



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 25 listopada 2015 r.¹

Sprawa C-396/14

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Klagenævnet for Udbud (komisję odwoławczą do spraw zamówień publicznych, Dania)]

Odesłanie prejudycjalne — Artykuł 267 TFUE — Właściwość Trybunału — Status „sądu” organu odsyłającego — Niezawisłość — Dyrektywa 2004/17/WE — Zamówienia publiczne — Procedura negocjacji — Zasada równego traktowania — Zmiany w grupie wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — Udzielenie zamówienia spółce, która nie została wybrana w ramach preselekcji

1. Czy w sytuacji gdy grupa wykonawców została dopuszczona po preselekcji i przedstawiła ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie, przed udzieleniem zamówienia publicznego, grupa ta uległa rozwiązaniu ze względu na upadłość jednego z dwóch jej członków, instytucja zamawiająca może, w świetle zasady równego traktowania, zezwolić drugiemu członkowi grupy, który nie przedłożył jako taki kandydatury i nie został w związku z tym wybrany w ramach preselekcji, na udział w tym postępowaniu, a w rezultacie udzielić mu zamówienia?

2. Taka jest zasadnicza treść bezprecedensowego pytania postawionego Trybunałowi przez Klagenævnet for Udbud (komisję odwoławczą ds. zamówień publicznych w Danii) w ramach sporu pomiędzy spółkami MT Højgaard A/S i Züblin A/S (zwanymi dalej łącznie „MTHZ”), grupą wykonawców uczestniczącą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a Banedanmark, zarządcą infrastruktury kolejowej w Danii i instytucją zamawiającą w tymże postępowaniu. MTHZ utrzymuje przed sądem odsyłającym, że zezwalając spółce Per Aarsleff A/S (zwanej dalej „Aarsleff”) – pozostałemu członkowi grupy, która uległa rozwiązaniu w trakcie postępowania – na uczestnictwo w procedurze przetargowej w miejsce rzeczony grupy, pomimo że Aarsleff nie została wybrana w ramach preselekcji, Banedanmark naruszył zasadę równego traktowania ustanowioną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE².

3. W niniejszej sprawie w pierwszym rzędzie zwrócił się do Trybunału rząd duński o wskazanie powodów, dla których Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) stanowi sąd w rozumieniu art. 267 TFUE. W dalszej kolejności, jeśli chodzi o merytoryczną odpowiedź na pytanie przedstawione przez sąd odsyłający, Trybunał będzie musiał znaleźć właściwą równowagę między interesem publicznym instytucji zamawiających, aby postępowanie o udzielenie

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1).

zamówienia publicznego charakteryzowało się jak najszerszym otwarciem na konkurencję, zapewniając możliwie największy udział oferentów w procedurze przetargowej, a interesem – a raczej prawem – wszystkich oferentów uczestniczących w przetargu, aby ich udział w postępowaniu odbywał się w pełnym poszanowaniu zasady równych szans wszystkich oferentów.

I – Ramy prawne

A – Prawo Unii

4. Zamówienie będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dotyczy budowy linii kolejowej i podlega w konsekwencji przepisom dyrektywy 2004/17, powszechnie określonej jako „dyrektywa sektorowa”.

5. Motyw 9 dyrektywy 2004/17 stanowi, że „[w] celu zagwarantowania otwarcia zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach [...] transportu [...] na konkurencję zalecane jest opracowanie przepisów dotyczących koordynacji przez Wspólnotę zamówień powyżej określonej wartości. Koordynacja taka oparta jest na wymaganiach wynikających z art. 14, 28 i 49 traktatu WE oraz z art. 97 traktatu Euratom, to znaczy na zasadzie równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem [...]. Z uwagi na charakter sektorów objętych taką koordynacją powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwić maksymalną elastyczność [...]”.

6. Artykuł 10 dyrektywy 2004/17, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi, że „[p]odmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.

7. Artykuł 11 ust. 2 tej dyrektywy stanowi, że „[g]rupy wykonawców mogą składać oferty lub kandydować. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału podmioty zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określaną formę prawną, jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi, w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie, w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia”.

8. Artykuł 51 dyrektywy 2004/17, zatytułowany „Postanowienia ogólne”, stanowiący część rozdziału VII, zatytułowanego „Przeprowadzanie postępowania”, stanowi:

„1. W celu kwalifikacji uczestników do procedury udzielania zamówienia podmioty zamawiające:

- a) po określeniu zasad i kryteriów wykluczenia oferentów lub kandydatów zgodnie z postanowieniami art. 54 ust. 1, ust. 2 lub ust. 4 powinny wykluczyć wykonawców, którzy spełniają te zasady i kryteria;
- b) powinny dokonać kwalifikacji oferentów i kandydatów zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami określonymi zgodnie z art. 54;
- c) w przypadku procedury ograniczonej oraz procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem w uzasadnionych przypadkach powinny zmniejszyć – zgodnie z art. 54 – liczbę kandydatów zakwalifikowanych zgodnie z lit. a) i b).

[...]

3. Podmioty zamawiające powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom stosowanym do zamówień na podstawie kryteriów określonych w art. 55 i 57”.

9. Artykuł 54 dyrektywy 2004/17 przewiduje dyscyplinę w zakresie przestrzegania kryteriów wyboru jakościowego, które zostały ustanowione dla podmiotów zamawiających, a ostatnie zdanie jego ust. 3 stanowi, że w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej „liczba zakwalifikowanych kandydatów powinna [...] zapewniać odpowiedni poziom konkurencji”.

10. Dyrektywa 2004/17 zostanie z dniem 18 kwietnia 2016 r. uchylona dyrektywą 2014/25/UE³.

B – Prawo duńskie

11. Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) została ustanowiona na mocy lov nr 344 om Klagenævnet for Udbud (ustawy nr 344 w sprawie komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) z dnia 6 czerwca 1991 r. Jej organizacja i działalność podlegają przepisom lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (ustawy nr 492 w sprawie wykonania przepisów dotyczących zamówień publicznych) z dnia 12 maja 2010 r., ze zmianami (zwanej dalej „ustawą w sprawie zamówień publicznych”, a także bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (rozporządzenia nr 887 w sprawie komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) z dnia 8 sierpnia 2011 r., ze zmianami.

12. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (ustawa w sprawie niektórych rodzajów działalności gospodarczej), opublikowana w ramach rozporządzenia ujednocniającego nr 1295 z dnia 15 listopada 2011 r., definiuje w art. 2 akapit pierwszy pojęcie „interessentskab” (spółki jawnej, zwanej dalej „I/S”) jako „przedsiębiorstwo, w którym wszyscy wspólnicy odpowiadają za swe zobowiązania osobiście, w sposób nieograniczony i solidarnie”. I/S jest samodzielną osobą prawną posiadającą zdolność prawną.

II – Okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym, postępowanie krajowe i pytanie prejudycjalne

13. W styczniu 2013 r. Banedanmark opublikował, na podstawie dyrektywy 2004/17, ogłoszenie o zamówieniu publicznym w trybie procedury negocjacyjnej dotyczącym realizacji projektu zwanego „TP 4 Urban Tunnels” w ramach budowy nowej linii kolejowej między Kopenhagą (Dania) a Ringsted (Dania).

14. Ze specyfikacji warunków tego zamówienia wynika, że w ramach wszczętego postępowania złożone oferty były składane trzykrotnie oraz że po dwóch pierwszych złożeniach ofert miały miejsce negocjacje, a trzecia i ostatnia prezentacja ofert miała prowadzić do udzielenia zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu sprecyzowano również, że Banedanmark zamierza zaprosić do złożenia ofert 4–6 kandydatów oraz że w przypadku gdyby kandydatów było więcej niż sześciu, przeprowadzi on preselekcję opartą na referencjach z podobnych prac. Nie przewidziano żadnego minimalnego wymogu dla celów preselekcji.

15. Banedanmark dokonał preselekcji, którą przeszło wszystkich pięciu wykonawców, którzy przedstawili swoje kandydatury. Jednakże w czerwcu 2013 r. jedno z przedsiębiorstw się wycofało i w ten sposób pozostało jedynie czterech oferentów.

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17 (Dz.U. L 94, s. 243).

16. Wśród nich znajdowała się grupa składająca się ze spółek E. Pihl & Søn A/S (zwana dalej „Pihl”) oraz Aarsleff, która zgłosiła się do preselekcji jako konsorcjum w formie I/S, zwane „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S”. Pihl i Aarsleff należały do największych przedsiębiorstw budowlanych w Danii. W dniu 26 sierpnia 2013 r. Pihl i Aarsleff zawarły umowę o utworzeniu I/S.

17. Jednakże również w dniu 26 sierpnia 2013 r. został wydany wyrok stwierdzający upadłość Pihl. Banedanmark został poinformowany o tym fakcie po południu tego samego dnia i natychmiast przedstawił Aarsleff pytania dotyczące skutków owej upadłości dla toczącego się postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego.

18. Pomimo ogłoszenia upadłości mającego miejsce dzień wcześniej I/S przedstawiła w dniu 27 sierpnia 2013 r. pierwszą ofertę, podpisaną przez Aarsleff i Pihl, a nie przez jej syndyka masy upadłościowej.

19. Po obszernej wymianie korespondencji z Aarsleff dotyczącej kwestii skutków upadłości Pihl w dniu 15 października 2013 r. Banedanmark poinformował wszystkich oferentów o swojej decyzji w sprawie zezwolenia Aarsleff na kontynuowanie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób samodzielny, pomimo upadłości Pihl.

20. W swoim powiadomieniu Banedanmark uzasadnił swoją decyzję faktem, że Aarsleff spełnia wymogi uczestnictwa w przetargu bez technicznych i ekonomicznych możliwości Pihl oraz że uczestnictwo Pihl w grupie nie było decydujące dla dopuszczenia jej do udziału w przetargu. W powiadomieniu tym Banedanmark podkreślił również, że Pihl nie zostanie zastąpiona przez nowego oferenta w ramach grupy i że wybrani oferenci pozostaną w związku z tym niezmienni, jako że nie zezwolono na udział w postępowaniu przetargowym żadnego nowego podmiotu. Banedanmark podkreślił ponadto, że Aarsleff przejęła ponad 50 pracowników od Pihl po wszczęciu postępowania upadłościowego, w tym również osoby o centralnym znaczeniu dla realizacji projektu, którego dotyczył przetarg.

21. Następnie Aarsleff przedstawiła drugą ofertę w swym własnym imieniu i poinformowała, że czyni to działając w charakterze następcy grupy utworzonej wraz z Pihl, a ponadto że syndyk masy upadłościowej nie wypowiedział się w kwestii tego, czy zamierza kontynuować umowę założycielską grupy, w związku z czym Aarsleff rozwiązała tę umowę. Po dokonaniu oceny drugich ofert Banedanmark wybrał zgodnie z warunkami ogłoszenia o zamówieniu trzy najkorzystniejsze finansowo oferty i zażądał od trzech wybranych oferentów przedstawienia trzeciej i ostatniej oferty. Wśród nich znajdowały się oferty Aarsleff oraz MTHZ. W dniu 12 grudnia 2013 r. złożona została ostatnia oferta.

22. W dniu 20 grudnia 2013 r. Banedanmark poinformował trzech wybranych oferentów, że postanowił udzielić zamówienia Aarsleff, której oferta była ogólnie najkorzystniejsza pod względem jakości i ceny.

23. W następstwie tej decyzji MTHZ, po pierwsze, wniosła do sądu odsyłającego o stwierdzenie, że umożliwiając Aarsleff uczestnictwo w przetargu zamiast grupy, którą utworzyła wraz z Pihl, pomimo że nie została ona wybrana w preselekcji, Banedanmark naruszył zasady równego traktowania i przejrzystości ustanowione w art. 10 dyrektywy 2004/17. Po drugie, MTHZ zażądała uchylecia decyzji o udzieleniu zamówienia Aarsleff.

24. Z postanowienia odsyłającego wynika, że decyzją z dnia 28 stycznia 2014 r. sąd odsyłający odmówił przyznania odwołaniu wniesionemu przez MTHZ skutku zawieszającego z tego względu, że warunek pilnego charakteru nie został spełniony. W postanowieniu tym sąd odsyłający uznał jednak, że przesłanka *fumus boni iuris* została spełniona, ponieważ rozpatrzenie odwołania pozwoliło *prima facie* na stwierdzenie, iż wniosek o uchylenie decyzji Banedanmark przedstawiony przez MTHZ zostanie prawdopodobnie uwzględniony. W tym względzie sąd odsyłający zauważył przede wszystkim, że należy odróżnić sytuację, w której zmiana w grupie wykonawców następuje przed udzieleniem zamówienia, od

sytuacji, w której zmiana ta ma miejsce po udzieleniu zamówienia. Stwierdził on następnie, iż fakt dokonania przez podmiot zamawiający preselekcji grupy nie oznacza, że każdy z jej członków został wybrany indywidualnie, i to niezależnie od tego, że na podstawie kandydatów podmiot zamawiający jest w stanie stwierdzić, że każdy z członków grupy spełnia wymagane warunki.

25. W swoim postanowieniu odsyłającym *Klagenævnet for Udbud* (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) stwierdza przede wszystkim, że w prawie duńskim nie istnieje żaden przepis zabraniający zmiany w składzie grupy przedsiębiorstw biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mającej miejsce po złożeniu ofert. Organ ten wskazuje następnie, że w ogłoszeniu o zamówieniu *Banedanmark* nie określił minimalnych warunków jakościowych dotyczących zdolności technicznych oferentów i powinien on przeprowadzić ocenę jakościową kandydatów jedynie wówczas, gdyby było ich więcej niż sześciu. W tej sytuacji na podstawie dostępnych informacji dotyczących *Aarsleff* należy uznać, że spółka ta zostałaby wybrana w ramach preselekcji, również gdyby bezpośrednio przedstawiła kandydaturę zamiast dokonania tego za pośrednictwem grupy utworzonej wraz z *Pihl*.

