



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
PAOLA MENGOZZIJA,  
predstavljeni 25. novembra 2015<sup>1</sup>

**Zadeva C-396/14**

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil, Danska))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe — Člen 267 PDEU — Pristojnost Sodišča — Status predložitvenega organa kot ‚sodišča‘ — Neodvisnost — Direktiva 2004/17/ES — Javna naročila — Postopek s pogajanji — Načelo enakega obravnavanja — Sprememba skupine gospodarskih subjektov med postopkom oddaje naročila — Oddaja naročila družbi, ki ni bila izbrana v predizboru“

1. Ali lahko naročnik, če je bila skupina gospodarskih subjektov izbrana v predizboru in je predložila ponudbo v okviru postopka oddaje javnega naročila, nato pa je bila ta skupina pred oddajo naročila razpuščena zaradi stečaja enega od njenih dveh članov, z vidika načela enakega obravnavanja preostalemu članu – ki se kot tak ni prijavil za predizbor in zato ni bil izbran – dovoli nadaljnje sodelovanje v postopku in mu nazadnje odda naročilo?
2. Tako vprašanje, ki ni bilo še nikoli postavljeno, je Sodišču v bistvu predložilo Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil, Danska) v okviru spora med družbama MT Højgaard A/S in Züblin A/S (v nadaljevanju: skupaj: skupina MTHZ), združenima v skupino gospodarskih subjektov, ki je sodelovala v postopku oddaje naročila, ter Banedanmark, upravljavcem železniških infrastruktur na Danskem in naročnikom v tem postopku. Skupina MTHZ je pred predložitvenim sodiščem trdila, da je Banedanmark s tem, da je družbi Per Aarsleff A/S (v nadaljevanju: družba Aarsleff), preostali članici med postopkom razpuščene skupine, dovolil sodelovati postopku javnega razpisa namesto skupine, čeprav družba Aarsleff ni bila izbrana v predizboru, kršil načelo enakega obravnavanja, določeno s členom 10 Direktive 2004/17/ES.<sup>2</sup>
3. V tej zadevi danska vlada Sodišče najprej poziva, naj pojasni, zakaj je Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) sodišče v smislu člena 267 PDEU. Dalje, kar zadeva vsebinski odgovor na vprašanje, ki ga je postavilo predložitveno sodišče, bo moralo Sodišče poiskati ustrezno ravnotežje med, prvič, javnim interesom naročnikov za to, da se v postopkih oddaje javnih

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštinskih storitev (UL 2004, L 134, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19).

naročil vzpostavi čim večja konkurenca, s čimer se zagotovi čim večja udeležba ponudnikov v postopku javnega razpisa, in, drugič, interesom – ali bolje pravico – vseh ponudnikov, ki sodelujejo v postopku javnega razpisa, da njihova udeležba v postopku poteka ob strogem spoštovanju enakih možnosti za vse ponudnike.

## I – Pravni okvir

### A – Pravo Unije

4. Naročilo iz zadeve v glavni stvari se nanaša na izgradnjo železnic in je torej urejeno z določbami Direktive 2004/17, imenovane „sektorska direktiva“.

5. V uvodni izjavi 9 Direktive 2004/17 je navedeno: „Da bi zagotovili odprtje konkurence za javna naročila, ki jih oddajo naročniki v [...] transportnem sektorju, je priporočljivo pripraviti določbe za usklajevanje naročil nad določeno vrednostjo na ravni Skupnosti. Tako usklajevanje temelji na zahtevah, ki izhajajo iz členov 14, 28 in 49 Pogodbe ES in iz člena 97 Pogodbe Euratom, kot so načelo enake obravnave in načelo nediskriminacije kot njegov poseben izraz [...]. Glede na naravo sektorjev, na katere vpliva tako sodelovanje, bi morali hkrati z varovanjem uporabe teh načel vzpostaviti okvir za preišljeno poslovno prakso in zagotoviti kar največjo prilagodljivost [...]“.

6. Člen 10 te direktive, naslovljen „Načela za oddajo naročil“, določa, da „[n]aročniki obravnavajo gospodarske subjekte enakopravno in brez diskriminacije ter poslujejo pregledno“.

7. Člen 11(2) te direktive določa, da lahko ponudbo „predloži ali se prijavi kot kandidat tudi skupina gospodarskih subjektov. Naročnik od take skupine ne sme zahtevati, da zaradi predložitve ponudbe ali prijave za sodelovanje prevzame kako posebno pravno obliko, vendar pa se od izbrane skupine lahko to zahteva, potem ko ji je bilo naročilo oddano, če je takšna sprememba potrebna za uspešno izvedbo naročila“.

8. Člen 51 te direktive, naslovljen „Splošne določbe“, ki spada v poglavje VII te direktive, naslovljeno „Vodenje postopka“, določa:

„1. Pri izbiranju udeležencev v postopkih za oddajo naročil:

- (a) naročniki, ki so navedli pravila in merila za izključitev ponudnikov in kandidatov v skladu s členom 54(1), (2) ali (4), izključijo gospodarske subjekte, ki izpolnjujejo taka pravila in merila;
- (b) naročniki izberejo ponudnike in kandidate v skladu z objektivnimi pravili in merili, določenimi v skladu s členom 54;
- (c) v omejenih postopkih in v postopkih s pogajanjem po predhodnem javnem razpisu po potrebi v skladu s členom 54 zmanjšajo število kandidatov, izbranih v skladu s pododstavkoma (a) in (b).

[...]

3. Naročniki potrjujejo, da so ponudbe, ki so jih predložili izbrani ponudniki, v skladu s pravili in zahtevami za ponudbe in oddajo naročilo na podlagi meril, določenih v členih 55 in 57.“

9. Člen 54 Direktive 2004/17 določa pravila glede meril za ugotavljanje usposobljenosti, ki jih določijo naročniki, v zadnjem stavku točke 3 tega člena pa je določeno, da je treba v omejenih postopkih ali postopkih s pogajanjem „pri številu izbranih kandidatov upoštevati, da je treba zagotoviti ustrezno konkurenco“.

10. Direktiva 2004/17 bo razveljavljena z Direktivo 2014/25/EU, ki bo stopila v veljavo 18. aprila 2016<sup>3</sup>.

## B – Dansko pravo

11. Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) je bila ustanovljena z Lov n. 344 af 6. juni 1991 om Klagensævnet for Udbud (zakon št. 344 z dne 6. junija 1991 o komisiji za pritožbe na področju javnih naročil). Njena organizacija in delovanje sta urejena z Lov n. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (zakon št. 492 z dne 12. maja 2010 o izvajanju pravil za oddajo naročil), kakor je bil spremenjen (v nadaljevanju: zakon o oddaji javnih naročil), in z Bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagensævnet for Udbud (uredba št. 887 z dne 8. novembra 2011 o komisiji za pritožbe na področju javnih naročil), kakor je bila spremenjena (v nadaljevanju: uredba št. 887).

12. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (Zakon o nekaterih komercialnih dejavnostih), ki je bil objavljen s konsolidacijsko uredbo št. 1295 z dne 15. novembra 2013, v členu 2, prvi odstavek, pojem „interessentskab“ (družba z neomejeno odgovornostjo; v nadaljevanju: I/S) opredeljuje kot „podjetje, v katerem vsi družbeniki osebno, neomejeno in solidarno nosijo obveznosti podjetja“. I/S je samostojna pravna oseba in pravni subjekt s pravno sposobnostjo. Člen 2 istega zakona v točki 3(2) in (10) ter točki 2 določa, da mora biti I/S sestavljena iz družbenikov, ki morajo tudi sami nastopati v obliki delniških družb.

## II – Dejansko stanje iz zadeve v glavni stvari, nacionalni postopek in vprašanje za predhodno odločanje

13. Banedanmark je januarja 2013 na podlagi Direktive 2004/17 objavil obvestilo o oddaji javnega naročila po postopku s pogajanjem v zvezi z izvedbo projekta, poimenovanega „TP 4 Urban Tunnels“, v okviru izgradnje nove železniške proge med mestoma København (Danska) in Ringsted (Danska).

14. V razpisnih pogojih za to naročilo je bilo navedeno, da se v postopku predvideva predložitev treh ponudb ter da bodo po predložitvi prvih dveh ponudb izvedena pogajanja, na podlagi tretje in zadnje pa bo naročilo oddano. V obvestilu o javnem naročilu je bilo še navedeno, da namerava Banedanmark k oddaji ponudbe povabiti šest kandidatov, če bi bilo kandidatov več kot šest, pa bo opravil predizbor na podlagi referenc pri podobnih delih. Za izbor v predizboru ni bila postavljena nobena minimalna zahteva.

15. Prijavilo se je pet gospodarskih subjektov, Banedanmark pa jih je v predizboru izbral vseh pet. Vendar se je junija 2013 eno od podjetij umaknilo, tako da so ostali le štirje ponudniki, izbrani v predizboru.

16. Med njimi je bila tudi skupina, ki sta jo sestavljali družbi E. Pihl & Søn A/S (v nadaljevanju: družba Pihl) in Aarsleff, ki je v predizboru sodelovala kot konzorcij v obliki I/S, poimenovane „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S“. Družbi Pihl in Aarsleff sta bili med največjimi gradbenimi podjetji na Danskem. 26. avgusta 2013 sta sklenili sporazum o ustanovitvi I/S.

17. Vendar je bil istega dne izdan sklep o začetku stečajnega postopka proti družbi Pihl. Banedanmark se je z njim seznanil popoldne tega dne in takoj pozval družbo Aarsleff, naj pojasni pomen tega stečaja za postopek za oddajo javnega naročila, ki je v teku.

3 — Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL 2014, L 94, str. 243).

18. I/S je 27. avgusta 2013 kljub temu, da se je prejšnjega dne začel stečajni postopek, predložila prvo ponudbo, ki sta jo podpisali družbi Aarsleff in Pihl, ne pa tudi stečajni upravitelj zadnjenavedene družbe.

19. Banedanmark je po obsežnem dopisovanju z družbo Aarsleff v zvezi z vprašanjem upravljanja posledic stečaja družbe Pihl 15. oktobra 2013 vse ponudnike obvestil o svoji odločitvi, da bo družbi Aarsleff dovolil, da sama ne glede na stečaj družbe Pihl še naprej sodeluje v postopku oddaje naročila.

20. Banedanmark je v svojem sporočilu odločbo utemeljil s tem, da družba Aarsleff izpolnjuje pogoje za sodelovanje v postopku javnega razpisa brez ekonomskih in tehničnih zmožnosti družbe Pihl in da za odločitev, da se je k sodelovanju v postopku javnega razpisa povabilo skupno podjetje, ni bilo odločilno, da je bila v skupini udeležena družba Pihl. Banedanmark je v tem sporočilu poleg tega poudaril, da družbe Pihl v skupini ne bo nadomestil drug ponudnik in da bodo zato izbrani ponudniki ostali isti, saj ne bo nobenemu novemu subjektu dovoljeno, da bi sodeloval v postopku javnega razpisa. Banedanmark je še dodal, da je družba Aarsleff po začetku stečajnega postopka prevzela več kot 50 delavcev, zaposlenih pri družbi Pihl, vključno s osebami, ključnimi za izvedbo projekta, na katerega se je nanašal javni razpis.

21. Družba Aarsleff je nato predložila drugo ponudbo v svojem imenu ter pri tem pojasnila, da je ponudbo predložila kot naslednica skupine, ki jo je sestavljala z družbo Pihl, da se stečajni upravitelj ni izrekel o tem, ali želi nadaljevati sporazum o ustanovitvi skupine, in da je družba Aarsleff zato ta sporazum odpovedala. Banedanmark je po oceni ponudb iz drugega kroga, ki jih je prejel, v skladu s pogoji iz obvestila o javnem naročilu izbral tri ponudbe, za katere je presodil, da so ekonomsko najugodnejše, nato pa je tri izbrane ponudnike pozval, naj predložijo tretjo in zadnjo ponudbo. Med njimi sta bili družba Aarsleff in skupina MTHZ. Zadnja ponudba je bila predložena 12. decembra 2013.

22. Banedanmark je 20. decembra 2013 vse tri izbrane ponudnike obvestil, da se je odločil javno naročilo oddati družbi Aarsleff, saj je bila njena ponudba na splošno – z vidika kakovosti in cene – ekonomsko najugodnejša.

23. Skupina MTHZ je po sprejetju te odločitve pri predložitvenem sodišču vložila pritožbo, s katero je predlagala, prvič, naj ugotovi, da je Banedanmark, ker je družbi Aarsleff, ki ni bila izbrana v predizboru, dovolil, da namesto skupine, ki jo je sestavljala z družbo *Pihl*, sodeluje v postopku javnega razpisa, ravnal v nasprotju z načeloma enakega obravnavanja in preglednosti v smislu člena 10 Direktive 2004/17. Drugič, MTHZ je še predlagala, naj se odločba o oddaji javnega naročila družbi Aarsleff razglasi za nično.

24. Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je predložitveno sodišče v odločbi, ki jo je sprejelo 28. januarja 2014, štelo, da pritožba, ki jo je vložila skupina MTHZ, nima odložilnega učinka, ker ni bil izpolnjen pogoj v zvezi z nujnostjo. Vendar je predložitveno sodišče v tej odločbi kljub temu menilo, da je pogoj v zvezi s *fumus boni juris* izpolnjen, saj je bilo po njegovem mnenju na podlagi preučitve pritožbe na prvi pogled mogoče skleniti, da je verjetno, da bo s končno odločbo predlogu za razglasitev ničnosti, ki ga je podala skupina MTHZ, ugodeno. V zvezi s tem je predložitveno sodišče najprej opozorilo, da je treba razlikovati med položajem, ko sprememba v skupini nastopi pred oddajo naročila, in položajem, ko ta sprememba nastopi po njegovi oddaji. Dalje, to, da je naročnik v predizboru izbral skupino, ne pomeni, da je bil v predizboru izbran vsak posamezni družbenik, ne glede na to, ali je naročnik na podlagi ponudbe lahko vedel, da je vsak član skupine sam izpolnjeval zadevne pogoje.

25. Klagenævpredlonet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) v predložitveni odločbi najprej opozarja, da v danskem pravu ni z nobeno določbo prepovedana sprememba sestave skupine podjetnikov, ki sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, po predložitvi ponudb. Navedeni organ nato še ugotavlja, da Banedanmark v obvestilu o javnem naročilu ni določil minimalnih pogojev

glede usposobljenosti v zvezi s tehničnimi zmogljivostmi ponudnikov, predložene ponudbe pa bi moral presoditi na podlagi usposobljenosti le, če bi bilo njihovo število večje od šest. V takih okoliščinah je bilo treba na podlagi podatkov, predloženih v zvezi z družbo Aarsleff, šteti, da ni sporno, da bi bila ta družba prav tako izbrana v predizboru, če bi kandidirala neposredno in ne prek skupine, ki jo je sestavljala z družbo Pihl.

26. Vendar Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) vseeno dvomi o združljivosti uporabljenega postopka z načelom enakega obravnavanja. V teh okoliščinah je Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) prekinila odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložila to vprašanje:

„Ali je treba načelo enakega obravnavanja iz člena 10 v povezavi s členom 51 Direktive 2004/17/ES [...] razlagati tako, da nasprotuje temu, da bi naročnik v položaju, kot je ta v obravnavanem primeru, oddal javno naročilo ponudniku, ki se ni prijavil za predizbor in zato v njem ni bil izbran?“

### III – Postopek pred Sodiščem

27. Sodišče je predložitveno odločbo prejelo 20. avgusta 2014. Skupina MTHZ, danska vlada in Evropska komisija so vložile stališča in nastopile na obravnavi 8. septembra 2015.

### IV – Pravna analiza

28. Pred odgovorom na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo predložitveno sodišče, je treba uvodoma obravnavati vprašanje danske vlade glede pristojnosti Sodišča.

#### A – Pristojnost Sodišča

29. Danska vlada navaja, da je Sodišče v sodbi Unitron Scandinavia in 3-S<sup>4</sup> sicer res že priznalo, da je pritožbeni organ iz te zadeve, tj. Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil), „sodišče“ v smislu člena 267 PDEU, vendar bi bilo treba glede na elemente, ki jih je Sodišče upoštevalo v nedavni sodbi TDC<sup>5</sup>, v kateri se je postavilo vprašanje priznanja statusa sodišča drugi pritožbeni komisiji po danskem pravu, tj. Teleklagenævnet (komisija za pritožbe na področju telekomunikacij), pojasniti, ali in zakaj je mogoče Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) priznati ta status.

30. V zvezi s tem je treba opozoriti, da Sodišče v skladu s svojo ustaljeno sodno prakso pri presoji vprašanja, ali je predložitveni organ „sodišče“ v smislu člena 267 PDEU, ki je izključno vprašanje prava Unije, upošteva vse elemente, kot so zakonska podlaga organa, njegova stalnost, obveznost njegove sodne pristojnosti, kontradiktornost postopka, njegova uporaba pravnih pravil in njegova neodvisnost.<sup>6</sup>

31. Kar zadeva merila v zvezi z zakonsko podlago pritožbenega organa, njegovo stalnostjo, kontradiktornostjo postopka in njegovo uporabo pravnih pravil, nič iz spisa ne more omajati prepričanja, da je Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) sodišče v smislu člena 267 PDEU, kot ji je Sodišče ta status priznalo v zgoraj navedeni sodbi Unitron Scandinavia in 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Vendar je treba na podlagi informacij, ki so bile

4 — C-275/98, EU:C:1999:567, glej zlasti točko 15, ki se sklicuje na točki 17 in 18 sklepnih predlogov S. Alberja v isti zadevi (C-275/98, EU:C:1999:384)

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Glej med drugim sodbi Bundesdruckerei (C 549/13, EU:C:2014:2235, točka 21) in TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, točka 27).

predložene Sodišču v tem postopku, podrobneje analizirati merila v zvezi z obveznostjo njegove sodne pristojnosti in njegovo neodvisnostjo, saj je Sodišče v sodbi TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) prav na podlagi zadnjenavedenega merila odločilo, da komisiji za pritožbe na področju telekomunikacij ne prizna statusa sodišča.

32. Na prvem mestu, kar zadeva obveznost sodne pristojnosti Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil), naj le opozorim, da se ne zdi, da bi lahko okoliščina, da je pristojnost tega organa izključna le v tako imenovanem obdobju „standstill“<sup>7</sup>, po izteku tega obdobja pa postane izbirna, omajala status sodišča, ki se pripisuje temu organu.

33. Iz sodne prakse namreč izhaja, da obstoj pravnega sredstva, ki je alternativa sodnemu postopku, ne pomeni nujno, da organa, pri katerem je vloženo to alternativno pravno sredstvo, ni mogoče opredeliti za „sodišče države članice“ v smislu člena 267 PDEU, če je odločba predložitvenega organa zavezujoča – kar v obravnavani zadevi nedvomno drži<sup>8</sup> – in je zadevni organ določen z zakonom, njegova pristojnost pa ni odvisna od volje strank<sup>9</sup>. Ker je bila poleg tega pritožba iz postopka v glavni stvari vložena v obdobju „standstill“, je bila sodna pristojnost Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) takrat obvezna.

