



Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τμήμα μείζονος συνθέσεως)

της 24ης Μαΐου 2016*

«Προδικαστική παραπομπή — Άρθρο 267 ΣΛΕΕ — Αρμοδιότητα του Δικαστηρίου — Ζήτημα κατά πόσον το αιτούν όργανο αποτελεί δικαστήριο — Δημόσια σύμβαση στον τομέα των σιδηροδρομικών υποδομών — Διαδικασία με διαπραγμάτευση — Οδηγία 2004/17/ΕΚ — Άρθρο 10 — Άρθρο 51, παράγραφος 3 — Αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων — Κοινοπραξία δύο εταιριών η οποία έγινε δεκτή ως προσφέρουσα — Προσφορά που κατατέθηκε από μία από τις δύο εταιρίες, ιδίω ονόματι, ενώ η δεύτερη εταιρία είχε κηρυχθεί σε πτώχευση — Εταιρία η οποία κρίνεται ότι μπορεί να γίνει δεκτή, μόνη της, ως προσφέρουσα — Ανάθεση της συμβάσεως στην εταιρία αυτή»

Στην υπόθεση C-396/14,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε η *Klagenævnet for Udbud* (Δανία) με απόφαση της 18ης Αυγούστου 2014, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 20 Αυγούστου 2014, στο πλαίσιο της δίκης

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

κατά

Banedanmark,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τμήμα μείζονος συνθέσεως),

συγκείμενο από τους K. Lenaerts, Πρόεδρο, A. Tizzano, αντιπρόεδρο, R. Silva de Lapuerta, M. Pešič, J. L. da Cruz Vilaça και A. Arabadjiev, προέδρους τμήματος, E. Juhász (εισηγητή), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund και C. Vajda, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: P. Mengozzi

γραμματέας: I. Illéssy, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 8ης Σεπτεμβρίου 2015,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- οι *MT Højgaard A/S* και *Züblin A/S*, εκπροσωπούμενες από τον T. Høg, advokat,
- η Δανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον C. Thorning, επικουρούμενο από τον R. Holdgaard, advokat,

* Γλώσσα διαδικασίας: η δανική.

— η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από τις L. Grønfeldt και M. Clausen, καθώς και από τον A. Tokár,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 25ης Νοεμβρίου 2015,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, που προβλέπεται στο άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1), σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας.
- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ των MT Højgaard A/S και Züblin A/S και του Banedanmark, διαχειριστή των σιδηροδρομικών υποδομών στη Δανία, σχετικά με τη νομιμότητα της αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως από το δεύτερο, ως αναθέτοντα φορέα, στην Per Aarsleff A/S.

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

- 3 Η αιτιολογική σκέψη 9 της οδηγίας 2004/17 έχει ως εξής:

«Για να εξασφαλιστεί το άνοιγμα στον ανταγωνισμό των συμβάσεων δημόσιων προμηθειών που ανατίθενται από φορείς των τομέων του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, είναι σκόπιμο να καταρτισθούν διατάξεις για τον κοινοτικό συντονισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν μια συγκεκριμένη αξία. Ο συντονισμός αυτός βασίζεται στις απαιτήσεις που προκύπτουν από τα άρθρα 14, 28 και 49 της [Σ]υνθήκης ΕΚ και το άρθρο 97 της [Σ]υνθήκης Ευρατόμ, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, στο πλαίσιο της οποίας η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων είναι απλώς μια ειδική έκφραση, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας, καθώς και η αρχή της διαφάνειας. Λόγω της φύσεως των τομέων που υπάγονται σε αυτόν, ο συντονισμός αυτός θα πρέπει, διασφαλίζοντας την εφαρμογή των εν λόγω αρχών, να θεσπίζει ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και θα πρέπει να επιτρέπει τη μέγιστη δυνατή ευελιξία.

[...]»

- 4 Το άρθρο 10 της οδηγίας αυτής, το οποίο φέρει τον τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», προβλέπει τα εξής:

«Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια.»

