenségi és pártatlansági garanciák olyan szabályok meglétét igénylik – különösen, ami a fórum összetételét, a kinevezést, a megbízatás időtartamát, valamint az elfoglaltsági okokat, a kizárási okokat, és a tagok elmozdítását illeti –, amelyek a jogalanyok számára biztosítják minden, az említett fórum külső tényezők általi befolyásolhatóságára, valamint az ütköző érdekek vonatkozásában való semlegességére vonatkozó jogos kétség kizárását.¹⁰

6 — Lásd többek között: Bundesdruckerei-ítélet (C-549/13, EU:C:2014:2235, 21. pont) és TDC-ítélet (C-222/13, EU:C:2014:2265, 27. pont).

7 — Lásd a közbeszerzési törvény 3. cikkének (1) bekezdését és 5. cikkének (1) bekezdését.

8 — A közbeszerzési törvény 13., 14. és 16–18. cikke szerint a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) többek között megsemmisítheti a jogellenes határozatokat, illetve szerződés-odaítéléseket, kötelezettségeket írhat elő, pénzügyi szankciókat alkalmazhat, kártérítést állapíthat meg és érvénytelené nyilváníthatja a szerződéseket.

9 — Lásd: Consorci Sanitari del Maresme ítélet (C-203/14, EU:C:2015:664, 22. és 23. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat). Lásd még: az ezzel kapcsolatos ítélkezési gyakorlat teljes elemzése, amely Jääskinen főtanácsnok ugyanezen ügyre vonatkozó indítványában szerepel (C-203/14, EU:C:2015:445, 40. és azt követő pontok).

10 — Lásd többek között: Wilson-ítélet (C-506/04, EU:C:2006:587, 49–53. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

35. A dán kormány által hivatkozott TDC-ítéletben a Bíróság megállapította, hogy a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) nem minősült az EUMSZ 267. cikk értelmében vett bíróságnak, figyelemmel arra, hogy e szerv nem felelt meg a függetlenség kritériumának. A Bíróság megállapítását két körülményre alapította. Egyrészt, a függetlenség külső szempontját illetően a Bíróság rámutatott, hogy míg a dán szabályozás különös garanciákat írt elő a rendes bíróságok tagjainak elmozdítását illetően, addig a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) tagjai elmozdításának feltételei ezzel ellentétben nem képezték különös szabályozás tárgyát, mivel visszaélészerű elmozdítás esetén csak a közigazgatási jog és a munkajog általános szabályai voltak alkalmazandók.¹¹ Másrészt, a függetlenség belső szempontja tekintetében a Bíróság kizárta, hogy a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) harmadik félnek minősüljön a szóban forgó érdekek szempontjából, megállapítva, hogy ha annak határozatával szemben keresetet indítanak a rendes bíróságok előtt, e szervezet az eljárásban alperesként vesz részt.¹²

36. Ugyanakkor a Bíróság rendelkezésére álló információk szerint a Bíróság által a TDC-ítéletben figyelembe vett két körülmény közül a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) esetében egyik sem áll fenn.

37. Ami először a függetlenség belső szempontját illeti, a dán kormány kifejezetten azt állította, mind az észrevételeiben, mind pedig a tárgyaláson, hogy a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) eltérően a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) nem félként vesz részt azokban az ügyekben, amelyeket határozatai ellen indítanak a rendes bíróságok előtt. Nincs tehát ok arra, hogy kételkedjünk abban, hogy harmadik félnek minősül a szóban forgó érdekek szempontjából.

38. Ami másodszer a függetlenség külső szempontját illeti, rá kell mutatni, hogy a Bíróság rendelkezésére álló iratokból az tűnik ki, hogy jelentős különbségek állnak fenn a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) és a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) között azok összetételét, a tagjaik elmozdításával szemben fennálló garanciákat és működésüket illetően.

39. Ekképpen a közbeszerzési törvény releváns rendelkezéseiből kitűnik, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) – amelyet többek között a 89/665 irányelv végrehajtása érdekében hoztak létre¹³ – egy elnökből, és bizonyos számú alelnökből (ők alkotják az elnökséget) áll, továbbá bizonyos számú szakértő tagból, akiket mind a vállalkozásokért és a növekedésért felelős miniszter (Erhvervs- og vækstministeren) nevezett ki négy évig terjedő időszakra.¹⁴

40. Ugyanakkor a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) eltérően a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) elnökségének elsőfokú bírából és a regionális felsőbíróságok bírából kell állnia.¹⁵ Márpedig, ahogy arra egyébként a Bíróság is rámutatott a TDC-ítéletben,¹⁶ e bírák különös védelmet élveznek az elmozdítással szemben. E védelem alapját a dán alkotmány 64. cikke jelenti, és az a tárgyaláson elhangzottak alapján kiterjed a panaszbizottságok elnökségére is.

11 — TDC-ítélet (C-222/13, EU:C:2014:2265, 34–36. pont).

12 — Ugyanott (37. pont).

13 — A módosított, az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló, 1989. december 21-i tanácsi irányelv (HL L 395., 33. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 246. o.).

14 — Lásd a közbeszerzési törvény 9. cikke (1) és (2) bekezdésének első mondatát.

15 — Lásd a közbeszerzési törvény 9. cikke (2) bekezdésének második mondatát.

