KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
MENGOZZI
ippreżentati fil-25 ta' Novembru 2015[1]

Kawża C-396/14

MT Højgaard A/S
Züblin A/S
vs
Banedanmark

[talba għal deċiżjoni preliminari mressqa mill-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appelli fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi, id-Danimarka)]

"Rinviju għal deċiżjoni preliminari — Artikolu 267 TFUE — Ġurisdizzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja — Kwalità ta' 'qorti jew tribunal' tal-korp tar-rinviju — Indipendenza — Direttiva 2004/17/KE — Kuntratti pubbliċi — Proċedura nnegozjata — Prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament — Tibdil fi grupp ta' operaturi ekonomiċi matul il-proċedura għall-għoti ta' kuntratt — Għoti tal-kuntratt lil kumpannija li ma kinitx ġiet ippreselezzjonata"

1. Meta grupp ta' operaturi ekonomiċi kien ippreselezzjonat u ppreżenta offerta fil-kuntest ta' proċedura għall-għoti ta' kuntratt pubbliku u meta, imbagħad, qabel l-għoti tal-kuntratt, dan il-grupp jinħall minħabba l-falliment ta' wieħed miż-żewġ membri tiegħu, l-awtorità kontraenti tista', fid-dawl tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament, tawtorizza lill-membru li jkun baqa', li ma ppreżentax att tal-kandidatura għalih innifsu u għalhekk ma kienx ġie ppreselezzjonat, ikompli l-proċedura u finalment tagħtih il-kuntratt?

2. Din hija, essenzjalment, il-kwistjoni li qatt ma tqajmet qabel, mibgħuta lill-Qorti tal-Ġustizzja mill-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) fil-kuntest ta' kawża bejn, minn naħa, MT Højgaard A/S u Züblin A/S (iktar 'il quddiem, flimkien, imsejħa "MTHZ"), grupp ta' operaturi ekonomiċi li pparteċipa fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt u, min-naħa l-oħra, Banedanmark, amministratur tal-infrastruttura ferrovjarja fid-Danimarka u awtorità kontraenti f'din il-proċedura. Quddiem il-qorti tar-rinviju, MTHZ isostni li, billi awtorizzat lil Per Aarsleff A/S (iktar 'il quddiem "Aarsleff"), il-membru li kien baqa' minn grupp li ġie xolt matul il-proċedura, tipparteċipa fis-sejħa għal offerti minflok il-grupp, minkejja li Aarsleff ma kinitx ġiet ippreselezzjonata, Banedanmark kiser il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament previst fl-Artikolu 10 tad-Direttiva 2004/17/KE[2].

3. F'din il-kawża, il-Qorti tal-Ġustizzja hija qabel xejn mitluba mill-Gvern Daniż tispeċifika r-raġunijiet li għalihom il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jikkostitwixxi qorti jew tribunal fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE. Imbagħad, għal dak li jirrigwarda r-risposta fil-mertu għad-domanda magħmula mill-qorti tar-rinviju, il-Qorti tal-Ġustizzja hija mitluba ssib bilanċ ġust bejn, minn naħa, l-interess pubbliku tal-awtoritajiet kontraenti li l-proċeduri għall-għoti ta'

1 — Lingwa oriġinali: il-Franċiż.

2 — Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, li tikkoordina l-proċeduri ta' akkwisti ta' entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi tal-ilma, l-enerġija, t-trasport u postali (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti: Kapitolu 6, Vol. 7, p. 19).

kuntratti pubbliċi jkunu kkaratterizzati mill-ftuħ għall-iktar kompetizzjoni wiesgħa possibbli b'tali mod li tiġi żgurata l-parteċipazzjoni tal-ikbar numru possibbli ta' offerenti f'sejħa għal offerti, u min-naħa l-oħra, l-interess – jew pjuttost id-dritt – tal-offerenti kollha parteċipanti fis-sejħa għal offerti li l-parteċipazzjoni tagħhom fil-proċedura sseħħ f'osservanza stretta tal-ugwaljanza tal-opportunitajiet għall-offerenti kollha.

I – **Il-kuntest ġuridiku**

A – *Id-dritt tal-Unjoni*

4. Il-kuntratt inkwistjoni fil-kawża prinċipali jirrigwarda l-kostruzzjoni ta' binarji ferrovjarji u għalhekk huwa rregolat mid-dispożizzjonijiet tad-Direttiva 2004/17, magħrufa komunement bħala d-"direttiva settorjali".

5. Il-premessa 9 tad-Direttiva 2004/17 tiddikjara li, "[s]abiex jiġi garantit il-ftuħ għall-kompetizzjoni ta' kuntratti ta' akkwist pubbliku mogħtija minn entitajiet li qed joperaw f'setturi tas-servizzi ta' [...] it-trasport [...], huwa ta' parir li jitfasslu dispożizzjonijiet għal koordinazzjoni tal-Komunità ta' kuntratti 'l fuq minn ċertu valur. Din il-kordinazzjoni hija bażata fuq ħtiġijiet inferibbli mill-Artikoli 14, 28 u 49 tat-Trattat tal-KE u mill-Artikolu 97 tat-Trattat ta' l-Euratom, prinċipalment ta' trattament ugwali, li tiegħu il-prinċipju ta' nuqqas ta' diskriminazzjoni mhuwiex aktar minn espressjoni speċifika [...]. Bil-ħsieb tan-natura tas-setturi affettwati minn din il-kordinazzjoni, dan ta' l-aħħar għandu, fil-waqt li jissalvagwardja l-applikazzjoni ta' dawn il-prinċipji, jistabbilixxi qafas għal prattika kummerċjali soda u għandu jippermetti flessibilita massima".

6. L-Artikolu 10 ta' din id-direttiva, intitolat "Prinċipji ta' għoti ta' kuntratti", jipprovdi li "[e]ntitajiet kontraenti għandhom jittrattaw lil operaturi ekonomiċi ugwalment (indaqs) u mhux b'mod diskriminatorju u għandhom jaġixxu b'mod trasparenti".

7. L-Artikolu 11(2) tal-imsemmija direttiva jipprovdi li "[g]ruppi ta' operaturi ekonomiċi jistgħu jissottomettu offerti jew jippreżentaw ruħhom bħala kandidati. Sabiex tiġi sottomessa offerta jew talba għal parteċipazzjoni, dawn il-gruppi ma jistgħux jinħtieġu mill-entitajiet kontraenti li jassumu forma legali speċifika; madankollu, il-grupp magħżul jista' jinħtieġ li jagħmel dan meta jkun ingħata l-kuntratt, sal-punt li din il-bidla hija meħtieġa għat-twettieq sodisfaċenti tal-kuntratt".

8. L-Artikolu 51 tal-istess direttiva, intitolat "Dispożizzjonijiet ġenerali", li jifforma parti mill-Kapitolu VII tagħha, intitolat "Kondotta tal-proċedura", jipprovdi:

"1. Għall-għan ta' l-għażla ta' parteċipanti fil-proċeduri ta' l-għoti tagħhom:

(a) entitajiet kontraenti li provdew regoli u kriterji għall-esklużjoni ta' persuni li jagħmlu l-offerti jew kandidati bi qbil ma' l-Artikolu 54(1), (2) jew (4) għandhom eskludu operaturi ekonomiċi li jikkonformaw ma' dawn ir-regoli u jilħqu dawn il-kriterji;

(b) għandhom jagħżlu persuni li jagħmlu l-offerti u kandidati bi qbil mar-regoli u l-kriterji oġġettivi preskritti skond l-Artikolu 54;

(ċ) fi proċeduri ristretti u proċeduri negozjati b'sejħa għal kompetizzjoni, għandhom fejn ikun xieraq bi qbil mal-Artikolu 54 inaqqsu n-numru ta' kandidati magħżula skont is-sottoparagrafi (a) u (b).

[...]

3. Entitajiet kontraenti għandhom jivverifikaw li l-offerti sottomessi mill-persuni li jagħmlu l-offerti magħżula jikkonformaw mar-regoli u l-ħtiġijiet applikabbli għal offerti u jagħtu l-kuntratt fuq il-bażi tal-kriterji preskritti fl-Artikoli 55 u 57".

9. L-Artikolu 54 tad-Direttiva 2004/17 jipprovdi kif għandhom jiġu applikati l-kriterji ta' selezzjoni kwalitattiva stabbiliti mill-entitajiet kontraenti u, fl-aħħar sentenza tal-paragrafu 3 tiegħu, jipprovdi li, fil-każ ta' proċeduri ristretti jew innegozjati n-"numru ta' kandidati magħżula għandu, [...] iqis il-ħtieġa li tiġi żgurata kompetizzjoni adegwata".

10. Id-Direttiva 2004/17 ser titħassar, b'effett mit-18 ta' April 2016, permezz tad-Direttiva 2014/25/UE [3].

B – *Id-dritt Daniż*

11. Il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) ġie stabbilit mil-Liġi Nru 344 dwar il-bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) tas-6 ta' Ġunju 1991. L-organizzazzjoni u l-attività tiegħu huma rregolati mil-Liġi Nru 492 dwar l-implementazzjoni tar-regoli dwar l-għoti ta' kuntratti (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer), tat-12 ta' Mejju 2010, kif emendata (iktar 'il quddiem il-"liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi"), kif ukoll mid-Digriet Nru 887 dwar il-bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud), tal-11 ta' Awwissu 2011, kif emendat.