26. *Klagenævnet for Udbud* (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) ma jednak wątpliwości co do zgodności przeprowadzonego postępowania z zasadą równego traktowania. W tych okolicznościach postanowiła ona zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasadę równego traktowania ustanowioną w art. 10 dyrektywy 2004/17 [...] w połączeniu z art. 51 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji tego rodzaju jak w postępowaniu głównym stoi ona na przeszkodzie udzieleniu przez podmiot zamawiający zamówienia publicznego oferentowi, który nie przedłożył kandydatury w ramach preselekcji i który w związku z tym nie przeszedł preselekcji został wybrany w ramach preselekcji?”.

III – Postępowanie przed Trybunałem

27. Postanowienie odsyłające wpłynęło do Trybunału w dniu 20 sierpnia 2014 r. MTHZ, rząd duński i Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie, a także zabrały głos na rozprawie w dniu 8 września 2015 r.

IV – Ocena prawna

28. Przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie prejudycjalne przedstawione przez sąd odsyłający należy tytułem wstępu zająć się kwestią podniesioną przez rząd duński, dotyczącą właściwości Trybunału.

A – W przedmiocie właściwości Trybunału

29. Według rządu duńskiego pomimo że w wyroku *Unitron Scandinavia* i 3-S⁴ Trybunał stwierdził już, że organ odsyłający w tamtej sprawie, a mianowicie *Klagenævnet for Udbud* (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych), stanowi „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE, w świetle elementów uwzględnionych przez Trybunał w ostatnio wydanym wyroku *TDC*⁵, w którym pojawił się problem

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Zobacz w szczególności pkt 15, który odsyła do pkt 17 i 18 opinii rzecznika generalnego S. Albera w tej samej sprawie (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

ustalenia charakteru organu sądowego innej komisji odwoławczej prawa duńskiego, a mianowicie Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji), konieczne byłoby wyjaśnienie, czy i z jakich powodów Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) może zostać uznana za sąd.

30. W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem przy ustalaniu, czy organ odsyłający ma charakter „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, co stanowi kwestię regulowaną wyłącznie prawem Unii, Trybunał bierze pod uwagę szereg okoliczności, takich jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość⁶.

31. W odniesieniu do kryteriów dotyczących podstawy prawnej istnienia organu odsyłającego, jego stałego lub tymczasowego charakteru, kontradiktoryjności postępowania, a także stosowania przez ten organ przepisów prawa akta sprawy nie zawierają żadnej informacji podważającej to, że Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, uznanym przez Trybunał w ww. wyroku *Unitron Scandinavia* i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Na podstawie informacji przekazanych Trybunałowi w ramach niniejszego postępowania należy natomiast dokonać bardziej dogłębnej analizy kryteriów odnoszących się do obligatoryjnego charakteru jurysdykcji i niezawisłości, przy czym na podstawie tego ostatniego kryterium Trybunał odmówił uznania za sąd Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji) w wyroku *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. W pierwszej kolejności, co się tyczy obligatoryjnego charakteru jurysdykcji Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych), ograniczam się do stwierdzenia, że okoliczność, iż organ ten jest wyłącznie właściwy jedynie w tzw. okresie „standstill”⁷ i staje się alternatywnie właściwy względem sądów z końcem tego okresu, nie wydaje się podważać tego, że organ ten jest sądem.

33. Z orzecnictwa wynika bowiem, że istnienie alternatywnej wobec drogi sądowej w ścisłym znaczeniu drogi odwoławczej nie musi wykluczać konieczności zakwalifikowania organu, do którego zostało wniesione odwołanie alternatywne, jako „sądu jednego z państw członkowskich” w rozumieniu art. 267 TFUE, pod warunkiem że orzeczenie organu odsyłającego ma moc wiążącą – co nie zostało podane w wątpliwość w niniejszym przypadku⁸ – a rozpatrywany organ jest organem ustanowionym ustawą, którego właściwość nie zależy od woli stron⁹. Ponadto ponieważ odwołanie w postępowaniu głównym zostało wniesione w okresie standstill, jurysdykcja Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) miała na tamtą chwilę obligatoryjny charakter.

34. W drugiej kolejności, co się tyczy kryterium niezawisłości, należy przypomnieć, że pojęcie niezawisłości, które stanowi integralny element sądenia, wymaga przede wszystkim, by organ orzekający był podmiotem trzecim w stosunku do organu, który wydał zaskarżoną decyzję. Z orzecnictwa wynika, że pojęcie to zawiera aspekt zewnętrzny, który wymaga, by organ był chroniony przed ingerencją i naciskami zewnętrznymi mogącymi zagrozić niezależności osądu jego członków przy rozpatrywaniu przez nich sporów, oraz aspekt wewnętrzny, który łączy się z pojęciem bezstronności i dotyczy jednakowego dystansu do stron sporu i ich interesów w odniesieniu do jego przedmiotu. Takie gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia norm – w szczególności

6 — Zobacz m.in. wyroki: *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 21); *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, pkt 27).

7 — Zobacz art. 3 ust. 1 i 5 ust. 1 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych.

8 — Zgodnie z art. 13, 14 i 16–18 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) może w szczególności uchylać decyzje lub nielegalnie udzielone zamówienia, wydawać nakazy, nakładać sankcje finansowe, przyznawać odszkodowanie oraz unieważniać umowy.

9 — Zobacz wyrok *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 22, 23 i przytoczone tam orzecnictwo). Zobacz również dogłębna analiza orzecnictwa w tej kwestii zawarta w opinii rzecznika generalnego N. Jääskinen w tej samej sprawie (C-203/14, EU:C:2015:445, pkt 40 i nast.).

co do składu organu, mianowania, okresu trwania kadencji oraz powodów wyłączenia i odwołania jego członków – pozwalających wykluczyć, w przekonaniu podmiotów prawa, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz co do neutralności w odniesieniu do sprzecznych interesów¹⁰.