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

41. Ezenfelül a törvény rendelkezéseinek elemzéséből kitűnik, hogy az elnökség tagjai a szakértő tagoknál sokkal jelentősebb szerepet játszhatnak a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) döntéshozatali tevékenységében. Rendes összetételében ugyanis e szerv az elnökség egy elnökként eljáró tagjából, és egy szakértő tagból áll. A határozat elfogadása során szavazategyenlőség esetén az elnök szavazata dönt.¹⁷ Ezenkívül az elnökség tagjai bizonyos határozatokat meghozhatnak a szakértő tagok részvétele nélkül,¹⁸ és többségi súlyuk van a bonyolultabb vagy elvi jelentőségű döntéseket tartalmazó határozatok meghozatalánál.¹⁹

42. Vitathatatlan, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) tagjainak egy része, a szakértő tagok esetében a dán jog a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) tagjaihoz hasonlóan nem ír elő különös szabályokat az elmozdításukat illetően, mivel visszaélészerű elmozdítás esetén csak a közigazgatási jog és a munkajog általános szabályai alkalmazandók.

43. E tekintetben azonban megjegyzem, hogy bár az igaz, hogy egyes határozataiban a Bíróság kimondta, hogy a kérdést előterjesztő szerv függetlenségére vonatkozó feltétel teljesüléséhez az ítélkezési gyakorlat többek között megköveteli, hogy e szerv tagjainak elmozdítását kifejezett jogszabályi rendelkezések rögzítsék,²⁰ meg kell állapítani, hogy ezekben az ügyekben az ilyen szabályok hiányának megállapítása egy olyan, vitathatatlanul fontos értékelési elemet jelentett, amely mindazonáltal a kérdést előterjesztő szerv jellemzőinek átfogó elemzésébe²¹ illeszkedett. A Bíróság ezekben az ügyekben valamennyi ilyen körülmény átfogó elemzése alapján vetette el a szóban forgó szervek bíróságnak minősítését.²² Egyébként bizonyos esetekben, különösen figyelemmel a 89/665 irányelv alkalmazásában a közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslatokért felelős nemzeti fórumokra, a Bíróság elismerte a kérdést előterjesztő szerv bírósági jellegét, anélkül, hogy felvetette volna az ilyen szabályok meglétének kérdését.²³

44. A jelen ügyben arra kell rámutatni, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) tagjainak nemcsak egy jelentős része, és különösen azok a tagok, akik a döntéshozatali tevékenységben fontosabb szerepet játszhatnak, rendelkeznek különös garanciával az elmozdítással szemben (az alkotmányba foglalt garanciával), hanem az iratokból az is kitűnik, hogy más elemek is alátámasztják e szerv függetlenségét az esetleges szabálytalan külső nyomással és beavatkozásokkal szemben. Ekképpen a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) ahhoz a hatósághoz képest, amely az alapeljárásban jogorvoslattal megtámadott határozatot hozta, harmadik félnek minősül.²⁴ Így különösen nincs semmilyen funkcionális kapcsolata sem az Erhvervsstyrelsennek (dán vállalkozásügyi hatóság) – amely titkárságot bocsát a rendelkezésére –, sem azokkal az ajánlatkérőkkel, amelyeknek aktusait megtámadják előtte.²⁵ Emellett a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) teljesen autonóm módon gyakorolja a funkcióit anélkül, hogy bármilyen hierarchikus kapcsolatban

17 — Lásd a közbeszerzési törvény 10. cikke (4) bekezdésének első mondatát és (5) bekezdését. Az első rendelkezés szerint az e cikk (6) bekezdésében leírt helyzet kivételével az elnökség egy tagja és egy szakértő tag vesznek részt az egyedi ügy elbírálásában. A második rendelkezés szerint a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) határozatait egyszerű többséggel hozza, szavazategyenlőség esetén pedig az elnök szavazata dönt.

18 — Lásd a közbeszerzési törvény 10. cikkének (6) bekezdését.

19 — Lásd a közbeszerzési törvény 10. cikkének (4) bekezdését, amely szerint a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) elnöke különleges esetekben úgy dönthet, hogy megnöveli az egy ügy elbírálásában részt vevő elnökségi tagok és szakértő tagok számát. Ilyen esetben tehát az elnökségi tagok számának meg kell felelnie a szakértő tagok számának. Ebből a bonyolultabb vagy elvi jelentőségű döntéseket tartalmazó határozatok meghozatalánál alkalmazott rendelkezésből kitűnik, hogy a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) ennél a rendkívül fontos ügytípusnál is ugyanannyi elnökségi tagból és szakértő tagból áll, ami azt jelenti, hogy mivel az elnök szavazata dönt, az elnökségi tagok képviselik a többséget a határozat elfogadásánál.

20 — Pilato-végzés (C-109/07, EU:C:2008:274, 24. pont vége) és TDC-ítélet (C-222/13, EU:C:2014:2265, 32. pont).

21 — Lásd: Syfait és társai ítélet (C-53/03, EU:C:2005:333, 37. pont).

22 — Lásd a Bíróság elemzését: Schmid-ítélet (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–43. pont), Syfait és társai ítélet (C-53/03, EU:C:2005:333, 30–37. pont) és Pilato-végzés (C-109/07, EU:C:2008:274, 25–30. pont). Lásd még: TDC-ítélet (C-222/13, EU:C:2014:2265), amelyben a Bíróság két, a belső szempontokra és a külső szempontokra vonatkozó körülményre támaszkodott annak érdekében, hogy elvesse a Teleklagenævnet (távközlési panaszbizottság) függetlenségét (lásd a jelen indítvány 35. pontját).