12. Il-liġi dwar ċerti attivitajiet kummerċjali (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), ippubblikata permezz tad-Digriet ta' konsolidazzjoni Nru 1295, tal-15 ta' Novembru 2013, tiddefinixxi, fl-ewwel paragrafu tal-Artikolu 2 tagħha, il-kunċett ta' "interessentskab" (soċjetà f'isem kollettiv; iktar 'il quddiem l-"I/S") bħala "impriża fejn is-soċji kollha huma responsabbli personalment, b'mod illimitat u in solidum għall-obbligi tagħha". I/S hija persuna ġuridika awtonoma u individwu li għandha kapaċità ġuridika.

II – **Il-fatti tal-kawża prinċipali, il-proċedura nazzjonali u d-domanda preliminari**

13. Fix-xahar ta' Jannar 2013, Banedanmark ippubblika, b'applikazzjoni tad-Direttiva 2004/17, avviż għall-għoti ta' kuntratt pubbliku skont il-proċedura nnegozjata dwar it-twettiq ta' proġett imsejjaħ "TP 4 Urban Tunnels" fil-kuntest tal-kostruzzjoni ta' linja ferrovjarja ġdida bejn il-bliet ta' Copenhagen (id-Danimarka) u Ringsted (id-Danimarka).

14. Mill-ispeċifikazzjonijiet ta' dan il-kuntratt jirriżulta li l-proċedura mibdija kienet tipprevedi s-sottomissjoni ta' tliet offerti u li kellhom isiru negozjati wara s-sottomissjoni tal-ewwel żewġ offerti, filwaqt li t-tielet u l-aħħar offerta kellha twassal għall-għoti tal-kuntratt. L-avviż tal-kuntratt kien jindika wkoll li Banedanmark kellu l-intenzjoni jistieden minn erba' sa sitt kandidati biex jissottomettu offerta u li, fil-każ li n-numru ta' kandidati jkun ta' iktar minn sitta, hija kellha tipproċedi bl-għażla preliminari abbażi tar-referenzi ta' xogħlijiet simili. Ebda rekwiżit minimu ma kien stabbilit għal preselezzjoni.

15. Ħames operaturi ekonomiċi ppreżentaw l-att tal-kandidatura tagħhom u Banedanmark ippreselezzjonahom il-ħamsa li huma. Madankollu, fix-xahar ta' Ġunju 2013, waħda mill-impriżi rrinunzjat, b'tali mod li kien baqa' biss erba' offerenti ppreselezzjonati.

3 — Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tas-26 ta' Frar 2014, dwar l-akkwist minn entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi tal-ilma, l-enerġija, it-trasport u postali u li tħassar id-Direttiva 2004/17 (ĠU L 94, p. 243).

16. Fost dawn kien hemm grupp kompost minn E. Pihl & Søn A/S (iktar 'il quddiem "Pihl") u minn Aarsleff li kien ippreżenta ruħu għall-preselezzjoni bħala konsorzju fil-forma ta' I/S imsejħa "JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S". Pihl u Aarsleff kienu fost l-ikbar impriżi tal-bini u tal-kostruzzjoni fid-Danimarka. Il-kuntratt ta' kostituzzjoni tal-I/S ġie konkluż bejn Pihl u Aarsleff fis-26 ta' Awwissu 2013.

17. Madankollu, f'din l-istess ġurnata, ingħatat sentenza dikjaratorja ta' falliment kontra Pihl. Banedanmark kien avżat waranofsinhar ta' dik l-istess ġurnata u immedjatament staqsa lill-Aarsleff dwar l-effetti tal-falliment fuq il-proċedura ta' kuntratt pendenti.

18. Minkejja d-dikjarazzjoni ta' falliment mogħtija fil-ġurnata preċedenti, l-I/S issottomettiet l-ewwel offerta fis-27 ta' Awwissu 2013, iffirmata minn Aarsleff u Pihl, iżda mhux mil-likwidatur tal-falliment ta' din tal-aħħar.

19. Wara skambju twil ta' korrispondenza ma' Aarsleff dwar il-kwistjoni tal-immaniġġjar tal-konsegwenzi tal-falliment ta' Pihl, fil-15 ta' Ottubru 2013 Banedanmark informa lill-offerenti kollha bid-deċiżjoni tiegħu li jawtorizza lil Aarsleff tkompli tipparteċipa waħidha fil-proċedura għall-għoti ta' kuntratt, minkejja l-falliment ta' Pihl.

20. Fil-komunikazzjoni tiegħu, Banedanmark iġġustifika din id-deċiżjoni bil-fatt li Aarsleff tissodisfa r-rekwiżiti meħtieġa sabiex tipparteċipa fis-sejħa għal offerti mingħajr il-kapaċitajiet tekniċi u finanzjarji ta' Pihl u li l-fatt li din tal-aħħar kienet assoċjata mal-grupp ma kienx element determinanti sabiex huwa jiġi aċċettat jipparteċipa. F'din il-komunikazzjoni, Banedanmark enfasizza wkoll il-fatt li Pihl ma hijiex ser tkun issostitwita minn offerent ġdid fi ħdan il-grupp u li għalhekk l-offerenti kienu ser jibqgħu l-istess, peress li l-ebda operatur ġdid ma kien ser jiġi awtorizzat jipparteċipa fil-proċedura ta' sejħa għal offerti. Banedanmark irrileva wkoll li Aarsleff kienet ħadet iktar minn 50 ħaddiem ta' Pihl wara l-ftuħ tal-proċedura kollettiva, inklużi persuni essenzjali għat-twettiq tal-proġett suġġett tas-sejħa għal offerti.

21. Imbagħad, Aarsleff ippreżentat it-tieni offerta f'isimha, u ddikjarat li hija kienet qed tissottomettiha fil-kwalità tagħha ta' suċċessur tal-grupp ikkostitwit flimkien ma' Pihl, li l-likwidatur tal-falliment ma kienx indika jekk kienx beħsiebu jkompli l-kuntratt li jikkostitwixxi l-grupp u li, konsegwentement, hija kienet xoljiet dan il-kuntratt. Wara l-evalwazzjoni tat-tieni offerti rċevuti, Banedanmark għamlet l-għażla, skont il-kundizzjonijiet tal-avviż tal-kuntratt, li żżomm it-tliet offerti kkunsidrati li kienu l-iktar ekonomikament vantaġġjużi u talbet lit-tliet offerenti miżmuma jippreżentaw it-tielet u l-aħħar offerta. Fost dawn kien hemm Aarsleff u MTHZ. L-aħħar offerta ġiet ippreżentata fit-12 ta' Diċembru 2013.

22. Fl-20 ta' Diċembru 2013, Banedanmark informa lit-tliet offerenti miżmuma li huwa kien iddeċieda li jagħti l-kuntratt lil Aarsleff, li l-offerta tagħha b'mod globali, mill-perspettiva tal-kwalità u tal-prezz, kienet l-iktar ekonomikament vantaġġjuża.

23. Wara din id-deċiżjoni, MTHZ ippreżenta rikors quddiem il-qorti tar-rinviju, u talabha, minn naħa, tikkonstata li, billi ppermetta lil Aarsleff tipparteċipa fis-sejħa għal offerti minflok il-grupp li hija kienet ikkostitwixxiet ma' Pihl, meta Aarsleff ma kinitx ġiet ippreselezzjonata, Banedanmark kiser il-prinċipji ta' ugwaljanza fit-trattament u ta' trasparenza fis-sens tal-Artikolu 10 tad-Direttiva 2004/17. Min-naħa l-oħra, MTHZ talab l-annullament tad-deċiżjoni ta' għoti tal-kuntratt lil Aarsleff.

24. Mid-deċiżjoni tar-rinviju adottata fit-28 ta' Jannar 2014 jirriżulta li l-qorti tar-rinviju rrifjutat li tagħti effett sospensiv lir-rikors ippreżentat minn MTHZ minħabba l-fatt li r-rekwiżit tal-urġenza ma kienx issodisfatt. F'din id-deċiżjoni, il-qorti tar-rinviju madankollu kkunsidrat li r-rekwiżit ta' *fumus boni juris* kien issodisfatt, billi l-eżami tar-rikors ippermetta, fl-opinjoni tagħha, li jiġi konkluż *prima facie* li huwa probabbli li d-deċiżjoni finali tilqa' t-talba għall-annullament mressqa minn MTHZ. F'dan ir-rigward, il-qorti tar-rinviju qabel xejn irrilevat li kellha ssir distinzjoni bejn is-sitwazzjoni li fiha

l-bidla fi grupp isseħħ qabel l-għoti tal-kuntratt u dik li fiha din il-bidla isseħħ wara dan l-għoti. Imbagħad, hija kkunsidrat li l-fatt li entità kontraenti ppreselezzjonat grupp ma jfissirx li kull wieħed mill-membri tiegħu kien ġie ppreselezzjonat individwalment u dan indipendentement mill-fatt li, abbażi tal-att tal-kandidatura, l-entità kontraenti hija f'pożizzjoni li tikkonstata li kull wieħed mill-membri tal-grupp kien jissodisfa r-rekwiżiti meħtieġa.