34. Na drugem mestu, kar zadeva merilo v zvezi z neodvisnostjo, je treba opozoriti, da pojem neodvisnosti, ki je neločljivo povezan z nalogo sojenja, predvsem pomeni, da je zadevna instanca v odnosu do organa, ki je sprejel odločbo, zoper katero je bilo vloženo pravno sredstvo, tretja oseba. Iz sodne prakse izhaja, da ta pojem vsebuje zunanji vidik, ki pomeni, da je instanca zavarovana pred zunanjimi posredovanji ali pritiski, ki bi lahko ogrozili neodvisnost sojenja njenih članov glede sporov, ki so jim predloženi, in notranji vidik, ki je povezan s pojmom nepristranskosti in se nanaša na to, da je zagotovljena enaka distanca v odnosu do strank v sporu in njihovih posameznih interesov glede predmeta spora. Takšne varovalke neodvisnosti in nepristranskosti predpostavljajo, da obstajajo pravila, zlasti v zvezi s sestavo instance, imenovanjem, trajanjem funkcij in razlogi za vzdržanje, izločitev in razrešitev njenih članov, na podlagi katerih je mogoče zavrniti vsak upravičen dvom pri posameznikih o zavarovanosti navedene instance pred zunanjimi vplivi in o njeni nevtralnosti glede interesov, s katerimi se srečuje.<sup>10</sup>

35. Sodišče je v sodbi TDC, na katero se sklicuje danska vlada, menilo, da komisija za pritožbe na področju telekomunikacij ni sodišče v smislu člena 267 PDEU, ker ta organ ne izpolnjuje merila neodvisnosti. Tak sklep je utemeljilo z dvema elementoma. Prvič, kar zadeva zunanji vidik neodvisnosti, je Sodišče ugotovilo, da danski predpisi določajo poseben postopek za razrešitev sodnikov rednih sodišč, medtem ko pogoji za razrešitev članov komisije za pritožbe na področju telekomunikacij niso urejeni s posebnimi predpisi, temveč se za nezakonito razrešitev uporabljajo le splošna pravila upravnega in delovnega prava.<sup>11</sup> Drugič, kar zadeva notranji vidik neodvisnosti, je Sodišče izključilo to, da bi imela komisija za pritožbe na področju telekomunikacij status tretje osebe v odnosu do zadevnih interesov, saj je ugotovilo, da ta organ v primeru vložitve tožbe zoper eno od njegovih odločb pred rednimi sodišči v postopku sodeluje kot tožena stranka.<sup>12</sup>

7 — Glej člena 3(1) in 5(1) zakona o oddaji javnih naročil.

8 — Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) lahko na podlagi členov 13, 14 in od 16 do 18 zakona o oddaji javnih naročil zlasti razveljavi protipravne odločbe ali protipravno oddajo naročil, izreka odredbe, naloži finančne sankcije, dodeli odškodnine in razveljavi pogodbe.

9 — Glej sodbo Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, točki 22 in 23 ter navedena sodna praksa) in celostno analizo sodne prakse glede tega vprašanja iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca N. Jääskinen v isti zadevi (C-203/14, EU:C:2015:445, točka 40 in naslednje).

10 — Glej med drugim sodbo Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, točke od 49 do 53 ter navedena sodna praksa).

11 — Sodba TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, točke od 34 do 36).

12 — *Ibidem* (točka 37).

36. Vendar na podlagi informacij, s katerimi razpolaga Sodišče, v primeru Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) ni mogoče ugotoviti nobenega od elementov, ki ju je Sodišče upoštevalo v sodbi TDC.

37. Prvič, kar zadeva notranji vidik neodvisnosti, je danska vlada v svojih stališčih in na obravnavi izrecno navedla, da Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) za razliko od komisije za pritožbe na področju telekomunikacij ni stranka v postopkih zoper odločbe tega organa, ki potekajo pred rednimi sodišči. Torej ni nobenega razloga za to, da bi dvomili o njenem statusu tretje osebe v odnosu do zadevnih interesov.

38. Drugič, kar zadeva zunanji vidik neodvisnosti, je treba opozoriti, da iz spisa, s katerim razpolaga Sodišče, izhaja, da obstajajo znatne razlike med komisijo za pritožbe na področju telekomunikacij in Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil), kar zadeva njuno sestavo, jamstva zoper razrešitev njenih članov in njuno delovanje.

39. Tako iz upoštevnih določb zakona o oddaji javnih naročil izhaja, da Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) – ki je bilo med drugim ustanovljeno zaradi izvajanja Direktive 89/665/EGS<sup>13</sup> – sestavljajo predsednik in določeno število podpredsednikov (ki skupaj tvorijo predsedstvo) ter določeno število strokovnih članov, ki jih vse imenuje Erhvervs- og vækstministeren (minister za podjetništvo in rast) za obdobje do štirih let<sup>14</sup>.

40. Vendar mora biti predsedstvo Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) za razliko od komisije za pritožbe na področju telekomunikacij sestavljeno iz sodnikov prvostopenjskih sodišč in višjih regionalnih sodišč.<sup>15</sup> Kot pa je opozorilo Sodišče v sodbi TDC<sup>16</sup>, je tem sodnikom zagotovljeno posebno varstvo pred razrešitvijo. To varstvo, ki temelji na členu 64 danske ustave, se – glede na navedbe z obravnave – očitno razširi tudi na predsedstvo komisij za pritožbe.

41. Poleg tega je bilo na podlagi analize zakonskih določb ugotovljeno, da lahko člani predsedstva, ko Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) sprejema odločitve, igrajo precej pomembnejšo vlogo kot strokovni člani. Ta organ v redni sestavi namreč sestavljata član predsedstva, ki deluje kot predsednik, in strokovni član. V primeru neodločenega izida pri odločanju je odločilen predsednikov glas.<sup>17</sup> Poleg tega lahko člani predsedstva nekatere odločitve sprejmejo brez sodelovanja strokovnih članov<sup>18</sup>, imajo pa tudi večinsko težo pri sprejemanju odločitev v kompleksnejših zadevah ali zadevah, ki vključujejo načelna vprašanja<sup>19</sup>.

42. Drži sicer, da se zdi, da za nekatere člane Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil), to je strokovne člane, enako kot za člane komisije za pritožbe na področju telekomunikacij, dansko pravo ne določa posebnih pravil v zvezi z razrešitvijo, saj se za nezakonito razrešitev uporabljajo le splošna pravila upravnega in delovnega prava.

13 — Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL 1989, L 395, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena.

14 — Glej člen 9(1) in (2), prvi stavek, zakona o oddaji javnih naročil.

15 — Glej člen 9(2), drugi stavek, zakona o oddaji javnih naročil.

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

17 — Glej člen 10(4), prvi stavek, in člen 5 zakona o oddaji javnih naročil. Na podlagi prve določbe – razen v položaju, opisanem v točki 6 tega člena – član predsedstva in strokovni član sodelujeta pri obravnavi posamezne zadeve. Na podlagi druge določbe se odločitve Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) sprejemajo z navadno večino, pri čemer je v primeru izenačenega izida odločilen glas predsednika.

18 — Glej člen 10(6) zakona o oddaji javnih naročil.