23 — Lásd többek között: HI-ítélet (C-92/00, EU:C:2002:379, 24–28. pont).

24 — Lásd: Consorci Sanitari del Maresme ítélet (C-203/14, EU:C:2015:664, 19. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

25 — Lásd *a contrario*: Schmid-ítélet (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–40. pont).

lenne vagy bárkinek alárendelt lenne, és anélkül, hogy bárhonnán utasításokat kapna.²⁶ Valamennyi tagja köteles feladatait függetlenül ellátni.²⁷ Ezenkívül, mivel a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) többek között megállapíthatja a jogellenes határozatok vagy szerződés-odaítélések jogszerűtlenségét, valamint a szerződések odaítélésével összefüggésben kötelezettségeket állapíthat meg, alapvetően bírósági funkciót lát el.²⁸

45. Végül emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság a 89/665 irányelvben említett, a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogorvoslatokért felelős nemzeti szervek jogállásának értékelése körében több más, lényegében a jelen ügyben az előzetes döntéshozatalt kezdeményező szervhez hasonló szerv EUMSZ 267. cikk értelmében vett „bírósági” jellegét is megerősítette.²⁹

46. Mindezen megfontolások fényében álláspontom szerint nem lehet megkérdőjelezni a Bíróság által az Unitron Scandinavia és 3-S ítéletben tett megállapítást, amely szerint a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) az EUMSZ 267. cikk értelmében vett „bíróságnak” minősül.

B – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésről

47. Előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság azt kérdezi, hogy úgy kell-e értelmezni a 2004/17 irányelv 51. cikkével összhangban értelmezett 10. cikkében szereplő egyenlő bánásmód elvét, hogy azzal az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló helyzetben ellentétes az, hogy az ajánlatkérő szerv a szerződést olyan ajánlattevő részére ítéli oda, amely nem jelentkezett az előválogatásra, és amelyet következképpen nem választottak ki az előválogatás során.

48. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés egy olyan ténybeli összefüggésbe illeszkedik, amelyben két vállalkozás gazdasági társaság formáját öltő és közbeszerzési eljárásban előzetesen kiválasztott csoportja a két tag egyikének fizetésképtelensége után felbomlik, az ajánlatkérő engedélyezi a megmaradó tag számára, hogy a csoport helyett folytassa a részvételt az eljárásban, és végül annak ellenére neki ítéli oda a szerződést, hogy ezt a tagot önmagában előzetesen nem választották ki. Ez az „az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló helyzet”, amelyre a kérdést előterjesztő bíróság előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésében utal.

49. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés tehát lényegileg arra vonatkozik, hogy az egyenlő bánásmód elvének fényében egy ajánlatkérőnek van-e lehetősége arra, hogy engedélyezze gazdasági szereplők csoportja valamely olyan tagjának, amelyet önállóan nem választottak ki előzetesen, hogy átvegye a csoport helyét egy közbeszerzési eljárás során.

1. Az alkalmazandó szabályozási háttérről

50. Mindenekelőtt rá kell mutatni, hogy a 2004/17 irányelv nem tartalmaz semmilyen konkrét szabályt a gazdasági szereplők csoportja összetételének változásait illetően.

26 — Lásd: Consorci Sanitari del Maresme ítélet (C-203/14, EU:C:2015:664, 19. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

27 — Lásd a közbeszerzési panaszbizottságról szóló, 2011. augusztus 11-i 887. sz. rendelet 1. cikkének (4) bekezdését. E körülmény relevanciáját illetően lásd: Dorsch Consult ítélet (C-54/96, EU:C:1997:413, 35. pont).

28 — Lásd: Dorsch Consult ítélet (C-54/96, EU:C:1997:413, 37. pont).

29 — Lásd: Consorci Sanitari del Maresme ítélet (C-203/14, EU:C:2015:664, 26. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

51. Ezen irányelv egyetlen olyan rendelkezése, amely a gazdasági szereplők csoportjára vonatkozik, a 11. cikkének (2) bekezdése,³⁰ amely azonban nem érinti azoknak a közbeszerzési eljárás tartama alatt történő változását. Ekképpen, mivel az irányelv egyáltalán nem tartalmaz az ilyen módosításokat szabályozó rendelkezést, azt kell megállapítani, hogy annak szabályozása a tagállamok hatáskörébe tartozik.³¹ E körülmények között általános jelleggel a nemzeti jogalkotóra, illetve konkrét esetben az ajánlatkérőre hárulhat az ezzel kapcsolatos szabályok megállapítása.³²

52. E tekintetben rá kell mutatni továbbá arra, hogy a Makedoniko Metro és Michaniki ítéletben³³ a Bíróság kimondta, hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésekről szóló 93/37 irányelvvel³⁴ nem ellentétes a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozáscsoport összetételének az ajánlattételt követő módosítását tiltó nemzeti szabályozás.

53. A jelen ügyben azonban az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből kitűnik egyrészt az, hogy a dán szabályozás nem ír elő sajátos szabályokat a gazdasági szereplők csoportja összetételének változásait illetően, másrészt pedig, hogy az ajánlatkérő sem írt elő a hirdetményben ezzel kapcsolatos sajátos szabályokat.

54. E körülmények között a gazdasági szereplők csoportjai összetételét a közbeszerzési eljárás során érintő változások elfogadhatósága az uniós jogrend részét képező általános jogelvektől függ, beleértve a 2004/17 irányelv 10. cikkében foglalt egyenlő bánásmód és az átláthatóság elvét is, és ezen elvek jelentik annak korlátait is.

