



## Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO  
PAOLO MENGOZZI IŠVADA,  
pateikta 2015 m. lapkričio 25 d.<sup>1</sup>

**Byla C-396/14**

**MT Højgaard A / S,  
Züblin A / S  
prieš  
Banedanmark**

(Klagenævnet for Udbud (Danija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą — SESV 267 straipsnis — Teisingumo Teismo jurisdikcija — Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusi institucija kaip teismas — Nepriklausomumas — Direktyva 2004/17/EB — Viešieji pirkimai — Viešojo pirkimo sutarčių sudarymas derybų būdu — Vienodo požiūrio principas — Ūkio subjektų grupės pakeitimas vykstant viešųjų pirkimų procedūrai — Sutarties skyrimas iš anksto neatrinktai bendrovei“

1. Jeigu ūkio subjektų grupė buvo iš anksto atrinkta ir pateikė pasiūlymą per viešųjų pirkimų procedūrą, o vėliau, prieš paskiriant sutartį, ši grupė iširo dėl vieno iš dviejų jos narių bankroto, ar perkančioji organizacija, atsižvelgdama į vienodo požiūrio principą, gali leisti likusiam nariui, kuris atskirai nepateikė savo kandidatūros, todėl nebuvo atrinktas iš anksto, toliau dalyvauti procedūroje ir galiausiai paskirti jam sutartį?

2. Iš esmės tokį klausimą Teisingumo Teismui pateikė *Klagenævnet for Udbud* (Danijos viešųjų pirkimų ginčų komisija), nagrinėdama ūkio subjektų grupės *MT Højgaard A / S* ir *Züblin A / S* (toliau kartu – MTHZ), dalyvavusios viešųjų pirkimų procedūroje, ir Danijos geležinkelių infrastruktūros valdytojos *Banedanmark*, perkančiosios organizacijos, ginčą. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teisme MTHZ teigia, kad leidusi bendrovei *Per Aarsleff A / S* (toliau – *Aarsleff*), vykstant procedūrai iširusios grupės likusiai narei, dalyvauti kvietime pateikti pasiūlymus vietoj pačios grupės, nors *Aarsleff* nebuvo iš anksto atrinkta, *Banedanmark* pažeidė Direktyvos 2004/17/EB 10 straipsnyje įtvirtintą vienodo požiūrio principą<sup>2</sup>.

3. Šioje byloje Danijos vyriausybė pirmiausia prašo Teisingumo Teismo patikslinti priežastis, dėl kurių *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) yra teismas, kaip jis suprantamas pagal SESV 267 straipsnį. Be to, kiek tai susiję su atsakymu į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo klausimo esmę, Teisingumo Teismo prašoma nustatyti tinkamą pusiausvyrą tarp, pirma, perkančiųjų organizacijų viešojo intereso, kad viešųjų pirkimų procedūros būtų kuo labiau atvertos konkurencijai, siekiant užtikrinti, kad į kvietimą pateikti pasiūlymus atsilieptų kuo daugiau dalyvių, ir, antra, visų kvietimo pateikti pasiūlymus dalyvių intereso ar veikiau teisės į tai, kad jiems dalyvaujant procedūroje būtų griežtai paisoma visų dalyvių lygių galimybių.

<sup>1</sup> — Originalo kalba: prancūzų.

<sup>2</sup> — 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo (OL L 134, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 19).

## I – Teisinis pagrindas

### A – *Sjungos teisė*

4. Pagrindinėje byloje nagrinėjamas pirkimas yra susijęs su geležinkelių statyba, taigi yra reglamentuojamas Direktyvos 2004/17 nuostatomis, toliau – sektorinė direktyva.

5. Direktyvos 2004/17 9 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, jog „siekiant garantuoti, kad subjektų, veikiančių <...> transporto <...> sektoriuose, sudarytos viešųjų pirkimų sutartys galėtų konkuruoti, patartina parengti nuostatas, pagal kurias Bendrija koordinuotų sutartis, viršijančias tam tikrą vertę. Toks koordinavimas yra paremtas reikalavimais, kuriuos galima numanyti, remiantis EB sutarties 14, 28 ir 49 straipsniais ir Euratomo sutarties 97 straipsniu, būtent vienodo elgesio principo, kurio išraiška yra nediskriminavimo principas <...>. Atsižvelgiant į sektorių, kuriems taikomas toks koordinavimas, pobūdį, koordinavimas turėtų sukurti geros komercinės praktikos sistemą, užtikrinti kiek įmanoma didesnę lankstumą, kartu apsaugant minėtų principų taikymą“.

6. Šios direktyvos 10 straipsnyje „Sutarčių sudarymo principai“ numatyta, kad „perkančiosios organizacijos ūkio subjektams taiko vienodas sąlygas, jų nediskriminuoja ir veikia skaidriai“.

7. Tos pačios direktyvos 11 straipsnio 2 dalyje nustatyta, kad „teikti pasiūlymus arba pasisiūlyti būti kandidatais gali ūkio subjektų grupės. Jei šios grupės nori pateikti pasiūlymą arba pageidavimą dalyvauti konkurse, perkantieji subjektai iš šių grupių neturi reikalauti, kad jos įgytų tam tikrą teisinę formą; tačiau nusprendus sudaryti sutartį su pasirinkta grupe, iš jos gali būti reikalaujama tai padaryti tokia apimtimi, kiek yra būtina sutarčiai tinkamai įvykdyti“.

8. Direktyvos 2004/17 51 straipsnyje „Bendrosios nuostatos“, esančiame jos VII skyriuje „Procedūros eiga“, nustatyta:

„1. [Atr]enkant sutarties konkurso laimėtoją [dalyvius]:

- a) perkantieji subjektai, pateikę [parengę] konkurso dalyvių ir kandidatų atmetimo taisykles ir kriterijus pagal 54 straipsnio 1, 2 ir 4 dalis, atmeta ūkio subjektus, kurie atitinka tokias taisykles ir kriterijus;
- b) jie atrenka konkurso dalyvius ir kandidatus remdamiesi objektyviomis taisyklėmis ir kriterijais, nustatytais pagal 54 straipsnį;
- c) atitinkamais atvejais, esant ribotoms ir derybų procedūroms su išankstiniu konkurso paskelbimu, perkantieji subjektai, vadovaudamiesi 54 straipsniu, sumažina pagal a ir b punktus atrinktų kandidatų skaičių.

<...>

3. Perkantieji subjektai patikrina, ar atrinktų konkurso dalyvių pateikti pasiūlymai atitinka jiems taikytinas taisykles ir reikalavimus, ir sudaro sutartį [skiria sutartį], remdamiesi 55 ir 57 straipsniuose nustatytais kriterijais.“

9. Direktyvos 2004/17 54 straipsnyje reglamentuojami kokybinės atrankos kriterijai, kuriuos nustato perkantieji subjektai, o jo 3 dalies paskutiniame sakinyje nurodyta, kad esant ribotai arba derybų procedūrai „<...> atrinktų kandidatų skaičius turi būti pakankamas, kad būtų galima užtikrinti pakankamą konkurenciją“.

10. Nuo 2016 m. balandžio 18 d. Direktyva 2004/17 bus panaikinta Direktyva 2014/25/ES<sup>3</sup>.

B – Danijos teisė

11. *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) buvo įsteigta 1991 m. birželio 6 d. Įstatymu Nr. 344 dėl viešųjų pirkimų ginčų komisijos (*Lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud*). Jos struktūrą ir veiklą reglamentuoja 2010 m. gegužės 12 d. Įstatymas Nr. 492 dėl viešųjų pirkimų taisyklių įgyvendinimo su pakeitimais (*Lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer*, toliau – Viešųjų pirkimų įstatymas), taip pat 2011 m. lapkričio 8 d. Nutarimas Nr. 887 dėl Viešųjų pirkimų ginčų komisijos su pakeitimais (*Bekendtgørelse n. 887, 2011 om Klagenævnet for Udbud*, toliau – Nutarimas Nr. 887).