- 5 Το άρθρο 11 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο φέρει τον τίτλο «Οικονομικοί φορείς», ορίζει, στην παράγραφο 2, τα εξής:

«Οι κοινοπραξίες οικονομικών παραγόντων δύνανται να υποβάλλουν προσφορές ή υποψηφιότητες. Για την υποβολή μιας προσφοράς ή μιας αίτησης συμμετοχής, οι αναθέτοντες φορείς δεν μπορούν να απαιτούν να έχουν οι οικονομικοί φορείς συγκεκριμένη νομική μορφή· ωστόσο, η επιλεγόμενη κοινοπραξία είναι δυνατόν να υποχρεούται να περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή στο βαθμό που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης.»

- 6 Στο κεφάλαιο VII της ίδιας οδηγίας, το άρθρο 51, που τιτλοφορείται «Γενικές διατάξεις», ορίζει τα ακόλουθα:

«1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων:

- α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων σύμφωνα με το άρθρο 54, παράγραφοι 1, 2 ή 4, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που ανταποκρίνονται στους εν λόγω κανόνες και κριτήρια·
- β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει του άρθρου 54·
- γ) στις κλειστές και με διαπραγμάτευση διαδικασίες με προκήρυξη διαγωνισμού, περιορίζουν, ενδεχομένως, τον αριθμό των επιλεγέντων δυνάμει των στοιχείων α) και β) υποψηφίων, σύμφωνα με το άρθρο 54.

[...]

3. Οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι επιλεγμένοι προσφέροντες προς τους κανόνες και τις απαιτήσεις που ισχύουν για τις προσφορές και αναθέτουν τη σύμβαση βάσει των κριτηρίων που προβλέπονται στα άρθρα 55 και 57.»

- 7 Το άρθρο 54 της οδηγίας 2004/17, το οποίο φέρει τον τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής», ορίζει τα εξής:

«1. Οι αναθέτοντες φορείς που ορίζουν τα κριτήρια επιλογής σε ανοικτή διαδικασία ενεργούν σύμφωνα με αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που είναι στη διάθεση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων.

2. Οι αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι επιλέγουν τους υποψηφίους για κλειστή διαδικασία ή για διαδικασία με διαπραγμάτευση, προβαίνουν στην επιλογή σύμφωνα με τα αντικειμενικά κριτήρια και κανόνες που έχουν ορίσει και που είναι στη διάθεση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων.

3. Στις κλειστές διαδικασίες ή τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση, τα κριτήρια είναι δυνατόν να βασίζονται στην αντικειμενική ανάγκη του αναθέτοντος φορέα να μειώσει τον αριθμό των υποψηφίων στο επίπεδο που επιβάλλει η εξισορρόπηση μεταξύ των ειδικών χαρακτηριστικών της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και των μέσων που απαιτούνται για τη διεξαγωγή της. Ο αριθμός των επιλεγέντων υποψηφίων πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνει υπόψη την ανάγκη εξασφάλισης επαρκούς ανταγωνισμού.

[...]»

Το δανικό δίκαιο

- 8 Το άρθρο 2, πρώτο εδάφιο, του *lov om visse erhvervsdrivende virksomheder* (νόμου περί ορισμένων εμπορικών επιχειρήσεων), ο οποίος δημοσιεύθηκε με το κωδικοποιητικό διάταγμα 1295, της 15ης Νοεμβρίου 2013, περιλαμβάνει τον εξής ορισμό, ο οποίος βασίζεται στη νομολογία και τη θεωρία:

«Για τους σκοπούς του παρόντος νόμου ως “ομόρρυθμη εταιρία” νοείται η επιχείρηση της οποίας οι εταίροι ευθύνονται προσωπικά, απεριόριστα και εις ολόκληρον για τις υποχρεώσεις της.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