2. A közbeszerzési eljárások során érvényesülő egyenlő bánásmód elvéről

55. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az egyenlő bánásmód elve azt követeli meg, hogy hasonló helyzeteket ne kezeljenek eltérő módon, és hogy az eltérő helyzeteket ne kezeljék egyenlő módon, kivéve ha az ilyen bánásmód objektíven igazolható.³⁵

56. A Bíróság több alkalommal megerősítette, hogy az ajánlattevőkkel szemben alkalmazott egyenlő bánásmód, valamint az ajánlatkérők ezen elv tiszteletben tartásának biztosítására irányuló kötelezettsége képezik az uniós közbeszerzési szabályok lényegét.³⁶

30 — Lásd a jelen indítvány 7. pontját. E cikket lényegileg átveszi a 2014/25 irányelv 37. cikkének (2) és (3) bekezdése.

31 — Lásd analógia útján az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/37/EGK tanácsi irányelvvel (HL L 199., 54. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 163. o.) összefüggésben: Makedoniko Metro és Michaniki ítélet (C-57/01, EU:C:2003:47, 61. pont).

32 — E szabályok kialakításánál a jogalkotónak, illetve az ajánlatkérőnek minden esetben tiszteletben kell tartania az általános jogelveket. E tekintetben lásd a 2004/17 irányelv (9) preambulumbekzdését, és még egyértelműbben az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.) (2) preambulumbekzdését. Lásd még a 2014/25 irányelv (2) preambulumbekzdését.

33 — Makedoniko Metro és Michaniki ítélet (C-57/01, EU:C:2003:47, 61. és 63. pont).

34 — Lásd a 31. lábjegyzetet.

35 — Lásd többek között: Fabricom-ítélet (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, 27. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat) és Manova-ítélet (C-336/12, EU:C:2013:647, 30. pont).

36 — Lásd ebben az értelemben: Fabricom-ítélet (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, 26. pont) és Michaniki-ítélet (C-213/07, EU:C:2008:731, 45. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

57. Az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elve, amelynek célja a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozások közötti egészséges és hatékony verseny kialakulásának elősegítése, megköveteli, hogy valamennyi ajánlattevő azonos esélyekkel rendelkezzen ajánlata összeállításakor, és ebből következően azt a követelményt is magában foglalja, hogy valamennyi versenytárs tekintetében ugyanazon feltételek vonatkozzanak az ajánlatokra.³⁷ Ez az elv kiterjed arra, hogy az ajánlattevőknek egyenlő helyzetben kell találniuk magukat *a közbeszerzési eljárás teljes tartama alatt*, így az ajánlat benyújtása, valamint annak az ajánlatkérő általi elbírálása időpontjában is.³⁸

58. Vitathatatlanul igaz, hogy a Bíróság úgy ítélte meg, hogy a közbeszerzésre vonatkozó szabályok egyik célja a lehető legszélesebb verseny megnyitása, és hogy az uniós jognak biztosítania kell a lehető legtöbb ajánlattevő részvételét a közbeszerzési eljárásokban,³⁹ valamint, hogy a lehető legszélesebb verseny ezen megnyitása nemcsak a áruk és a szolgáltatások szabad mozgására irányuló uniós érdeket szolgálja, hanem maga az érintett ajánlatkérő érdekét is, aki ezáltal nagyobb választási lehetőséggel rendelkezne a legelőnyösebb és a vonatkozó közszükségleteknek leginkább megfelelő ajánlat kiválasztásakor.⁴⁰

59. Ugyanakkor a közbeszerzések területén figyelembe kell venni mind a hatékony verseny biztosítására törekvést, mind pedig az ajánlatkérők közötti egyenlő bánásmód elvének tiszteletben tartását. Ekképpen, noha a Bíróság kimondta, hogy a közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásaiban az egyenlő bánásmód elvének alkalmazása tehát nem önmagában vett cél, így azt az általa követett célok szempontjából kell értelmezni,⁴¹ a lehető legszélesebb verseny megnyitása előnyben részesítésének célját csak akkor lehet hatékonyan végrehajtani és megvalósítani, ha a közbeszerzésben részt vevő gazdasági szereplők az egyenlőség talaján, a hátrányos megkülönböztetés legkisebb gyanúja nélkül tehetnek ajánlatot.⁴² Mivel a tényleges verseny előmozdítása egy olyan verseny előmozdítása szélesebb céljának képezi részét, amelynek a ténylegességet megelőzően egészségesnek kell lennie, az ajánlattevők közötti egyenlő bánásmód előmozdítása szükségképpen e törekvés korlátját jelenti.⁴³

60. E tekintetben rá kell továbbá mutatni arra, ahogy azt az eljárás egyes résztvevői is hangsúlyozták, hogy az ajánlattevőkkel szemben alkalmazott egyenlő bánásmód elve a szerződés odaítélését megelőzően játszhat alapvető szerepet, amikor a különböző ajánlatkérők versenyeznek egymással. A szerződés odaítélését követően ezzel szemben a szerződés végrehajtása került a középpontba. Ebben az összefüggésben az olyan események, mint a szerződést elnyerő csoport módosulása, főszabály szerint nem az ajánlattevőkkel szemben alkalmazott egyenlő bánásmód elvével kapcsolatos kérdéseket vetnek fel, hanem inkább az érintett közbeszerzési szerződés egyik alapvető feltételét érintő változással,⁴⁴ vagy a szerződés megfelelő végrehajtásának veszélyeztetésével⁴⁵ kapcsolatos kérdéseket.