12. Įstatymo dėl tam tikros komercinės veiklos (*Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder*), paskelbto 2013 m. lapkričio 15 d. Suvestiniu nutarimu Nr. 1295, 2 straipsnio pirmoje pastraipoje sąvoka „interessentskab“ (tikroji ūkinė bendrija, toliau – I/S) apibrėžiama kaip „įmonė, kurios visi nariai neribotai solidariai atsakingi už tikrosios ūkinės bendrijos įsipareigojimus“. I/S yra savarankiškas juridinis asmuo ir teisinį subjektiškumą turintis teisės subjektas.

## II – Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės, procesas nacionaliniame teisme ir prejudicinis klausimas

13. 2013 m. sausio mėn. *Banedanmark* pagal Direktyvą 2004/17 paskelbė skelbimą apie pirkimą taikant derybų procedūrą, susijusį su projekto „TP 4 Urban Tunnels“ įgyvendinimu atsižvelgiant į tai, kad tarp Kopenhagos (Danija) ir Ringstedo (Danija) miestų yra tiesiama nauja geležinkelio linija.

14. Iš šio pirkimo sąlygų matyti, kad pagal paskelbtą konkursą buvo numatyta pateikti tris pasiūlymus, pateikus du pirmus pasiūlymus pradėti derybas, o pateikus trečiąjį, paskutinį pasiūlymą, – skirti sutartį. Skelbime apie pirkimą taip pat buvo nurodyta, kad *Banedanmark* ketina pakviesti 4–6 kandidatus pateikti pasiūlymą, o jeigu kandidatų būtų daugiau nei 6, ji vykdytų pirminę atranką remdamasi nurodytais panašiais darbais. Nebuvo numatyta jokių būtinųjų išankstinės atrankos reikalavimų.

15. Konkurse dalyvavo penki ūkio subjektai ir *Banedanmark* iš anksto atrinko visus penkis. Vis dėlto 2013 m. birželio mėn. viena iš įmonių pasitraukė iš konkurso, tad liko keturi iš anksto atrinkti dalyviai.

16. Vienas iš jų buvo grupė, sudaryta iš *E. Pihl & Søn A / S* (toliau – *Pihl*) ir *Aarsleff*, kuri išankstinėje atrankoje prisistatė kaip I/S forma įsteigtas konsorciumas „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S“. *Pihl* ir *Aarsleff* buvo vienos iš didžiausių Danijos statybos įmonių. *Pihl* ir *Aarsleff* I/S steigimo sutartį sudarė 2013 m. rugpjūčio 26 d.

17. Vis dėlto tą pačią dieną buvo priimtas teismo sprendimas paskelbti *Pihl* bankrotą. *Banedanmark* apie šį sprendimą sužinojo tos dienos popietę ir vėliau tą pačią dieną bendrovės *Aarsleff* pasiteiravo apie bankroto reikšmę vykstančiai konkurso procedūrai.

18. Nors prieš dieną buvo paskelbtas bankrotas, 2013 m. rugpjūčio 27 d. I/S pateikė pirmąjį pasiūlymą, pasirašytą *Aarsleff* ir *Pihl*, tačiau jame nebuvo *Pihl* bankroto administratoriaus parašo.

3 — 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB (OL L 94, p. 243).

19. Ilgai susirašinėjusi su *Aarsleff* dėl *Pihl* bankroto padarinių suvaldymo 2013 m. spalio 15 d. *Banedanmark* pranešė visiems dalyviams apie sprendimą leisti *Aarsleff* toliau vienai dalyvauti viešųjų pirkimų procedūroje, nepaisant *Pihl* bankroto.

20. Savo pranešime *Banedanmark* tokį sprendimą grindė aplinkybe, kad *Aarsleff* atitinka konkurso reikalavimus be ekonominių ir techninių *Pihl* pajėgumų ir kad sprendimui pakviesti bendrąją įmonę dalyvauti konkurse neturėjo reikšmės tai, kad *Pihl* priklausė tokiai įmonei. Be to, tame pat pranešime *Banedanmark* pabrėžė, kad *Pihl* nebus pakeista nauju konkurso dalyviu bendrojoje įmonėje ir kad dėl to atrinkti konkurso dalyviai liks tie patys, nes šiuo etapu konkurse negali būti leista dalyvauti naujiems dalyviams. *Banedanmark* taip pat nurodė, kad *Aarsleff* po nemokumo procedūros pradėjimo perėmė daugiau kaip 50 *Pihl* samdomųjų darbuotojų, įskaitant svarbiausius asmenis projektui, su kuriuo buvo susijęs kvietimas pateikti pasiūlymus, įgyvendinti.

21. Tuomet *Aarsleff* pateikė antrą pasiūlymą savo pačios vardu, nurodydama, kad teikia šį pasiūlymą kaip su *Pihl* sudarytos bendrosios įmonės teisių perėmėja, kad bankroto administratorius nežino, ar ketina pratęsti bendros įmonės steigimo sutartį, ir kad todėl ji nutraukė šią sutartį. Įvertinusi antrąjį iš gautų pasiūlymų *Banedanmark* pagal skelbimo apie pirkimą sąlygas nusprendė pasilikti tris pasiūlymus, kurie buvo laikomi ekonomiškai naudingiausi, ir trijų juos pateikusių dalyvių paprašė pateikti trečiąjį, paskutinį, pasiūlymą. Tarp šių dalyvių buvo *Aarsleff* ir bendroji įmonė MTHZ. Paskutinis pasiūlymas buvo pateiktas 2013 m. gruodžio 12 d.

22. 2013 m. gruodžio 20 d. *Banedanmark* trims pasirinktiems dalyviams pranešė, kad nusprendė skirti sutartį *Aarsleff*, kurios pasiūlymas, vertinant bendrai kokybės ir kainos požiūriu, yra ekonomiškai naudingiausias.

23. Po šio sprendimo MTHZ kreipėsi į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusį teismą, prašydama jo, pirma, konstatuoti, kad leidusi *Aarsleff* dalyvauti vietoj bendrosios įmonės, kurią ši bendrovė buvo sudariusi su *Pihl*, nors *Aarsleff* nebuvo iš anksto atrinkta, *Banedanmark* pažeidė vienodo požiūrio ir skaidrumo principus, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2004/17 10 straipsnį. Antra, ji reikalauja panaikinti sprendimą, pagal kurį sutartis skirta *Aarsleff*.

24. Iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad 2014 m. sausio 28 d. sprendimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas atsisakė suteikti MTHZ pareikštam ieškiniui stabdomąjį poveikį, nes nebuvo tenkinama skubos sąlyga. Minėtame sprendime prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas vis dėlto laikėsi nuomonės, kad įvykdyta *fumus boni juris* sąlyga, nes, jo nuomone, išnagrinėjus ieškinį iš pirmo žvilgsnio galima daryti išvadą, jog yra tikėtina, kad galutiniu sprendimu MTHZ pateiktas prašymas dėl panaikinimo bus patenkintas. Šiuo atžvilgiu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymėjo, kad reikia skirti atvejį, kai bendroji įmonė pasikeičia prieš paskiriant sutartį, ir atvejį, kai ji pasikeičia po sutarties paskyrimo. Dar jis laikėsi nuomonės, jog tai, kad perkančioji organizacija per išankstinę atranką pasirinko bendrąją įmonę, nereiškia, kad atskiri jos nariai taip pat buvo pasirinkti, nepaisant to, ar perkančioji organizacija iš paraiškos galėjo daryti išvadą, kad kiekvienas iš narių atitiko konkurso reikalavimus.

25. Nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) pirmiausia pažymi, kad Danijos teisėje nėra jokios nuostatos, pagal kurią būtų draudžiama pakeisti viešųjų pirkimų procedūroje dalyvaujančios įmonių grupės sudėtį po pasiūlymų pateikimo. Minėtoji komisija taip pat nurodo, kad skelbime apie pirkimą *Banedanmark* nenustatė minimalių kokybinių sąlygų, susijusių su dalyvių techniniais pajėgumais, ir turi kokybiniu požiūriu vertinti kandidatūras tik jeigu kandidatų yra daugiau nei šeši. Tokiomis aplinkybėmis, remiantis pateikta informacija, susijusia su *Aarsleff*, reikia laikyti įrodyta, kad ši įmonė būtų buvusi iš anksto pasirinkta, jeigu būtų kandidatavusi tiesiogiai, užuot dariusi tai kartu su *Pihl* per bendrąją įmonę.

26. Vis dėlto *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) kyla abejonių dėl procedūros, kuria vadovautasi, suderinamumo su vienodo požiūrio principu. Tokiomis aplinkybėmis ji nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui tokį prejudicinį klausimą:

„Ar vienodo požiūrio principas, įtvirtintas Direktyvos 2004/17 <...> 10 straipsnyje, taikomame kartu su 51 straipsniu, turi būti aiškinamas taip, kad, esant tokiai situacijai, kaip nagrinėjamoji byloje, remiantis juo perkančiajai organizacijai draudžiama sudaryti sutartį su konkurso dalyviu, kuris nepateikė paraiškos dalyvauti išankstinėje atrankoje, todėl nebuvo iš anksto atrinktas?“

### III – Procesas Teisingumo Teisme

27. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nutartį Teisingumo Teismas gavo 2014 m. rugpjūčio 20 d. 2015 m. rugsėjo 8 d. posėdyje dalyvavo ir pastabas pateikė MTHZ, Danijos vyriausybė ir Europos Komisija.

### IV – Teisinė analizė

28. Prieš atsakant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimą, pirmiausia reikia išnagrinėti Danijos vyriausybės iškeltą klausimą, susijusį su Teisingumo Teismo jurisdikcija.

#### A – Dėl Teisingumo Teismo jurisdikcijos

29. Danijos vyriausybės teigimu, nors Sprendime *Unitron Scandinavia ir 3-S*<sup>4</sup> Teisingumo Teismas jau pripažino, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą toje byloje pateikusi institucija, t. y. *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija), yra „teismas“, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį, turint omenyje aplinkybes, į kurias Teisingumo Teismas atsižvelgė neseniai priimtame Sprendime *TDC*<sup>5</sup>, kuriame kilo būtinybė nustatyti, ar kita Danijos teisinių ginčų komisija, t. y. *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija), yra teismas, reikia išsiaiškinti, ar *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) taip pat galima laikyti teismu ir dėl kokių priežasčių.

30. Šiuo atžvilgiu reikia priminti, kad pagal nusistovėjusią teismų praktiką Teisingumo Teismas, atsakydamas tik į su Sąjungos teise susijusį klausimą, ar prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusi institucija yra „teismas“, kaip jis suprantamas pagal minėtą nuostatą, atsižvelgia į aplinkybių visumą, t. y. į tai, ar institucija įsteigta teisės aktų pagrindu, ar ji nuolatinė, ar jos jurisdikcija yra privaloma, ar jos procesas grindžiamas rungimosi principu, ar ji taiko teisės aktus ir ar yra nepriklausoma<sup>6</sup>.

31. Kalbant apie kriterijus, susijusius su prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių institucijos įsteigimu pagal teisės aktus, jos nuolatinis pobūdis, procedūros rungtyniškumu ir tuo, ar ši institucija taiko teisės normas, pažymėtina, kad jokia bylos medžiagoje esanti informacija neleidžia abejoti, kad *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) yra teismas, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį, kaip Teisingumo Teismas tai yra pripažinęs minėtame Sprendime *Unitron Scandinavia ir 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567). Vis dėlto, remiantis šioje byloje Teisingumo Teismui pateikta informacija, reikia išsamiau išanalizuoti kriterijus, susijusius su privalomuoju teismo pobūdžiu ir jo nepriklausomumu, nes remdamasis pastaruoju kriterijumi Teisingumo Teismas minėtame Sprendime *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265) paneigė, kad *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) yra teismas.

4 — C-275/98, EU:C:1999:567, visų pirma žr. 15 punktą, kuriame daroma nuoroda į generalinio advokato S. Alber išvados toje pat byloje (C-275/98, EU:C:1999:384) 17 ir 18 punktus.

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Žr., be kita ko, sprendimus *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235, 21 punktą) ir *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, 27 punktą).

32. Kalbant, pirma, apie *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) jurisdikcijos privalomąjį pobūdį, pakanka pažymėti, jog neatrodo, jog tai, kad šios institucijos jurisdikcija yra išimtinė tik vadinamuoju „standstill“ laikotarpiu<sup>7</sup> ir pasibaigus šiam laikotarpiui tampa alternatyvi teismų jurisdikcijai, leistų suabejoti šios institucijos kaip teismo statusu.

33. Iš tiesų iš teismų praktikos matyti, jog alternatyvaus teisminei teisių gynimo priemonei teisių gynimo būdo buvimas nebūtinai reiškia, kad institucija, kurioje pareiškiamas šis alternatyvus skundas, negali būti laikoma „valstybių narių teismu“, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį, jeigu tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusios institucijos sprendimas turi privalomąją galią (o šioje byloje tai nekelia abejonių)<sup>8</sup>, nagrinėjama institucija yra numatyta įstatyme ir jos jurisdikcija nepriklauso nuo šalių valios<sup>9</sup>. Be to, ieškinys pagrindinėje byloje buvo pareikštas per „standstill“ laikotarpį, o tuo momentu *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) jurisdikcija buvo privalomojo pobūdžio.

34. Antra, kalbant apie kriterijų, susijusį su nepriklausomumu, reikia priminti, kad nepriklausomumo sąvoka, neatsiejama nuo teismo funkcijos, pirmiausia reiškia, kad konkreti institucija veikia kaip trečiasis asmuo apskųstą sprendimą priėmusios institucijos atžvilgiu. Iš teismų praktikos yra aišku, kad ši sąvoka turi išorinį aspektą, reiškiantį, kad institucija turi būti apsaugota nuo išorinės įtakos ar spaudimo, kurie gali kelti grėsmę jos narių sprendimų laisvei, kiek tai susiję su jiems nagrinėti pateikiamomis bylomis, ir vidinį aspektą, papildantį nešališkumo sąvoką bei reikalaujantį laikytis vienodo požiūrio bylos šalių ir jų atitinkamų interesų, susijusių su bylos dalyku, atžvilgiu. Nepriklausomumo ir nešališkumo garantijos suponuoja taisykles, be kita ko, dėl teismo sudėties, jo narių paskyrimo, įgaliojimų trukmės ir susilaikymo, nusišalinimo ir atšaukimo priežasčių, kad teisės subjektams nekiltų jokių abejonių dėl to, jog šiam teismui nedaro įtakos išorės veiksniai, ir dėl jo neutralumo atsižvelgiant į susikertančius interesus<sup>10</sup>.

35. Sprendime *TDC*, kurį nurodo Danijos vyriausybė, Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) nėra teismas, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį, manydamas, kad ši institucija neatitinka nepriklausomumo kriterijaus. Teisingumo Teismas savo išvadą grindė dviem aspektais. Pirma, dėl išorinio nepriklausomumo aspekto Teisingumo Teismas pažymėjo, kad nors Danijos teisės aktuose buvo numatytos konkrečios garantijos bendrosios kompetencijos teismų teisėjams atšaukti, vis dėlto *Teleklagenævnet* narių atšaukimas nebuvo specialiai reglamentuotas – atšaukimo piktnaudžiaujant įgaliojimais atveju taikomos tik bendrosios administracinės ir darbo teisės nuostatos<sup>11</sup>. Antra, dėl vidinio nepriklausomumo aspekto Teisingumo Teismas pareiškė, kad *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) neveikia kaip trečiasis asmuo nagrinėjamų interesų atžvilgiu, konstatavęs, kad jeigu ieškinys dėl vieno iš jos sprendimų pareiškiamas bendrosios kompetencijos teismuose, ši institucija dalyvauja byloje kaip atsakovė<sup>12</sup>.