35. W wyroku TDC, na który powołał się rząd duński, Trybunał stwierdził, że Teleklagenævnet (komisja odwoławcza ds. telekomunikacji) nie jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, uznając, iż organ ten nie spełnia kryterium niezawisłości. Trybunał oparł tę ocenę na dwóch elementach. Po pierwsze, co się tyczy aspektu zewnętrznego niezawisłości, Trybunał zauważył, że chociaż przepisy duńskie przewidują specjalne zabezpieczenia w zakresie odwołania sędziów sądów powszechnych, warunki odwołania członków Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji) nie są przedmiotem szczególnych uregulowań, gdyż tylko ogólne zasady prawa administracyjnego i prawa pracy mają zastosowanie w razie nieprawidłowego odwołania¹¹. Po drugie, co się tyczy aspektu wewnętrznego niezawisłości, Trybunał uznał, że Teleklagenævnet (komisja odwoławcza ds. telekomunikacji) nie jest osobą trzecią w odniesieniu do wchodzących w grę interesów, stwierdzając, iż w razie wniesienia odwołania od jednej z jej decyzji do sądu powszechnego organ ten występuje w charakterze strony pozwanej¹².

36. Jednakże zgodnie z informacjami, którymi dysponuje Trybunał, żaden z elementów uwzględnionych przez Trybunał w wyroku TDC nie występuje w przypadku Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych).

37. Po pierwsze, co się tyczy aspektu wewnętrznego niezawisłości, rząd duński wyraźnie podkreślił, zarówno w swoich uwagach, jak i w trakcie rozprawy, że w odróżnieniu do Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji) Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) nie jest stroną w postępowaniach toczących się przed sądami powszechnymi przeciwko jej orzeczeniom. Nie ma w związku z tym powodu, aby wątpić, że jest ona podmiotem trzecim w odniesieniu do wchodzących w grę interesów.

38. Po drugie, co się tyczy aspektu zewnętrznego niezawisłości, należy zauważyć, że z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, iż istnieją znaczne różnice między Teleklagenævnet (komisją odwoławczą ds. telekomunikacji) a Klagenævnet for Udbud (komisją odwoławczą ds. zamówień publicznych) w odniesieniu do ich składu, gwarancji w przypadku odwołania ich członków oraz ich funkcjonowania.

39. I tak z odpowiednich przepisów ustawy o udzielaniu zamówień publicznych wynika, że Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) – która została utworzona między innymi w celu wdrożenia dyrektywy 89/665/EWG¹³ – składa się z prezesa, określonej liczby wiceprezesów (którzy stanowią prezydium), a także z określonej liczby członków będących ekspertami, mianowanych przez ministra działalności gospodarczej i wzrostu (Erhvervs- og vækstministeren) na okres do czterech lat¹⁴.

10 — Zobacz m.in. wyrok Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 49–53 i przytoczone tam orzecznictwo).

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

12 — Ibidem (pkt 37).

13 — Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33) ze zmianami.

14 — Zobacz art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o udzielaniu zamówień publicznych.

40. Jednak w odróżnieniu do Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji) w skład prezydium Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) powinni wchodzić sędziowie sądów rejonowych oraz sądów regionalnych¹⁵. Jak zauważył również Trybunał w wyroku TDC¹⁶, sędziowie ci korzystają ze szczególnej ochrony przed odwołaniem. Ochrona ta, mająca swoją podstawę w art. 64 konstytucji duńskiej, rozciąga się również – zgodnie z tym co zostało potwierdzone w trakcie rozprawy – również na prezydium komisji odwoławczej.

41. Ponadto z analizy przepisów ustawy wynika, że członkowie prezydium mogą odgrywać dużo większą rolę niż członkowie będący ekspertami przy wydawaniu orzeczeń przez Klagenævnet for Udbud (komisję odwoławczą ds. zamówień publicznych). W zwykły skład tego organu wchodzi bowiem członek prezydium działający w charakterze prezesa oraz jeden członek będący ekspertem. W przypadku równego rozkładu głosów przy wydawaniu orzeczenia decydujący jest głos prezesa¹⁷. Ponadto członkowie prezydium mogą podjąć pewne decyzje bez ingerencji członków będących ekspertami¹⁸ i ich rola w wydawaniu orzeczeń w sprawach bardziej złożonych lub wiążących się z zasadniczymi kwestiami jest najbardziej znacząca¹⁹.

42. Faktycznie w odniesieniu do niektórych członków Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych), a mianowicie członków będących ekspertami, tak jak i w odniesieniu do członków Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji), prawo duńskie nie wydaje się przewidywać szczególnych norm jeśli chodzi o ich odwołanie i wyłącznie ogólne przepisy prawa administracyjnego i prawa pracy mają zastosowanie w przypadku nieprawidłowego odwołania.

43. W tym względzie zauważam jednak, że choć w niektórych orzeczeniach Trybunał stwierdził, że aby uznać, iż organ odsyłający spełnia warunki dotyczące niezawisłości, orzecznictwo wymaga w szczególności, aby przesłanki odwołania członków tego organu były oparte na wyraźnych przepisach ustawowych²⁰, należy uznać, że w sprawach tych stwierdzenie braku takich przepisów stanowiło z pewnością istotny element oceny, choć wpisujący się w ramy analizy całościowej²¹ elementów charakteryzujących dany organ odsyłający. To właśnie w oparciu o analizę całościową wszystkich tych elementów Trybunał odmówił w tych sprawach uznania za sąd danych organów²². Ponadto w pewnych przypadkach, w szczególności w odniesieniu do organów krajowych odpowiedzialnych za rozpoznanie środków zaskarżenia w zakresie zamówień publicznych na podstawie dyrektywy 89/665, Trybunał uznał organ odsyłający za sąd, nie zastanawiając się nad kwestią istnienia takich przepisów²³.

15 — Zobacz art. 9 ust. 2 zdanie drugie ustawy o udzielaniu zamówień publicznych.

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

17 — Zobacz art. 10 ust. 4 zdanie pierwsze i art. 10 ust. 5 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych. Zgodnie z pierwszym przepisem, z zastrzeżeniem sytuacji opisanej w ust. 6 tego artykułu, jeden członek prezydium oraz jeden członek będący ekspertem biorą udział w rozpatrywaniu indywidualnej sprawy. Zgodnie z drugim przepisem Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) orzeka zwykłą większością głosów, a w razie równego rozkładu głosów prezes ma głos przeważający.

18 — Zobacz art. 10 ust. 6 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych.

19 — Zobacz art. 10 ust. 4 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych, zgodnie z którym prezes Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) może w szczególnych przypadkach zadecydować o zwiększeniu liczby członków prezydium i członków będących ekspertami uczestniczących w rozpatrywaniu sprawy. W takim przypadku liczba członków prezydium powinna odpowiadać liczbie członków będących ekspertami. Z powyższego przepisu, stosowanego w bardziej złożonych sprawach lub w sprawach wiążących się z zasadniczymi kwestiami, wynika, że również w takich mających szczególne znaczenie sprawach Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) będzie składała się z równej liczby członków prezydium oraz członków będących ekspertami, co oznacza, że z uwagi na to, iż głos prezesa jest decydujący, członkowie prezydium będą odgrywać przeważającą rolę przy podejmowaniu decyzji.

20 — Postanowienie Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, pkt 24 in fine); wyrok TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, pkt 32).