37 — Lásd ebben az értelemben: Bizottság kontra CAS Succhi di Frutta ítélet (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 110. pont) és eVigilo-ítélet (C-538/13, EU:C:2015:166, 33. pont).

38 — Lásd ebben az értelemben: SIAC Construction ítélet (C-19/00, EU:C:2001:553, 33. és 34. pont), Michaniki-ítélet (C-213/07, EU:C:2008:731, 45. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat); Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi végzés (C-502/11, EU:C:2012:613, 38. pont). Kiemelés tőlem.

39 — Lásd ebben az értelemben: Assitur-ítélet (C-538/07, EU:C:2009:317, 26. pont) és CoNISMa-ítélet (C-305/08, EU:C:2009:807, 37. pont).

40 — CoNISMa-ítélet (C-305/08, EU:C:2009:807, 37. pont). A tárgyalásos eljárások során a „megfelelő” verseny követelményét egyébként kifejezetten kiemeli a 2004/17 irányelv jelen indítvány 9. pontjában hivatkozott 54. cikkének (3) bekezdése.

41 — Lásd ebben az értelemben: Manova-ítélet (C-336/12, EU:C:2013:647, 29. pont).

42 — Lásd: Léger főtanácsnok Fabricom-ügyre vonatkozó indítványa (C-21/03 és C-34/03, EU:C:2004:709, 22. pont), valamint Poiares Maduro főtanácsnok Michaniki-ügyre vonatkozó indítványa (C-213/07, EU:C:2008:544, 23. pont).

43 — Lásd ebben az értelemben: Poiares Maduro főtanácsnok La Cascina és társai ügyre vonatkozó indítványa (C-226/04 és C-228/04, EU:C:2005:524, 26. pont).

44 — Lásd: Pressetext Nachrichtenagentur ítélet (C-454/06, EU:C:2008:351, 40. és azt követő pontok).

45 — E tekintetben rá kell mutatni, hogy a 2014/25 irányelv 89. cikke (1) bekezdése d) pontjának ii. pontja kifejezetten szabályozza a szerződő fél változtatását a szerződés odaítélését követően. E rendelkezés szerint nem kell új közbeszerzési eljárást lefolytatni többek között akkor, ha új szerződő fél lép azon fél helyébe, amelynek a közszolgáltató ajánlatkérő eredetileg odaítélte a szerződést, „egyetemes vagy részleges jogutódlás révén, vállalati átszervezést – többek között vállalatátvételt, egyesülést vagy felvásárlást – vagy fizetéseképtelenséget követően [, és az] megfelel az eredetileg megállapított minőségi kiválasztási szempontoknak, feltéve, hogy ezzel nem jár együtt a szerződés egyéb lényeges módosítása, és hogy mindez nem [az] irányelv alkalmazásának a megkerülését célozza”.

61. Ezen elvek fényében kell elemezni az egyenlő bánásmód elve által a jelen ügyszhez hasonló esetben az ajánlatkérő azon lehetőségével kapcsolatban rögzített korlátokat, hogy a szerződés odaítélését megelőzően engedélyezze, hogy az eredetileg előzetesen ki nem választott gazdasági szereplő egy másik gazdasági szereplő, így különösen azon előzetesen kiválasztott csoport helyébe lépjen, amelynek maga is tagja volt.

3. Annak lehetőségéről, hogy az előzetesen ki nem választott gazdasági szereplő számára engedélyezzék, hogy egy másik gazdasági szereplő helyébe lépjen a közbeszerzési eljárásban

62. Úgy tűnik, hogy az eljárás résztvevői egyetértenek abban, hogy az előválogatásos ajánlati felhívások esetében főszabály szerint csak az előzetesen kiválasztott ajánlattevők nyújthatnak be ajánlatokat, és csak ezeknek lehet odaítélni a szerződést.

63. Egyetértek ezzel a megközelítéssel, amelynek, ahogy azt az MTHZ megalapozottan hangsúlyozza, a 2004/17 irányelv 51. cikkének (3) bekezdésében megvan a kifejezett normatív alapja is. E rendelkezés ugyanis, azáltal, hogy előírja, hogy az ajánlatkérő „ellenőrzi, hogy a *kiválasztott* ajánlattevők által benyújtott ajánlatok megfelelnek-e”, feltételezi, hogy az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplők, és az ajánlatokat benyújtó gazdasági szereplők azonosak.⁴⁶ Az elv tehát az, hogy jogi és érdemi azonosságnak kell fennállnia az előzetesen kiválasztott gazdasági szereplő és az ajánlatot benyújtó gazdasági szereplő között, amelynek a szerződést esetlegesen odaítélik majd.

64. E tekintetben ki kell emelni, hogy ellentétben azzal, amit a Bizottság a tárgyaláson előadott, álláspontom szerint nem kétséges, hogy a jelen ügyben nem áll fenn sem jogi, sem érdemi azonosság az I/S formájában létrejött csoport és az Aarsleff között. Ugyanis bár vitathatatlan, hogy az Aarsleff az I/S egyik tagja volt, nem kétséges, hogy a csoporthoz képest, amelynek tagja volt, érdemileg és jogilag elkülönült jogi személyt alkot.

