



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
PAOLO MENGOZZI  
föredraget den 25 november 2015<sup>1</sup>

**Mål C-396/14**

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

(begäran om förhandsavgörande från Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling, Danmark))

”Begäran om förhandsavgörande — Artikel 267 FEUF — Domstolens behörighet — Huruvida det hänskjutande organet ska anses vara en ’domstol’ — Oberoende — Direktiv 2004/17/EG — Offentlig upphandling — Förhandlat förfarande — Principen om likabehandling — Ändring av sammansättningen i en grupp ekonomiska aktörer under upphandlingsförfarandet — Tilldelning av kontraktet till ett bolag som inte var prekvalificerat”

1. När en grupp ekonomiska aktörer har blivit prekvalificerad och lämnat ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling och denna grupp därefter, före tilldelningen av kontraktet, upplöses på grund av att en av dess två medlemmar går i konkurs, kan då den upphandlande myndigheten, med hänsyn till principen om likabehandling, låta den kvarvarande medlemmen – som alltså inte som sådan hade ansökt om att få lämna anbud och därför inte var prekvalificerad – fullfölja förfarandet och slutligen tilldela denna kontraktet?
2. Detta är i huvudsak den hittills oprövade fråga som Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) hänskjutit till domstolen i ett mål mellan å ena sidan MT Højgaard A/S och Züblin A/S (nedan tillsammans kallade MTHZ) – en grupp ekonomiska aktörer som deltagit i ett upphandlingsförfarande – och å andra sidan Banedanmark, förvaltare av järnvägsinfrastrukturen i Danmark och upphandlande myndighet i nämnda förfarande. Vid Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har MTHZ gjort gällande att Banedanmark åsidosatte principen om likabehandling i artikel 10 i direktiv 2004/17/EG<sup>2</sup> genom att tillåta att Per Aarsleff A/S (nedan kallat Aarsleff), den kvarvarande medlemmen av en grupp som hade upplösts under förfarandet, deltog i anbuds-förfarandet istället för gruppen trots att Aarsleff inte hade prekvalificerats.
3. I förevarande mål har den danska regeringen begärt att domstolen först ska klargöra skälen till att Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF. Vad därefter gäller svaret i sak på frågan som ställts av Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) ankommer det på domstolen att finna rätt balans mellan, å ena sidan, de upphandlande myndigheternas allmänna

1 — Originalspråk: franska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1).

intresse av att förfaranden för offentlig upphandling öppnar upp för bredast möjliga konkurrens så att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbuds förfarande och, å andra sidan, de i anbuds förfarandet deltagande anbudsgivarnas intresse av – eller snarare deras rätt – att delta i ett förfarande där principen om alla anbudsgivares lika möjligheter iakttas strikt.

## I – Tillämpliga bestämmelser

### A – Unionsrätt

4. Kontraktet som är i fråga i det nationella målet avser anläggning av järnvägar och regleras således av bestämmelserna i direktiv 2004/17, allmänt kallat sektorsdirektivet.

5. I skäl 9 i direktiv 2004/17 anges följande: ”I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena ... transporter ... öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde. En sådan samordning bör bygga på de krav som följer av artiklarna 14, 28 och 49 i EG-fördraget och artikel 97 i Euratomfördraget, nämligen principen om likabehandling av vilken principen om icke-diskriminering endast utgör en särskild form ... Med beaktande av karaktären hos de områden som berörs av en sådan samordning bör det genom denna samordning skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet men som samtidigt slår vakt om de nämnda principerna.”

6. I artikel 10 i direktiv 2004/17, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

7. I artikel 11.2 i samma direktiv anges att ”[g]rupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande enheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras på ett godtagbart sätt”.

8. I kapitel VII i direktiv 2004/17, med rubriken ”Upphandlingsförfarandets gång”, återfinns artikel 51, som har rubriken ”Allmänna bestämmelser”. Däri anges följande:

”1. Vid val av deltagare i upphandlingsförfaranden skall följande gälla:

- a) En upphandlande enhet som har fastställt regler och kriterier för uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande i enlighet med artikel 54.1, 54.2 eller 54.4 skall utesluta ekonomiska aktörer som uppfyller dessa regler och kriterier.
- b) Den upphandlande enheten skall välja ut anbudsgivare och anbudssökande på grundval av de objektiva regler och kriterier som har fastställts med stöd av artikel 54.
- c) Vid selektiva och förhandlade förfaranden med meddelande om upphandling skall den upphandlande enheten i förekommande fall i enlighet med artikel 54 begränsa antalet utvalda anbudssökande med stöd av a och b.

...

3. Den upphandlande enheten skall kontrollera att anbuderna från de anbudsgivare som valts ut på detta sätt överensstämmer med de regler och krav som skall tillämpas på anbud samt tilldela kontraktet på grundval av de kriterier som anges i artiklarna 55 och 57.”

9. I artikel 54 i direktiv 2004/17 anges reglerna för de kvalitativa urvalskriterierna som fastställs av de upphandlande enheterna, och i sista meningen i denna artikels tredje punkt anges att vid selektiva eller förhandlade förfaranden ”[ska] [d]e utvalda anbudssökandena ... vara tillräckligt många för att uppfylla kravet på tillräcklig konkurrens”.

10. Direktiv 2004/17 kommer att upphävas genom direktiv 2014/25/EU<sup>3</sup>, med verkan från och med den 18 april 2016.

## B – Dansk rätt

11. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) inrättades genom lag nr 344 av den 6 juni 1991 om överklagandenämnden för offentlig upphandling (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud). Nämndens organisation och verksamhet regleras i lag nr 492 av den 12 maj 2010 om tillämpning av bestämmelserna om upphandling, i ändrad lydelse (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), och i förordning nr 887 av den 11 augusti 2011 om överklagandenämnden för offentlig upphandling, i ändrad lydelse (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud) (nedan kallad förordning nr 887).

12. I lagen om vissa affärsdrivande företag (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), offentliggjord genom lag nr 1295 av den 15 november 2013, anges i 2 § första stycket att med ”interessentskab” (handelsbolag, nedan kallat I/S) avses ”ett företag där alla delägare är personligen, obegränsat och solidariskt ansvariga för företagets förpliktelser”. Ett I/S är en självständig juridisk person och ett rättssubjekt med rättskapacitet.

## II – Bakgrund, det nationella förfarandet och tolkningsfrågan

13. I enlighet med direktiv 2004/17 offentliggjorde Banedanmark i januari 2013 ett meddelande om offentlig upphandling enligt förhandlat förfarande inför genomförandet av ett projekt kallat ”TP 4 Urban Tunnels” i samband med anläggandet av en ny järnvägslinje mellan Köpenhamn (Danmark) och Ringsted (Danmark).