36. Tačiau remiantis Teisingumo Teismo turima informacija *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) neatitinka nė vieno iš dviejų aspektų, į kuriuos Teisingumo Teismas atsižvelgė Sprendime *TDC*.

7 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 3 straipsnio 1 dalį ir 5 straipsnio 1 dalį.

8 — Pagal Viešųjų pirkimų įstatymo 13, 14 ir 16–18 straipsnius *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) gali visų pirma panaikinti neteisėtus sprendimus arba viešuosius pirkimus, priimti įsakymus, skirti pinigines baudas, priteisti žalos atlyginimą ir pripažinti sutartis negaliojančiomis.

9 — Žr. Sprendimą *Consorti Sanitari del Mareme* (C-203/14, EU:C:2015:664, 22 ir 23 punktai ir nurodyta teismų praktika), taip pat išsamią teismų praktikos analizę šiuo klausimu generalinio advokato N. Jääskinen išvadoje toje pat byloje (EU:C:2015:445, 40 ir paskesni punktai).

10 — Žr., be kita ko, Sprendimą *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587, 49–53 punktai ir nurodyta teismų praktika).

11 — Sprendimas *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, 34–36 punktai).

12 — Ten pat, 37 punktas.

37. Iš tiesų, kiek tai susiję, pirma, su vidiniu nepriklausomumo aspektu, Danijos vyriausybė tiek savo procesiniuose dokumentuose, tiek per posėdį aiškiai pareiškė, kad, skirtingai nuo *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija), *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) nėra šalis byloje, iškeltose dėl jos sprendimų bendrosios kompetencijos teismuose. Taigi nėra jokios priežasties abejoti tuo, kad nagrinėjamų interesų atžvilgiu ji veikia kaip trečiasis asmuo.

38. Antra, kalbant apie išorinį nepriklausomumo aspektą, reikia pažymėti, jog iš Teisingumo Teismo turimos bylos medžiagos matyti, kad tarp *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) ir *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) yra didelių skirtumų, susijusių su jų sudėtimi, narių atšaukimo garantijomis ir veikla.

39. Taigi iš reikšmingų Viešųjų pirkimų įstatymo nuostatų matyti, kad *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija), kuri buvo įkurta, be kita ko, siekiant įgyvendinti Direktyvą 89/665/EEB<sup>13</sup>, sudaro pirmininkas ir keli jo pavaduotojai (kurie sudaro prezidiumą), taip pat keli nariai ekspertai, kuriuos visus ne ilgesniam kaip 4 metų laikotarpiui skiria įmonių ir augimo ministras (*Erhvervs- og Vækstminister*)<sup>14</sup>.

40. Tačiau, skirtingai nuo *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija), *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) prezidiumą turi sudaryti aukščiausiosios instancijos teismo ir aukštesniųjų apygardos teismų teisėjai<sup>15</sup>. Vis dėlto, kaip, be kita ko, Teisingumo Teismas pažymėjo Sprendime *TDC*<sup>16</sup>, šiems teisėjams taikoma ypatinga apsauga nuo atšaukimo. Atrodo, kad ši apsauga, grindžiama Danijos Konstitucijos 64 straipsniu, kaip buvo teigiama per posėdį, taip pat taikoma ginčų komisijų prezidiumui.

41. Be to, išanalizavus įstatymo nuostatas aišku, kad prezidiumo nariai *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) priimant sprendimus gali atlikti gerokai svarbesnį vaidmenį nei nariai ekspertai. Iš tiesų būdama įprastos sudėties ši institucija yra sudaryta iš prezidiumo nario, kuris pirmininkauja, ir nario eksperto. Jeigu priimant sprendimą balsai pasiskirsto po lygiai, lemiamas yra pirmininko balsas<sup>17</sup>. Be to, prezidiumo nariai gali priimti tam tikrus sprendimus nedalyvaujant nariams ekspertams<sup>18</sup>, o priimant sprendimus sudėtingesnėse arba su principiniais klausimais susijusiose byloje jų balsas yra svaresnis<sup>19</sup>.

42. Aišku, atrodo, kad daliai *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) narių, t. y. narių ekspertų, kaip ir *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) nariams, Danijos teisėje nenumatytos konkrečios atšaukimo taisyklės, ir atšaukimo dėl piktnaudžiavimo įgaliojimais atveju jiems taikomos tik bendrosios administracinės ir darbo teisės normos.

13 — 1989 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyva dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su peržiūros procedūrų taikymu sudarant viešojo prekių pirkimo ir viešojo darbų pirkimo sutartis, derinimo (OL L 395, p. 33; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 246) su pakeitimais.

14 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 9 straipsnio 1 dalį ir 2 dalies pirmąjį sakinį.

15 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 9 straipsnio 2 dalies antrą sakinį.

16 — Sprendimas *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, 35 punktas).

17 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 10 straipsnio 4 dalies pirmą sakinį ir 5 dalį. Pagal pirmąją nuostatą, išskyrus šio straipsnio 6 dalyje apibūdintą atvejį, nagrinėjant atskirą bylą dalyvauja prezidiumo narys ir narys ekspertas. Pagal antrąją nuostatą *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) sprendimai priimami paprastąja dauguma, o jeigu balsai pasiskirsto po lygiai, pirmininko balsas turi lemiamą reikšmę.

18 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 10 straipsnio 6 dalį.

19 — Žr. Viešųjų pirkimų įstatymo 10 straipsnio 4 dalį, pagal kurią *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) pirmininkas ypatingais atvejais gali nuspręsti padidinti prezidiumo narių ir narių ekspertų, dalyvaujančių nagrinėjant bylą, skaičių. Bet kuriuo atveju prezidiumo narių turi būti tiek pat kiek ekspertų. Iš šios nuostatos, kuri taikoma sudėtingesnėse byloje arba byloje, susijusiose su principiniais klausimais, matyti, kad ir šio pobūdžio byloje, kurios ypač svarbios, *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) turi sudaryti po lygiai prezidiumo narių ir narių ekspertų, o tai reiškia, kad, jeigu pirmininko balsas yra lemiamas, prezidiumo nariai priimant sprendimą turi balsų persvarą.

43. Vis dėlto šiuo atžvilgiu pažymiu, kad nors Teisingumo Teismas kai kuriuose sprendimuose patvirtino, kad, norint laikyti sąlygą, susijusią su prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusios institucijos nepriklausomumu, įvykdyta pagal teismų praktiką visų pirma reikalaujama, kad šios institucijos narių atšaukimo atvejai būtų aiškiai nustatyti įstatymo nuostatose<sup>20</sup>, reikia pripažinti, jog šiose bylose konstatavimas, kad tokių taisyklių nėra, yra vertinimo elementas, kuris labai svarbus, tačiau nustatomas atliekant bendrą nagrinėjamą prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusią instituciją apibūdinančių požymių analizę<sup>21</sup>. Būtent remdamasis bendra visų šių požymių analize Teisingumo Teismas minėtose bylose paneigė, kad nagrinėjamos institucijos yra teismas<sup>22</sup>. Be to, kai kuriais atvejais, visų pirma kalbant apie nacionalines institucijas, atsakingas už skundus viešųjų pirkimų srityje pagal Direktyvą 89/665, Teisingumo Teismas pripažino, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusi institucija yra teismas, nekeldamas klausimo, ar tokios taisyklės yra<sup>23</sup>.