19 — Glej člen 10(4) zakona o oddaji javnih naročil, po katerem se lahko predsednik Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) v posebnih primerih odloči, da bo povečal število članov predsedstva in strokovnih članov, ki sodelujejo pri obravnavi zadeve. V tem primeru se mora število članov predsedstva ujemati s številom strokovnih članov. Iz te določbe, ki se uporablja v kompleksnejših zadevah ali zadevah, ki vključujejo načelna vprašanja, izhaja, da tudi v takih zadevah, ki so še posebej pomembne, Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) sestavlja enako število članov predsedstva in strokovnih članov, kar pomeni, da imajo člani predsedstva pri sprejetju odločitve večjo težo, saj je glas predsednika odločilen.

43. Naj v zvezi s tem kljub temu pripomnim, da je Sodišče v nekaterih sodbah sicer res navedlo, da se za to, da bi se štel, da je pogoj v zvezi z neodvisnostjo predložitvenega organa izpolnjen, v sodni praksi zahteva zlasti, da so primeri razrešitve članov tega organa določeni z izrecnimi zakonodajnimi določbami<sup>20</sup>, vendar je treba hkrati ugotoviti, da je bila v teh zadevah ugotovitev neobstoja takih pravil sicer zelo pomemben element presoje, ki pa je kljub vsemu spadal v okvir celostne analize<sup>21</sup> značilnosti predložitvenega organa. Sodišče je obravnavanim organom v teh zadevah zavrnilo status sodišča na podlagi celostne analize teh elementov.<sup>22</sup> Poleg tega je Sodišče v nekaterih primerih, zlasti v zvezi z nacionalnimi instancami, ki so pristojne za revizijske postopke na področju oddaje javnih naročil na podlagi Direktive 89/665, pritožbenemu organu priznalo status sodišča, ne da bi si postavilo vprašanje obstoja takih pravil.<sup>23</sup>

44. V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da za precejšen delež članov Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) – in zlasti članov, ki imajo lahko pri odločanju pomembnejšo vlogo – velja posebno jamstvo pred razrešitvijo, tj. ustavno jamstvo, poleg tega pa je iz spisa še razvidno, da je neodvisnost tega organa v primeru morebitnih zunanjih pritiskov in posegov okrepljena še z drugimi elementi. Torej ima Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) status tretje osebe v odnosu do organa, ki je sprejel odločbo, ki je predmet postopka v glavni stvari.<sup>24</sup> Zlasti nima nobene funkcionalne povezave niti z Erhvervsstyrelsen (uprava za podjetništvo, Danska) niti z naročniki, katerih akti se izpodbijajo pred njim.<sup>25</sup> Poleg tega Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) svoje naloge izvaja povsem samostojno, ne da bi bila kakor koli hierarhično povezana ali komur koli podrejena in ne da bi od kogar koli prejela kakršne koli ukaze ali navodila.<sup>26</sup> Vsi njeni člani morajo svoje naloge opravljati neodvisno.<sup>27</sup> Dalje, ker lahko Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) med drugim ugotovi nezakonitost odločb ali protipravnost oddaje naročil in izreka odredbe v zvezi z oddajo naročil, v osnovi opravlja sodno funkcijo.<sup>28</sup>

45. Nazadnje je treba spomniti, da je Sodišče v okviru presoje pravnega statusa nacionalnih organov, ki so navedeni v Direktivi 89/665 in ki so pristojni za revizijske postopke na področju oddaje javnih naročil, že več drugim nacionalnim organom, ki so vsebinsko primerljivi s predložitvenim organom v tej zadevi, potrdilo status „sodišča“ v smislu člena 267 PDEU.<sup>29</sup>

46. Glede na vse navedeno menim, da ni treba ovreči sklepa Sodišča iz sodbe Unitron Scandinavia in 3-S, da je Klagensævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil) „sodišče“ v smislu člena 267 PDEU.

20 — Sklep Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, točka 24 *in fine*) in sodba TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, točka 32).

21 — Glej sodbo Syfait in drugi (C-53/03, EU:C:2005:333, točka 37).

22 — Glej analizo Sodišča v sodbah Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, točke od 37 do 43) in Syfait in drugi (C-53/03, EU:C:2005:333, točke od 30 do 37) ter sklepu Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, točke od 25 do 30). Prav tako glej sodbo TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), v kateri se je Sodišče pri odločitvi, da komisija za pritožbe na področju telekomunikacij ni neodvisna, oprlo na dva elementa, tj. element v zvezi z notranjim vidikom in element v zvezi z zunanjim vidikom (glej točko 35 teh sklepnih predlogov).

23 — Glej zlasti sodbo HI (C-92/00, EU:C:2002:379, točke od 24 do 28).

24 — Glej sodbo Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, točka 19 in navedena sodna praksa).

25 — Glej *a contrario* sodbo Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, točke od 37 do 40).

26 — Glej sodbo Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, točka 19 in navedena sodna praksa).

27 — Glej člen 1(4) uredbe št. 887 z dne 11. avgusta 2011 o pritožbeni komisiji na področju javnega naročanja. Za upoštevnost tega elementa glej sodbo Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, točka 35).

28 — Glej sodbo Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, točka 37).

29 — Glej sodbo Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, točka 26 in navedena sodna praksa).



## B – Vprašanje za predhodno odločanje

47. Predložitveno sodišče z vprašanjem za predhodno odločanje sprašuje, ali je treba načelo enakega obravnavanja iz člena 10 Direktive 2004/17/ES v povezavi s členom 51 te direktive razlagati tako, da nasprotuje temu, da bi naročnik v položaju, kot je ta v obravnavanem primeru, oddal javno naročilo ponudniku, ki se ni prijavil za predizbor in zato v njem ni bil izbran.

48. Vprašanje za predhodno odločanje je bilo postavljeno v dejanskem okviru, v katerem je bila skupina dveh podjetij, ki sta tvorili trgovinsko družbo, izbrano v predizboru v postopku oddaje naročila, razpuščena zaradi stečaja enega od njenih dveh članov, naročnik pa je preostalemu članu dovolil nadaljnje sodelovanje v postopku namesto skupine in mu nazadnje oddal naročilo, čeprav ta član kot tak ni bil izbran v predizboru. To je položaj, na katerega napotuje predložitveno sodišče v vprašanju za predhodno odločanje.

49. Vprašanje za predhodno odločanje se torej v bistvu nanaša na to, ali lahko naročnik z vidika načela enakega obravnavanja članu skupine gospodarskih subjektov, ki posamično ni bil izbran v predizboru, dovoli, da v postopku oddaje naročila nadomesti zadevno skupino.

### 1. Upošteveni normativni okvir

50. Najprej je treba ugotoviti, da Direktiva 2004/17 ne vsebuje nobenega posebnega pravila v zvezi s spremembami v sestavi skupine gospodarskih subjektov.