21 — Zobacz wyrok Syfait i in. (C-53/03, EU:C:2005:333, pkt 37).

22 — Zobacz ocena Trybunału w wyrokach: Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, pkt 37–43); Syfait i in. (C-53/03, EU:C:2005:333, pkt 30–37); w postanowieniu Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, pkt 25–30). Zobacz podobnie wyrok TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), w którym Trybunał oparł się na dwóch aspektach – wewnętrznym i zewnętrznym – aby stwierdzić brak niezawisłości Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji) (zob. pkt 35 niniejszej opinii).

23 — Zobacz w szczególności wyrok HI (C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 24–28).

44. W niniejszej sprawie należy zauważyć, że nie tylko znaczna część członków Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych), a w szczególności członkowie mogący odgrywać większą rolę w procesie orzeczniczym, jest objęta szczególną gwarancją w przypadku odwołania, a mianowicie gwarancją konstytucyjną, ale też z akt sprawy wynika, iż inne aspekty wzmacniają niezawisłość tego organu wobec ewentualnych nacisków i ingerencji z zewnątrz. Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) jest zatem podmiotem trzecim w stosunku do organu, który wydał decyzję zaskarżoną w postępowaniu głównym²⁴. W szczególności nie ma ona żadnego powiązania funkcjonalnego z Erhvervsstyrelsen (duńskim urzędem ds. przedsiębiorców), który obsługuje jej sekretariat, ani z instytucjami zamawiającymi, których akty zostały do niej zaskarżone²⁵. Ponadto Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) wykonuje swe funkcje całkowicie niezawisłe, nie podlegając żadnej hierarchii służbowej lub podporządkowaniu komukolwiek, i nie otrzymuje nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła²⁶. Wszyscy jej członkowie wykonują swoje zadania w sposób niezależny²⁷. Ponadto w zakresie, w jakim Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) może między innymi stwierdzić niezgodność z prawem decyzji lub udzielonych zamówień, a także wydawać nakazy w związku z udzielaniem zamówień, wykonuje ona zasadniczo funkcje sądowe²⁸.

45. Wreszcie należy przypomnieć, że w kwestii oceny statusu prawnego wymienionych w dyrektywie 89/665 organów krajowych odpowiedzialnych za rozpoznanie środków zaskarżenia w zakresie zamówień publicznych Trybunał potwierdził już status „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE wielu innych organów krajowych zasadniczo porównywalnych z organem odsyłającym w niniejszej sprawie²⁹.

46. W świetle wszystkich powyższych rozważań nie ma moim zdaniem potrzeby kwestionowania wniosku Trybunału zawartego w wyroku Unitron Scandinavia i 3-S, zgodnie z którym Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) stanowi „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE.

B – W przedmiocie pytania prejudycjalnego

47. Poprzez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy zasadę równego traktowania ustanowioną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tejże dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji tego rodzaju jak w postępowaniu głównym stoi ona na przeszkodzie udzieleniu przez podmiot zamawiający zamówienia publicznego oferentowi, który nie przedłożył kandydatury w ramach preselekcji i który w związku z tym nie został wybrany w ramach preselekcji.

48. Pytanie prejudycjalne wpisuje się w stan faktyczny, w którym grupa dwóch przedsiębiorstw utworzona w formie spółki handlowej, która została wybrana w ramach preselekcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uległa rozwiązaniu ze względu na upadłość jednego z dwóch jej członków, a instytucja zamawiająca zezwoliła drugiemu członkowi grupy na kontynuowanie uczestnictwa w postępowaniu zamiast tej grupy i w rezultacie udzieliła mu zamówienia, pomimo że członek ten nie został jako taki wybrany w ramach preselekcji. Taka jest właśnie „sytuacja tego rodzaju jak w postępowaniu głównym”, do której odniósł się sąd odsyłający w pytaniu prejudycjalnym.

24 — Zobacz wyrok Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).

25 — Zobacz a contrario wyrok Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, pkt 37–40).

26 — Zobacz wyrok Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).

27 — Zobacz art. 1 ust. 4 rozporządzenia nr 887 z dnia 11 sierpnia 2011 r. w sprawie komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych. W odniesieniu do znaczenia tego aspektu zob. wyrok Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 35).

28 — Zobacz wyrok Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 37).

29 — Zobacz wyrok Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

49. Pytanie prejudycjalne dotyczy zatem zasadniczo możliwości, w świetle zasady równego traktowania, zezwolenia przez instytucję zamawiającą członkowi grupy wykonawców, który nie został indywidualnie wybrany w ramach preselekcji, na wstąpienie w miejsce tej grupy do trwającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1. W przedmiocie obowiązujących przepisów prawnych

50. Należy przede wszystkim zauważyć, że dyrektywa 2002/17 nie zawiera żadnych szczególnych przepisów dotyczących zmiany składu grupy wykonawców.

51. Jedynym przepisem tej dyrektywy odnoszącym się do grupy wykonawców jest art. 11 ust. 2³⁰, który nie dotyczy jednak zmiany w jej zakresie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym w zakresie, w jakim dyrektywa ta nie zawiera żadnego przepisu regulującego takie zmiany, należy stwierdzić, że ich uregulowanie należy do kompetencji państw członkowskich³¹. W tych okolicznościach do ustawodawcy krajowego – w sposób ogólny – lub do instytucji zamawiającej – w konkretnym przypadku – należy ewentualnie ustanowienie norm w tym względzie³².

52. W tej kwestii należy również zauważyć, że w wyroku *Makedoniko Metro i Michaniki*³³ Trybunał orzekł, iż dyrektywa 93/37 w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane³⁴ nie stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu wprowadzającemu zakaz zmieniania składu grupy przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane po złożeniu oferty.

53. Jednakże w niniejszej sprawie z postanowienia odsyłającego wynika, po pierwsze, że ustawodawstwo duńskie nie przewiduje szczególnych zasad dotyczących zmiany składu grupy wykonawców, oraz po drugie, że instytucja zamawiająca również ich nie określiła w ogłoszeniu o zamówieniu.

54. W tej sytuacji dopuszczalność zmiany składu grupy wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie podlegać ogólnym zasadom prawa, które stanowią część porządku prawnego Unii, w tym w szczególności zasadom równego traktowania i przejrzystości zapisanym w art. 10 dyrektywy 2004/17, i będzie musiała mieścić się w granicach tych zasad.

2. W przedmiocie poszanowania zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

55. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmiennie nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione³⁵.

30 — Zobacz pkt 7 niniejszej opinii. Treść tego przepisu została powtórzona zasadniczo w art. 37 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/25.

31 — Zobacz analogicznie, w związku z dyrektywą Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), wyrok *Makedoniko Metro i Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, pkt 61).

32 — Przy ustanawianiu tych zasad ustawodawca lub instytucja zamawiająca powinni być w każdym przypadku zobowiązani do przestrzegania ogólnych zasad prawa. W tym względzie zob. motyw 9 dyrektywy 2004/17 oraz jeszcze bardziej jednoznaczny motyw 2 dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114). Zobacz także motyw 2 dyrektywy 2014/25.