14. Det framgår av förfrågningsunderlaget i upphandlingen att anbudsgivarna förutsattes inkomma med tre anbud och att en förhandling skulle ske efter det att anbud nummer två inkommit. Tilldelning av kontraktet skulle ske på grundval av anbudsgivarnas tredje och sista anbud. I meddelandet om upphandling angavs även att Banedanmark skulle inbjuda fyra till sex anbudssökande att lämna anbud och att för det fall det fanns fler än sex anbudssökande skulle Banedanmark göra ett preliminärt urval baserat på referenser avseende liknande projekt. Något minimikrav för prekvalificering angavs inte.

15. Fem ekonomiska aktörer ansökte om att få delta i upphandlingen och Banedanmark prekvalificerade samtliga dessa aktörer. I juni 2013 drog emellertid ett av företagen tillbaka sin ansökan varför endast fyra prekvalificerade anbudsgivare återstod.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17 (EUT L 94, s. 243).

16. Bland dessa fanns en företagsgrupp som utgjordes av E. Pihl & Søn A/S (nedan kallat Pihl) och Aarsleff, vilken i samband med prekvalificeringen hade beskrivit sig som ett konsortium i form av ett I/S med företagsnamnet JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S. Pihl och Aarsleff tillhörde de största bygg- och anläggningsföretagen i Danmark. Avtalet om bildandet av I/S slöts av Pihl och Aarsleff den 26 augusti 2013.

17. Samma dag meddelades emellertid ett beslut om att försätta Pihl i konkurs. Banedanmark fick kännedom om konkursbeslutet under eftermiddagen och förhörde sig utan dröjsmål hos Aarsleff om konkursens betydelse för den pågående upphandlingen.

18. Trots konkursbeslutet föregående dag lämnade I/S ett första anbud den 27 augusti 2013, undertecknat av Aarsleff och Pihl, men inte av Pihls konkursförvaltare.

19. Efter en omfattande korrespondens med Aarsleff angående frågan hur konsekvenserna av Pihls konkurs skulle hanteras, meddelade Banedanmark den 15 oktober 2013 samtliga anbudsgivare sitt beslut att låta Aarsleff ensam fortsätta delta i upphandlingsförfarandet, trots att Pihl hade försatts i konkurs.

20. I sitt meddelande motiverade Banedanmark detta beslut med att Aarsleff ensam uppfyllde villkoren för deltagande i anbudsförfarandet, utan Pihls tekniska och ekonomiska kapacitet, och med att den omständigheten att Pihl utgjorde en del av företagsgruppen inte hade varit avgörande för beslutet att låta den delta. I meddelandet framhöll Banedanmark även att Pihl inte skulle ersättas med en ny anbudsgivare inom företagsgruppen och att anbudsgivarna sålunda skulle förbli desamma, med tanke på att det inte var tillåtet att låta någon ny aktör delta i anbudsförfarandet. Banedanmark angav också att Aarsleff hade tagit över mer än 50 anställda från Pihl sedan det kollektiva förfarandet påbörjades, däribland nyckelpersoner för genomförandet av det projekt som anbudsinfördran avsåg.

21. Aarsleff lämnade därefter ett andra anbud i sitt eget namn och angav att det ingavs av Aarsleff i egenskap av efterträdande entreprenör till företagsgruppen som hade bildats med Pihl, att konkursförvaltaren inte hade angett om den ville inträda i avtalet för företagsgruppens bildande och att Aarsleff därför hade upphävt detta avtal. Efter att ha utvärderat anbudsgivarnas andra anbud valde Banedanmark – i enlighet med kravspecifikationerna i meddelandet om upphandling – de tre ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och anmodade dessa tre anbudsgivare att inkomma med ett tredje och sista anbud. Bland dessa anbudsgivare fanns Aarsleff och gruppen MTHZ. Det sista anbudet inkom den 12 december 2013.

22. Den 20 december 2013 meddelade Banedanmark de tre anbudsgivarna att den hade beslutat att tilldela Aarsleff kontraktet, då dennes anbud sammantaget – med hänsyn till kvalitet och pris – var det mest fördelaktiga anbudet.

23. MTHZ överklagade beslutet till Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) och yrkade att Klagenævnet skulle fastställa att Banedanmark hade handlat i strid med principerna om likabehandling och öppenhet i artikel 10 i direktiv 2004/17 när Aarsleff, som inte var prekvalificerat, tilläts delta i upphandlingen istället för den företagsgrupp det ingick i tillsammans med Pihl. MTHZ yrkade även att beslutet om att tilldela Aarsleff kontraktet skulle ogiltigförklaras.

24. Det framgår av beslutet om hänskjutande av den 28 januari 2014 att Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) beslutat att inte medge det uppskov med verkställigheten av beslutet som MTHZ hade begärt på grund av att kravet på skyndsamhet inte var uppfyllt. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) bedömde emellertid i detta beslut att överklagandet framstod som faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*), eftersom det vid ett första påseende framstod som sannolikt att MTHZ i ett slutligt avgörande skulle vinna framgång med sitt yrkande om ogiltigförklaring av beslutet. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har i detta avseende påpekat att det måste göras en

åtskillnad mellan en situation där ändringen i gruppens sammansättning har skett före tilldelningen av kontraktet och en situation där denna ändring sker efter tilldelningen. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) anser vidare att den omständigheten att en upphandlande enhet har prekvalificerat en företagsgrupp inte innebär att de enskilda medlemmarna i gruppen har blivit prekvalificerade var för sig. Detta gäller oavsett om den upphandlande enheten mot bakgrund av ansökan skulle ha kunnat konstatera att medlemmarna var för sig uppfyllde villkoren för prekvalificering.

25. I sitt beslut om hänskjutande har Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) påpekat att det inte finns någon bestämmelse i dansk rätt som förbjuder att sammansättningen i en entreprenörsgroup som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling ändras efter det att anbud har lämnats. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har vidare framhållit att Banedanmark, i sitt meddelande om upphandling, inte uppställde några kvalitativa minimikrav avseende anbudsgivarnas tekniska kapacitet och att en kvalitativ bedömning av anbudsansökningarna endast skulle göras om dessa översteg sex till antalet. Under dessa omständigheter, på grundval av de upplysningar som lämnats om Aarsleff, måste det anses visat att Aarsleff också skulle ha blivit prekvalificerat för det fall detta bolag hade ansökt direkt istället för via den företagsgrupp som det hade bildat med Pihl.

26. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) anser likväl att det är oklart om det förfarande som genomfördes var förenligt med principen om likabehandling. Mot denna bakgrund har Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Ska principen om likabehandling i artikel 10 i direktiv 2004/17 ... i förening med artikel 51 i samma direktiv tolkas så, att den – i en situation som den i förevarande fall aktuella – utgör hinder för att en upphandlande enhet tilldelar ett kontrakt till en anbudsgivare som inte har ansökt om prekvalificering och som därför inte är prekvalificerad?

### III – Förfarande vid domstolen

27. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 20 augusti 2014. MTHZ, den danska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden och yttrat sig vid förhandlingen den 8 september 2015.

### IV – Rättslig bedömning

28. Innan den tolkningsfråga som Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) ställt besvaras, ska den danska regeringens fråga rörande domstolens behörighet prövas.

#### A – Domstolens behörighet

29. Den danska regeringen anser att även om domstolen i sin dom *Unitron Scandinavia* och *3-S*<sup>4</sup> redan har slagit fast att det hänskjutande organet i förevarande mål, det vill säga Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, är det mot bakgrund av de omständigheter som domstolen beaktade i den nyligen

4 — C-275/98, EU:C:1999:567, se särskilt punkt 15 i vilken domstolen hänvisar till punkterna 17 och 18 i generaladvokaten Albers förslag till avgörande i samma mål (C-275/98, EU:C:1999:384)

meddelade domen TDC<sup>5</sup> – i vilken en annan dansk överklagandenämnd, nämligen Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet), inte ansågs utgöra en domstol – nödvändigt med ett klargörande av frågan huruvida och av vilka skäl Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) kan kvalificeras som en sådan.

30. Det framgår av fast rättspraxis att domstolen vid bedömningen av huruvida det hänskjutande organet är en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket är en rent unionsrättslig fråga, beaktar ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning.<sup>6</sup>

31. När det gäller frågan huruvida Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) är upprättad enligt lag, är av stadigvarande karaktär och tillämpar ett kontradiktoriskt förfarande finns det inga uppgifter i handlingarna i målet som gör att det kan ifrågasättas att Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), såsom domstolen fastställt i den ovan angivna domen Unitron Scandinavia och 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF. På grundval av de uppgifter som lämnats till domstolen i förevarande mål ska det däremot göras en mer ingående bedömning av de kriterier som avser jurisdiktionens tvingande karaktär och organets oberoende ställning. Det var på grundval av det sistnämnda kriteriet som domstolen i den ovan nämnda domen TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) slog fast att Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) inte utgjorde en domstol.

32. Vad först gäller frågan huruvida jurisdiktionen från Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) är av tvingande art, vill jag endast påpeka att den omständigheten att detta organs behörighet är exklusiv endast under en så kallad standstill-period<sup>7</sup>, varefter denna behörighet blir alternativ i förhållande till domstolarnas behörighet, inte tyder på att detta organs karaktär av domstol kan ifrågasättas.

33. Det följer nämligen av rättspraxis att förekomsten av ett rättsmedel som är alternativt i förhållande till en domstolsprövning inte nödvändigtvis utesluter att det organ vid vilket denna alternativa talan har väckts kan anses vara en ”domstol i en medlemsstat” i den mening som avses i artikel 267 FEUF, förutsatt att det hänskjutande organets beslut har en tvingande verkan – vilket det inte råder tvivel om i förevarande fall<sup>8</sup> – och att organet i fråga är ett i lag föreskrivet organ vars behörighet inte är beroende av parternas vilja.<sup>9</sup> Det aktuella överklagandet inkom dessutom under standstill-perioden och jurisdiktionen från Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) var vid denna tidpunkt tvingande.

34. Vad härefter gäller kriteriet avseende oberoende ställning ska det framhållas att begreppet oberoende ställning, som inte kan skiljas från den dömande uppgiften, framför allt innebär att det berörda organet ska vara utomstående i förhållande till den myndighet som fattat det överklagade beslutet. Det följer av rättspraxis att det finns dels en yttre aspekt av detta begrepp, som innebär att organet ska vara skyddat mot ingripanden eller yttre påtryckningar som kan äventyra dess medlemmars oberoende bedömning av de tvister som de har att lösa, dels en inre aspekt som liknar begreppet opartiskhet och rör avståndet mellan den dömande personen och de respektive parterna i

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265

6 — Se, bland annat, dom Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, punkt 21) och dom TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 27).

7 — Se 3 § första stycket och 5 § första stycket i lagen om offentlig upphandling.

8 — Enligt 13, 14 och 16–18 § i lagen om offentlig upphandling kan Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) bland annat ogiltigförklara rättsstridiga beslut och förbjuda rättsstridiga upphandlingsförfaranden, utfärda förelägganden, ålägga ekonomiska sanktioner, bevilja skadestånd och häva kontrakt.

9 — Se dom Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkterna 22 och 23 och där angiven rättspraxis). Se även generaladvokaten Jääskinens heltäckande analys av rättspraxis avseende denna fråga i förslaget till avgörande i samma mål (C-203/14, EU:C:2015:445, punkt 40 och följande punkter).

tvisten. Dessa garantier för oberoende ställning och opartiskhet förutsätter att det finns regler – särskilt vad gäller organets sammansättning, utnämningar, tjänsternas varaktighet och grunderna för medlemmarnas röstnedläggelse, jäv och avsättning – som utesluter allt rimligt tvivel som enskilda skulle kunna hysa beträffande organets förmåga att inte låta sig påverkas av yttre omständigheter och dess neutralitet i förhållande till de motstående intressena.<sup>10</sup>

35. I domen TDC, som den danska regeringen har hänvisat till, slog EU-domstolen fast att Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) inte utgjorde en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, eftersom den bedömde att detta organ inte uppfyllde kriteriet avseende oberoende ställning. Domstolen grundade sin slutsats på två omständigheter. När det för det första avsåg den yttre aspekten av den oberoende ställningen hos Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) påpekade domstolen att den danska lagstiftningen föreskrev särskilda garantier beträffande avsättning av domstolsledamöter men att det däremot saknades särskild reglering av villkoren för avsättning av medlemmar i Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet). Endast allmänna förvaltningsrättsliga bestämmelser och arbetsrättsliga bestämmelser var tillämpliga i fall av avsättning på oskälig grund av denna nämnds medlemmar.<sup>11</sup> När det gällde den inre aspekten av den oberoende ställningen hos Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) konstaterade domstolen att detta organ inte kunde anses vara utomstående i förhållande till de berörda intressena, eftersom nämnden, när dess beslut överklagades till domstol, blev motpart i målet.<sup>12</sup>

36. Enligt de uppgifter som domstolen förfogar över är inte någon av de två omständigheter som domstolen beaktade i domen TDC tillämpliga på Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling).