25. Fid-deċiżjoni tar-rinviju tiegħu, il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jirrileva qabel xejn li ma teżisti ebda dispożizzjoni fid-dritt Daniż li tipprojbixxi l-bidla fil-kompożizzjoni ta' grupp ta' imprendituri li jipparteċipa fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt pubbliku, li sseħħ wara s-sottomissjoni tal-offerti. Barra minn hekk, l-imsemmi organu josserva li, fl-avviż tal-kuntratt, Banedanmark ma stabbilixxiex rekwiżiti minimi kwalitattivi dwar il-kapaċitajiet tekniċi tal-offerenti u kellu jipproċedi għal evalwazzjoni kwalitattiva tal-kandidaturi biss fil-każ li n-numru tagħhom kien iktar minn sitta. F'dawn iċ-ċirkustanzi, abbażi tal-informazzjoni kkomunikata dwar Aarsleff, għandu jiġi kkunsidrat li huwa stabbilit li hija kienet tiġi ppreselezzjonata wkoll li kieku ppreżentat att tal-kandidatura direttament minflok ma ppreżentatha permezz tal-grupp ikkostitwit ma' Pihl.

26. Madankollu l-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) għandu dubji dwar il-kompatibbiltà tal-proċedura segwita mal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament. F'dawn iċ-ċirkustanzi, huwa ddeċieda li jissospendi l-proċeduri u li jagħmel lill-Qorti tal-Ġustizzja d-domanda preliminari li ġejja:

"Il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament, previst fl-Artikolu 10 tad-Direttiva 2004/17 [...], moqri flimkien mal-Artikolu 51 tagħha, għandu jiġi interpretat fis-sens li, f'sitwazzjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, jipprekludi li entità kontraenti tagħti kuntratt lil offerent li ma jkunx ippreżentata l-kandidatura tiegħu għall-preselezzjoni u għaldaqstant ma ġiex preselezzjonat?"

III – **Il-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja**

27. Id-deċiżjoni tar-rinviju waslet fil-Qorti tal-Ġustizzja fl-20 ta' Awwissu 2014. MTHZ, il-Gvern Daniż u l-Kummissjoni Ewropea ppreżentaw osservazzjonijiet u intervjenew fis-seduta li saret fit-8 ta' Settembru 2015.

IV – **Analiżi ġuridika**

28. Qabel tingħata risposta għad-domanda preliminari mressqa mill-qorti tar-rinviju, għandha, preliminarjament, tiġi indirizzata l-kwistjoni, imqajma mill-Gvern Daniż, dwar il-ġurisdizzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja.

A – *Fuq il-ġurisdizzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja*

29. Skont il-Gvern Daniż, minkejja li fis-sentenza Unitron Scandinavia u 3-S[4] il-Qorti tal-Ġustizzja diġà rrikonoxxiet li l-organu tar-rinviju f'din il-kawża, jiġifieri l-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi), jikkostitwixxi "qorti jew tribunal" fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE, fid-dawl tal-elementi meħuda inkunsiderazzjoni mill-Qorti tal-Ġustizzja

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Ara, b'mod partikolari, il-punt 15 li jirreferi għall-punti 17 u 18 tal-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Alber fl-istess kawża (C-275/98, EU:C:1999:384)

fis-sentenza reċenti TDC[5], li fiha qamet il-problema li tiġi stabbilita l-kwalità ta' qorti ta' bord tal-appell ieħor irregolat mid-dritt Daniż, jiġifieri t-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), huwa neċessarju li jiġi ċċarat jekk u għal liema raġunijiet il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jista' jikkwalifika bħala tali.

30. F'dan ir-rigward, għandu jitfakkar li, skont ġurisprudenza stabbilita, sabiex jiġi evalwat jekk organu tar-rinviju jikkostitwixxix "qorti jew tribunal" fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE, liema kwistjoni hija rregolata unikament mid-dritt tal-Unjoni, il-Qorti tal-Ġustizzja għandha tieħu inkunsiderazzjoni sensiela ta' elementi, bħal jekk l-organu huwiex stabbilit b'liġi, jekk huwiex permanenti, jekk il-ġurisdizzjoni tiegħu hijiex ta' natura obbligatorja, jekk il-proċedura hijiex ta' natura kontradittorja, jekk l-organu japplikax regoli tad-dritt, kif ukoll jekk huwiex indipendenti[6].

31. Fir-rigward tal-kriterji dwar jekk il-korp tar-rinviju huwiex stabbilit b'liġi, jekk huwiex permanenti, jekk il-proċedura hijiex ta' natura kontradittorja, kif ukoll jekk dan il-korp japplikax regoli tad-dritt, ebda prova fil-proċess ma tista' tqiegħed fid-dubju n-natura ta' qorti jew tribunal, fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE, tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) kif irrikonoxxuta mill-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza Unitron Scandinavia u 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Abbażi tal-informazzjoni pprovduta lill-Qorti tal-Ġustizzja fil-kuntest ta' din il-proċedura, mill-banda l-oħra għandha ssir analiżi iktar iddettaljata tal-kriterji dwar jekk il-ġurisdizzjoni tiegħu hijiex ta' natura obbligatorja u jekk huwiex indipendenti, peress li dan il-kriterju tal-aħħar huwa dak li abbażi tiegħu l-Qorti tal-Ġustizzja ċaħdet il-kwalità ta' qorti lit-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), fis-sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. Għal dak li jirrigwarda, fl-ewwel lok, in-natura obbligatorja tal-ġurisdizzjoni tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi), nirrileva biss li l-fatt li l-ġurisdizzjoni ta' dan l-organu hija esklużiva biss matul il-perijodu msejjaħ ta' "standstill"[7] u, fit-tmiem ta' dan il-perijodu, issir alternattiva għal dik tal-qrati ma jidhirx li huwa ta' natura li jqiegħed fid-dubju n-natura ta' qorti ta' dan l-organu.

33. Fil-fatt, mill-ġurisprudenza jirriżulta li l-eżistenza ta' rimedju alternattiv għal rimedju ġudizzjarju ma teskludix neċessarjament li l-korp li quddiemu jiġi ppreżentat dan ir-rikors alternattiv jista' jikkwalifika bħala "qorti jew tribunal ta' xi Stat Membru" fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE, bil-kundizzjoni li d-deċiżjoni tal-korp tar-rinviju jkollha saħħa obbligatorja – li ma tqegħditx fid-dubju f'dan il-każ[8] – u li l-korp inkwistjoni jkun korp previst mil-liġi li l-ġurisdizzjoni tiegħu ma tiddependix fuq il-volontà tal-partijiet[9]. Barra minn hekk, peress li r-rikors fil-kawża prinċipali ġie ppreżentat matul il-perijodu ta' "standstill", il-ġurisdizzjoni tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) kellha f'dak il-mument natura obbligatorja.

34. Fit-tieni lok, għal dak li jirrigwarda l-kriterju dwar l-indipendenza, għandu jitfakkar li l-kunċett ta' indipendenza, li huwa inerenti għall-kompitu li tingħata deċiżjoni, jimplika qabel kollox li l-istanza kkonċernata jkollha l-kwalità ta' terz fir-rigward tal-awtorità li adottat id-deċiżjoni li minnha qed tiġi appellata. Mill-ġurisprudenza jirriżulta li dan il-kunċett għandu aspett estern, li jippreżupponi li l-istanza tkun protetta minn interventi jew pressjonijiet esterni li jistgħu jipperikolaw l-indipendenza tad-deċiżjoni tal-membri tagħha fir-rigward tal-kawżi mressqa quddiemha, u aspett intern, li huwa marbut mal-kunċett ta' imparzjalità u jikkonċerna l-ekwidistanza fir-rigward tal-partijiet fil-kawża u

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Ara, fost oħrajn, is-sentenzi Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, punt 21) u TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punt 27).

7 — Ara l-Artikoli 3(1) u 5(1) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi.

8 — Skont l-Artikoli 13, 14 u 16 sa 18 tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi, il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jista' b'mod partikolari, jannulla d-deċiżjonijiet jew l-għoti ta' kuntratti illegali, jagħti ordnijiet, jimponi sanzjonijiet finanzjarji, jagħti kumpens u jinvalida kuntratti.

9 — Ara s-sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punti 22 u 23 u l-ġurisprudenza ċċitata). Ara wkoll l-analiżi kompleta tal-ġurisprudenza dwar din il-kwistjoni fil-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Jääskinen fl-istess kawża (C-203/14, EU:C:2015:445, punti 40 *et seq*).

tal-interessi rispettivi tagħhom fir-rigward tas-suġġett tagħha. Dawn il-garanziji ta' indipendenza u imparzjalità jeħtieġu l-eżistenza ta' regoli, b'mod partikolari, għal dak li jikkonċerna l-kompożizzjoni tal-istanza, il-ħatra, it-terminu tal-funzjonijiet kif ukoll il-kawżi ta' astensjoni, rikuża u tneħħija mill-kariga tal-membri tagħha, li jippermettu li jitneħħa kull dubju raġonevoli, fil-moħħ tal-individwi, dwar l-impermeabbiltà ta' din l-istanza fir-rigward ta' elementi esterni u tan-newtralità tagħha fir-rigward tal-interessi inkwistjoni quddiemha [10].