44. Šioje byloje reikia pažymėti, kad didelei *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) narių daliai, visų pirma nariams, galintiems atlikti svarbiausią vaidmenį priimant sprendimus, taikoma ne tik konkreti nuo atšaukimo apsauganti garantija, t. y. konstitucinė garantija, bet ir iš bylos medžiagos matyti, kad šios institucijos nepriklausomumą nuo galimo spaudimo ir netinkamos išorinės įtakos sustiprina kiti veiksniai. Taigi *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) veikia kaip trečiasis asmuo pagrindinėje byloje apskųstą sprendimą priėmusios institucijos atžvilgiu<sup>24</sup>. Visų pirma ji neturi jokio funkcinio ryšio su *Erhvervsstyrelsen* ar perkančiosiomis organizacijomis, kurių aktai yra joje ginčijami<sup>25</sup>. Be to, *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) vykdo savo funkcijas visiškai savarankiškai, nebūdama susijusi su niekuo jokiais hierarchiniais ar pavaldumo ryšiais ir negaudama jokio pobūdžio įsakymų ar nurodymų<sup>26</sup>. Visi jos nariai privalo savo pareigas eiti savarankiškai<sup>27</sup>. Be to, kadangi *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) gali konstatuoti sprendimų ar viešųjų pirkimų neteisėtumą ir nustatyti įpareigojimus, susijusius su viešaisiais pirkimais, ji iš esmės atlieka teisminę funkciją<sup>28</sup>.

45. Galiausiai reikia priminti, kad Teisingumo Teismas, vertindamas Direktyvoje 89/665 paminėtų nacionalinių institucijų, atsakingų už skundus viešųjų pirkimų srityje, teisinį statusą, dėl daugelio kitų nacionalinių institucijų, kurios yra iš esmės panašios į šioje byloje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusią instituciją, jau yra patvirtinęs, kad jos yra „teismas“, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį<sup>29</sup>.

46. Mano nuomone, atsižvelgiant į visus šiuos samprotavimus, nereikia kvestionuoti Teisingumo Teismo išvados Sprendime *Unitron Scandinavia ir 3-S*, kad *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) yra „teismas“, kaip tai suprantama pagal SESV 267 straipsnį.

20 — Nutartis *Pilato* (C-109/07, EU:C:2008:274, 24 punkto pabaiga) ir Sprendimas *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, 32 punktas).

21 — Žr. Sprendimą *Syfait ir kt.* (C-53/03, EU:C:2005:333, 37 punktas).

22 — Žr. Teisingumo Teismo analizę sprendimuose *Schmid* (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–43 punktai), *Syfait ir kt.* (C-53/03, EU:C:2005:333, 30–37 punktai) ir Nutartyje *Pilato* (C-109/07, EU:C:2008:274, 25–30 punktai). Sprendime *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265) Teisingumo Teismas rėmėsi dviem požymiais, iš kurių vienas buvo susijęs su vidiniu, o kitas – su išoriniu aspektais, kad paneigtų, jog *Teleklagenævnet* (Telekomunikacijų ginčų komisija) yra nepriklausoma (žr. šios išvados 35 punktą).

23 — Žr., pvz., Sprendimą *HI* (C-92/00, EU:C:2002:379, 24–28 punktai).

24 — Žr. Sprendimą *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, 19 punktas ir nurodyta teismų praktika).

25 — Žr., *a contrario*, Sprendimą *Schmid* (C-516/99, EU:C:2002:313, 37–40 punktai).

26 — Žr. Sprendimą *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, 19 punktas ir nurodyta teismų praktika).

27 — Žr. Nutarimo Nr. 887 1 straipsnio 4 dalį. Dėl šio aspekto reikšmingumo žr. Sprendimą *Dorsch Consult* (C-54/96, EU:C:1997:413, 35 punktas).

28 — Žr. Sprendimą *Dorsch Consult* (C-54/96, EU:C:1997:413, 37 punktas).

29 — Žr. Sprendimą *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, 26 punktas ir nurodyta teismų praktika).



## B – Dėl prejudicinio klausimo

47. Prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teiraujasi, ar Direktyvos 2004/17 10 straipsnyje, siejamame kartu su jos 51 straipsniu, numatytą vienodo požiūrio principą reikia aiškinti taip, kad tokiu atveju, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, pagal šį principą perkančiajai organizacijai draudžiama skirti sutartį dalyviui, kuris nepateikė savo kandidatūros per išankstinę atranką, todėl nebuvo iš anksto atrinktas.

48. Prejudicinis klausimas yra susijęs su faktinėmis aplinkybėmis, kuriomis dviejų įmonių grupė, sudaranti komercinę bendrovę ir iš anksto atrinkta viešųjų pirkimų procedūroje, išyra dėl vieno iš jos narių bankroto, ir perkančioji organizacija leidžia likusiam nariui toliau dalyvauti procedūroje vietoj minėtos grupės ir galiausiai skiria jam sutartį, nepaisydama to, kad pats šis narys nebuvo iš anksto atrinktas. Štai toks yra „pagrindinės bylos atvejis“, kurį savo prejudiciniame klausime nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

49. Taigi prejudicinis klausimas iš esmės susijęs su galimybe, atsižvelgiant į vienodo požiūrio principą, leisti ūkio subjektų grupės nariui, kuris prieš tai nebuvo atskirai atrinktas, viešųjų pirkimų procedūroje užimti šios grupės vietą.

### 1. Dėl taikytinų teisės aktų

50. Pirmiausia reikia pažymėti, kad Direktyvoje 2004/17 nėra jokios konkrečios taisyklės, susijusios su ūkio subjektų grupės sudėties pakeitimais.

51. Vienintelė šios direktyvos nuostata, susijusi su ūkio subjektų grupėmis, yra jos 11 straipsnio 2 dalis<sup>30</sup>, bet vis dėlto ji nesusijusi su šių grupių pakeitimu per viešųjų pirkimų procedūrą. Taigi dėl to, kad direktyvoje nėra jokios tokius pakeitimus reglamentuojančios nuostatos, reikia daryti išvadą, kad juos reglamentuoti priklauso valstybėms narėms<sup>31</sup>. Tokiomis aplinkybėmis taisyklės šioje srityje nustatyti turi bendrai nacionalinės teisės aktų leidėjas arba konkrečiu atveju – perkančioji organizacija<sup>32</sup>.

52. Šiuo klausimu dar reikia pažymėti, jog Sprendime *Makedoniko Metro ir Michaniki*<sup>33</sup> Teisingumo Teismas nusprendė, kad pagal Direktyvą 93/37 dėl viešojo darbų pirkimo procedūrų<sup>34</sup> nedraudžiami tokie nacionalinės teisės aktai, kuriais po pasiūlymų pateikimo draudžiama keisti viešųjų pirkimų procedūroje dalyvaujančios įmonių grupės sudėtį.

53. Vis dėlto šioje byloje iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, pirma, kad Danijos teisės aktuose nenumatytos konkrečios taisyklės, susijusios su ūkio subjektų grupių sudėties pakeitimais, ir, antra, kad perkančioji organizacija skelbime apie pirkimą taip pat nenumatė konkrečių taisyklių šioje srityje.

30 — Žr. šios išvados 7 punktą. Šis straipsnis yra iš esmės pakartotas Direktyvos 2014/25 37 straipsnio 2 ir 3 dalyse.

31 — Pagal analogiją, siejant su 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163), žr. Sprendimą *Makedoniko Metro ir Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, 61 punktą).

32 — Rengdami šias taisykles, teisės aktų leidėjas arba perkančioji organizacija visada privalo laikytis bendrųjų teisės principų. Šiuo atžvilgiu žr. Direktyvos 2004/17 9 konstatuojamąją dalį, o dar akivaizdžiau – 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18 dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132) 2 konstatuojamąją dalį. Taip pat žr. naujosios Direktyvos 2014/25 2 konstatuojamąją dalį.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, 61 ir 63 punktai.

34 — Žr. šios išvados 31 išnašą.