37. Såvitt avser den inre aspekten av den oberoende ställningen hos Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har nämligen den danska regeringen uttryckligen bekräftat, såväl i sina yttranden som vid förhandlingen, att till skillnad från Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) blir Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) inte part i de mål som anhängiggörs vid de ordinarie domstolarna till följd av nämndens beslut. Det föreligger således inga tvivel om att Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) är att anse som en utomstående part i förhållande till de berörda intressena.

38. Vad vidare gäller den yttre aspekten av denna oberoende ställning, framgår det av handlingarna i målet att det finns väsentliga skillnader mellan Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet) och Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) när det gäller organens sammansättning, skyddet mot avsättning av deras medlemmar och deras funktion.

39. Sålunda framgår det av de relevanta bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling att Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) – som inrättades bland annat för att genomföra direktiv 89/665/EEG<sup>13</sup> – är sammansatt av en ordförande och ett visst antal vice-ordföranden (som tillsammans utgör nämndens presidium) liksom ett visst antal sakkunniga, samtliga utnämnda av ministern för näring och tillväxt (Erhvervs- og vækstministeren) för en period upp till fyra år.<sup>14</sup>

10 — Se, bland annat, dom Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punkterna 49–53 och där angiven rättspraxis).

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

12 — Ibidem (punkt 37).

13 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

14 — Se 9 § första stycket och andra stycket första meningen i lagen om offentlig upphandling.

40. Till skillnad från Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet), ska presidiet för Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) vara sammansatt av domare från distriktsdomstolar och högre regionala domstolar.<sup>15</sup> Såsom domstolen har påpekat i domen TDC,<sup>16</sup> åtnjuter dessa domare ett särskilt skydd mot avsättning. Detta skydd, som har sin grund i artikel 64 i den danska grundlagen, tycks även – enligt vad som uppgetts vid förhandlingen – utsträckas till att omfatta presidierna för överklagandenämnderna.

41. Vid en granskning av bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling framgår vidare att medlemmarna i presidiet spelar en väsentligt tyngre roll än de sakkunniga medlemmarna i den beslutande verksamheten i Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling). Nämnden i beslutsför sammansättning utgörs nämligen normalt av en medlem av presidiet, i egenskap av ordförande, och en sakkunnig medlem. Vid lika röstetal vid antagandet av ett beslut är ordförandens röst utslagsgivande.<sup>17</sup> Dessutom kan medlemmarna i presidiet anta vissa typer av beslut utan medverkan av sakkunniga<sup>18</sup> och de förstnämndas röster väger tyngre vid antagandet av beslut i mer komplexa ärenden eller i ärenden som rör principfrågor.<sup>19</sup>

42. När det gäller vissa av medlemmarna i Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), nämligen de sakkunniga, liksom medlemmarna i Teleklagenævnet (överklagandenämnd på telekommunikationsområdet), förefaller den danska rättsordningen sakna särskilda bestämmelser som reglerar frågan om avsättande av dessa medlemmar. Endast allmänna förvaltningsrättsliga bestämmelser och arbetsrättsliga bestämmelser är tillämpliga om dessa medlemmar avsätts på oskäl原因 grund.

43. Det stämmer att domstolen i vissa av sina avgöranden har funnit att villkoret i fråga om det hänskjutande organets oberoende ska anses vara uppfyllt endast om de fall i vilka organets medlemmar kan avsättas är fastställda i uttryckliga bestämmelser i lag.<sup>20</sup> Jag noterar emellertid att konstaterandet att det saknades sådana bestämmelser förvisso utgjorde en bedömningsfaktor – och en mycket viktig sådan – i dessa mål, men att den likväl ingick som en del i en samlad bedömning<sup>21</sup> av de omständigheter som var kännetecknande för det hänskjutande organet i fråga. Det var på grundval av en samlad bedömning av samtliga dessa omständigheter som domstolen, i dessa mål, fann att de hänskjutande organen i fråga inte kunde anses ha ställning som domstolar.<sup>22</sup> Domstolen har för övrigt i vissa fall, särskilt vad gäller nationella instanser för överprövning av beslut i offentlig upphandling som inrättats med tillämpning av direktiv 89/665, ansett att det hänskjutande organet är att betrakta som en domstol, utan att gå in på frågan om förekomsten av sådana uttryckliga bestämmelser.<sup>23</sup>

15 — Se 9 § andra stycket andra meningen i lagen om offentlig upphandling.

16 — Dom TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 35)

17 — Se 10 § fjärde stycket första meningen och 10 § femte stycket i lagen om offentlig upphandling. Enligt den förstnämnda bestämmelsen, med undantag av den situation som anges i 10 § sjätte stycket, deltar en medlem av presidiet och en sakkunnig i handläggningen av ett enskilt ärende. Enligt den sistnämnda bestämmelsen fattas besluten i Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) med enkel majoritet och ordförandens röst är utslagsgivande vid lika röstetal.

18 — Se 10 § sjätte stycket i lagen om offentlig upphandling.

19 — Se 10 § fjärde stycket i lagen om offentlig upphandling där det anges att ordföranden för Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), i ett enskilt fall, kan besluta att utöka antalet medlemmar från presidiet och antalet sakkunniga som ska delta i avgörandet av ett ärende. I detta fall ska antalet medlemmar från presidiet motsvara antalet sakkunniga. Det följer av denna bestämmelse, som tillämpas i ärenden som är mer komplexa eller rör principfrågor, att även i dessa typer av ärenden av särskild vikt utgörs nämnden av lika många medlemmar från presidiet som sakkunniga. Eftersom ordförandens röst är utslagsgivande innebär det att presidietts åsikt väger tyngre vid antagandet av beslutet.

20 — Beslut Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punkt 24, i slutet), och dom TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 32).

21 — Se dom Syfait m.fl. (C-53/03, EU:C:2005:333, punkt 37).

22 — Se domstolens analys i dom Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punkterna 37-43) och dom Syfait m.fl. (C-53/03, EU:C:2005:333, punkterna 30-37) samt i beslut Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punkterna 25-30). Se även dom TDC (C-223/13, EU:C:2014:2265) där domstolen grundade sig på två omständigheter, den rörande den inre aspekten och den rörande den yttre aspekten, när den fann att Teleklagenævnet inte hade en oberoende ställning (se punkt 35 i förevarande förslag till avgörande).

23 — Se, bland annat, dom HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkterna 24-28).