35. Fis-sentenza TDC, invokata mill-Gvern Daniż, il-Qorti tal-Ġustizzja kkonkludiet li t-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet) ma kienx jikkostitwixxi qorti jew tribunal fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE billi kkunsidrat li dan il-korp ma kienx jissodisfa l-kriterju ta' indipendenza. Il-Qorti tal-Ġustizzja bbażat il-konklużjoni tagħha fuq żewġ elementi. Minn naħa, għal dak li jirrigwarda l-aspett estern tal-indipendenza, il-Qorti tal-Ġustizzja rrilevat li, filwaqt li l-leġiżlazzjoni Daniża kienet tipprevedi garanziji partikolari fir-rigward tat-tneħħija mill-kariga tal-imħallfin tal-qrati ġudizzjarji, il-kundizzjonijiet għat-tneħħija mill-kariga tal-membri tat-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), min-naħa l-oħra, ma kinux is-suġġett ta' leġiżlazzjoni partikolari, peress li, fil-każ ta' tneħħija mill-kariga abbużiva, kienu biss japplikaw għalihom ir-regoli ġenerali tad-dritt amministrattiv u tad-dritt industrijali [11]. Min-naħa l-oħra, għal dak li jirrigwarda l-aspett intern tal-indipendenza, il-Qorti tal-Ġustizzja eskludiet il-kwalità ta' terz tat-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet) fir-rigward tal-interessi inkwistjoni billi kkonstatat li, f'każ li jiġi ppreżentat appell minn waħda mid-deċiżjonijiet tiegħu quddiem il-qrati ġudizzjarji, dan l-organu kien jipparteċipa fil-proċedura fil-kwalità ta' konvenut [12].

36. Madankollu, skont l-informazzjoni li għandha għad-dispożizzjoni tagħha l-Qorti tal-Ġustizzja, ebda wieħed miż-żewġ elementi meħuda inkunsiderazzjoni mill-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza TDC ma japplika għall-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi).

37. Fil-fatt, għal dak li jirrigwarda, fl-ewwel nett, l-aspett intern tal-indipendenza, il-Gvern Daniż iddikjara b'mod espliċitu, kemm fl-osservazzjonijiet tiegħu kif ukoll waqt is-seduta, li, b'differenza mit-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) ma huwiex parti fil-kawżi quddiem il-qrati ordinarji kontra d-deċiżjonijiet tiegħu. Għalhekk ma hemm l-ebda raġuni għalfejn għandu jitqajjem dubju dwar il-kwalità ta' terz tiegħu fir-rigward tal-interess inkwistjoni.

38. It-tieni nett, għal dak li jirrigwarda l-aspett estern tal-indipendenza, għandu jiġi rrilevat li mill-proċess li għandha għad-dispożizzjoni tagħha l-Qorti tal-Ġustizzja jirriżulta li jeżisti differenzi sinjifikattivi bejn it-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet) u l-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) għal dak li jirrigwarda l-kompożizzjoni tagħhom, il-garanziji kontra t-tneħħija mill-kariga tal-membri tagħhom u l-funzjonament tagħhom.

10 — Ara, fost oħrajn, is-sentenza Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punti 49 sa 53 u l-ġurisprudenza ċċitata).

11 — Sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punti 34 sa 36).

12 — *Ibidem* (punt 37).

39. Għalhekk, mid-dispożizzjonijiet rilevanti tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi jirriżulta li l-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) – li nħoloq għall-finijiet, fost oħrajn, tal-implementazzjoni tad-Direttiva 89/665/KEE [13] – huwa kompost minn president u numru ta' viċi presidenti (li jifformaw il-presidenza), kif ukoll minn numru ta' membri esperti, kollha maħtura mill-ministru tal-impriżi u tat-tkabbir (Erhvervs- og vækstministeren) għal perijodu ta' mhux iktar minn erba' snin [14].

40. Madankollu, b'differenza mit-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), il-presidenza tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) għandha tkun komposta minn imħallfin tal-qrati distrettwali u tal-qrati reġjonali superjuri [15]. Issa, kif barra minn hekk irrilevat il-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza TDC [16], dawn l-imħallfin igawdu protezzjoni partikolari kontra t-tneħħija mill-kariga. Jidher, skont dak li ġie ddikjarat fis-seduta, li din il-protezzjoni, li hija bbażata fuq l-Artikolu 64 tal-Kostituzzjoni Daniża, testendi wkoll għall-presidenza tal-bordijiet tal-appell.

41. Barra minn hekk, mill-analiżi tad-dispożizzjonijiet tal-liġi jirriżulta li l-membri tal-presidenza jistgħu jgawdu rwol sinjifikattivament ikbar mill-membri esperti fl-attività deċiżjonali tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi). Fil-fatt, fil-kompożizzjoni ordinarja tiegħu, dan il-korp huwa kkostitwit minn membru tal-presidenza li jaġixxi bħala president u minn membru espert. F'każ ta' voti pari fl-adozzjoni ta' deċiżjoni, il-vot tal-president huwa deċiżiv [17]. Barra minn hekk, il-membri tal-presidenza jistgħu jadottaw ċerti deċiżjonijiet mingħajr l-intervent tal-membri esperti [18] u għandhom saħħa maġġoritarja fl-adozzjoni tad-deċiżjonijiet fl-iktar kawżi kumplessi jew f'dawk li jinvolvu kwistjonijiet ta' prinċipju [19].

42. Huwa minnu li, għal parti mill-membri tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi), jiġifieri għall-membri esperti, bħall-membri tat-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet), id-dritt Daniż ma jidhirx li jipprevedi regoli partikolari għal dak li jirrigwarda t-tneħħija mill-kariga tagħhom, u huma biss ir-regoli ġenerali tad-dritt amministrattiv u tad-dritt industrijali li japplikaw f'każ ta' tneħħija mill-kariga abbużiva.

43. Madankollu, f'dan ir-rigward, nosserva li, għalkemm huwa minnu li, f'ċerti deċiżjonijiet tagħha, il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li, sabiex il-kundizzjoni dwar l-indipendenza tal-organu tar-rinviju titqies li hija ssodisfatta, il-ġurisprudenza teżiġi b'mod partikolari li l-każijiet ta' tneħħija mill-kariga tal-membri ta' dan l-organu jkunu ddeterminati minn dispożizzjonijiet leġiżlattivi espressi [20], għandu jiġi rrilevat li, f'dawn il-kawżi, il-konstatazzjoni tal-assenza ta' tali regoli kienet tikkostitwixxi element ta' evalwazzjoni, ċertament importanti ħafna, iżda li jidħol fil-kuntest ta' analiżi globali [21] tal-elementi li

13 — Direttiva tal-Kunsill, tal-21 ta' Diċembru 1989, dwar il-koordinazzjoni tal-liġijiet, ir-regolamenti u d-dispożizzjonijiet amministrattivi rigward l-applikazzjoni tal-proċeduri ta' reviżjoni għall-għoti ta' kuntratti ta' provvista pubblika u xogħlijiet pubbliċi (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti: Kapitolu 6, Vol. 1, p. 246).

14 — Ara l-Artikolu 9(1) u l-ewwel sentenza tal-Artikolu 9(2) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi.

15 — Ara t-tieni sentenza tal-Artikolu 9(2) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi.

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

17 — Ara l-ewwel sentenza tal-Artikolu 10(4) u l-Artikolu 10(5) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi. Skont l-ewwel dispożizzjoni, bl-eċċezzjoni tas-sitwazzjoni deskritta fil-paragrafu 6 ta' dan l-artikolu, membru tal-presidenza u membru espert jipparteċipaw fit-trattament ta' kawża individwali. Skont it-tieni dispożizzjoni, id-deċiżjonijiet tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jittieħdu b'maġġoranza sempliċi u l-vot tal-president huwa deċiżiv f'każ ta' parità.

18 — Ara l-Artikolu 10(6) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi.

19 — Ara l-Artikolu 10(4) tal-liġi dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi li jipprovdi li l-president ta' Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jista', f'każijiet partikolari, jiddeċiedi li jżid in-numru tal-membri tal-presidenza u tal-membri esperti li jipparteċipaw fid-deċiżjoni ta' kawża. F'każ bħal dan, in-numru tal-membri tal-presidenza għandu mbagħad jikkorrispondi għan-numru ta' membri esperti. Minn din id-dispożizzjoni, li tintuża fl-iktar kawżi kumplessi jew f'dawk li jinvolvu kwistjonijiet ta' prinċipju, jirriżulta li f'dawn it-tip ta' kawżi wkoll, li jkunu partikolarment importanti, il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) ser ikun kompost minn numru ugwali ta' membri tal-presidenza u ta' membri esperti, li jfisser li, peress li l-vot tal-president huwa deċiżiv, il-membri tal-presidenza għandhom saħħa maġġoritarja fl-adozzjoni ta' deċiżjoni.

20 — Digriet Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, fl-aħħar tal-punt 24) u s-sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punt 32).

21 — Ara s-sentenza Syfait *et* (C-53/03, EU:C:2005:333, punt 37).

jikkaratterizzaw l-organu tar-rinviju inkwistjoni. Huwa abbażi tal-analiżi globali ta' dawn l-elementi kollha li l-Qorti tal-Ġustizzja, f'dawn il-każijiet, ċaħdet il-kwalità ta' qorti lill-organi inkwistjoni [22]. Barra minn hekk, f'ċerti każijiet, b'mod partikolari fir-rigward ta' istanzi nazzjonali responsabbli mir-rikorsi fil-qasam tal-għoti ta' kuntratti pubbliċi b'applikazzjoni tad-Direttiva 89/665, il-Qorti tal-Ġustizzja rrikonoxxiet il-kwalità ta' qorti lil organu tar-rinviju mingħajr ma qajmet il-kwistjoni tal-eżistenza ta' tali regoli [23].