54. Tokiomis aplinkybėmis ūkio subjektų grupių sudėties pakeitimų vykstant viešųjų pirkimų procedūrai leistinumui taikomi bendrieji teisės principai, sudarantys Sąjungos teisės sistemos dalį, pirmiausia – vienodo požiūrio ir skaidrumo principas, kuris Direktyvoje 2004/17 numatytas 10 straipsnyje, ir šis leistinumasis yra ribojamas šių principų laikymosi.

## 2. Dėl vienodo požiūrio principo per viešųjų pirkimų procedūras

55. Remiantis nusistovėjusia teismų praktika, pagal vienodo požiūrio principą reikalaujama, kad panašios situacijos nebūtų vertinamos skirtingai, o skirtingos – vienodai, nebent toks vertinimas būtų objektyviai pateisinamas<sup>35</sup>.

56. Teisingumo Teismas yra ne kartą patvirtinęs, kad vienodo požiūrio į dalyvius principas ir perkančiųjų organizacijų pareiga užtikrinti jo laikymąsi sudaro Sąjungos teisės normų viešųjų pirkimų srityje branduolį<sup>36</sup>.

57. Pagal vienodo požiūrio į konkurso dalyvius principą, kurio tikslas skatinti sveikos ir veiksmingos konkurencijos tarp viešajame pirkime dalyvaujančių įmonių plėtrą, visi konkurso dalyviai turi turėti vienodas galimybes suformuluoti savo pasiūlymus, o tai reiškia, kad visų konkuruojančių subjektų pasiūlymams turi būti taikomos vienodos sąlygos<sup>37</sup>. Šis principas reiškia, kad konkurso dalyviai turi turėti vienodas galimybes *per visą sutarties sudarymo procedūrą*, visų pirma tiek tuomet, kai jie rengia pasiūlymus, tiek tuomet, kai perkančioji organizacija juos vertina<sup>38</sup>.

58. Teisingumo Teismas yra nusprendęs, jog vienas iš šių taisyklių tikslų yra atvėrimas kuo platesnei konkurencijai, Sąjungos teisės interesas yra užtikrinti, kad kvietime teikti pasiūlymus dalyvautų kuo daugiau kandidatų<sup>39</sup>, ir šis atvėrimas kuo platesnei konkurencijai numatytas siekiant ne tik Sąjungos intereso laisvo prekių ir paslaugų judėjimo srityje, bet taip pat pačios perkančiosios organizacijos interesų, kuri šitaip turės platesnes galimybes pasirinkti naudingiausią ir geriausiai vietos valdžios subjekto poreikius atitinkantį pasiūlymą<sup>40</sup>.

59. Vis dėlto viešųjų pirkimų srityje reikia atsižvelgti ir į siekį užtikrinti veiksmingą konkurenciją ir į vienodo požiūrio į dalyvius principą. Taigi, nors Teisingumo Teismas yra patvirtinęs, kad vienodo požiūrio principo taikymas viešųjų pirkimų procedūrose nėra savitiksliis, o turi būti suprantamas turint mintyje tikslus, kurių siekti jis padeda<sup>41</sup>, vis dėlto tikslo padėti atsiverti kuo didesnei konkurencijai gali būti siekiama tik jeigu ūkio subjektai viešuosiuose pirkimuose dalyvauja lygiomis sąlygomis ir nekyla diskriminacijos grėsmės<sup>42</sup>. Kadangi veiksmingos konkurencijos skatinimą apima platesnis tikslas skatinti tokią konkurenciją, kuri pirmiausia turi būti ne tik veiksminga, bet ir sveika, jo neabejotinai turi būti siekiama nepažeidžiant vienodo dalyvių vertinimo principo<sup>43</sup>.

35 — Žr., be kita ko, sprendimus *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, 27 punktą ir nurodyta teismo praktika) ir *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, 30 punktą).

36 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, 26 punktą) ir *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, 45 punktą ir nurodyta teismo praktika).

37 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Komisija / CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, 110 punktą) ir *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, 33 punktą).

38 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, 33 ir 34 punktai), *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, 45 punktą ir nurodyta teismo praktika) ir Nutartis *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, 38 punktą). Kursyvu išskirta mano.

39 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, 26 punktą) ir *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 punktą).

40 — Sprendimas *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, 37 punktą). Jeigu vykdomos derybos, „pakankamos“ konkurencijos reikalavimas yra aiškiai pabrėžiamas šios išvados 9 punkte minėtos Direktyvos 2004/17 54 straipsnio 3 dalyje.

41 — Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, 29 punktą).

42 — Žr. generalinio advokato P. Léger išvadą sujungtose bylose *Fabricom* (C-21/03 ir C-34/03, EU:C:2004:709, 22 punktą) ir generalinio advokato M. Poiarės Maduro išvadą byloje *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, 23 punktą).

43 — Šiuo klausimu žr. generalinio advokato M. Poiarės Maduro išvadą sujungtose bylose *La Cascina ir kt.* (C-226/04 ir C-228/04, EU:C:2005:524, 26 punktą).

60. Šiuo atžvilgiu dar reikia pažymėti, kad, kaip nurodė kai kurios įstojusios į bylą šalys, vienodo dalyvių vertinimo principas gali turėti esminę reikšmę prieš paskiriant sutartį, kai įvairūs dalyviai konkuruoja tarpusavyje. Paskyrus sutartį, daugiausia susitelkiama į jos įgyvendinimą. Tokiomis aplinkybėmis įvykiai, kaip antai grupės, kuriai buvo paskirta sutartis, pasikeitimas, iš esmės kelia ne vienodo dalyvių vertinimo klausimų, o klausimų, susijusių su galimu esminių konkrečios sutarties sąlygų pakeitimu<sup>44</sup> arba grėsme tinkamam jos įvykdymui<sup>45</sup>.

61. Tokiu atveju, kaip nagrinėjamas šioje byloje, vienodo požiūrio principo nustatytas ribas reikia nagrinėti būtent atsižvelgiant į šiuos principus, į perkančiosios organizacijos galimybę prieš paskiriant sutartį leisti ūkio subjektui, kuris nebuvo iš anksto atrinktas, pakeisti kitą ūkio subjektą, visų pirma iš anksto atrinktą grupę, į kurią jis įėjo.

3. Dėl galimybės leisti iš anksto neatrinktą ūkio subjektui viešųjų pirkimų procedūroje pakeisti kitą ūkio subjektą

62. Atrodo, įstojusios į bylą šalys sutaria dėl to, kad iš principo, jeigu skelbiant kvietimą pateikti pasiūlymus yra numatyta išankstinė atranka, pasiūlymus gali teikti tik iš anksto atrinkti dalyviai, taigi sutartis gali būti paskirta tik jiems.

63. Pritariu tokiam požiūriui, kuris, kaip teisingai pažymi MTHZ, turi aiškų norminį pagrindą – Direktyvos 2004/17 51 straipsnio 3 dalį. Iš tiesų šioje nuostatoje numatant, kad perkančiosios organizacijos „patikrina, ar *atrinktų* konkurso dalyvių pateikti pasiūlymai atitinka jiems taikytinas taisykles ir reikalavimus“, gali būti manoma, kad iš anksto atrinkti subjektai ir pasiūlymus pateikiantys subjektai turi būti tie patys asmenys<sup>46</sup>. Taigi tai reiškia, kad iš anksto atrinktas subjektas ir pasiūlymą pateikiantis subjektas, kuriam gali būti skirta sutartis, teisiškai ir materialiai turi būti tas pats asmuo.

64. Šiuo atžvilgiu reikia patikslinti, kad, priešingai tam, ką per posėdį teigė Komisija, mano nuomone, nekelia abejonių tai, kad šioje byloje kaip I/S įsteigta grupė ir *Aarsleff* nėra nei teisiškai, nei materialiai tapatūs subjektai. Iš tiesų, nors *Aarsleff* buvo viena iš I/S narių partnerių, nekyla abejonių, kad ji yra materialiai ir teisiškai atskiras nuo grupės, į kurią įeina, juridinis asmuo.