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

34 — Zobacz przypis 31.

35 — Zobacz m.in. wyroki: *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo); *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 30).

56. Trybunał wielokrotnie orzekał, że zasada równego traktowania oferentów oraz ciążący na instytucjach zamawiających obowiązek zapewnienia ich poszanowania odpowiada podstawowym założeniom norm prawnych Unii w dziedzinie zamówień publicznych³⁶.

57. Zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju uczciwej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorcami uczestniczącymi w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu warunków swych ofert, czyli wymaga, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom³⁷. Z zasady tej wynika, że oferenci powinni znajdować się na równorzędnej pozycji *w trakcie całego postępowania*, zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające³⁸.

58. Trybunał orzekł rzeczywiście, że jednym z celów przepisów w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję i że w interesie prawa Unii leży zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów³⁹, oraz że to otwarcie na jak najszerszą możliwą konkurencję zostało wprowadzone nie tylko z uwagi na interes Unii w dziedzinie swobodnego przepływu towarów i usług, ale także z uwagi na własny interes zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dysponuje dzięki temu szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych wspólnot publicznoprawnych⁴⁰.

59. Jednakże w dziedzinie zamówień publicznych należy uwzględnić zarówno troskę o zapewnienie skutecznej konkurencji, jak i poszanowanie zasady równego traktowania oferentów. W związku z tym, chociaż Trybunał stwierdził, że zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić⁴¹, dążenie do celu polegającego na promowaniu jak najszerszej konkurencji i jego realizacja są możliwe jedynie wtedy, gdy podmioty gospodarcze uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynią to na równych zasadach i bez śladu dyskryminacji⁴². Ponieważ wspieranie skutecznej konkurencji stanowi element dalej idącego celu, jakim jest wspieranie konkurencji, która oprócz tego, że powinna być skuteczna, to przede wszystkim powinna być uczciwa, realizacja tego celu napotyka nieuchronnie na ograniczenie w postaci poszanowania zasady równego traktowania oferentów⁴³.

36 — Zobacz podobnie wyroki: *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 26); *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

37 — Zobacz podobnie wyroki: *Komisja/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110); *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).

38 — Zobacz podobnie wyroki: *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 33, 34); *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo); postanowienie *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, pkt 38). Podkreślenie moje.

39 — Zobacz podobnie wyroki: *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 26); *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 37).

40 — Wyrok *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 37). W procedurze negocjacyjnej wymóg „odpowiedniego” poziomu konkurencji został zresztą wyraźnie podkreślony w art. 54 ust. 3 dyrektywy 2004/17, przytoczonym w pkt 9 niniejszej opinii.

41 — Zobacz podobnie wyrok *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 29).

42 — Zobacz opinie rzecznika generalnego P. Légera w sprawach połączonych *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2004:709, pkt 22); a także opinie rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, pkt 23).

43 — Zobacz podobnie opinie rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawach połączonych *La Cascina i in.* (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2005:524, pkt 26).

60. W tym względzie należy również zauważyć, jak podkreślili niektórzy interwenienci, że zasada równego traktowania oferentów może odgrywać podstawową rolę przed udzieleniem zamówienia, wówczas gdy rozmaici oferenci konkurują ze sobą. Po udzieleniu zamówienia ważna staje się z kolei realizacja umowy. W tym kontekście zdarzenia takie jak zmiana w zakresie grupy, której udzielono zamówienia, nie wiążą się zasadniczo z kwestią równego traktowania oferentów, lecz raczej z kwestią ewentualnej zmiany podstawowych warunków danego zamówienia publicznego⁴⁴ lub narażenia na szwank jego właściwego wykonania⁴⁵.

61. To w świetle tych zasad należy zbadać ograniczenia ustanowione w ramach zasady równego traktowania w przypadku takim jak niniejszy, dotyczące możliwości zezwolenia przez instytucję zamawiającą, przed udzieleniem zamówienia, aby wykonawca, który nie został pierwotnie wybrany w ramach preselekcji, wstąpił w miejsce innego wykonawcy, czyli wybranej w ramach preselekcji grupy, do której on należał.

3. W przedmiocie możliwości zezwolenia, aby wykonawca, który nie został wybrany w ramach preselekcji, wstąpił w miejsce innego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

62. Interwenienci wydają się zgadzać, że zasadniczo w ramach procedur przetargowych z preselekcją jedynie oferenci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, mogą przedstawić oferty i w związku z tym można im udzielić zamówienia.

63. Podzielam takie podejście, które, jak podkreśliła słusznie MTHZ, znajduje w sposób wyraźny normatywną podstawę w art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17. Przepis ten bowiem, stanowiąc, że instytucje zamawiające „powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez *zakwalifikowanych oferentów* odpowiadają [zasadom i wymogom stosowanym do zamówień]” zakłada, że zakwalifikowany wykonawca oraz wykonawca, który składa ofertę, są tożsami⁴⁶. Zasadą jest zatem, że zakwalifikowany wykonawca oraz wykonawca, który składa ofertę i któremu będzie można ewentualnie udzielić zamówienia, powinni być z punktu widzenia prawnego i materialnego tożsami.

64. W tym względzie należy uściślić, że wbrew temu, co twierdziła Komisja podczas rozprawy, nie ulega moim zdaniem wątpliwości, że w niniejszej sprawie grupa utworzona w formie I/S oraz Aarsleff nie są w jakikolwiek sposób prawnie lub materialnie tożsame. W istocie, pomimo że Aarsleff była jednym ze współników I/S, nie ulega wątpliwości, że jest ona osobą prawną materialnie i prawnie odrębną od grupy, do której należała.

65. Po tym wyjaśnieniu pojawia się pytanie, czy w świetle zasady równego traktowania w jej wykładni przedstawionej w pkt 55–59 niniejszej opinii dopuszczalne są wyjątki od zasady, że zakwalifikowany oferent oraz oferent, który składa ofertę, w szczególności w okolicznościach takich jak te zachodzące w postępowaniu głównym, muszą być tożsami.

44 — Zobacz wyrok Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 40 i nast.).

45 — W tym względzie należy podkreślić, że dyrektywa 2014/25 reguluje w sposób wyraźny, w art. 89 ust. 1 lit. d) ppkt (ii), przypadek zmiany wykonawcy po udzieleniu zamówienia. Przepis ten przewiduje, że przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia nie jest konieczne w szczególności w przypadku, gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu podmiot zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, „w wyniku sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania [...] dyrektywy”.

46 — W ramach uregulowania procedur negocjacyjnych z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie art. 47 ust. 2 nowej dyrektywy 2014/25 jest jeszcze bardziej wyraźny w tym względzie, gdyż stanowi on, że „tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą, po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych informacji, mogą składać wstępne oferty stanowiące podstawę późniejszych negocjacji”.