44. I förevarande fall finns det skäl att påpeka att förutom att en stor del av medlemmarna i Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), och i synnerhet de som har en tyngre roll i den beslutsfattande verksamheten, omfattas av ett särskilt skydd i grundlagen mot avsättande, framgår det även av handlingarna i målet att det finns andra omständigheter som förstärker detta organs oberoende med avseende på eventuella ingripanden eller påtryckningar utifrån. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har ställning som utomstående i förhållande till den myndighet som fattat det överklagade beslutet.<sup>24</sup> I synnerhet finns det inte någon funktionsmässig koppling till Erhvervsstyrelsen (danska bolagsverket), som ställer sekretariatet till dess förfogande, och inte heller till de upphandlande myndigheter vars beslut Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) överprövar.<sup>25</sup> Vidare fullgör Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) sina uppgifter helt självständigt. Organet ingår inte i någon hierarkisk struktur och har inte en underordnad ställning i förhållande till något annat organ. Det mottar inte heller order eller instruktioner från något håll.<sup>26</sup> Alla dess medlemmar ska vara oavhängiga i sin ämbetsutövning.<sup>27</sup> Eftersom Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) dessutom bland annat kan förklara beslut eller upphandlingar rättsstridiga och i samband med detta utfärda förelägganden, har denna nämnd i allt väsentligt en domstolsfunktion.<sup>28</sup>

45. Slutligen finns det anledning att erinra om följande. I samband med bedömningen av vilken rättslig ställning de nationella organ som enligt direktiv 89/665 ska pröva överklaganden på upphandlingsområdet har, har domstolen redan funnit att flera andra organ, som i allt väsentligt är jämförbara med Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling), ska anses utgöra domstolar i den mening som avses i artikel 267 FEUF.<sup>29</sup>

46. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden saknas det enligt min mening anledning att ifrågasätta domstolens slutsats i domen *Unitron Scandinavia* och *3-S*, enligt vilken Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) är att betrakta som en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

## B – *Tolkningsfrågan*

47. Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida principen om likabehandling i artikel 10 i direktiv 2004/17, i förening med artikel 51 i samma direktiv, ska tolkas så, att den – i en situation som den i förevarande fall aktuella – utgör hinder för att en upphandlande enhet tilldelar ett kontrakt till en anbudsgivare som inte har ansökt om prekvalificering och som därför inte är prekvalificerad.

48. De faktiska omständigheter som har gett upphov till tolkningsfrågan är följande. En företagsgrupp bestående av två företag, bildad i form av ett bolag och prekvalificerad i ett upphandlingsförfarande, upplöstes till följd av att ett av dessa företag gick i konkurs. Den upphandlande myndigheten tillät att det kvarvarande företaget fortsatte delta i förfarandet i stället för företagsgruppen och tilldelade slutligen det kvarvarande företaget kontraktet, trots att detta företag som sådant inte hade blivit prekvalificerat. Detta utgör ”den situation som den i förevarande fall aktuella” som Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) hänvisar till i sin tolkningsfråga.

24 — Se dom *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

25 — Se, motsatsvis, dom *Schmid* (C-516/99, EU:C:2002:313, punkterna 37–40).

26 — Se dom *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

27 — Se 1 § fjärde stycket i förordning nr 887 av den 11 augusti 2011 om överklagandenämnden för offentlig upphandling. Angående betydelsen av denna faktor, se domen *Dorsch Consult* (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 35).

28 — Se dom *Dorsch Consult* (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 37).

29 — Se dom *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

49. Tolkningsfrågan rör således möjligheten för en upphandlande myndighet att mot bakgrund av principen om likabehandling låta en ekonomisk aktör, som ingår i en grupp ekonomiska aktörer, ta gruppens plats under upphandlingsförfarandet när denna aktör inte har blivit prekvalificerad på individuell basis.

## 1. Tillämpliga bestämmelser

50. Det ska inledningsvis påpekas att det inte finns någon specifik bestämmelse i direktiv 2004/17 som rör ändringar av sammansättningen i en grupp ekonomiska aktörer.

51. Den enda bestämmelse i detta direktiv som rör grupper av ekonomiska aktörer är artikel 11.2<sup>30</sup>, i vilken det emellertid inte anges något om ändringar inom gruppen under upphandlingsförfarandet. Eftersom sådana ändringar inte regleras i direktivet är det således medlemsstaterna som är behöriga att besluta om sådan reglering.<sup>31</sup> Under dessa omständigheter kan således den nationella lagstiftaren välja att anta bestämmelser härom, eller så ankommer det på den upphandlande myndigheten att i det enskilda fallet besluta om regler i detta avseende.<sup>32</sup>

52. Härvid vill jag även erinra om att domstolen i domen *Makedoniko Metro och Michaniki*<sup>33</sup> slog fast att direktiv 93/37, som rör förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten,<sup>34</sup> inte utgjorde hinder för en nationell bestämmelse om förbud mot att efter lämnandet av anbud ändra sammansättningen i en entreprenörsgrupp som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling.

53. I förevarande fall framgår det emellertid av beslutet om hänskjutande dels att den danska lagstiftningen inte innehåller några specifika bestämmelser beträffande ändringar av sammansättningen i en grupp ekonomiska aktörer, dels att inte heller den upphandlande myndigheten hade angett några specifika regler i detta hänseende i sitt meddelande om upphandling.

54. Under dessa omständigheter måste tillåtligheten av ändringar i sammansättningen av en grupp ekonomiska aktörer under upphandlingsförfarandet bedömas mot bakgrund av allmänna rättsprinciper i unionens rättsordning, särskilt principerna om likabehandling och öppenhet som föreskrivs i artikel 10 i direktiv 2004/17, och är avhängig frågan om sådana ändringar kan ske med beaktande av dessa principer.

## 2. Principen om likabehandling i förfaranden för offentlig upphandling

55. Enligt fast rättspraxis innebär principen om likabehandling att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.<sup>35</sup>

30 — Se punkt 7 i detta förslag till avgörande. Denna artikel återges, i huvudsak, i artikel 37.2 och 37.3 i direktiv 2014/25.

31 — Se, analogt, med avseende på rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), dom *Makedoniko Metro och Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, punkt 61).

32 — Vid antagandet av sådana regler är lagstiftaren eller den upphandlande myndigheten alltid skyldiga att beakta allmänna rättsprinciper. I detta avseende, se skäl 9 i direktiv 2004/17 och skäl 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s.114), där detta uttrycks ännu tydligare. Se även skäl 2 i direktiv 2014/25.

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

34 — Se fotnot 31 ovan.

35 — Se, bland annat, dom *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27 och där angiven rättspraxis) och dom *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 30).