44. F'dan il-każ, għandu jiġi rrilevat li mhux biss parti sinjifikattiva mill-membri tal-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi), u b'mod partikolari l-membri li jgawdu rwol iktar sinjifikattiv fl-attività deċiżjonali, huma koperti minn garanzija partikolari kontra t-tneħħija mill-kariga, jiġifieri garanzija kostituzzjonali, iżda mill-proċess jirriżulta li hemm elementi oħra li jsaħħu l-indipendenza ta' dan l-organu fir-rigward ta' eventwali pressjonijiet u interventi esterni indebiti. Għalhekk, il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) għandu l-kwalità ta' terz fir-rigward tal-awtorità li adottat id-deċiżjoni li hija s-suġġett tar-rikors fil-kawża prinċipali [24]. B'mod partikolari, ma hemm l-ebda rabta funzjonali mal-Erhvervsstyrelsen (awtorità Daniża għall-impriża), li tqiegħed għad-dispożizzjoni tiegħu s-segretarjat tagħha, u lanqas mal-awtoritajiet kontraenti li l-atti tagħhom huma kkontestati quddiemu [25]. Barra minn hekk, il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jeżerċita l-funzjonijiet tiegħu b'awtonomija assoluta, mingħajr ebda rabta ġerarkika jew ta' subordinazzjoni fil-konfront ta' xi ħadd u mingħajr ma jirċievi ordnijiet jew istruzzjonijiet minn kwalunkwe sors li jkun [26]. Il-membri tiegħu kollha huma obbligati jeżerċitaw il-funzjonijiet tagħhom b'mod indipendenti [27]. Barra minn hekk, sa fejn il-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) jista', fost oħrajn, jistabbilixxi l-illegalità tad-deċiżjonijiet jew tal-għoti ta' kuntratti, kif ukoll jagħti ordnijiet fir-rigward tal-għoti ta' kuntratti, huwa jeżerċita fundamentalment funzjoni ġudizzjarja [28].

45. Fl-aħħar nett, għandu jitfakkar li l-Qorti tal-Ġustizzja, fil-kuntest tal-evalwazzjoni tal-istatus ġuridiku tal-istanzi nazzjonali msemmija fid-Direttiva 89/665, responsabbli mir-rikorsi fil-qasam tal-għoti ta' kuntratti pubbliċi, diġà kkonfermat in-natura ta' "qorti jew tribunal" fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE ta' diversi korpi nazzjonali oħra essenzjalment komparabbli mal-korp tar-rinviju f'din il-kawża [29].

46. Fid-dawl ta' dawn il-kunsiderazzjonijiet kollha, ma hemmx lok, fl-opinjoni tiegħi, li titqiegħed fid-dubju l-konklużjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza Unitron Scandinavia u 3-S li l-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) għandu l-kwalità ta' "qorti jew tribunal" fis-sens tal-Artikolu 267 TFUE.

22 — Ara l-analiżi tal-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenzi Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punti 37 sa 43), Syfait *et* (C-53/03, EU:C:2005:333, punti 30 sa 37) u fid-digriet Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punti 25 sa 30). Ara wkoll is-sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) li fiha l-Qorti tal-Ġustizzja bbażat ruħha fuq żewġ elementi, dak marbut mal-aspett intern u dak marbut mal-aspett estern sabiex ċaħdet l-eżistenza tal-indipendenza tat-Teleklagenævnet (bord tal-appell fil-qasam tat-telekomunikazzjonijiet) (ara l-punt 35 ta' dawn il-konklużjonijiet).

23 — Ara, b'mod partikolari, is-sentenza HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punti 24 sa 28).

24 — Ara s-sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 19 u l-ġurisprudenza ċċitata).

25 — Ara, għall-kuntrarju, is-sentenza Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punti 37 sa 40).

26 — Ara s-sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 19 u l-ġurisprudenza ċċitata).

27 — Ara l-Artikolu 1(4) tad-Digriet Nru 887, tal-11 ta' Awwissu 2011, dwar il-bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi. Dwar ir-rilevanza ta' dan l-element, ara s-sentenza Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punt 35).

28 — Ara s-sentenza Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punt 37).

29 — Ara s-sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 26 u l-ġurisprudenza ċċitata).

B – *Fuq id-domanda preliminari*

47. Permezz tad-domanda preliminari tagħha, il-qorti tar-rinviju tistaqsi jekk il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament previst fl-Artikolu 10 tad-Direttiva 2004/17, moqri flimkien mal-Artikolu 51 ta' din id-direttiva, għandux jiġi interpretat fis-sens li, f'sitwazzjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, jipprekludi li entità kontraenti tagħti kuntratt lil offerent li ma jkunx ippreżenta att tal-kandidatura għall-preselezzjoni u għaldaqstant ma ġiex ippreselezzjonat.

48. Id-domanda preliminari taqa' fil-kuntest fattwali li fih grupp ta' żewġ impriżi, ikkostitwit fil-forma ta' kumpannija kummerċjali u li kien ippreselezzjonat fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt, ġie xolt wara l-falliment ta' wieħed miż-żewġ membri tiegħu u li fih l-awtorità kontraenti awtorizzat lill-membru li kien baqa' jkompli jipparteċipa fil-proċedura minflok il-grupp u finalment tagħtu l-kuntratt minkejja l-fatt li dan il-membru bħala tali ma kienx ippreselezzjonat. Din tal-aħħar hija s-sitwazzjoni li għaliha tirreferi l-qorti tar-rinviju fid-domanda preliminari tagħha.

49. Għalhekk id-domanda preliminari tirrigwarda, essenzjalment, il-possibbiltà, fid-dawl tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament, li awtorità kontraenti tawtorizza membru ta' grupp ta' operaturi ekonomiċi, li ma kienx ippreselezzjonat individwalment, li jieħu post il-grupp matul proċedura għall-għoti ta' kuntratt.

1. Fuq il-kuntest ġuridiku applikabbli

50. Qabel xejn, għandu jiġi rrilevat li d-Direttiva 2004/17 ma tinkludi ebda regola speċifika rigward il-bdil fil-kompożizzjoni ta' grupp ta' operaturi ekonomiċi.

51. L-unika dispożizzjoni ta' din id-direttiva li tirrigwarda l-gruppi ta' operaturi ekonomiċi hija l-Artikolu 11(2) tagħha,[30] li madankollu ma jirrigwardax il-bidla tagħhom matul il-proċedura għall-għoti ta' kuntratt. Għalhekk, peress li d-Direttiva ma tinkludi ebda dispożizzjoni li tirregola tali bidliet, għandu jiġi konkluż li r-regolamentazzjoni tagħhom taqa' fil-kompetenza tal-Istati Membri[31]. F'dawn iċ-ċirkustanzi, huwa eventwalment il-leġiżlatur nazzjonali, b'mod ġenerali, jew l-awtorità kontraenti, f'każ partikolari, li għandhom jistabbilixxu r-regoli f'dan ir-rigward[32].

52. Dwar dan il-punt, għandu jiġi rrilevat ukoll li, fis-sentenza Makedoniko Metro u Michaniki[33], il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet li d-Direttiva 93/37 li tikkonċerna l-koordinazzjoni tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet[34] ma kinitx tipprekludi leġiżlazzjoni nazzjonali li tipprojbixxi l-bidla fil-kompożizzjoni ta' grupp ta' imprendituri li jipparteċipa fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt pubbliku li sseħħ wara s-sottomissjoni tal-offerti.

53. Madankollu, f'dan il-każ, mid-digriet tar-rinviju jirriżulta, minn naħa, li l-leġiżlazzjoni Daniża ma tipprovdix regoli speċifiċi dwar il-bidla fil-kompożizzjoni ta' gruppi ta' operaturi ekonomiċi u, min-naħa l-oħra, li l-awtorità kontraenti lanqas ma pprovdiet, fl-avviż tal-kuntratt, regoli speċifiċi f'dan ir-rigward.

30 — Ara l-punt 7 ta' dawn il-konklużjonijiet. Dan l-artikolu huwa riprodott, essenzjalment, fl-Artikolu 37(2) u (3) tad-Direttiva 2014/25.

31 — Ara b'analoġija, fir-rigward tad-Direttiva tal-Kunsill 93/37/KEE, tal-14 ta' Ġunju 1993, li tikkonċerna l-koordinament tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti tax-xogħlijiet pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet] (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 6, Vol. 2, p. 163), is-sentenza Makedoniko Metro u Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, punt 61).

32 — Fl-istabbiliment ta' dawn ir-regoli l-leġiżlatur jew l-awtorità kontraenti għandhom dejjem ikunu obbligati josservaw il-prinċipji ġenerali tad-dritt. Ara, f'dan ir-rigward, il-premessa 9 tad-Direttiva 2004/17 u, b'mod iktar espliċitu, il-premessa 2 tad-Direttiva 2004/18 tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, fuq koordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet, għal provvisti u għal servizzi] (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti : Kapitolu 6, Vol. 7, p. 132). Ara wkoll il-premessa 2 tad-Direttiva 2014/25.

33 — Sentenza Makedoniko Metro u Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, punti 61 u 63).

34 — Ara n-nota ta' qiegħ il-paġna 31.

54. F'dawn iċ-ċirkustanzi, l-ammissibbiltà tal-bidliet fil-kompożizzjoni ta' gruppi ta' operaturi ekonomiċi matul il-proċedura għall-għoti ta' kuntratt tkun suġġetta għall-prinċipji ġenerali tad-dritt li jagħmlu parti mill-ordinament ġuridiku tal-Unjoni, fosthom, b'mod partikolari, il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament u ta' trasparenza, previst, fid-Direttiva 2004/17, fl-Artikolu 10, u ssib il-limitu tagħha fl-osservanza ta' dawn il-prinċipji.