65. Ennek tisztázása után felmerül a kérdés, hogy a jelen indítvány 55–59. pontjában értelmezett egyenlő bánásmód elvének fényében az előzetesen kiválasztott ajánlattevő és az ajánlatot benyújtó ajánlattevő szükségszerű azonosságának elve lehetővé tesz-e kivételt, többek között az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló körülmények között.

66. Márpedig álláspontom szerint az említett elv nem lehet abszolút terjedelmű, és kivételeket nem ismerő. Úgy vélem, hogy el lehet képzelni olyan, noha korlátozott eseteket, amelyeknél el kell fogadni az ajánlattevő személyének az eljárás során bekövetkezett változását, többek között arra a követelményre hivatkozva, hogy a közbeszerzési eljárás során megőrizték a lehető legszélesebb verseny megnyitását.

67. Ugyanakkor, ahogy arra a jelen indítvány 59. pontjában rámutattam, mivel e követelményt az egyenlő bánásmód elvének tiszteletben tartása korlátozza, az ajánlatkérő nem alkalmazhat hátrányos megkülönböztetést az ajánlattevőkkel szemben, igazolásként a közbeszerzési eljárás maximális megnyitásának követelményére hivatkozva. Az előzetesen kiválasztott ajánlattevő és az ajánlatot benyújtó ajánlattevő szükségszerű azonosságának elve alóli esetleges kivételek – amelyeket egyébként, mint egy általános tartalmú alapelv alóli kivételeket, megszorítóan kell megközelíteni⁴⁷ – abszolút korlátját tehát az ajánlattevők közötti egyenlő bánásmód elvének tiszteletben tartása jelenti.

46 — A felhívással induló tárgyalásos eljárás szabályozásával összefüggésben a 2014/25 irányelv 47. cikkének (2) bekezdése e tekintetében még egyértelműbb, amennyiben azt írja elő, hogy „csak azok a gazdasági szereplők vehetnek részt a tárgyalásokon, amelyeket a rendelkezésre bocsátott információk értékelését követően a közszolgáltató ajánlatkérő meghívott”.

47 — Lásd ebben az értelemben: Honyvem Informazioni Commerciali ítélet (C-465/04, EU:C:2006:199, 24. pont); Pfeiffer és társai ítélet (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 52. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

68. Ezen elvek rögzítését követően fel kell tenni a kérdést, hogy konkrétan milyen megközelítés teszi lehetővé az ajánlattevők közötti egyenlő bánásmód szigorú tiszteletben tartásából eredő követelmények és a verseny lehető legszélesebb megnyitásától eredő követelmények – amelyek az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló esetben láthatóan ütközésbe kerülhetnek egymással – lehető legjobb összehangolását?

69. Az eljárás egyes résztvevői eltérő megközelítéseket javasolnak.

70. Mindenekelőtt, a jelen indítvány 66. pontjában kifejtett indokok miatt hajlok arra a láthatóan az MTHZ által szorgalmazott megközelítésnek a kizárására, amely szerint soha nem állhatnak fenn kivételek az előzetesen kiválasztott ajánlattevő és az ajánlatot benyújtó ajánlattevő szükségszerű azonosságának elve alól.

71. A Bizottság lényegileg úgy ítéli meg, hogy amennyiben az előzetesen ki nem választott gazdasági szereplő – így többek között a jelen esetben a csoport megmaradó tagja – megfelel a dokumentációnak, az egyenlő bánásmód elvével nem ellentétes, ha az ajánlatkérő engedélyezi számára, hogy folytassa az eljárást. Ugyanakkor egy ilyen megoldás nem teszi lehetővé annak garantálását, hogy az ajánlattevők közötti esélyegyenlőség követelményét szigorúan tiszteletben tartsák.

72. Nem vitatott, hogy az a körülmény, hogy az új gazdasági szereplő megfelel a dokumentációnak,⁴⁸ kétségtelenül annak szükséges feltétele, hogy ne álljon fenn hátrányos megkülönböztetés az ajánlattevők között. E körülmény önmagában azonban nem biztosíthatja, hogy az az új gazdasági szereplő, amelynek a többi ajánlattevőhöz képest később engedélyezték az ajánlati felhívásban való részvételt, az eljárásba való belépésének időpontjában versenylőnyt élvezzen. Az ilyen előny megjelenhet például olyan információk ismeretének formájában, amelyekkel a többi ajánlattevő nem rendelkezett,⁴⁹ amikor úgy döntött, hogy részt vesz a közbeszerzési eljárásban.⁵⁰

73. A dán kormány úgy véli, hogy a jelen ügyhöz hasonló esetben az egyenlő bánásmód elve nem zárja ki, hogy egy ajánlatkérő elfogadhassa az ajánlattevő személyében bekövetkezett változásokat az előválogatás és a szerződés odaítélése között, ha teljesül két feltétel. Először, a megváltozott ajánlattevő fennmaradó részének önmagában meg kell felelnie az előzetes kiválasztáshoz előírt alkalmassági követelményeknek, másodszor pedig, az ajánlattevő személyében bekövetkezett változások nem hathat ki az előzetesen kiválasztott jelentkezők körére, abban értelemben, hogy akkor is, ha az ajánlattevő fennmaradó része a kezdetektől fogva az új formájában vett volna részt az előzetes kiválasztásban, az előzetesen kiválasztott jelentkezők ugyanazok lettek volna.