- 9 Με προκήρυξη που δημοσιεύθηκε τον Ιανουάριο του 2013, το Banedanmark κίνησε διαδικασία με διαπραγμάτευση με προκήρυξη διαγωνισμού, κατά την έννοια του άρθρου 47 της οδηγίας 2004/17, για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως με αντικείμενο την εκτέλεση έργου υπό την ονομασία «TP 4 Urban Tunnels» που αφορούσε την κατασκευή νέας σιδηροδρομικής γραμμής μεταξύ των πόλεων Κοπεγχάγης και Ringsted. Το κριτήριο που ορίστηκε για την ανάθεση της συμβάσεως ήταν το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς.
- 10 Κατά την προκήρυξη, το Banedanmark σκόπευε να προσκαλέσει από τέσσερις έως έξι υποψηφίους να υποβάλουν προσφορά, ενώ, αν ο αριθμός υποψηφίων τυχόν υπερέβαινε τους έξι, θα προχωρούσε σε προεπιλογή. Επιπλέον, από τη συγγραφή υποχρεώσεων προκύπτει ότι η διαδικασία που κινήθηκε προέβλεπε την κατάθεση τριών διαδοχικών προσφορών από τους προσφέροντες. Διαπραγμάτευση θα λάμβανε χώρα μετά την κατάθεση των δύο πρώτων προσφορών, η δε τρίτη και τελευταία προσφορά θα έπρεπε να οδηγήσει στην ανάθεση της συμβάσεως.
- 11 Πέντε οικονομικοί φορείς υπέβαλαν υποψηφιότητα στο πλαίσιο της προεπιλογής. Μεταξύ των φορέων αυτών περιλαμβάνονταν η κοινοπραξία που συνέστησαν οι MT Højgaard και Züblin (στο εξής: κοινοπραξία Højgaard και Züblin), καθώς και η κοινοπραξία που συνέστησαν οι Per Aarsleff και E. Pihl og Søn A/S (στο εξής: κοινοπραξία Aarsleff και Pihl). Το Banedanmark προεπέλεξε και τους πέντε υποψηφίους και τους κάλεσε να υποβάλουν προσφορά.
- 12 Τον Ιούνιο του 2013, μία από τις επιχειρήσεις αποσύρθηκε και, συνεπώς, απέμειναν τέσσερις προεπιλεγέντες προσφέροντες.
- 13 Η σύμβαση με την οποία συστάθηκε η κοινοπραξία Aarsleff και Pihl συνάφθηκε στις 26 Αυγούστου 2013. Την ίδια ως άνω ημερομηνία, το αρμόδιο δικαστήριο εξέδωσε απόφαση με την οποία η E. Pihl og Søn κηρύχθηκε σε πτώχευση. Το Banedanmark ειδοποιήθηκε για την απόφαση αυτή το απόγευμα της ίδιας ημέρας και ζήτησε αμέσως από την Per Aarsleff πληροφόρηση επί των επιπτώσεων της πτωχεύσεως στον εν εξελίξει διαγωνισμό. Παρά την ως άνω κήρυξη σε πτώχευση, η κοινοπραξία Aarsleff και Pihl υπέβαλε την πρώτη προσφορά της στις 27 Αυγούστου 2013, υπογεγραμμένη από τις δύο εταιρίες, όχι όμως και από τον σύνδικο της πτωχεύσεως.
- 14 Στις 15 Οκτωβρίου 2013 το Banedanmark ενημέρωσε όλους τους προσφέροντες για την απόφασή του να επιτρέψει στην Per Aarsleff να εξακολουθήσει να μετέχει μόνη της στη διαδικασία. Το Banedanmark προέβαλε προς αιτιολόγηση της αποφάσεως το γεγονός ότι η Per Aarsleff, η οποία ήταν η πρώτη επιχείρηση στη Δανία από πλευράς κύκλου εργασιών όσον αφορά τις χρήσεις των ετών 2012 και 2013, πληρούσε τα κριτήρια συμμετοχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση ακόμη και χωρίς την οικονομική και τεχνική συνδρομή της E. Pihl og Søn. Το Banedanmark επισήμανε επίσης ότι η Per Aarsleff είχε προσλάβει περισσότερους από 50 μισθωτούς της E. Pihl og Søn, συμπεριλαμβανομένων προσώπων με καθοριστικό ρόλο για την εκτέλεση του επίμαχου έργου.