56. Domstolen har vid flera tillfällen slagit fast att principen om lika behandling av anbudsgivare, och de upphandlande myndigheternas skyldighet att säkerställa att denna princip iakttas, har central betydelse i unionens bestämmelser på området offentlig upphandling.<sup>36</sup>

57. Enligt principen om likabehandling av anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling, krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare.<sup>37</sup> Denna princip innebär att anbudsgivarna ska behandlas på ett likvärdigt sätt *under hela upphandlingsförfarandet*, således både när de utformar sina anbud och vid utvärderingen av dessa av den upphandlande myndigheten.<sup>38</sup>

58. Det är förvisso riktigt att domstolen har slagit fast att ett av syftena med upphandlingsbestämmelserna är att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt, och att det är ett unionsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran.<sup>39</sup> Vidare stämmer det att domstolen har framhållit att detta öppnande för så bred konkurrens som möjligt inte endast ligger i unionens intresse på området för fri rörlighet av varor och tjänster, utan även i den berörda upphandlande myndighetens eget intresse, vilken således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter den berörda myndighetens behov.<sup>40</sup>

59. Emellertid måste såväl målet att säkerställa en effektiv konkurrens som principen om likabehandling av anbudsgivare beaktas när det gäller offentlig upphandling. Även om domstolen sålunda har bekräftat att tillämpningen av principen om likabehandling i förfaranden för offentlig upphandling inte utgör ett mål i sig utan ska bedömas mot bakgrund av de mål som eftersträvas med nämnda princip,<sup>41</sup> kan genomförandet och uppfyllandet av detta mål bli effektivt endast om de ekonomiska aktörer som deltar i den offentliga upphandlingen kan göra det på lika villkor, utan tillstymmelse till diskriminering.<sup>42</sup> Eftersom främjandet av en effektiv konkurrens är en del av det mer långtgående målet att främja en konkurrens som för att kunna vara effektiv först måste vara sund, är det nödvändigt att detta mål eftersträvas inom ramen för vad principen om likabehandling av anbudsgivare medger.<sup>43</sup>

60. I likhet med vad några av intervenienterna har påpekat vill jag härutöver framhålla att principen om likabehandling av anbudsgivare är central före tilldelningen av kontraktet, när anbudsgivarna konkurrerar sinsemellan. När kontraktet väl är tilldelat riktas intresset istället mot genomförandet av detsamma. I detta sammanhang är exempelvis den omständigheten att det sker en ändring av

36 — Se, för ett liknande resonemang, dom *Fabricom* (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 26) och dom *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

37 — Se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/*CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 110) och dom *Vigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33).

38 — Se, för ett motsvarande synsätt, dom *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, punkterna 33 och 34, dom *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45 och där angiven rättspraxis) och beslut *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, punkt 38). Min kursivering.

39 — Se, för ett liknande resonemang, dom *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, punkt 26) och dom *CoNISM*a (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37).

40 — Dom *CoNISM*a (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37). Vid förhandlade förfaranden lyfts för övrigt kravet på "tillräcklig" konkurrens uttryckligen fram i artikel 54.3 i direktiv 2004/17, som nämns i punkt 9 i förevarande förslag till avgörande.

41 — Se, för ett liknande resonemang, dom *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 29).

42 — Se generaladvokaten Légers förslag till avgörande i de förenade målen *Fabricom* (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2004:709, punkt 22) liksom generaladvokaten Poiarés Maduros förslag till avgörande i målet *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, punkt 23).

43 — Se, för ett motsvarande synsätt, generaladvokaten Poiarés Maduros förslag till avgörande i de förenade målen *La Cascina m.fl.* (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2005:524, punkt 26).

sammansättningen i den grupp som tilldelats kontraktet i princip inte av sådant slag att den föranleder frågor rörande likabehandlingen av anbudsgivarna, utan snarare frågan om denna ändring innebär att ett av de väsentliga villkoren i kontraktet i fråga ändrats<sup>44</sup> eller om den utgör ett hinder för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt<sup>45</sup>.

61. Det är mot bakgrund av dessa principer som man måste analysera den upphandlande myndighetens möjligheter – vilka i ett fall som det nu aktuella begränsas av hänsynen till principen om likabehandling – att före tilldelningen av kontraktet låta en ekonomisk aktör som ursprungligen inte blivit prekvalificerad ta över efter en annan ekonomisk aktör, nämligen den prekvalificerade grupp i vilken den förstnämnda aktören ingick.

3. Huruvida det är möjligt att låta en ekonomisk aktör som inte har blivit prekvalificerad ta över efter en annan ekonomisk aktör i ett upphandlingsförfarande.

62. Intervenienterna förefaller vara eniga om att det vid anbudsinfordringar med prekvalificering i princip endast är de anbudsgivare som har blivit prekvalificerade som får lämna anbud och som således har möjlighet att se sig tilldelade kontraktet.

63. Jag delar denna ståndpunkt som, vilket MTHZ med fog har påpekat, har uttryckligt rättsligt stöd i artikel 51.3 i direktiv 2004/17. Genom att det föreskrivs i denna bestämmelse att de upphandlande myndigheterna ”skall kontrollera att anbuderna från de anbudsgivare som valts ut på detta sätt överensstämmer” förutsätts nämligen att de prekvalificerade aktörerna är desamma som de som lämnar anbud.<sup>46</sup> Principen är således att den prekvalificerade ekonomiska aktören ska vara identisk i rättsligt och materiellt hänseende med den ekonomiska aktör som lämnar anbud och till vilken kontraktet så småningom kan komma att tilldelas.

64. Jag vill i detta avseende klargöra att i motsats till vad kommissionen anfört vid förhandlingen anser jag inte att det föreligger några tvivel i förevarande fall om att den i form av ett I/S bildade företagsgruppen vare sig i rättsligt eller materiellt hänseende är identisk med Aarsleff. Även om Aarsleff var en av delägarna i I/S utgör nämligen Aarsleff tveklöst en juridisk person som är rättsligt och materiellt skild från den grupp i vilken den ingick.

65. Då detta är klarlagt uppkommer frågan huruvida det mot bakgrund av principen om likabehandling såsom den tolkats i punkterna 55–59 ovan är möjligt att, bland annat under sådana förhållanden som är aktuella i det nationella målet, göra undantag från den ovannämnda principen att den prekvalificerade anbudsgivaren och den anbudsgivare som lämnar anbud ska vara en och samma.