74. Márpedig úgy vélem, hogy e megoldás szintén nem kielégítő. Az első feltétel ugyanis véleményem szerint lényegileg a Bizottság által javasolt megoldásban előírt feltételnek felel meg. Ami a második feltételt illeti, nem hiszem, hogy ahhoz, hogy biztosítva legyen az ajánlattevők között esélyegyenlőség szigorú tiszteletben tartása, elegendő lenne, hogy az alanyváltozás ne hasson ki az előzetesen kiválasztott jelentkezők körére. A jelen indítvány 72. pontjában ismertetettekkel azonos okokból ugyanis úgy vélem, hogy az a körülmény, hogy egyik gazdasági szereplő sem lett szabálytalanul kizárva az eljárásból, illetve egyik gazdasági szereplő részvételét sem engedélyezték abban szabálytalanul, noha szintén szükséges feltétel a hátrányos megkülönböztetés elkerülése érdekében, nem elegendő az ajánlattevők közötti esélyegyenlőség követelménye tiszteletben tartásának biztosításához.

48 – Egyébként nem egyértelmű, hogy e felvetés szerint az új gazdasági szereplőnek a módosítás időpontjában kell-e megfelelnie a dokumentációnak, vagy pedig akkor kellett volna megfelelnie annak, amikor minden más ajánlattevőt előzetesen kiválasztottak.

49 – Lásd: Fabricom-ítélet (C-21/03 és C-34/03, EU:C:2005:127, 29. pont), amelyben a Bíróság figyelembe vette az azon információkból fakadó esetleges versenylőnyt, amelyeket az ajánlattevő szerezhettek a szóban forgó közbeszerzésre vonatkozólag.

50 – Egyébként rá kell mutatni, hogy maga a Bizottság is elismeri észrevételeiben, hogy az általa javasolt feltétel nem teszi lehetővé annak minden esetben történő biztosítását, hogy ne álljon fenn a verseny torzításának veszélye.

75. Álláspontom szerint a jogalkotó vagy az ajánlatkérő által előzetesen rögzített egyértelmű szabályok hiányában az ajánlatkérőnek célszerű valamennyi rendelkezésére álló ténybeli körülmény alapján esetről esetre konkrét elemzést végeznie, annak vizsgálata céljából, hogy a szóban forgó alanyváltozás olyan helyzetet idéz-e elő, amelyben az ajánlattevők nincsenek egyenlő helyzetben a közbeszerzési eljárás során, többek között – de nem kizárólagosan – ajánlataik megfogalmazása szempontjából. Ez az elemzés többek között annak vizsgálatára irányul, hogy e módosítás keletkeztet-e versenyelőnyt az új ajánlattevő számára, azáltal, hogy ilyen módon a versenyfolyamat megváltozását idézi elő.

76. Márpedig *in abstracto* az alanyváltozás több esete is elképzelhető, és nem kell őket elemezni ebben az összefüggésben. Annak a megállapítására szorítokozom, hogy abban az esetben, ha az alany személyének módosulása kizárólagosan formai, nem pedig érdemi jellegű, például mivel kizárólag lényeges hatással nem járó formaváltozással vagy belső átszervezéssel jár,⁵¹ akkor valószínűtlen, hogy egy ilyen változás az esélyek egyenlőségével járó helyzetet eredményezzen.

77. Ugyanakkor álláspontom szerint egy ilyen, az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló helyzet, amelyben valamely, a részét képező gazdasági szereplőktől elkülönülő jogi személy jogi formáját öltő csoport felbomlik, és annak helyébe az eljárásban a csoport megmaradó tagja lép, nem jelent olyan, a személyben bekövetkező változást, amelynek tartalma tisztán formai, nem pedig érdemi jellegű.

78. E körülmények között úgy vélem, hogy a kérdést előterjesztő bíróságnak kell a rendelkezésére álló ténybeli elemek alapján *in concreto* megállapítania, hogy a jelen ügyben a Banedanmark határozata az eljárásban részt vevő különböző ajánlattevők közötti egyenlő bánásmód elvének megsértését eredményezte-e, és különösen azt, hogy az Aarsleff versenyelőnyöket élvezett-e a többi ajánlattevőhöz képest abban az időpontban, amikor engedélyezték számára, hogy az eljárásban az I/S helyébe lépjen.

79. E tekintetben az iratokban található, a Bíróság rendelkezésére álló információk alapján a következő megfontolások rögzítésére szorítokozom:

80. Mindenekelőtt, a kérdést előterjesztő bíróság kiemeli, hogy bizonyítottnak kell tekinteni, hogy ha az Aarsleff a felbomlott csoport tagjaként való jelentkezés helyett közvetlenül maga jelentkezett volna az előválogatásra, akkor is kiválasztották volna az előválogatási eljárásban. Álláspontom szerint ugyanakkor e körülmény a jelen ügyben nem zárja ki, hogy a jelen esetben sérülhetett az egyenlő bánásmód elve. A jelen ügyben a döntő kérdés nem (vagy nem csak) az, hogy hipotetikusán kiválasztották volna-e egyedül az Aarsleffet az előválogatási eljárásban, vagy sem, hanem az, hogy olyan eltérő bánásmódban részesült-e, amely versenyelőnyt eredményezett számára, abban az időpontban, amikor engedélyezték, hogy anélkül vegyen egyedül részt az eljárásban, hogy előtte az előválogatási eljárásban kiválasztották volna.