- 15 Η Per Aarsleff υπέβαλε δεύτερη προσφορά ιδίω ονόματι, δηλώνοντας ότι την κατέθετε ως διάδοχος της κοινοπραξίας Aarsleff και Pihl, ότι ο σύνδικος της πτωχεύσεως δεν είχε γνωστοποιήσει κατά πόσον σκόπευε να ασκήσει το δικαίωμα επιλογής σε σχέση με τη συστατική της κοινοπραξίας σύμβαση και ότι, κατά συνέπεια, η ίδια την είχε καταγγείλει. Μετά από αξιολόγηση των δεύτερων προσφορών που έλαβε, το Banedanmark επέλεξε, σύμφωνα με τους όρους της προκηρύξεως, τρεις προσφορές, προκειμένου να κρίνει ποια από αυτές ήταν οικονομικά η πλέον συμφέρουσα και ζήτησε από τους τρεις επιλεγέντες προσφέροντες να υποβάλουν τρίτη και τελευταία προσφορά. Μεταξύ αυτών, περιλαμβάνονταν τόσο η Per Aarsleff όσο και η κοινοπραξία Højgaard και Züblin. Οι τρεις προσφέροντες κατέθεσαν τις τελευταίες αυτές προσφορές στις 12 Δεκεμβρίου 2013.
- 16 Στις 20 Δεκεμβρίου 2013, το Banedanmark γνωστοποίησε στους τρεις επιλεγέντες προσφέροντες ότι είχε αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση στην Per Aarsleff, της οποίας η προσφορά ήταν συνολικά, από άποψη τόσο ποιότητας όσο και τιμής, η πλέον συμφέρουσα. Η προσφορά αυτή ήταν ποσού 920 300 000 δανικών κορωνών (DKK) (περίπου 123 402 000 ευρώ).
- 17 Κατόπιν της ως άνω απόφασης, οι MT Højgaard και Züblin προσέφυγαν ενώπιον της Klagenævnet for Udbud (επιτροπής προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, Δανία), υποστηρίζοντας ιδίως ότι το Banedanmark παραβίασε τις αρχές της ίσης μεταχείρισεως και της διαφάνειας που κατοχυρώνει το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17, καθόσον επέτρεψε στην Per Aarsleff να συμμετάσχει στη διαδικασία αντί της κοινοπραξίας Aarsleff και Pihl, ενώ η ίδια δεν είχε προεπιλεγεί. Οι MT Højgaard και Züblin ζήτησαν ως εκ τούτου από την Klagenævnet for Udbud να ακυρώσει την απόφαση με την οποία η σύμβαση ανατέθηκε στην Per Aarsleff και επίσης να διατάξει την αναστολή εκτελέσεως της απόφασης αυτής.
- 18 Η Klagenævnet for Udbud αποφάσισε, κατ' αρχάς, να μην αναγνωρίσει ανασταλτικό αποτέλεσμα στην προσφυγή. Εν συνεχεία, έκρινε στη διάταξη περί παραπομπής ότι, βάσει των πληροφοριών που παρασχέθηκαν σχετικά με την Per Aarsleff, η εταιρία αυτή θα είχε προεπιλεγεί αν είχε υποβάλει υποψηφιότητα ιδίω ονόματι αντί να το πράξει μέσω της κοινοπραξίας Aarsleff και Pihl. Η Klagenævnet for Udbud επισημαίνει επίσης ότι δεν υφίσταται στο δανικό δίκαιο διάταξη που να απαγορεύει την, κατόπιν της υποβολής των προσφορών, μεταβολή της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας επιχειρήσεων που μετέχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασης.
- 19 Η Klagenævnet for Udbud σημειώνει ακολούθως ότι, με την προκήρυξη, το Banedanmark δεν έθεσε ελάχιστους ποιοτικούς όρους σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες των προσφερόντων και ότι θα όφειλε να προχωρήσει σε ποιοτική αξιολόγηση των υποψηφιοτήτων μόνο σε περίπτωση που ο αριθμός τους θα υπερέβαινε τις έξι. Συνεπώς, η Per Aarsleff θα μπορούσε να έχει επιλεγεί η ίδια χωρίς τη συμμετοχή της στην κοινοπραξία Aarsleff και Pihl. Το γεγονός ότι η Per Aarsleff υποκατέστησε την κοινοπραξία δεν άσκησε, εξάλλου, καμία επιρροή στην κατάσταση των προσφερόντων, καθόσον ουδείς εξ αυτών αποκλείστηκε από τη διαδικασία της προεπιλογής ή δεν θα είχε περιληφθεί στην προεπιλογή εάν η Per Aarsleff είχε υποβάλει υποψηφιότητα μόνη της. Επιπλέον, επισημαίνει ότι θα πρέπει να διακρίνεται η περίπτωση όπου η μεταβολή σε κοινοπραξία επέρχεται πριν την ανάθεση της σύμβασης από την περίπτωση όπου η τυχόν μεταβολή επέρχεται μετά την ανάθεση.
- 20 Εντούτοις, η Klagenævnet for Udbud διατηρεί ορισμένες αμφιβολίες ως προς το κατά πόσον η διαδικασία που ακολουθήθηκε συνάδει με την αρχή της ίσης μεταχείρισεως, επισημαίνοντας όμως ότι, όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις στους τομείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17, ο νομοθέτης της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν θέσπισε τόσο λεπτομερείς κανόνες για την εφαρμογή της ως άνω αρχής, όπως οι προβλεπόμενοι στην οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114).