66. Enligt min mening kan denna princip inte ha en oinskränkt räckvidd och vara utan undantag. Jag anser att man kan tänka sig fall, om än begränsade till antalet, där det bör vara tillåtet att en anbudsgivare ändrar identitet under förfarandets gång, bland annat med hänsyn till kravet på öppnandet för bredast möjliga konkurrens i ett upphandlingsförfarande.

44 — Se dom *Presstext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 40 och följande punkter).

45 — Det ska i detta avseende påpekas att det nya direktiv 2014/25 uttryckligen reglerar, i artikel 89.1 d ii, den omständigheten att det sker en ändring av entreprenör efter tilldelningen av kontraktet. I denna bestämmelse anges att det inte är nödvändigt med ett nytt upphandlingsförfarande i bland annat det fallet att den entreprenör som den upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, ”till följd av att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställdes helt eller delvis inträder i den ursprungliga entreprenörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av ... direktiv[et]”.

46 — Bland bestämmelserna om förhandlade förfaranden med föregående anbudsinfordran är artikel 47.2 i det nya direktivet 2014/25 ännu tydligare på denna punkt. I denna bestämmelse föreskrivs nämligen att ”endast de ekonomiska aktörer som inbjuds att delta av den upphandlande enheten efter det att den bedömt de inlämnade upplysningarna får delta i förhandlingarna”.

67. Eftersom detta krav, såsom jag påpekat i punkt 59 i förevarande förslag till avgörande, är underkastat de begränsningar som följer av iakttagandet av principen om likabehandling, kan en upphandlande myndighet emellertid inte diskriminera anbudsgivare och som motivering anföra kravet på att det i upphandlingen öppnas upp för maximal konkurrens. Eventuella undantag från principen att de prekvalificerade anbudsgivarna ska vara desamma som de som lämnar anbuden – vilka undantag för övrigt ska tolkas strikt med hänsyn till att de utgör undantag från en princip med allmän räckvidd<sup>47</sup> – måste således göras med beaktande fullt ut av principen om likabehandling av anbudsgivare.

68. Då dessa principer är fastlagda uppkommer frågan hur man konkret bäst går tillväga för att förena kravet på ett strikt iakttagande av principen om anbudsgivares lika möjligheter med kravet på ett maximalt öppnande för konkurrens, när dessa krav i ett fall som det nu aktuella tycks vara motstridande.

69. Intervenienterna har föreslagit sinsemellan olika tillvägagångssätt.

70. Först och främst, av de skäl som jag precis angett i punkt 66 ovan, lutar jag åt att inte godta det synsätt som MTHZ tycks förorda, enligt vilket det aldrig kan göras undantag från principen att den prekvalificerade aktören ska vara identisk med den aktör som lämnar anbudet.

71. Kommissionen å sin sida har i huvudsak angett att om den aktör som inte har blivit prekvalificerad – och som alltså under omständigheter som de nu aktuella utgör den kvarvarande medlemmen av gruppen – uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, utgör principen om likabehandling inte hinder för att den upphandlande myndigheten låter denna aktör fullfölja förfarandet. En sådan lösning gör det emellertid inte möjligt att strikt garantera anbudsgivarnas lika möjligheter.

72. Den omständigheten att den nya aktören uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget<sup>48</sup> utgör förvisso ett nödvändigt villkor för att undvika diskriminering mellan anbudsgivarna. Blott denna omständighet kan emellertid inte i sig säkerställa att den nya aktören – genom att ha tillåtits komma med i upphandlingen vid en senare tidpunkt än de andra anbudsgivarna – inte kommer att åtnjuta konkurrensmässiga fördelar vid den tidpunkt då denna tillträder förfarandet. Det kan till exempel röra sig om kännedom om upplysningar som de övriga anbudsgivarna saknade<sup>49</sup> när de beslutade att delta i upphandlingsförfarandet.<sup>50</sup>

73. Den danska regeringen anser att principen om likabehandling, i ett fall som det nu aktuella, inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet accepterar att en anbudsgivare ändrar identitet mellan prekvalificeringen och tilldelningen av kontraktet om två villkor är uppfyllda. För det första måste den kvarstående delen av anbudsgivaren vars identitet har ändrats uppfylla lämplighetskraven för prekvalificering i den egenskapen. För det andra får denna ändring av anbudsgivarens identitet inte inverka på kretsen av prekvalificerade anbudssökande, i den meningen att de prekvalificerade anbudssökandena hade varit desamma även om den kvarstående delen av anbudsgivaren hade deltagit i prekvalificeringen från start i den nya formen.

47 — Se, för ett liknande resonemang, dom Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, punkt 24), och dom Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

48 — Det är för övrigt oklart huruvida det, enligt denna lösning, krävs att den nya aktören uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget vid tidpunkten för ändringen, eller om det krävs att denna aktör uppfyllde dessa krav vid den tidpunkt då alla övriga anbudsgivare prekvalificerades.

49 — Se dom Fabricom (C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 29) där domstolen beaktade möjliga konkurrensfördelar med anledning av upplysningar angående kontraktet i fråga som en anbudsgivare kunde ha fått tillgång till.

50 — Det ska för övrigt påpekas att kommissionen själv, i sina yttranden, vidgått att det kriterium som den föreslagit inte gör det möjligt att i samtliga fall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids.

74. Enligt min mening är emellertid inte heller denna lösning tillfredsställande. Det första villkoret förefaller i själva verket i huvudsak vara detsamma som det som kommissionen föreslagit. Vad gäller det andra villkoret tror jag inte att det är tillräckligt att anbudsgivarens ändrade identitet inte inverkar på kretsen av prekvalificerade anbudssökande för att det ska kunna säkerställas att anbudsgivarnas lika möjligheter iakttas strikt. Av samma skäl som jag angett i punkt 72 ovan anser jag nämligen att det faktum att ingen aktör på ett otillbörligt sätt har uteslutits från förfarandet och inte heller på ett otillbörligt sätt tillåtits att delta i detsamma – samtidigt som även detta är ett nödvändigt villkor för att undvika diskriminering – inte räcker för att säkerställa att kravet på anbudsgivarnas lika möjligheter är uppfyllt.

75. I avsaknad av uttryckliga bestämmelser antagna på förhand av lagstiftaren eller av den upphandlande myndigheten bör den upphandlande enheten, enligt min mening, lämpligen vidta en konkret undersökning, från fall till fall, på grundval av samtliga uppgifter den förfogar över, för att avgöra huruvida anbudsgivarens ändrade identitet leder till en situation där anbudsgivarna inte har lika möjligheter under upphandlingsförfarandet, till exempel, men inte enbart, vad gäller utformningen av anbuden. En sådan undersökning skulle särskilt syfta till att avgöra huruvida denna ändring innebär en konkurrensfördel för den nya anbudsgivaren och på så sätt medför en ändring i konkurrensförfarandet.