65. Tai išsiaiškinus kyla klausimas, ar, atsižvelgiant į šios išvados 55–59 punktuose išaiškintą vienodo požiūrio principą, gali būti leidžiamos minėto principo, kad iš anksto atrinktas dalyvis ir pasiūlymą pateikiantis dalyvis būtinai turi būti tas pats asmuo, išimties, visų pirma tokiomis aplinkybėmis kaip pagrindinėje byloje.

66. Mano nuomone, šis principas neturėtų būti absoliutus ir be išimčių. Manau, galima numatyti atvejus, nors ir ribotus, kai dalyvio tapatybės pasikeitimas vykstant procedūrai turėtų būti leidžiamas, visų pirma remiantis reikalavimu išlaikyti kuo didesnę atvėrimą konkurencijai vykstant viešųjų pirkimų procedūrai.

44 — Žr. Sprendimą *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, 40 ir paskesni punktai).

45 — Šiuo atžvilgiu reikia pažymėti, kad naujosios Direktyvos 2014/25 89 straipsnio 1 dalies d punkto ii papunktyje aiškiai reglamentuojamas kontrahento pakeitimo atvejis po sutarties paskyrimo. Šioje nuostatoje numatyta, kad nebūtina skelbti naujo konkurso, jeigu naujasis kontrahentas pakeičia kontrahentą, kuriam perkančioji organizacija anksčiau paskyrė sutartį, „jeigu dėl įmonės restruktūrizavimo, įskaitant perėmimą, susijungimą ir įsigijimą, arba dėl nemokumo visas arba dalį pradinio rangovo teisių perima kitas ekonominės veiklos vykdytojas, atitinkantis pradinis kokybinės atrankos kriterijus, su sąlyga, kad dėl to nereikia daryti kitų esminių sutarties pakeitimų ir taip nesiekiami išvengti <...> direktyvos taikymo“.

46 — Reglamentuojant derybas su išankstiniu kvietimu dalyvauti konkurse, Direktyvos 2014/25 47 straipsnio 2 dalis šiuo atžvilgiu yra dar aiškesnė, nes joje numatyta, kad „derybose gali dalyvauti tik tie ekonominės veiklos vykdytojai, kuriuos perkantysis subjektas pakvietė, įvertinęs pateiktą informaciją“.

67. Vis dėlto, kaip pažymėjau šios išvados 59 punkte, kadangi šis reikalavimas yra ribojamas vienodo požiūrio principo, perkančioji organizacija negali diskriminuoti dalyvių, teisindamasi reikalavimu maksimaliai atverti viešųjų pirkimų procedūrą konkurencijai. Galimos iš anksto atrinkto dalyvio ir pasiūlymą pateikiančio dalyvio tapatumo principo išimtys, kurios, be kita ko, kaip visuotinai taikomo principo išimtys turi būti aiškinamos siaurai<sup>47</sup>, yra visiškai ribojamos vienodo dalyvių vertinimo principo laikymosi.

68. Nustačius šiuos principus, reikia kelti klausimą, kokio konkrečiai požiūrio laikantis būtų galima geriausiai suderinti reikalavimus, kurie tokiu atveju, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, gali vienas kitam prieštarauti, kylančius iš to, kad turi būti griežtai paisoma vienodo dalyvių vertinimo, ir iš maksimalaus atvėrimo konkurencijai?

69. Kiekviena iš įstojusių į bylą šalių siūlo kitokį požiūrį.

70. Visų pirma dėl priežasčių, kurias nurodžiau šios išvados 66 punkte, būčiau linkęs atmesti požiūrį, kurio, atrodo, laikosi MTHZ, kad niekada neturi būti daroma iš anksto atrinkto subjekto ir pasiūlymą pateikiančio subjekto tapatumo principo išimčių.

71. Komisija iš esmės mano, kad jeigu subjektas, kuris nebuvo iš anksto atrinktas (visų pirma tokiomis aplinkybėmis kaip šioje byloje – likęs grupės narys), atitinka pirkimo sąlygas, pagal vienodo požiūrio principą perkančiajai organizacijai nedraudžiama toliau tęsti procedūros. Vis dėlto toks sprendimas neleidžia užtikrinti, kad bus griežtai paisoma dalyvių vienodo vertinimo reikalavimo.

72. Tiesa, tai, kad naujasis subjektas atitinka pirkimo sąlygas<sup>48</sup>, yra būtina sąlyga, kad dalyviai nebūtų diskriminuojami. Vis dėlto vien ši aplinkybė savaime nereiškia, kad naujasis ūkio subjektas, leidus jam dalyvauti kvietime pateikti pasiūlymus vėliau nei kitiems dalyviams, pradėjęs dalyvauti procedūroje neįgis konkurencinio pranašumo. Toks pranašumas galėtų būti, pavyzdžiui, žinojimas informacijos, kurios kiti dalyviai neturėjo<sup>49</sup> tada, kai nusprendė dalyvauti viešųjų pirkimų procedūroje<sup>50</sup>.

73. Danijos vyriausybė mano, kad tokiu atveju, kaip nagrinėjamas šioje byloje, vienodo požiūrio principas nedraudžia perkančiajai organizacijai sutikti su dalyvio tapatybės pasikeitimais laikotarpiu nuo išankstinės atrankos iki sutarties paskyrimo, jeigu įvykdomos dvi sąlygos. Pirma, likusią dalyvio, kurio tapatybė pasikeitė, dalį sudarantis asmuo turėtų pats vienas atitikti išankstinės atrankos reikalavimus dėl pajėgumų ir, antra, dalyvio tapatybės pakeitimas neturi turėti poveikio iš anksto atrinktiems kandidatams, kitaip tariant, net jeigu likęs dalyvis išankstinėje atrankoje nuo pat pradžių būtų dalyvavęs naujos formos, iš anksto atrinkti kandidatai bet kuriuo atveju būtų tie patys.

74. Vis dėlto manau, kad šis sprendinys taip pat nėra tinkamas. Iš tiesų man atrodo, kad pirmoji sąlyga iš esmės atitinka sąlygą, kurios yra reikalaujama Komisijos siūlyme. Dėl antrosios sąlygos nemanau, jog to, kad subjekto pakeitimas neturi poveikio visiems iš anksto atrinktiems kandidatams, pakaktų griežtam vienodo dalyvių vertinimo principo laikymuisi užtikrinti. Iš tiesų dėl tų pačių priežasčių, kurios nurodytos šios išvados 72 punkte, manau, jog aplinkybės, kad nė vienas subjektas nebuvo nei nepagrįstai pašalintas iš konkurso, nei nepagrįstai priimtas dalyvauti jame (o tai irgi būtina sąlyga siekiant išvengti diskriminacijos), nepakanka dalyvių lygių galimybių principo laikymuisi užtikrinti.

47 — Šiuo klausimu žr. sprendimus *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, 24 punktas) ir *Pfeiffer ir kt.* (C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, 52 punktas ir nurodyta teismo praktika).

48 — Be to, nėra aišku, ar, remiantis šiuo siūlymu, naujasis subjektas turėtų atitikti specifikacijas tuo metu, kai įvyksta pakeitimas, ar turėjo jas tenkinti tuo metu, kai buvo iš anksto atrenkami visi kiti dalyviai.

49 — žr. Sprendimą *Fabricom* (C-21/03 ir C-34/03, EU:C:2005:127, 29 punktas), kuriame Teisingumo Teismas atsižvelgė į galimą konkurencinį pranašumą dėl informacijos, kurią dalyvis galėjo gauti apie nagrinėjamą viešąjį pirkimą.

50 — Be to, reikia pažymėti, jog pati Komisija savo pastabose pripažįsta, kad jos siūlomas kriterijus neleidžia užtikrinti, kad visais atvejais nebūs konkurencijos iškraipymo rizikos.