- 21 Βάσει των ανωτέρω, η Klagenævnet for Udbud αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν της διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το εξής προδικαστικό ερώτημα:

«Έχει η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως κατά τα άρθρα 10 και 51 της οδηγίας 2004/17 [...] την έννοια ότι, σε περιπτώσεις όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, απαγορεύει σε αναθέτοντα φορέα τη σύναψη συμβάσεως με προσφέροντα ο οποίος δεν έχει υποβάλει αίτηση συμμετοχής στη διαδικασία προεπιλογής και, ως εκ τούτου, δεν έχει προεπιλεγεί;»

Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου

- 22 Στη σκέψη 15 της αποφάσεως της 18ης Νοεμβρίου 1999, Unitron Scandinavia και 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), το Δικαστήριο έκρινε ότι η Klagenævnet for Udbud είναι «δικαστήριο» κατά την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ. Η Δανική Κυβέρνηση επισημαίνει εντούτοις ότι το Δικαστήριο έκρινε αντιθέτως, με την απόφαση της 9ης Οκτωβρίου 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), ότι δεν αποτελεί δικαστήριο η Teleklagenævnet (επιτροπή προσφυγών στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, Δανία). Ζητεί, ως εκ τούτου, από το Δικαστήριο να διασαφηνίσει περαιτέρω τα εφαρμοστέα κριτήρια επί του ζητήματος αυτού και να επιβεβαιώσει, εφόσον απαιτείται, αν η Klagenævnet for Udbud είναι «δικαστήριο».
- 23 Υπενθυμίζεται συναφώς ότι, κατά πάγια νομολογία, το Δικαστήριο, προκειμένου να εκτιμήσει αν το αιτούν όργανο είναι «δικαστήριο», ζήτημα που διέπεται αποκλειστικά από το δίκαιο της Ένωσης, λαμβάνει υπόψη ένα σύνολο στοιχείων, όπως η ίδρυση του οργάνου αυτού διά νόμου, η μονιμότητά του, ο δεσμευτικός χαρακτήρας της δικαιοδοσίας του, ο κατ' αντιμωλίαν χαρακτήρας της ενώπιόν του διαδικασίας, η εκ μέρους του οργάνου αυτού εφαρμογή κανόνων δικαίου, καθώς και η ανεξαρτησία του (απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψη 17 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 24 Στην υπόθεση της κύριας δίκης, δεν προκύπτει από κανένα στοιχείο της ενώπιον του Δικαστηρίου δικογραφίας ότι το αιτούν όργανο δεν πληροί τα κριτήρια της ιδρύσεώς του διά νόμου, της μονιμότητας, του δεσμευτικού χαρακτήρα της δικαιοδοσίας του, του κατ' αντιμωλίαν χαρακτήρα της ενώπιόν του διαδικασίας και της εκ μέρους του οργάνου αυτού εφαρμογής κανόνων δικαίου.
- 25 Όσον αφορά το προβαλλόμενο από τη Δανική Κυβέρνηση κριτήριο της ανεξαρτησίας, το οποίο, όπως έκρινε το Δικαστήριο με την απόφαση της 9ης Οκτωβρίου 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), δεν πληρούσε η Teleklagenævnet, διαπιστώνεται καταρχάς ότι, σε αντίθεση με την επιτροπή αυτή προσφυγών, η Klagenævnet for Udbud δεν είναι διάδικος στις δίκες επί προσφυγών που ασκούνται κατά των αποφάσεών της ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων. Ως εκ τούτου, έχει την ιδιότητα του τρίτου σε σχέση με τους διαδίκους και ιδίως σε σχέση με την αρχή που εξέδωσε την προβαλλόμενη ενώπιόν της απόφαση.
- 26 Επισημαίνεται επίσης ότι, όπως σημείωσε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 44 των προτάσεών του, από τη δικογραφία προκύπτει ότι η Klagenævnet for Udbud δεν έχει κανένα λειτουργικό δεσμό με το Υπουργείο Εμπορίου και Ανάπτυξης. Το γεγονός ότι η γραμματεία του οργάνου αυτού υπάγεται στο εν λόγω Υπουργείο δεν μπορεί να κλονίσει την ως άνω διαπίστωση. Επιπλέον, το εν λόγω όργανο ασκεί τα καθήκοντά του υπό συνθήκες πλήρους αυτοτέλειας, χωρίς να υπέχει ιεραρχική δέσμευση και χωρίς να λαμβάνει εντολές ή οδηγίες από πουθενά (βλ., επ' αυτού, απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, σκέψη 19 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 27 Όσον αφορά την ανεξαρτησία των μελών του αιτούντος οργάνου, επισημαίνεται ότι κατά το άρθρο 1, παράγραφος 4, του bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (διατάγματος 887, σχετικά με την επιτροπή προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχει τροποποιηθεί), της 11ης Αυγούστου 2011, τα μέλη αυτά οφείλουν να ασκούν τα καθήκοντά τους με ανεξαρτησία.