2. Fuq il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament fil-proċedura għall-għoti ta' kuntratti pubbliċi

55. Skont ġurisprudenza stabbilita, il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament jeħtieġ li sitwazzjonijiet komparabbli ma jiġux ittrattati b'mod differenti u li sitwazzjonijiet differenti ma jiġux ittrattati b'mod ugwali, sakemm tali trattament ma jkunx oġġettivament iġġustifikat [35].

56. Il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat diversi drabi li l-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament tal-offerenti u l-dmir tal-awtoritajiet kontraenti li jiżguraw l-osservanza tagħhom huma elementi fundamentali tar-regoli tad-dritt tal-Unjoni fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi [36].

57. Il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti, li għandu l-iskop li jiffavorixxi l-iżvilupp ta' kompetizzjoni b'saħħitha u effettiva bejn l-impriżi li jipparteċipaw fl-għoti ta' kuntratt pubbliku, jimponi li l-offerenti kollha jkollhom l-istess opportunitajiet fil-formulazzjoni tat-termini tal-offerti tagħhom, u għalhekk jimplika li dawn għandhom jiġu ppreżentati taħt l-istess kundizzjonijiet għall-kompetituri kollha [37]. Dan il-prinċipju jimplika li l-offerenti għandhom ikunu f'pożizzjoni ta' ugwaljanza *matul il-proċedura kollha* għall-għoti ta' kuntratt, b'mod partikolari, kemm meta jkunu qed jippreparaw l-offerti tagħhom kif ukoll meta dawn jiġu evalwati mill-awtorità kontraenti [38].

58. Huwa minnu li l-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet li wieħed mill-għanijiet tar-regoli fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi huwa l-ftuħ għal kompetizzjoni l-iktar wiesgħa u li huwa fl-interess tad-dritt tal-Unjoni li tiġi żgurata l-ikbar parteċipazzjoni ta' offerenti possibbli f'sejħa għal offerti [39] u li dan il-ftuħ għal kompetizzjoni l-iktar wiesgħa ma huwiex previst biss fir-rigward tal-interess tal-Unjoni fil-qasam tal-moviment liberu tal-prodotti u tas-servizzi, iżda wkoll fl-interess tal-awtorità kontraenti involuta, li għaldaqstant ikollha għażla ikbar fir-rigward tal-iktar offerta vantaġġuża u adatta għall-bżonnijiet tal-awtorità pubblika kkonċernata [40].

59. Madankollu, fil-qasam tal-kuntratt pubbliċi, kemm ir-rieda li tiġi żgurata kompetizzjoni effettiva kif ukoll l-osservanza tal-prinċipju ta' ugwaljanza bejn l-offerenti għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni. Għalhekk, għalkemm il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li l-applikazzjoni tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament fil-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti pubbliċi ma tikkostitwixxix finalità fiha nfisha, iżda għandha titqies fid-dawl tal-għanijiet li dan il-prinċipju jfittex li jilħaq [41], l-implementazzjoni u s-sodisfazzjon tal-għan li jiġi ffavorit il-ftuħ għal kompetizzjoni l-iktar wiesgħa jista' madankollu jintlaħqu biss jekk l-operaturi ekonomiċi li jipparteċipaw fil-kuntratt pubbliku jkunu f'pożizzjoni ta'

35 — Ara, fost oħrajn, is-sentenzi Fabricom (C-21/03 u C-34/03, EU:C:2005:127, punt 27 u l-ġurisprudenza ċċitata) u Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punt 30).

36 — Ara f'dan is-sens, is-sentenzi Fabricom (C-21/03 u C-34/03, EU:C:2005:127, punt 26) u Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punt 45 u l-ġurisprudenza ċċitata).

37 — Ara f'dan is-sens, is-sentenzi Il-Kummissjoni vs CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punt 110) u eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 33).

38 — Ara f'dan is-sens, is-sentenzi SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, punti 33 u 34), Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punt 45 u l-ġurisprudenza ċċitata) u d-digriet Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi (C-502/11, EU:C:2012:613, punt 38). Enfażi miżjuda minni.

39 — Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, punt 26) u CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punt 37).

40 — Sentenza CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punt 37). Fil-każ ta' proċeduri nnegozjati, ir-rekwiżit ta' kompetizzjoni "adegwata" hija, barra minn hekk, enfasizzata b'mod espliċitu fl-Artikolu 54(3) tad-Direttiva 2004/17, imsemmi fil-punt 9 ta' dawn il-konklużjonijiet.

41 — Ara f'dan is-sens, is-sentenza Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punt 29).

ugwaljanza, mingħajr ebda diskriminazzjoni [42]. Peress li l-promozzjoni ta' kompetizzjoni effettiva hija parti mill-għan iktar wiesgħa tal-promozzjoni ta' kompetizzjoni li, qabel ma tkun effettiva, għandha tkun b'saħħitha, dak li tfittex li tilħaq huwa neċessarjament limitat mill-osservanza tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti [43].

60. F'dan ir-rigward, għandu jiġi rrilevat ukoll li, kif enfasizzaw uħud mill-intervenjenti, il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament tal-offerenti jista' jgawdi rwol fundamentali qabel l-għoti tal-kuntratt, meta d-diversi offerenti jitpoġġew f'kompetizzjoni bejniethom. Ladarba l-kuntratt jingħata, l-interess jikkonċentra mill-banda l-oħra fuq l-implementazzjoni tal-kuntratt. F'tali kuntest, avvenimenti, bħal bidla fil-grupp li jkun ingħata l-kuntratt, ma jqajmux, bħala prinċipju, kwistjonijiet li jirrigwardaw l-ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti, iżda pjuttost kwistjonijiet li jirrigwardaw bidla eventwali fit-termini essenzjali tal-kuntratt ikkonċernat [44] jew it-tqegħid fil-perikolu tal-eżekuzzjoni tajba tiegħu [45].

61. Huwa fid-dawl ta' dawn il-prinċipji li hemm lok li jiġu analizzati l-limiti, stabbiliti mill-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament f'każ bħal dan, għall-possibbiltà li awtorità kontraenti tawtorizza, qabel l-għoti ta' kuntratt, operatur ekonomiku li inizjalment ma kienx ġie ppreselezzjonat sabiex jissuċċedi lil operatur ieħor, b'mod partikolari lill-grupp ippreselezzjonat li minnu kien jifforma parti.

3. Fuq il-possibbiltà li operatur ekonomiku li ma kienx ippreselezzjonat jiġi awtorizzat jissuċċedi lil operatur ieħor fi proċedura għall-għoti ta' kuntratti

62. Jidher li l-intervenjenti jaqblu li, bħala prinċipju, fis-sejħiet għal offerti bi preselezzjoni, huma biss l-offerenti li kienu ppreselezzjonati li jistgħu jippreżentaw offerti u, għalhekk, jistgħu jingħataw il-kuntratt.

63. Jiena naqbel ma' dan l-approċċ, li, kif ġustament enfasizzat MTHZ, għandu bażi legali espliċita fl-Artikolu 51(3) tad-Direttiva 2004/17. Fil-fatt, din id-dispożizzjoni, billi tipprovdi li l-awtoritajiet kontraenti "għandhom jivverifikaw li l-offerti sottomessi mill-persuni li jagħmlu l-offerti *magħżula* jikkonformaw", tippreżupponi li l-operaturi ppreselezzjonati u l-operaturi li jippreżentaw l-offerti huma identiċi [46]. Għalhekk il-prinċipju huwa li għandu jkun hemm identiċità legali u materjali bejn l-operatur ekonomiku ppreselezzjonat u dak li jippreżenta l-offerta u li lilu l-kuntratt jista' jingħata eventwalment.

64. F'dan ir-rigward, għandu jiġi speċifikat li, għall-kuntrarju ta' dak sostnut mill-Kummissjoni fis-seduta, fl-opinjoni tiegħi, ma hemmx dubju li, f'dan il-każ, ma teżisti ebda identiċità la legali u lanqas materjali bejn il-grupp ikkostitwit fil-forma ta' I/S u Aarsleff. Fil-fatt, minkejja li Aarsleff kienet waħda mis-soċji tal-I/S, ma hemmx dubju li hija tikkostitwixxi persuna ġuridika materjalment u legalment distinta mill-grupp li minnu kienet tifforma parti.

42 — Ara l-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Léger fil-Kawżi magħquda Fabricom (C-21/03 u C-34/03, EU:C:2004:709, punt 22) kif ukoll il-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Poiares Maduro fil-Kawża Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544, punt 23).

43 — Ara, f'dan is-sens, il-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Poiares Maduro fil-Kawżi magħquda La Cascina *et* (C-226/04 u C-228/04, EU:C:2005:524, punt 26).

44 — Ara s-sentenza Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punti 40 *et seq*).

45 — F'dan ir-rigward, għandu jiġi rrilevat li d-Direttiva 2014/25 tirregola b'mod espliċitu, fl-Artikolu 89(1)(d)(ii) tagħha, il-każ ta' tibdil ta' kuntrattur wara l-għoti tal-kuntratt. Din id-dispożizzjoni tipprovdi li ma huwiex neċessarju li jsir għoti tal-kuntratt mill-ġdid b'mod partikolari meta kuntrattur ġdid jissostitwixxi lil dak li l-awtorità kontraenti inizjalment tagħtu l-kuntratt wara "suċċessjoni universali jew parzjali fil-pożizzjoni tal-kuntrattur inizjali, wara ristrutturar korporattiv, inkluż teħid ta' pussess, amalgamazzjoni u akkwist jew insolvenza, ta' operatur ekonomiku ieħor li jissodisfa l-kriterji tal-għażla kwalitattiva stabbiliti inizjalment, dment li dan ma jwassalx għal modifiki sostanzjali oħra għall-kuntratt u ma jkunx immirat lejn iċ-ċirkomvenzjoni tal-applikazzjoni ta[d-]Direttiva".