75. Mano nuomone, nesant teisės aktų leidėjo arba perkančiosios organizacijos iš anksto nustatytų aiškių taisyklių, būtų naudinga, jeigu perkančioji organizacija atliktų analizę *in concreto*, atsižvelgdama į konkretų atvejį, remdamasi visa turima faktine informacija, kad patikrintų, ar nagrinėjamas subjekto pakeitimas reiškia, kad dalyvių galimybės viešųjų pirkimų procedūroje nėra lygios, visų pirma, bet ne tik, pateikiant pasiūlymus. Ši analizė pirmiausia būtų skirta patikrinti, ar dėl minėto pakeitimo naujas dalyvis įgyja konkurencinį pranašumą, ir taip pasikeičia konkurencijos sąlygos.

76. Pažymėtina, kad daugelį subjekto pakeitimo atvejų galima numatyti *in abstracto* ir jų nebūtina analizuoti šiomis aplinkybėmis. Pakanka pažymėti, kad jeigu subjekto tapatybė pasikeičia tik formaliai, o ne iš esmės, nes, pavyzdžiui, pasikeičia tik forma arba įvyksta vidaus reorganizavimas, nesukeliantis esminių padarinių<sup>51</sup>, mažai tikėtina, kad dėl tokio pokyčio galėtų susiklostyti nevienodas galimybes lemianti padėtis.

77. Vis dėlto, mano nuomone, toks atvejis, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kai grupė, kuri teisiškai yra atskiras nuo šių grupę sudarančių ūkio subjektų juridinis asmuo, išyra ir konkurse ją pakeičia likęs šios grupės narys, nereiškia, kad subjekto tapatybė pasikeičia tik formaliai, o ne iš esmės.

78. Tokiomis aplinkybėmis manau, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, remdamasis jam žinomomis faktinėmis aplinkybėmis, turi konkrečiai nustatyti, ar šioje byloje *Banedanmark* savo sprendimu pažeidė skirtingų konkurso dalyvių vienodo vertinimo principą, visų pirma, ar *Aarsleff* tuo metu, kai jai buvo leista konkurse pakeisti I/S, įgijo konkurencinį pranašumą kitų dalyvių atžvilgiu.

79. Šiuo atžvilgiu, remdamasis Teisingumo Teismo byloje turima informacija, pateiksiu tik tokius samprotavimus.

80. Pirma, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pabrėžia, jog reikia laikyti įrodytu tai, kad jeigu *Aarsleff* būtų pateikusi savo kandidatūrą tiesiogiai, užuot padariusi tai per iširusią bendrąją įmonę, ji vis tiek būtų buvusi iš anksto atrinkta. Vis dėlto, mano nuomone, ši aplinkybė neleidžia atmesti, kad šioje byloje vienodo požiūrio principas galėjo būti pažeistas. Lemiamas klausimas šioje byloje yra ne tiek (ar ne vien) tai, ar hipotetiškai *Aarsleff* galėjo ar negalėjo būti iš anksto atrinkta viena, o tai, ar ji buvo vertinama kitaip ir dėl to įgijo konkurencinį pranašumą tuo metu, kai jai buvo leista dalyvauti konkurse vienai, prieš tai jos iš anksto neatrinkus.

81. Be to, matyti, kad *Aarlseff* galėjo nuspręsti dalyvauti kvietime teikti pasiūlymus viena, remdamasi informacija, kurios kiti dalyviai neturėjo tada, kai jie nusprendė dalyvauti kvietime pateikti pasiūlymus<sup>52</sup>. Visų pirma MTHZ nurodo, kad kai *Aarlseff* po *Pihl* bankroto, taigi iširus bendrajai įmonei, kuri buvo įsteigta siekiant dalyvauti konkurse, buvo leista priimti tokį sprendimą, pirma, ji galėjo tiksliai sužinoti, kiek įmonių dalyvauja šiame konkurse ir pateikti pasiūlymą, antra, ji žinojo, kad bendrosios įmonės, į kurią įėjo *Aarlseff*, pateiktas pasiūlymas buvo įvertintas kaip antras iš geriausių. Be to, šalia visų šių aplinkybių reikia pridurti, kad po *Pihl* bankroto *Aarlseff* turėjo galimybę perimti daugiau kaip 50 *Pihl* darbuotojų, įskaitant asmenis, turėjusius esminę reikšmę projektui, su kuriuo buvo susijęs kvietimas teikti pasiūlymus, įgyvendinti<sup>53</sup>.

82. Tačiau toks atvejis, kai du ūkio subjektai prieš prasidedant viešųjų pirkimų procedūrai nusprendžia įsteigti bendrąją įmonę, kurios vienintelis tikslas yra dalyvauti šioje procedūroje, reiškia, kad šie du subjektai, įvertinę su šiuo projektu susijusias galimybes ir riziką, priėmė komercinį sprendimą kartu dalyvauti kvietime pateikti pasiūlymus ir pasidalyti naudą ir riziką. Šiomis aplinkybėmis reikia konkrečiai išanalizuoti, ar vienam iš šių dviejų subjektų paskesniu procedūros etapu, kai yra mažiau

51 — Pagal analogiją žr. Sprendimą *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, 43–45 punktai).

52 — Šiuo atžvilgiu žr. šios išvados 49 išnašą.

53 — Svarbu pažymėti, jog iš kitiems dalyviams pateikto *Banedanmark* pranešimo (minėtas šios išvados 20 punkte) aišku, kad ji atsižvelgė į šią aplinkybę, kai nusprendė leisti *Aarlseff* užimti grupės vietą po jos iširimą.

neaiškumą, susijusių su procedūros eiga, suteikta galimybė pakeisti šį komercinį sprendimą, leidžiant jam vienam dalyvauti procedūroje, nereikia skirtingo vertinimo kitų dalyvių atžvilgiu ir nesuteikia konkurencinio pranašumo. Reikia patikrinti, ar toks paskesnis komercinis sprendimas iš tikrųjų buvo priimtas remiantis kitokia informacija nei ta, kurią kiti dalyviai turėjo tuo metu, kai jie priėmė sprendimą dalyvauti konkurse nustatyta forma ar sudėtimi, vėliau neturėdami galimybės jos pakeisti.

## V – Išvada

83. Atsižvelgdamas į pateiktus samprotavimus, siūlau taip atsakyti į *Klagenævnet for Udbud* (Viešųjų pirkimų ginčų komisija) pateiktą prejudicinį klausimą:

1. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/17/EB dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo, 51 straipsnio 3 dalį reikia aiškinti taip, kad iš principo per viešųjų pirkimų procedūrą, kurioje numatyta išankstinė atranka, iš anksto atrinktas ūkio subjektas teisiškai ir materialiai turi būti tas pats kaip ir ūkio subjektas, kuris pateikia pasiūlymą per tą pačią procedūrą.
2. Tokiu atveju, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kai du ūkio subjektai įsteigdami komercinę bendrovę sudarė grupę, kad dalyvautų viešųjų pirkimų procedūroje, ir iš anksto atrinkus šią grupę, tačiau prieš paskiriant sutartį, vienas iš jų bankrutavo, todėl grupė iširo, Direktyvos 2004/17 10 straipsnį reikia aiškinti taip, kad perkančioji organizacija, remdamasi konkrečia analize, grindžiama visomis jai žinomomis faktinėmis aplinkybėmis, turi patikrinti, ar leidus toliau dalyvauti procedūroje vietoj grupės likusiam jos nariui, kuris nebuvo iš anksto atrinktas, susiklosto tokia padėtis, kai dalyvių galimybės vykstant procedūrai nebėra vienodos, visų pirma pateikiant pasiūlymus. Taip visų pirma būtų tuo atveju, jeigu likęs grupės narys galėjo per viešųjų pirkimų procedūrą priimti sprendimus remdamasis informacija, kurios kiti dalyviai neturėjo tada, kai turėjo priimti tokį patį sprendimą, ir jeigu jis, pradėjęs procedūrą, turėjo galimybę gauti esminę informaciją projektui įgyvendinti, kurios neturėjo tuo metu, kai turėjo būti iš anksto atrinktas.