- 28 Από τη δικογραφία προκύπτει ότι το αιτούν όργανο αποτελείται, κατά το άρθρο 9, παράγραφος 1, του Ιον nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (νόμου 492, για την εφαρμογή των κανόνων συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχει τροποποιηθεί), της 12ης Μαΐου 2010 (στο εξής: νόμος 492), από έναν πρόεδρο και συγκεκριμένο αριθμό αντιπροέδρων, οι οποίοι συναποτελούν το προεδρείο, καθώς και από ορισμένο αριθμό μελών που είναι εμπειρογνώμονες. Το προεδρείο αποτελείται, κατά το άρθρο 9, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, του νόμου 492, από δικαστές πρωτοβάθμιων δικαστηρίων και ανωτέρων περιφερειακών δικαστηρίων.
- 29 Η Klagenævnet for Udbud έχει ισομερή σύνθεση. Στη συνήθη σύνθεσή της αποτελείται από ένα μέλος του προεδρείου, το οποίο ενεργεί ως πρόεδρος, και από έναν εμπειρογνώμονα. Επιπλέον, κατά το άρθρο 10, παράγραφος 5, του νόμου 492, λαμβάνει αποφάσεις με απλή πλειοψηφία και, σε περίπτωση ισοψηφίας, υπερिσχύει η ψήφος του προέδρου. Κατά συνέπεια, τα μέλη του οργάνου αυτού που προέρχονται από το δανικό δικαστικό σώμα έχουν σε κάθε περίπτωση την πλειοψηφία και, κατά συνέπεια, κυρίαρχο λόγο στις αποφάσεις που αυτό λαμβάνει.
- 30 Τα μέλη του αιτούντος οργάνου που έχουν την ιδιότητα δικαστικού λειτουργού τυγχάνουν, ως εκ της ιδιότητάς τους αυτής, του ιδιαίτερου καθεστώτος προστασίας από την παύση που προβλέπει το άρθρο 64 του δανικού Συντάγματος, το οποίο ισχύει και για την εκπλήρωση των καθηκόντων τους ως μελών του προεδρείου.
- 31 Δεδομένου ότι υπερिσχύει η ψήφος των μελών του αιτούντος οργάνου τα οποία, ως εκ της δικαστικής τους ιδιότητας, τυγχάνουν της ειδικής αυτής προστασίας, το γεγονός ότι οι εμπειρογνώμονες μέλη του οργάνου αυτού δεν τυγχάνουν της ίδιας προστασίας δεν μπορεί, σε κάθε περίπτωση, να θέσει εν αμφιβόλω την ανεξαρτησία του εν λόγω οργάνου.
- 32 Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, επιβεβαιώνεται ότι η Klagenævnet for Udbud πληροί το κριτήριο της ανεξαρτησίας και πρέπει, ως εκ τούτου, να γίνει δεκτό ότι αποτελεί «δικαστήριο» κατά την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ.
- 33 Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να δώσει απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα.