51. Edina določba v zvezi s skupinami gospodarskih subjektov je člen 11(2)<sup>30</sup>, ki pa ne zadeva spremembe teh skupin med postopkom oddaje naročila. Ker ta direktiva ne vsebuje nobene določbe, ki bi urejala take spremembe, je treba skleniti, da te spadajo v pristojnost držav članic.<sup>31</sup> V takih okoliščinah mora morebitna pravila v zvezi s tem določiti nacionalni zakonodajalec na splošno ali naročnik v posebnih primerih.<sup>32</sup>

52. V zvezi s tem je treba še opozoriti, da je Sodišče v sodbi Makedoniko Metro in Michaniki<sup>33</sup> menilo, da Direktiva 93/37 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje<sup>34</sup> ne nasprotuje nacionalni ureditvi, ki prepoveduje spremembo sestave skupine podjetnikov, ki sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, potem ko so bile ponudbe že predložene.

53. Vendar v obravnavani zadevi iz predložitvenega sklepa izhaja, prvič, da danski predpisi ne določajo posebnih pravil v zvezi s spremembami v sestavi skupin gospodarskih subjektov in, drugič, da naročnik v obvestilu o javnem naročilu prav tako ni določil posebnih pravil v zvezi s tem.

54. V takšnih okoliščinah se dopustnost sprememb v sestavi skupin gospodarskih subjektov med postopkom oddaje javnih naročil presoja na podlagi splošnih pravnih načel, ki so del pravnega reda Unije, med njimi zlasti na podlagi načel enakega obravnavanja in preglednosti iz člena 10 Direktive 2004/17, ter je omejena s spoštovanjem teh načel.

30 — Glej točko 7 teh sklepnih predlogov. Ta člen je v bistvu povzet v členu 37(2) in (3) Direktive 2014/25.

31 — Glej po analogiji v zvezi z Direktivo Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil (UL 1993, L 199, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163) sodbo Makedoniko Metro in Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47, točka 61).

32 — Zakonodajalec ali naročnik mora pri določanju teh pravil vedno spoštovati splošna pravna načela. Glej v zvezi s tem uvodno izjavo 9 Direktive 2004/17 in še izrecneje uvodno izjavo 2 Direktive 2004/18 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132). Glej tudi uvodno izjavo 2 nove Direktive 2014/25.

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

34 — Opomba na strani 31.

## 2. Načelo enakega obravnavanja v postopkih oddaje javnih naročil

55. V skladu z ustaljeno sodno prakso načelo enakega obravnavanja zahteva, da se primerljivi položaji ne obravnavajo različno in da se različni položaji ne obravnavajo enako, razen če je taka obravnava objektivno utemeljena.<sup>35</sup>

56. Sodišče je večkrat potrdilo, da sta načelo enakega obravnavanja ponudnikov in dolžnost naročnikov, da zagotavljajo njegovo spoštovanje, bistvena sestavina pravil prava Unije na področju javnih naročil.<sup>36</sup>

57. Načelo enakega obravnavanja med ponudniki, katerega cilj je spodbujanje razvoja zdrave in učinkovite konkurence med podjetji, ki sodelujejo pri javnem naročilu, zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti, in torej vsebuje zahtevo, da za vse konkurente veljajo enaki pogoji.<sup>37</sup> To načelo pomeni, da morajo biti ponudniki v enakopravnem položaju v celotnem postopku oddaje naročila, torej tako v času, ko pripravljajo ponudbe, kot v času, ko naročnik te ponudbe presoja.<sup>38</sup>

58. Sodišče je sicer res že odločilo, da je eden od ciljev teh pravil na področju javnih naročil vzpostavitev čim večje konkurence in da je namen prava Unije, da se v postopkih javnega razpisa zagotovi največja možna udeležba ponudnikov<sup>39</sup>, ter da je navedena vzpostavitev čim večje konkurence cilj, ki ni le v interesu Unije na področju prostega pretoka proizvodov in opravljanja storitev, ampak tudi v interesu samega naročnika, ki ima tako večjo izbiro glede najugodnejše ponudbe in ponudbe, ki najbolj ustreza potrebam zadevne javne skupnosti<sup>40</sup>.

59. Vendar je treba na področju javnih naročil upoštevati tako prizadevanje za zagotovitev učinkovite konkurence kot tudi spoštovanje načela enakopravnosti ponudnikov. Tako je Sodišče menilo, da uporaba načela enakega obravnavanja v postopkih oddaje javnih naročil ni sama sebi namen, temveč jo je treba razumeti z vidika ciljev, k uresničitvi katerih pripomore<sup>41</sup>, izvajanje in uresničevanje cilja spodbujanja vzpostavitve čim večje konkurence pa sta uresničljiva samo, če lahko gospodarski subjekti, ki sodelujejo pri javnem naročilu, to počnejo enakopravno in brez kakršne koli diskriminacije<sup>42</sup>. Ker je spodbujanje učinkovite konkurence del širšega cilja spodbujanja konkurence, ki mora biti najprej zdrava in šele nato učinkovita, je takšno spodbujanje nujno omejeno s spoštovanjem načela enakega obravnavanja ponudnikov.<sup>43</sup>

35 — Glej med drugim sodbi *Fabricom* (C-21/03 in C-34/03, EU:C:2005:127, točka 27 in navedena sodna praksa) in *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 30).

36 — Glej v tem smislu sodbi *Fabricom* (C-21/03 in C-34/03, EU:C:2005:127, točka 26) in *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, točka 45 in navedena sodna praksa).

37 — Glej v tem smislu sodbi *Komisija/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, točka 110) in *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 33).

38 — Glej v tem smislu sodbo *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, točki 33 in 34), *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, točka 45 in navedena sodna praksa) in sklep *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, točka 38). Moj poudarek.

39 — Glej v tem smislu sodbi *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, točka 26) in *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, točka 37).

40 — Sodba *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, točka 37). V primeru postopka s pogajanjem je zahteva po „ustrezni“ konkurenci sicer tudi izrecno izpostavljena v členu 54(3) Direktive 2004/17, navedenem v točki 9 teh sklepnih predlogov.

41 — Glej v tem smislu sodbo *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 29).

42 — Glej sklepnne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja v združenih zadevah *Fabricom* (C-21/03 in C-34/03, EU:C:2004:709, točka 22) in sklepnne predloge generalnega pravobranilca M. Poiarsa Madura v zadevi *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, točka 23).

43 — Glej v tem smislu sklepnne predloge generalnega pravobranilca M. Poiarsa Madura v združenih zadevah *La Cascina* in drugi (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2005:524, točka 26).