46 — Fil-kuntest tal-leġiżlazzjoni dwar il-proċeduri nnegozjati b'sejħa għal kompetizzjoni minn qabel, l-Artikolu 47(2) tad-Direttiva 2014/25 huwa iktar ċar f'dan ir-rigward, peress li jipprovdi li "[h]uma biss dawk l-operaturi ekonomiċi li ġew mistiedna mill-entità kontraenti wara l-valutazzjoni tagħha tal-informazzjoni pprovduta li jistgħu jipparteċipaw fin-negozjati".

65. Wara li ġie ċċarat dan, tqum il-kwistjoni jekk, fid-dawl tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament kif interpretat fil-punti 55 sa 59 ta' dawn il-konklużjonijiet, il-prinċipju tal-identiċità neċessarja bejn l-offerent ippreselezzjonat u dak li jippreżenta l-offerta jammettix eċċezzjonijiet, b'mod partikolari f'ċirkustanzi bħal dawk inkwistjoni fil-kawża prinċipali.

66. Issa fl-opinjoni tiegħi, l-imsemmi prinċipju ma jistax ikollu portata assoluta u jkun mingħajr eċċezzjonijiet. Inqis li huwa possibbli li jkun hemm każijiet, minkejja li huma limitati, li fihom bidla fl-identità ta' offerent matul il-proċedura għandha tkun aċċettata, b'mod partikolari b'riferiment għar-rekwiżit li jkun ippreżervat il-ftuħ għal kompetizzjoni l-iktar wiesgħa fil-kuntest ta' proċedura għall-għoti ta' kuntratt.

67. Madankollu, kif irrilevajt fil-punt 59 ta' dawn il-konklużjonijiet, peress li tali rekwiżit huwa llimitat bl-osservanza tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament, awtorità kontraenti ma tistax tiddiskrimina bejn offerenti billi tressaq bħala ġustifikazzjoni r-rekwiżit ta' ftuħ massimu għal kompetizzjoni tal-proċedura għall-għoti ta' kuntratt. Eċċezzjonijiet eventwali għall-prinċipju tal-korrispondenza bejn offerent ippreselezzjonat u offerent li jippreżenta l-offerta – li għalihom, barra minn hekk, bħala eċċezzjonijiet għal prinċipju li għandu portata ġenerali japplika approċċ restrittiv[47] – isibu għalhekk limitu assolut fl-osservanza tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-offerenti.

68. Issa li ġew stabbiliti dawn il-prinċipji, għandu jiġi mistoqsi liema approċċ *in concreto* jippermetti l-aħjar rikonċiljazzjoni tar-rekwiżiti – li, f'każ bħal dak inkwistjoni fil-kawża prinċipali, donnu jistgħu jkunu kunfliġġenti – li jirriżultaw mill-osservanza stretta tal-ugwaljanza tal-opportunitajiet bejn l-offerenti u l-ftuħ massimu għal kompetizzjoni.

69. Kull wieħed mill-intervenjenti jipproponi approċċ differenti.

70. Qabel xejn, għar-raġunijiet li għadni kif esponejt fil-punt 66 ta' dawn il-konklużjonijiet, jiena ser neskludi approċċ, bħal dak li donnu huwa propost minn MTHZ, fis-sens li qatt ma għandu jkun hemm eċċezzjonijiet għall-prinċipju tal-korrispondenza bejn l-operatur ippreselezzjonat u l-operatur li jippreżenta l-offerta.

71. Fir-rigward tal-Kummissjoni, hija tqis essenzjalment li, jekk l-operatur li ma kienx ippreselezzjonat – b'mod partikolari f'dan il-każ, il-membru li jkun baqa' mill-grupp – jissodisfa l-ispeċifikazzjonijiet tal-kuntratt, il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament ma jipprekludix li l-awtorità kontraenti tawtorizzah ikompli l-proċedura. Madankollu, tali soluzzjoni ma tippermettix li jiġi żgurat li r-rekwiżit ta' ugwaljanza tal-opportunitajiet bejn l-offerenti jkun strettament iggarantit.

72. Huwa minnu li l-fatt li l-operatur il-ġdid josserva l-ispeċifikazzjonijiet tal-kuntratt[48] jikkostitwixxi rekwiżit neċessarju sabiex ma jkunx hemm diskriminazzjoni bejn l-offerenti. Madankollu, dan il-fatt biss ma jeskludix, bħala tali, li jiġi ggarantit li, billi jkun ġie awtorizzat jipparteċipa fis-sejħa għal offerti f'mument sussegwenti meta mqabbel mal-offerenti l-oħra, l-operatur il-ġdid ma jibbenefikax minn vantaġġi kompetittivi, fil-mument li huwa jidħol fil-proċedura. Tali vantaġġi jistgħu, pereżempju, jikkonsistu fil-konoxxenza ta' informazzjoni li minnha l-offerenti l-oħra ma bbenefikawx[49] meta huma ddeċidew li jipparteċipaw fil-proċedura għall-għoti ta' kuntratti[50].

47 — Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, punt 24) kif ukoll Pfeiffer *et* (C-397/01 sa C-403/01, EU:C:2004:584, punt 52 u l-ġurisprudenza ċċitata).

48 — Barra minn hekk, ma huwiex ċar jekk, skont din il-proposta, l-operatur il-ġdid għandux jissodisfa l-ispeċifikazzjonijiet tal-kuntratt fil-mument meta jseħħ it-tibdil jew jekk kellux jissodisfahom fil-mument li fih l-offerenti l-oħra kollha kienu ppreselezzjonati.

49 — Ara s-sentenza Fabricom (C-21/03 u C-34/03, EU:C:2005:127, punt 29), li fiha l-Qorti tal-Ġustizzja ħadet inkunsiderazzjoni eventwali vantaġġi kompetittivi minħabba informazzjoni li offerent setgħa jikseb fir-rigward tal-kuntratt pubbliku inkwistjoni.

50 — Barra minn hekk, għandu jiġi rrilevat li l-Kummissjoni stess tammetti fl-osservazzjonijiet tagħha li l-kriterju li hija tipproponi ma jippermettix li tiġi ggarantita l-ineżistenza f'kull każ ta' riskju ta' distorsjoni tal-kompetizzjoni.

73. Il-Gvern Daniż iqis li, f'każ bħal dan il-każ, il-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament ma jipprekludix li awtorità kontraenti tista' taċċetta l-bidla fl-identità ta' offerent bejn il-preselezzjoni u l-għoti tal-kuntratt jekk jiġu ssodisfatti żewġ kundizzjonijiet. L-ewwel nett, il-parti rimanenti tal-offerent li l-identità tagħha tkun inbidlet għandha tissodisfa waħedha r-rekwiżiti ta' kapaċità previsti għall-preselezzjoni u, it-tieni nett, il-bidla fl-identità tal-offerent ma għandhiex ikollha effett fuq iċ-ċirku tal-kandidati ppreselezzjonati, fis-sens li, anki li kieku l-parti rimanenti tal-offerent kienet ipparteċipat fil-preselezzjoni mill-bidu fil-forma l-ġdida, il-kandidati ppreselezzjonati kienu jkunu dejjem l-istess.

74. Madankollu, inqis li lanqas din is-soluzzjoni ma hija sodisfaċenti. Fil-fatt, l-ewwel kundizzjoni jidhirli li tikkorrispondi, essenzjalment, għal dik meħtieġa fis-soluzzjoni proposta mill-Kummissjoni. Fir-rigward tat-tieni kundizzjoni, ma naħsibx li huwa suffiċjenti li l-bidla suġġettiva ma jkollhiex effett fuq iċ-ċirku tal-kandidati ppreselezzjonati sabiex tiġi żgurata l-osservanza stretta tal-ugwaljanza tal-opportunitajiet bejn l-offerenti. Fil-fatt, għall-istess raġunijiet indikati fil-punt 72 ta' dawn il-konklużjonijiet, inqis li l-fatt li ebda wieħed mill-operaturi la kien indebitament eskluż mill-proċedura u lanqas indebitament aċċettat sabiex jipparteċipa fiha, filwaqt li huwa wkoll kundizzjoni neċessarja sabiex tiġi evitata d-diskriminazzjoni, ma huwiex suffiċjenti sabiex tiġi żgurata l-osservanza tar-rekwiżit ta' ugwaljanza tal-opportunitajiet bejn l-offerenti.

75. Fl-opinjoni tiegħi, fl-assenza ta' regoli espliċiti stabbiliti minn qabel mil-leġiżlatur jew mill-awtorità kontraenti, huwa opportun li l-entità kontraenti twettaq analiżi *in concreto*, każ b'każ, abbażi tal-elementi fattwali kollha li hija jkollha għad-dispożizzjoni tagħha, sabiex tivverifika jekk il-bidla suġġettiva inkwistjoni twassalx għal sitwazzjoni li fiha l-offerenti ma jkunux f'pożizzjoni ugwali matul il-proċedura għall-għoti ta' kuntratt, b'mod partikolari, iżda mhux biss, fil-formulazzjoni tal-offerti tagħhom. Din l-analiżi tfittex b'mod partikolari li jiġi vverifikat jekk din il-bidla tagħtix lok għal vantaġġ kompetittiv għall-offerent il-ġdid u b'hekk twassal għal distorsjoni tal-proċess kompetittiv.