81. Ezt követően, úgy tűnik, hogy az Aarsleff olyan információk alapján dönthetett arról, hogy egyedül vesz részt az ajánlati felhívásban, amelyekkel a többi ajánlattevő nem rendelkezett, amikor úgy döntött, hogy részt vesz ezen ajánlati felhívásban.⁵² Konkrétan, az MTHZ előadta, hogy amikor az Aarsleffnek a Pihl fizetéseképtelenségét, vagyis a csoport felbomlását követően engedélyezték az ilyen döntés meghozatalát, egyrészt tudomást szerezhetett az ezen eljárásban részt vevő és ajánlatot benyújtó vállalkozások pontos számáról, másrészt tudta, hogy az azon csoport által benyújtott ajánlatot, amelynek az Aarsleff a tagja volt, a második legjobb ajánlatnak értékelték. Ezenkívül, e körülmények összességéhez hozzá kell tenni azt is, hogy a Pihl fizetéseképtelenségét követően az Aarsleffnek lehetősége volt arra, hogy több mint ötven munkavállalót átvegyen a Pihltől, beleértve az ajánlati felhívás tárgyát képező projekt megvalósításához kapcsolódó kulcsfontosságú személyeket is.⁵³

51 — Lásd analógia útján: Pressetext Nachrichtenagentur ítélet (C-454/06, EU:C:2008:351, 43–45. pont).

52 — E tekintetben lásd a jelen indítvány 49. lábjegyzetét.

53 — E tekintetben releváns kiemelni azt, hogy a Banedanmark által a többi ajánlattevő részére küldött közleményből (lásd a jelen indítvány 20. pontját) kitűnik, hogy e körülményt figyelembe vette, amikor úgy döntött, hogy engedélyezi azt, hogy az Aarsleff átvegye a már felbomlott csoport helyét.

82. Márpedig egy olyan helyzet, amelyben két gazdasági szereplő a közbeszerzési eljárás megindítása előtt úgy dönt, hogy olyan csoportot hoz létre, amelynek kizárólagos célja az ebben az eljárásban való részvétel, azt feltételezi, hogy e két gazdasági szereplő, miután értékelte az e projekttel kapcsolatos lehetőségeket és kockázatokat, azt az üzleti döntést hozta, hogy együtt vesznek részt az ajánlati felhívásban, és megosztják annak előnyeit, illetve kockázatait. E körülmények között, *in concreto* kell elemezni, hogy az egyik ilyen gazdasági szereplő részére az eljárás későbbi szakaszában – amikor alacsonyabbak az eljárás lefolytatása tekintetében fennálló bizonytalanságok – arra vonatkozóan biztosított lehetőség, hogy módosítsa ezt az üzleti döntést, lehetővé téve számára, hogy egyedül vegyen részt az eljárásban, nem eredményez-e eltérő bánásmódot a többi ajánlattevőhöz képest, és nem jár-e versenylónnyel. Meg kell vizsgálni, hogy az ilyen későbbi üzleti döntést ténylegesen eltérő információk alapján hozták-e meg az abban az időpontban a többi ajánlattevő rendelkezésére álló információkhoz képest, amikor úgy döntöttek, hogy meghatározott formában vagy összetételben vesznek részt az eljárásban, anélkül, hogy később lett volna lehetőségük a változtatásra.

V – Véggövetkeztetések

83. A fenti megállapítások alapján azt indítványozom, hogy a Bíróság az alábbi értelemben válaszoljon a Klagenævnet for Udbud (közbeszerzési panaszbizottság) által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésre:

- 1) A vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról [helyesen: a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai szolgáltatások területén a közbeszerzési eljárások összehangolásáról] szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 51. cikkének (3) bekezdését úgy kell értelmezni, hogy főszabály szerint jogi és érdemi azonosságnak kell fennállnia az előzetes kiválasztást magában foglaló közbeszerzési eljárásban előzetesen kiválasztott gazdasági szereplő és az ugyanezen eljárásban ajánlatot benyújtó gazdasági szereplő között.
- 2) Az alapeljárás tárgyát képezőhöz hasonló olyan esetben, amelyben két gazdasági szereplő gazdasági társaság formájában csoportot hoz létre annak érdekében, hogy részt vegyen egy közbeszerzési eljárásban, és egyikükkel szemben a csoport előzetes kiválasztását követően, de a szerződés odaítélését megelőzően fizetésképtelenségi eljárást indítanak, így a csoport felbomlik, a 2004/17 irányelv 10. cikkét úgy kell értelmezni, hogy az ajánlatkérőnek kell megvizsgálnia a rendelkezésére álló ténybeli körülményekre alapított konkrét elemzés alapján, hogy az eljárásban a csoport helyett való részvétel esetleges engedélyezése a csoport megmaradó, eredetileg előzetesen ki nem választott tagja részére olyan helyzetet eredményez-e, amelyben az ajánlattevők nincsenek egyenlő helyzetben a közbeszerzési eljárás során, többek között ajánlataik megfogalmazása szempontjából. Különösen ez a helyzet, ha a csoport megmaradó tagja a közbeszerzési eljárás során olyan információk alapján tudott döntéseket hozni, amelyekkel a többi ajánlattevő nem rendelkezett abban az időpontban, amelyben meg kellett hozniuk ugyanezt a döntést, illetve, ha az eljárás megindulása után megvolt a lehetősége arra, hogy megismerjen olyan, a projekt megvalósítása szempontjából kulcsfontosságú körülményeket, amelyek nem álltak rendelkezésére akkor, amikor előzetesen ki kellett volna választani.