60. V zvezi s tem je treba še opozoriti – kot so poudarili nekateri intervenienti – da ima lahko načelo enakega obravnavanja ponudnikov temeljno vlogo pred oddajo naročila, ko si posamezni ponudniki med seboj konkurirajo. Ko pa je naročilo oddano, se poudarek prenese na izvajanje pogodbe. V takih okoliščinah se zaradi dogodkov, kot je sprememba skupine, ki ji je bilo oddano naročilo, načeloma ne postavljajo vprašanja v zvezi z enakim obravnavanjem ponudnikov, ampak prej vprašanja glede morebitne spremembe bistvenih pogojev zadevnega naročila<sup>44</sup> ali glede ogrožanja njegovega dobrega izvajanja.<sup>45</sup>

61. Meje, postavljene z načelom enakega obravnavanja v primeru, kot je tisti iz obravnavane zadeve, v zvezi s tem, ali lahko naročnik, preden odda naročilo, gospodarskemu subjektu, ki prvotno ni bil izbran v predizboru, dovoli, da nasledi drugi gospodarski subjekt, zlasti skupino, ki je bila izbrana v predizboru in katere del je bil, je treba analizirati ob upoštevanju zgoraj navedenih načel.

3. Možnost, da se gospodarskemu subjektu, ki ni bil izbran v predizboru, dovoli, da v postopku oddaje naročil nasledi drugi gospodarski subjekt

62. Intervenienti se očitno strinjajo, da lahko v postopkih javnega razpisa s predizborom ponudbe načeloma predložijo le ponudniki, ki so bili izbrani v predizboru, zato je mogoče naročilo oddati le njim.

63. Strinjam se s takim pristopom, ki ima – kot je upravičeno poudarila skupina MTHZ – izrecno normativno podlago v členu 51(3) Direktive 2004/17. Na podlagi te določbe namreč naročniki potrdijo „[skladnost] ponudb[...], ki so jih predložili *izbrani* ponudniki“, kar pomeni, da so gospodarski subjekti, izbrani v predizboru, isti gospodarski subjekti, ki predložijo ponudbe.<sup>46</sup> Načeloma se morata torej ujemati pravna in stvarna identiteta gospodarskega subjekta, izbranega v predizboru, ter gospodarskega subjekta, ki predloži ponudbo in ki mu bo morda konec koncev oddano naročilo.

64. V zvezi s tem je treba pojasniti, da po mojem mnenju – v nasprotju s trditvami Komisije med obravnavo – ni nobenega dvoma o tem, da se v obravnavani zadevi niti pravna niti stvarna identiteta skupine, ustanovljene v obliki I/S, ne ujema z identiteto družbe Aarsleff. Čeprav je bila namreč družba Aarsleff ena od družbenic I/S, ni nobenega dvoma o tem, da je ta družba pravna oseba, ki je s stvarnega in pravnega vidika ločena od skupine, katere del je bila.

65. Po tem pojasnilu se postavlja vprašanje, ali na podlagi načela enakega obravnavanja, kot je bilo obravnavano v točkah od 55 do 59 teh sklepnih predlogov, načelo potrebnega ujemanja med ponudnikom, izbranim v predizboru, in ponudnikom, ki predloži ponudbo, dopušča izjeme, zlasti v okoliščinah, kot so tiste iz postopka v glavni stvari.

66. Po mojem mnenju obseg navedenega načela ne more biti absoluten in to načelo torej ne more biti brez izjem. Menim, da so mogoči primeri – čeprav omejeni – ko bi bilo treba dopustiti spremembo identitete ponudnika med postopkom, zlasti zaradi zahteve po ohranitvi čim večje konkurence v okviru postopka oddaje naročila.

44 — Glej sodbo *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, točka 40 in naslednje).

45 — V zvezi s tem je treba opozoriti, da nova Direktiva 2014/25 v členu 89(1)(d)(ii) izrecno ureja primer spremembe izvajalca po oddaji naročila. Na podlagi te določbe nov postopek javnega naročanja ni potreben med drugim, če izvajalca, ki mu je naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec, ker „drug gospodarski subjekt, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemi, združitvami, pripojitvami ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb naročila in ni namenjeno obidu uporabe [...] [D]irektive“.

46 — Kar zadeva ureditev postopkov s pogajanjem s predhodnim javnim razpisom, je člen 47(2) nove Direktive 2014/25 v zvezi s tem še jasnejši, saj določa, da „lahko [pri pogajanjih] sodelujejo samo gospodarski subjekti, ki jih naročnik povabi na podlagi ocene predloženih informacij“.

67. Kot pa sem navedel v točki 59 teh sklepnih predlogov, je taka zahteva omejena s spoštovanjem načela enakega obravnavanja, saj naročnik ne more diskriminirati ponudnikov z utemeljitvijo, da je treba v postopku oddaje naročila vzpostaviti čim večjo konkurenco. Absolutna omejitev morebitnih izjem od načela ujemanja med ponudnikom, izbranim v predizboru, in ponudnikom, ki predloži ponudbo – ki jih je treba kot izjeme od splošnega načela sicer razlagati ozko<sup>47</sup> – je torej spoštovanje načela enakega obravnavanja ponudnikov.

68. Po opredelitvi teh načel se je treba vprašati, s kakšnim konkretnim pristopom lahko najbolj uravnotežimo zahteve – za katere se zdi, da si lahko v primeru, kot je obravnavani, med seboj nasprotujejo – ki izhajajo iz strogega spoštovanja enakih možnosti ponudnikov in vzpostavitve čim večje konkurence.

69. Vsak od intervenientov predlaga drugačen pristop.

70. Najprej se iz razlogov, ki sem jih ravnokar predstavil v točki 66 teh sklepnih predlogov, nagibam k izključitvi pristopa, za katerega se zdi, da ga priporoča skupina MTHZ, ki meni, da nikoli ne bi smeli odstopiti od načela ujemanja med gospodarskim subjektom, izbranim v predizboru, in gospodarskim subjektom, ki predloži ponudbo.

71. Komisija v bistvu meni, da načelo enakega obravnavanja, če gospodarski subjekt, ki ni bil izbran v predizboru - zlasti, kot je v okoliščinah iz obravnavane zadeve, preostali član skupine - izpolnjuje razpisne pogoje, ne nasprotuje temu, da mu naročnik dovoli nadaljevanje postopka. Vendar s tako rešitvijo ni mogoče zagotoviti strogega izpolnjevanja zahteve glede enakih možnosti ponudnikov.

72. Okoliščina, da novi gospodarski subjekt izpolnjuje razpisne pogoje<sup>48</sup>, je brez dvoma nujni pogoj za preprečitev diskriminacije med ponudniki. Vendar zgolj ta okoliščina kot taka še ne izključuje možnosti, da novi gospodarski subjekt, ker mu je bilo dovoljena poznejša vključitev v postopek javnega razpisa v primerjavi z drugimi ponudniki, v trenutku, ko vstopi v postopek, ne bi bil deležen konkurenčne prednosti. Takšne prednosti bi lahko na primer bile v obliki poznavanja informacij, ki jih preostali ponudniki niso imeli<sup>49</sup>, ko so se odločili za sodelovanje v postopku oddaje naročil<sup>50</sup>.