76. På ett abstrakt plan kan man tänka sig ett flertal olika situationer där anbudsgivarens identitet ändras och det är inte nödvändigt att analysera dem i detta sammanhang. Jag nöjer mig med att påpeka att i ett fall där den ändrade identiteten endast är formell och inte materiell, till exempel för att den endast innebär en formändring eller en intern omorganisation som inte har några betydande konsekvenser,<sup>51</sup> är det föga troligt att denna ändring skulle ge upphov till en situation med skilda villkor för anbudsgivarna.

77. I en situation som den nu aktuella – där en grupp som bildats i form av en juridisk person som är fristående i förhållande till de ekonomiska aktörer som ingår i gruppen upplöses, varvid denna grupp i förfarandet ersätts av den kvarvarande medlemmen av gruppen – anser jag emellertid inte att det rör sig om en ändring av identiteten som endast är formell och inte materiell.

78. Jag menar att det under dessa omständigheter ankommer på Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) att på grundval av de uppgifter den förfogar över konkret fastställa huruvida Banedanmarks beslut i förevarande fall innebar ett åsidosättande av principen om likabehandling mellan de olika anbudsgivarna som deltog i förfarandet och, i synnerhet, huruvida Aarsleff, när det tilläts tillträda förfarandet i I/S ställe, vann konkurrensfördelar gentemot de andra anbudsgivarna.

79. Mot bakgrund av uppgifterna i de handlingar som inkommit till domstolen begränsar jag mig till att göra följande överväganden.

80. För det första har Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) framhållit att det ska anses fastställt att om Aarsleff hade ansökt om att få delta i upphandlingen i eget namn istället för via den grupp som upplöstes, hade det ändå blivit prekvalificerat. Enligt min mening utesluter emellertid inte denna omständighet att det kan ha förekommit ett åsidosättande av principen om likabehandling i förevarande fall. Den avgörande frågan i målet är inte så mycket (eller enbart) huruvida Aarsleff hypotetiskt skulle ha kunnat bli prekvalificerat ensamt eller inte. Den avgörande frågan är istället huruvida Aarsleff behandlades annorlunda, och huruvida detta medförde att Aarsleff fick en konkurrensfördel vid den tidpunkt då detta bolag tilläts delta ensamt i förfarandet utan att dessförinnan ha blivit prekvalificerat.

51 — Se, analogt, dom Presetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 43–45).

81. Vidare förefaller det som om Aarsleff kunde grunda sitt beslut att ensam delta i anbudsförfarandet på uppgifter som de övriga anbudsgivarna inte hade tillgång till när de beslutade att delta i detta förfarande.<sup>52</sup> Det ska särskilt noteras att MTHZ har gjort gällande att när Aarsleff, efter Pihls konkurs och således efter upplösningen av gruppen, tilläts fatta ett sådant beslut kunde det redan ta reda på det exakta antalet företag som deltog i förfarandet och som hade lämnat ett anbud, och det visste att det anbud som hade lämnats av den grupp i vilken Aarsleff hade ingått hade värderats som det näst bästa. Till alla dessa omständigheter måste dessutom läggas den omständigheten att Aarsleff, efter Pihls konkurs, kunde ta över mer än 50 anställda från Pihl, däribland nyckelpersoner för genomförandet av det projekt som upphandlingen avsåg.<sup>53</sup>

82. Två ekonomiska aktörers beslut att före inledandet av ett upphandlingsförfarande bilda en grupp som har som enda syfte att delta i detta förfarande, förutsätter emellertid att dessa två ekonomiska aktörer, efter att ha bedömt möjligheterna och riskerna med detta projekt, har fattat affärsbeslutet att tillsammans delta i anbudsförfarandet och dela de fördelar och risker som följer med detta. Under dessa omständigheter bör det konkret undersökas om inte den omständigheten att en av dessa aktörer – i en senare fas av förfarandet då osäkerhetsmomenten med avseende på förloppet är färre – ges möjlighet att modifiera detta affärsbeslut genom att tillåtas att delta ensam i förfarandet utgör en olik behandling i förhållande till de övriga anbudsgivarna och medför en konkurrensfördel. Det måste avgöras huruvida ett sådant senare affärsbeslut i själva verket har fattats på grundval av andra uppgifter än dem som de andra anbudsgivarna hade tillgång till när de fattade beslutet att delta i förfarandet i en viss bestämd form eller sammansättning, utan att senare ha möjlighet att ändra detta beslut.

## V – Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den fråga som ställts av Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) på följande sätt:

- 1) Artikel 51.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska tolkas så, att i princip ska den ekonomiska aktör som prekvalificerats i ett upphandlingsförfarande med prekvalificering vara identisk i rättsligt och materiellt hänseende med den ekonomiska aktör som lämnar anbud i samma förfarande.
- 2) I en situation som den som är för handen vid Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) – där två ekonomiska aktörer bildade en grupp i form av ett bolag i syfte att delta i ett förfarande för offentlig upphandling varpå en av dessa aktörer, efter det att gruppen prekvalificerats men före tilldelningen av kontraktet, blev föremål för ett insolvensförfarande som innebar att gruppen upplöstes – ska artikel 10 i direktiv 2004/17 tolkas enligt följande. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att på grundval av en konkret undersökning, baserad på alla de uppgifter som den förfogar över, avgöra om ett eventuellt tillstånd till den kvarvarande icke-prekvalificerade medlemmen av gruppen att fullfölja förfarandet i gruppens ställe innebär att anbudsgivarna inte har samma möjligheter under förfarandet, bland annat när de formulerar sina anbud. Så skulle i synnerhet vara fallet om den kvarvarande medlemmen av gruppen har kunnat fatta beslut inom ramen för upphandlingsförfarandet på grundval av uppgifter som de övriga anbudsgivarna inte hade tillgång till när de var tvungna att fatta samma beslut, och

52 — I detta hänseende, se fotnot 49 i förevarande förslag till avgörande.

53 — Det är i detta avseende viktigt att påpeka att det framgår av det meddelande som Banedanmark skickade till de övriga anbudsgivarna (vilket nämns i punkt 20 ovan), att Banedanmark hade beaktat denna omständighet när den beslutade att låta Aarsleff ta den då upplösta gruppens plats.

om den kvarvarande medlemmen fått möjlighet att, efter inledandet av förfarandet, förvärva sådana nyckelelement för genomförandet av projektet som denne inte förfogade över vid den tidpunkt då prekvalificeringen borde ha skett.