76. Issa diversi eżempji ta' bidla suġġettiva huma prevedibbli *in abstracto* u ma huwiex neċessarju li jiġu analizzati f'dan il-kuntest. Ser nirrileva biss li, f'każ fejn il-bidla fl-identità suġġettiva għandha portata esklużivament formali u mhux materjali, għaliex tinvolvi biss, pereżempju, bidla tal-forma jew riorganizzazzjoni interna li ma għandhiex konsegwenzi sostanzjali[51], ikun improbabbli li tali bidla tista' toħloq sitwazzjoni li twassal għal inugwaljanza tal-opportunitajiet.

77. Madankollu, fl-opinjoni tiegħi, sitwazzjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li fiha grupp, ikkostitwit fil-forma legali ta' persuna ġuridika distinta mill-operaturi ekonomiċi li jagħmlu parti minnu, jiġi xolt u ssostitwit fil-proċedura mill-membru li jibqa' mill-grupp, ma tikkostitwixxix każ ta' bidla fl-identità suġġettiva li għandha portata esklużivament formali u mhux materjali.

78. F'dawn iċ-ċirkustanzi, inqis li hija l-qorti tar-rinviju li għandha, abbażi tal-elementi fattwali li jkollha għad-dispożizzjoni tagħha, tistabbilixxi *in concreto*, jekk, f'dan il-każ, id-deċiżjoni ta' Banedanmark tkunx wasslet għal ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament bejn id-diversi offerenti li pparteċipaw fil-proċedura u, b'mod partikolari, jekk Aarsleff, fil-mument li ġiet awtorizzata tissostitwixxi lill-IS fil-proċedura, ibbenefikatx minn vantaġġi kompetittivi meta mqabbla mal-offerenti l-oħra.

79. F'dan ir-rigward, abbażi tal-informazzjoni li għandha għad-dispożizzjoni tagħha fil-proċess il-Qorti tal-Ġustizzja, ser nagħmel biss il-kunsiderazzjonijiet segwenti.

51 — Ara b'analoġija, is-sentenza Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punti 43 sa 45).

80. Qabel xejn, il-qorti tar-rinviju tenfasizza li għandu jitqies li huwa stabbilit li, kieku Aarsleff ippreżentat att tal-kandidatura direttament minflok ma għamlet dan permezz tal-grupp li ġie xolt, hija kienet xorta waħda tiġi ppreselezzjonata. Madankollu, fl-opinjoni tiegħi, dan il-fatt ma jeskludix li, f'dan il-każ, jista' jkun li kien hemm ksur tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament. Il-kwistjoni deċiżiva f'din il-kawża ma hijiex daqshekk (jew biss) dik dwar jekk, ipotetikament, Aarsleff setgħetx tiġi ppreselezzjonata waħedha jew le, iżda jekk hija bbenefikatx minn trattament differenti li ħoloq vantaġġ kompetittiv favur tagħha, fil-mument fejn hija ġiet awtorizzata tipparteċipa waħedha fil-proċedura, mingħajr ma l-ewwel ġiet ippreselezzjonata.

81. Imbagħad, jidher li Aarsleff setgħet tiddeċiedi li tipparteċipa waħedha fis-sejħa għal offerti abbażi ta' informazzjoni li l-offerenti l-oħra ma kellhomx meta huma ddeċidew li jipparteċipaw f'din is-sejħa għal offerti[52]. B'mod partikolari, MTHZ argumenta li, meta Aarsleff, wara l-falliment ta' Pihl u għalhekk wara x-xoljiment tal-grupp, ġiet awtorizzata tieħu tali deċiżjoni, minn naħa, hija setgħet issir taf in-numru eżatt ta' impriżi li kienu qed jipparteċipaw f'din il-proċedura u li kienu ppreżentaw offerta u, min-naħa l-oħra, hija kienet taf li l-offerta ppreżentata mill-grupp li minnu Aarsleff kienet tifforma parti, kienet ġiet evalwata bħala t-tieni l-aħjar offerta. Barra minn hekk, ma' dawn iċ-ċirkustanzi kollha għandu jiżdied wkoll li, wara l-falliment ta' Pihl, Aarsleff kellha l-possibbiltà li tieħu iktar minn 50 impjegat ta' Pihl, fosthom persuni fundamentali għat-twettiq tal-proġett li kien is-suġġett tas-sejħa għal offerti[53].

82. Issa sitwazzjoni li fiha żewġ operaturi ekonomiċi, qabel il-bidu ta' proċedura għall-għoti ta' kuntratt, jiddeċiedu li joħolqu grupp li għandu bħala għan esklużiv il-parteċipazzjoni f'din il-proċedura, tippreżupponi li dawn iż-żewġ operaturi, wara li evalwaw l-opportunitajiet u r-riskji marbuta ma' dan il-proġett, ħadu d-deċiżjoni kummerċjali li jipparteċipaw flimkien fis-sejħa għal offerti u li jaqsmu l-benefiċċji u r-riskji. F'dawn iċ-ċirkustanzi, għandu jiġi analizzat *in concreto* jekk il-possibbiltà mogħtija lil wieħed minn dawn iż-żewġ operaturi, f'fażi sussegwenti tal-proċedura fejn l-elementi ta' inċertezza fir-rigward tal-iżvolġiment tal-proċedura huma inqas, li jibdel din id-deċiżjoni kummerċjali billi jiġi awtorizzat jipparteċipa waħdu fil-proċedura tagħtix lok għal trattament differenti fir-rigward tal-offerenti l-oħra u twassalx għal vantaġġi kompetittivi. Għandu jiġi vverifikat jekk tali deċiżjoni kummerċjali sussegwenti effettivament itteħditx abbażi ta' informazzjoni differenti minn dik li kellhom għad-dispożizzjoni tagħhom l-offerenti l-oħra meta huma ħadu d-deċiżjoni li jipparteċipaw fil-proċedura f'forma jew f'kompożizzjoni partikolari, mingħajr ma kellhom il-possibbiltà li jbiddluha sussegwentement.

V – **Konklużjoni**

83. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, nipproponi li l-Qorti tal-Ġustizzja tirrispondi għad-domanda preliminari magħmula mill-Klagenævnet for Udbud (bord tal-appell fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi) kif ġej:

1) L-Artikolu 51(3) tad-Direttiva 2004/17/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, li tikkoordina l-proċeduri ta' akkwisti ta' entitajiet li joperaw fis-setturi tas-servizzi tal-ilma, l-enerġija, t-trasport u postali, għandu jiġi interpretat fis-sens li, bħala prinċipju, għandha teżisti identiċità legali u materjali bejn l-operatur ekonomiku ppreselezzjonat fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt bi preselezzjoni u l-operatur ekonomiku li jippreżenta l-offerta fil-kuntest tal-istess proċedura.

52 — F'dan ir-rigward, ara n-nota ta' qiegħ il-paġna 49 ta' dawn il-konklużjonijiet.

53 — F'dan ir-rigward, huwa rilevanti li jiġi rrilevat li mill-komunikazzjoni mibgħuta mill-Banedanmark lill-offerenti l-oħra (imsemmija fil-punt 20 ta' dawn il-konklużjonijiet) jirriżulta li huwa ħa inkunsiderazzjoni dan il-fatt meta ddeċieda li jawtorizza lil Aarsleff tieħu post il-grupp li issa ġie xolt.

2) F'sitwazzjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li fiha żewġ operaturi ekonomiċi kkostitwixxew grupp fil-forma ta' kumpannija kummerċjali sabiex jipparteċipaw fi proċedura għall-għoti ta' kuntratti pubbliċi u wieħed minnhom, wara l-preselezzjoni tal-grupp, iżda qabel l-għoti tal-kuntratt, kien is-suġġett ta' proċedura ta' insolvenza b'tali mod li l-grupp ġie xolt, l-Artikolu 10 tad-Direttiva 2004/17 għandu jiġi interpretat fis-sens li hija l-awtorità kontraenti, abbażi ta' analiżi *in concreto*, ibbażata fuq l-elementi fattwali kollha li hija jkollha għad-dispożizzjoni tagħha, li għandha tivverifika jekk eventwali awtorizzazzjoni sabiex tkompli l-parteċipazzjoni fil-proċedura minflok il-grupp, mogħtija lill-membru li jibqa' minnu, li ma kienx ġie inizjalment ippreselezzjonat, twassalx għal sitwazzjoni li fiha l-offerenti ma jkunux f'pożizzjoni ta' ugwaljanza tal-opportunitajiet matul il-proċedura, b'mod partikolari fil-formulazzjoni tal-offerti tagħhom. Dan ikun speċifikament il-każ meta l-membru li jibqa' mill-grupp seta' jieħu deċiżjonijiet fil-kuntest tal-proċedura għall-għoti ta' kuntratt abbażi ta' informazzjoni li l-offerenti l-oħra ma kellhomx fil-mument li fih huma kellhom jieħdu l-istess deċiżjoni u meta huwa kellu l-possibbiltà, wara l-ftuħ tal-proċedura, li jakkwista elementi fundamentali għat-twettiq tal-proġett li huwa ma kellux fil-mument li fih huwa kellu jiġi ppreselezzjonat.