66. Moim zdaniem zasada ta nie powinna mieć bezwzględnego zasięgu i być stosowana bez żadnych wyjątków. Uważam, że zmiana w zakresie tożsamości oferenta w trakcie postępowania powinna być dopuszczona, aczkolwiek w ograniczonych przypadkach, zwłaszcza w odniesieniu do wymogu zachowania jak najszerszego otwarcia na konkurencję w ramach postępowań o udzielenie zamówienia.

67. Jak podniosłem jednak w pkt 59 niniejszej opinii, ponieważ wymóg taki napotyka na ograniczenie w postaci poszanowaniu zasady równego traktowania, instytucja zamawiająca nie powinna dyskryminować oferentów, podając jako uzasadnienie wymóg maksymalnego otwarcia postępowania o udzielenie zamówienia na konkurencję. Ewentualne wyjątki od zasady, że zakwalifikowany oferent oraz oferent, który składa ofertę, powinni być tożsami – w odniesieniu do których zresztą, jako wyjątków od ogólnej zasady, należy przyjąć restrykcyjne podejście⁴⁷ – napotykają zatem na bezwzględne ograniczenie w postaci poszanowania zasady równego traktowania oferentów.

68. Po ustaleniu tych zasad należy zastanowić się, jakie podejście in concreto pozwala najlepiej pogodzić wymagania – które w przypadku takim jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym wydają się być sprzeczne – wynikające ze ścisłego przestrzegania zasady równości szans oferentów oraz maksymalnego otwarcia na konkurencję.

69. Każdy z interwenientów proponuje odmienne podejście.

70. Przede wszystkim, ze względów, które przedstawiłem w pkt 66 niniejszej opinii, skłaniam się do wykluczenia podejścia, za którym wydaje się opowiadać MTHZ, zgodnie z którym nie powinno być żadnych wyjątków od zasady, że zakwalifikowany oferent oraz oferent, który składa ofertę, powinni być tożsami.

71. Komisja ze swej strony wskazuje zasadniczo, że jeśli wykonawca, który nie został wybrany w ramach preselekcji – a mianowicie w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie drugi członek grupy – spełnia specyfikacje warunków zamówienia, zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca zezwoliła mu na udział w postępowaniu. Rozwiązanie takie nie pozwala jednak na zagwarantowanie, że wymóg równości szans oferentów będzie ściśle przestrzegany.

72. Wprawdzie okoliczność, że nowy wykonawca spełnia specyfikację warunków zamówienia⁴⁸, stanowi warunek niezbędny do zapewnienia, żeby nie dochodziło do dyskryminacji wśród oferentów, jednakże okoliczność ta sama w sobie nie gwarantuje, że nowy wykonawca, któremu zezwolono na uczestnictwo w przetargu w momencie późniejszym niż innym oferentom, nie będzie miał w chwili, w której przystąpi do postępowania, przewagi nad konkurencją. Przewaga ta może na przykład polegać na posiadaniu informacji, do których inni oferenci nie mieli dostępu⁴⁹, kiedy podjęli decyzję o uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁵⁰.

73. Rząd duński uważa, że w przypadku takim jak niniejszy zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca mogła zaakceptować zmianę tożsamości jednego z oferentów w okresie między preselekcją a udzieleniem zamówienia, jeśli spełnione są dwa warunki. Po pierwsze, drugi członek oferenta, którego tożsamość uległa zmianie, powinien samodzielnie

47 — Zobacz podobnie wyroki: *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 24); a także *Pfeiffer i in.* (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

48 — Nie jest zresztą jasne, czy zgodnie z tą propozycją nowy wykonawca powinien spełniać specyfikację warunków zamówienia w momencie, w którym miała miejsce zmiana, czy też powinien ją spełniać w momencie, w którym wszyscy inni oferenci zostali wybrani w ramach preselekcji.

49 — Zobacz wyrok *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 29), w którym Trybunał uwzględnił możliwą przewagę nad konkurencją z racji informacji, które mógł uzyskać oferent w przedmiocie danego zamówienia publicznego.

50 — Należy zresztą podkreślić, że sama Komisja przyznaje w swoich uwagach, że zaproponowane przez nią kryterium nie pozwala zagwarantować we wszystkich przypadkach braku ryzyka zakłócenia konkurencji.

spełniać wymogi zdolności określone do celów preselekcji, a po drugie, zmiana tożsamości oferenta nie powinna mieć wpływu na krąg kandydatów wybranych w ramach preselekcji, w tym sensie, że gdyby ta część oferenta, która nadal uczestniczy w postępowaniu, od początku brała udział w preselekcji w swojej nowej postaci, w preselekcji wybrani zostaliby ci sami kandydaci.

74. Moim zdaniem jednak rozwiązanie to nie jest również zadowalające. Pierwszy warunek wydaje mi się bowiem odpowiadać zasadniczo temu, który w zaproponowanym rozwiązaniu określiła Komisja. W odniesieniu do drugiego warunku – dla zagwarantowania pełnego poszanowania zasady równości szans oferentów nie wydaje mi się wystarczające, aby zmiana w zakresie tożsamości oferenta nie miała wpływu na krąg kandydatów wybranych w ramach preselekcji. Z tych samych powodów, które wskazałem w pkt 72 niniejszej opinii, uważam bowiem, że choć okoliczność, iż żaden wykonawca nie jest w sposób niewłaściwy ani wykluczony z postępowania, ani dopuszczony do udziału w nim, jest warunkiem koniecznym dla uniknięcia dyskryminacji, nie wystarcza ona, aby zagwarantować przestrzeganie wymogu równości szans oferentów.

75. Moim zdaniem w braku wyraźnych norm ustanowionych wcześniej przez ustawodawcę lub instytucję zamawiającą podmiot zamawiający powinien dokonać analizy *in concreto*, w każdym pojedynczym przypadku, w oparciu o wszystkie ustalone okoliczności faktyczne, w celu zbadania, czy zmiana w zakresie tożsamości oferenta nie prowadzi do sytuacji, w której oferenci nie będą znajdowali się na równorzędnej pozycji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza, lecz nie tylko, przy sporządzaniu ich ofert. Analiza ta powinna mieć na celu w szczególności sprawdzenie, czy taka zmiana nie prowadzi do uzyskania przewagi nad konkurencją przez nowego oferenta, powodując w ten sposób zakłócenie procesu konkurencji.

76. In abstracto można wyobrazić sobie szereg sytuacji dotyczących zmiany tożsamości oferenta i nie jest konieczne badanie ich w tym kontekście. Ograniczę się do stwierdzenia, że w przypadku gdy zmiana tożsamości podmiotowej ma wyłącznie formalny, a nie materialny zakres, ponieważ oznacza na przykład wyłącznie zmianę formy lub wewnętrzną reorganizację, niemającą znaczących konsekwencji⁵¹, jest mało prawdopodobne, by taka zmiana mogła przyczynić się do powstania sytuacji powodującej nierówność szans.