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

- 34 Με το ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων κατά το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας, αντιτίθεται σε απόφαση αναθέτοντος φορέα με την οποία επιτρέπεται σε οικονομικό φορέα, που ήταν μέλος κοινοπραξίας δύο επιχειρήσεων η οποία είχε προεπιλεγεί και υποβάλει την πρώτη προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, να εξακολουθήσει να μετέχει ιδίω ονόματι στη διαδικασία αυτή μετά τη λύση της εν λόγω κοινοπραξίας.
- 35 Προς απάντηση του ως άνω ερωτήματος, επισημαίνεται ότι η οδηγία 2004/17 δεν προβλέπει κανόνες οι οποίοι να αφορούν ειδικά τις μεταβολές στη σύνθεση κοινοπραξίας οικονομικών φορέων που έχει προεπιλεγεί ως προσφέρουσα σε διαδικασία διαγωνισμού και, επομένως, η ρύθμιση της περιπτώσεως αυτής εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών (βλ., επ' αυτού, απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2003, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική, C-57/01, EU:C:2003:47, σκέψη 61).
- 36 Ούτε η δανική νομοθεσία ούτε η προκήρυξη του επίμαχου στην υπόθεση της κύριας δίκης διαγωνισμού περιλαμβάνουν ειδικούς κανόνες ως προς το ζήτημα αυτό. Τούτου δοθέντος, η δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα να επιτρέπει τέτοια μεταβολή πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα των γενικών αρχών του δικαίου της Ένωσης, και ιδίως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρεώσεως διαφάνειας που απορρέει από αυτήν, καθώς και των σκοπών που επιδιώκει το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

- 37 Υπενθυμίζεται ως προς το σημείο αυτό ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας, αφενός, συνεπάγονται ιδίως ότι στους προσφέροντες πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους εκτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή και, αφετέρου, αποτελούν τη βάση των κανόνων της Ένωσης σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων (βλ., επ' αυτού, απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 38 Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές πρέπει να υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζομένους (αποφάσεις της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).
- 39 Η αυστηρή εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των προσφερόντων, όπως η αρχή αυτή εξειδικεύεται στο άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17 σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας, θα είχε ως αποτέλεσμα μόνον οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς, υπό τη συγκεκριμένη μορφή υπό την οποία προεπιλέγησαν, να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν προσφορά και να καταστούν ανάδοχοι.
- 40 Η άποψη αυτή στηρίζεται στο άρθρο 51, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17 κατά το οποίο οι αναθέτουσες αρχές «ελέγχουν τη συμβατότητα των προσφορών που έχουν υποβάλει οι [κατ' αυτόν τον τρόπο] επιλεγμένοι προσφέροντες», όπερ προϋποθέτει, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 63 των προτάσεών του, ότι πρέπει να ταυτίζονται, τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής απόψεως, οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς με τους οικονομικούς φορείς που υποβάλλουν τις προσφορές.
- 41 Εντούτοις, η απαίτηση ταυτίσεως τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής απόψεως για την οποία έγινε λόγος στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας αποφάσεως μπορεί να αμβλύνεται προκειμένου να διασφαλίζεται, στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση, επαρκής ανταγωνισμός, όπως επιτάσσει το άρθρο 54, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/17.
- 42 Στην υπόθεση της κύριας δίκης, όπως προκύπτει από τη σκέψη 10 της παρούσας αποφάσεως, ο αναθέτων φορέας έκρινε ότι, για τη διασφάλιση του ανταγωνισμού αυτού, οι υποψήφιοι έπρεπε να είναι τουλάχιστον τέσσερις.
- 43 Πρέπει όμως επιπλέον οι όροι υπό τους οποίους συνεχιζεται η, ιδίω ονόματι, συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, μετά τη λύση της προεπιλεγείσας από τον αναθέτοντα φορέα κοινοπραξίας στην οποία ο ίδιος μετείχε, να μην παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως του συνόλου των προσφερόντων.
- 44 Ως προς το ζήτημα αυτό, δεν συντρέχει παραβίαση της ως άνω αρχής, όταν αναθέτων φορέας επιτρέπει σε έναν από τους δύο οικονομικούς φορείς μέλη κοινοπραξίας κληθείσας προς υποβολή προσφοράς να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία μετά τη λύση της και να συμμετάσχει, ιδίω ονόματι, στη διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις που έχει καθορίσει ο αναθέτων φορέας και, αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων.
- 45 Στην υπόθεση της κύριας δίκης, επισημαίνεται κατ' αρχάς ότι από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η Per Aarsleff θα είχε προεπιλεγεί εάν είχε υποβάλει μόνη της υποψηφιότητα (βλ. σκέψη 18 της παρούσας αποφάσεως).

- 46 Τούτου δοθέντος, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων της δικογραφίας, κατά τα οποία, αφενός, η συστατική σύμβαση της κοινοπραξίας Aarsleff και Pihl συνάφθηκε την ημέρα εκδόσεως της αποφάσεως με την οποία κηρύχθηκε η πτώχευση της E. Pihl og Søn και, αφετέρου, η πρώτη προσφορά της κοινοπραξίας αυτής κατατέθηκε την επομένη χωρίς την υπογραφή του συνδίκου της πτωχεύσεως της E. Pihl og Søn, εναπόκειται, στη συνέχεια, στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν η ως άνω πρώτη προσφορά βαρύνεται με παρατυπία η οποία θα μπορούσε να κωλύσει τη συνέχιση της, ιδίω ονόματι, συμμετοχής της Per Aarsleff στην επίμαχη διαδικασία με διαπραγμάτευση.
- 47 Τέλος, όσον αφορά την πρόσληψη, μετά τη λύση της κοινοπραξίας Aarsleff και Pihl, εκ μέρους της Per Aarsleff περισσότερων από 50 μισθωτών της E. Pihl og Søn, συμπεριλαμβανομένων προσώπων με καθοριστικό ρόλο για την εκτέλεση του επίμαχου κατασκευαστικού έργου, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν, εξ αυτού του γεγονότος, η Per Aarsleff άντλησε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα εις βάρος των λοιπών προσφερόντων.
- 48 Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων κατά το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας, όταν αναθέτων φορέας επιτρέπει σε έναν από τους δύο οικονομικούς φορείς μέλη κοινοπραξίας κληθείσας προς υποβολή προσφοράς να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία μετά τη λύση της και να συμμετάσχει, ιδίω ονόματι, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις που έχει καθορίσει ο αναθέτων φορέας και, αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 49 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπύπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σε αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τμήμα μείζονος συνθέσεως) αποφαινεται:

Δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων κατά το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, σε συνδυασμό με το άρθρο 51 της ίδιας οδηγίας, όταν αναθέτων φορέας επιτρέπει σε έναν από τους δύο οικονομικούς φορείς μέλη κοινοπραξίας κληθείσας προς υποβολή προσφοράς να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία μετά τη λύση της και να συμμετάσχει, ιδίω ονόματι, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις που έχει καθορίσει ο αναθέτων φορέας και, αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων.

(υπογραφές)