77. Moim zdaniem sytuacja taka jak w postępowaniu głównym, w której grupa posiadająca formę prawną osoby prawnej odrębnej od wykonawców, którzy do niej należą, uległa rozwiązaniu i została zastąpiona w postępowaniu przez członka grupy, który pozostał, nie stanowi jednak przypadku zmiany tożsamości podmiotowej mającej wyłącznie formalny, a nie materialny zakres.

78. W tej sytuacji uważam, że do sądu odsyłającego należy, w oparciu o ustalone okoliczności faktyczne, stwierdzenie, czy w niniejszym przypadku decyzja Badendantemark spowodowała naruszenie zasady równego traktowania poszczególnych oferentów uczestniczących w postępowaniu, a w szczególności czy w momencie, w którym zezwolono Aarsleff na zastąpienie I/S w postępowaniu, uzyskała ona przewagę nad konkurencją ze strony innych oferentów.

79. W tej kwestii, na podstawie posiadanych przez Trybunał informacji znajdujących się w aktach sprawy, ograniczę się do sformułowania następujących uwag.

80. Po pierwsze, sąd odsyłający podkreśla, że należy uznać za ustalone, iż gdyby Aarsleff przedstawiła kandydaturę w sposób bezpośredni, a nie za pośrednictwem rozwiązanej grupy, zostałaby tak czy inaczej wybrana w ramach preselekcji. Moim zdaniem okoliczność ta nie wyklucza jednak, że w niniejszym przypadku mogło mieć miejsce naruszenie zasady równego traktowania. Decydującą

51 — Zobacz analogicznie wyrok *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 43–45).

kwestią w niniejszej sprawie jest nie tyle (czy też nie tylko) pytanie, czy hipotetycznie Aarsleff mogła zostać wybrana w ramach preselekcji indywidualnie, ale czy była ona odmiennie traktowana, co doprowadziło do jej przewagi nad konkurencją w momencie, w którym dopuszczono ją samą do uczestnictwa w postępowaniu, pomimo że nie została wcześniej wybrana w ramach preselekcji.

81. Po drugie, widoczne jest, że Aarsleff mogła zdecydować o samodzielnym uczestnictwie w postępowaniu na podstawie informacji, którymi nie dysponowali inni oferenci, kiedy decydowali o uczestnictwie w przetargu⁵². MTHZ podniosła w szczególności, że kiedy Aarsleff, w następstwie upadłości Pihl, a więc rozwiązania grupy stworzonej w celu wzięcia udziału w postępowaniu, otrzymała zgodę na podjęcie takiej decyzji, z jednej strony mogła znać dokładną liczbę przedsięwzięć, które uczestniczyły w tym postępowaniu i które złożyły ofertę, a z drugiej strony wiedziała, że oferta przedstawiona przez grupę, do której należała, znalazła się w wyniku oceny na drugim miejscu. Ponadto należy oprócz tych wszystkich okoliczności również zauważyć, że Aarsleff miała możliwość przejęcia po upadłości Phil ponad 50 jej pracowników, w tym osób o kluczowym znaczeniu dla realizacji projektu, którego dotyczył przetarg⁵³.

82. Sytuacja, w której dwóch wykonawców decyduje przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia o utworzeniu grupy wyłącznie dla celów udziału w tym postępowaniu, oznacza potencjalnie, że wykonawcy ci, po przeprowadzeniu oceny możliwości i ryzyka związanych z tym projektem, podjęli decyzję handlową o wspólnym udziale w przetargu oraz podziale korzyści i ryzyka. W tej sytuacji należy dokonać analizy *in concreto*, czy umożliwienie jednemu z tych dwóch wykonawców na późniejszym etapie postępowania, w którym panuje mniejsza niepewność co do jego przebiegu, zmiany tej decyzji poprzez zezwolenie mu na samodzielne uczestnictwo w postępowaniu, nie prowadzi do odmiennego traktowania tego wykonawcy względem innych oferentów oraz do powstania jego przewagi nad konkurencją. Należy zbadać, czy taka późniejsza decyzja handlowa została rzeczywiście podjęta na podstawie innych informacji niż te, którymi dysponowali pozostali oferenci, kiedy podjęli decyzję o udziale w postępowaniu w określonej formie i składzie, nie mając możliwości ich zmiany na późniejszym etapie.

V – Wnioski

83. Na podstawie całości powyższych rozważań proponuję zatem, by na pytanie prejudycjalne przedstawione przez *Klagenævnet for Udbud* (komisję odwoławczą ds. zamówień publicznych) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

- 1) Artykuł 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych powinien być interpretowany w ten sposób, że co do zasady wykonawca wybrany w ramach preselekcji w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z preselekcją oraz wykonawca, który składa ofertę w ramach tego postępowania, powinni być prawnie i materialnie tożsami.
- 2) W sytuacji tego rodzaju jak w postępowaniu głównym, w której dwóch wykonawców utworzyło grupę w formie spółki handlowej w celu uczestniczenia w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i jeden z nich, po wybraniu grupy w ramach preselekcji, ale przed udzieleniem zamówienia, został objęty postępowaniem upadłościowym, w następstwie którego grupa uległa rozwiązaniu, art. 10 dyrektywy 2004/17 powinien być interpretowany w ten sposób, że do instytucji zamawiającej należy, na podstawie analizy *in concreto*, w oparciu o wszystkie

52 — W tym względzie zob. przypis 49 niniejszej opinii.

53 — W tym względzie właściwe jest wskazanie, że z powiadomienia przesłanego przez *Banedanmark* innym oferentom (o którym mowa w pkt 20 niniejszej opinii) wynika, iż uwzględnił on tę okoliczność, kiedy zdecydował o zezwoleniu Aarsleff na wstąpienie w miejsce rozwiązanej od tego momentu grupy.

ustalone okoliczności faktyczne, zbadanie, czy ewentualne zezwolenie członkowi grupy, który pozostał, a który nie był pierwotnie wybrany w ramach preselekcji, na kontynuowanie uczestnictwa w postępowaniu w miejsce grupy, prowadzi do sytuacji, w której oferenci nie znajdują się na równorzędnej pozycji pod względem równości szans w trakcie postępowania, w szczególności przy sporządzaniu ofert. Dotyczy to w szczególności przypadku, w którym członek grupy, który nadal uczestniczy w postępowaniu, mógł podjąć decyzje w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na podstawie informacji, którymi nie dysponowali inni oferenci w chwili, w której musieli oni podjąć tę samą decyzję, oraz w którym członek ten miał możliwość, po rozpoczęciu postępowania, pozyskania elementów kluczowych dla realizacji projektu, którymi nie dysponował w momencie, w którym powinien być zostać wybrany w ramach preselekcji.