73. Danska vlada meni, da v primeru, kot je tisti iz obravnavane zadeve, načelo enakega obravnavanja ne izključuje možnosti, da naročnik sprejme, da se je identiteta ponudnika od predizbora do oddaje naročila spremenila, če sta izpolnjena dva pogoja. Prvič, preostali del ponudnika, katerega identiteta je bila spremenjena, bi moral sam izpolnjevati zahteve v zvezi s predizborom in, drugič, sprememba ne bi smela vplivati na krog kandidatov, izbranih v predizboru, na primer tako, da čeprav je preostali del ponudnika sodeloval v predizboru od začetka v novi obliki, bi morali biti kandidati, izbrani v predizboru, še vedno isti.

74. Vendar menim, da niti ta rešitev ni zadovoljiva. Zdi se mi namreč, da se prvi pogoj v bistvu ujema s pogojem, ki ga s svojo rešitvijo predlaga Komisija. Kar zadeva drugi pogoj, po mojem mnenju za to, da se ponudnikom zagotovi strogo spoštovanje enakih možnosti, ne zadostuje, da sprememba subjekta ne vpliva na krog kandidatov, izbranih v predizboru. Iz istih razlogov, kot sem jih navedel že v točki 72

47 — Glej v tem smislu sodbi Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, točka 24) in Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 52 in navedena sodna praksa).

48 — Ob tem ni jasno, ali bi moral po tem predlogu novi gospodarski subjekt razpisne pogoje izpolnjevati v času, ko se zgodi sprememba, ali v času, ko so bili vsi preostali ponudniki izbrani v predizboru.

49 — Glej sodbo Fabricom (C-21/03 in C-34/03, EU:C:2005:127, točka 29), v kateri je Sodišče upoštevalo morebitne konkurenčne prednosti zaradi informacij, ki bi jih ponudnik lahko pridobil v zvezi z zadevnim javnim naročilom.

50 — Treba je še dodati, da Komisija v svojih stališčih tudi sama priznava, da z merilom, ki ga predlaga, ni mogoče v vseh primerih preprečiti nevarnosti morebitnega izkrivljanja konkurence.

teh sklepnih predlogov, namreč menim, da okoliščina, da noben gospodarski subjekt ni bil neupravičeno izključen iz postopka niti mu ni bilo neupravičeno dovoljeno sodelovanje v njem – čeprav je tudi to nujni pogoj za preprečitev diskriminacije – še ne zadostuje za izpolnitev zahteve glede enakih možnosti ponudnikov.

75. Menim, da je v primeru, ko zakonodajalec ali naročnik ni predhodno določil izrecnih pravil, smiselno, da naročnik opravi konkretno analizo vsakega posameznega primera na podlagi vseh dejanskih elementov, s katerimi razpolaga, da tako preveri, ali je zadevna sprememba subjekta povzročila položaj, v katerem ponudniki v postopku oddaje naročila, zlasti, vendar ne zgolj pri oblikovanju svojih ponudb, niso v enakopravnem položaju. Namen te analize je zlasti preveriti, ali je zaradi navedene spremembe novi ponudnik pridobil konkurenčno prednost, zaradi katere je bil spremenjen konkurenčni postopek.

76. Na abstraktni ravni je mogočih več različnih sprememb subjekta, ki jih v tem okviru ni treba analizirati. Naj opozorim le na to, da v primeru, ko je sprememba identitete subjekta izključno formalna in ni stvarna, ker na primer vključuje le spremembo oblike ali notranjo reorganizacijo, ki nima bistvenih posledic<sup>51</sup>, taka sprememba verjetno ne bo mogla privedi do položaja, ki bi povzročil neenakost možnosti.

77. Vendar menim, da položaj, kot je tisti v obravnavanem primeru, v katerem se skupina, ustanovljena v pravni obliki ločene pravne osebe, ki združuje gospodarska subjekta, ki jo sestavljata, razpusti in je v postopku nadomeščena s preostalim članom skupine, ni primer spremembe identitete subjekta z izključno formalnim in nestvarnim obsegom.

78. V takih okoliščinah menim, da mora predložitveno sodišče na podlagi elementov, s katerimi razpolaga, konkretno ugotoviti, ali je bilo v obravnavani zadevi zaradi odločbe Banedanmark kršeno načelo enakega obravnavanja različnih ponudnikov, ki so sodelovali v postopku, in zlasti ali je družba Aarsleff, ko ji je bilo dovoljeno, da v postopku nadomesti I/S, pridobila konkurenčne prednosti v primerjavi z drugimi ponudniki.

79. V zvezi s tem naj na podlagi informacij iz spisa, s katerim razpolaga Sodišče, opozorim le na spodaj navedeno.

80. Najprej, predložitveno sodišče poudarja, da je treba za nesporno šteti to, da bi bila družba Aarsleff, če bi namesto prek razpuščene skupine kandidirala neposredno, vseeno izbrana v predizboru. Vendar menim, da zato v obravnavani zadevi še ni izključena možnost kršitve načela enakega obravnavanja. Odločilno vprašanje v obravnavani zadevi ni toliko (ali samo), ali bi bila lahko družba Aarsleff hipotetično izbrana sama ali ne, temveč ali ji je bilo omogočeno različno obravnavanje, zaradi katerega je pridobila konkurenčno prednost, ko ji je bilo dovoljeno, da sama sodeluje v postopku, ne da bi bila izbrana v predizboru.

81. Dalje, očitno je, da se je družba Aarsleff za to, da bo sama sodelovala v postopku javnega razpisa, lahko odločila na podlagi informacij, ki jih drugi ponudniki, ko so se odločili za sodelovanje v postopku javnega razpisa, niso imeli.<sup>52</sup> Skupina MTHZ je zlasti navedla, da je družba Aarsleff, ko je bila po stečaju družbe Pihl in s tem razpustitvi skupine pooblaščenca za sprejetje take odločitve, na eni strani, imela možnost seznaniti se z natančnim številom podjetij, ki so sodelovala v tem postopku in ki so predložila ponudbo, in na drugi strani, celo z dejstvom, da je bila ponudba, ki jo je predložila

51 — Glej po analogiji sodbo *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, točke od 43 do 45).

52 — V zvezi s tem glej opombo 49 k tem sklepnim predlogom.

skupina, katere del je bila družba Aarlseff, ocenjena kot druga najboljša ponudba. Poleg tega je treba k vsem tem okoliščinam dodati še to, da je imela družba Aarlseff po stečaju družbe Pihl možnost prevzema več kot 50 delavcev družbe Pihl, vključno z osebami, ključnimi za izvedbo projekta, na katerega se je nanašal javni razpis.<sup>53</sup>

82. Vendar položaj, v katerem se dva gospodarska subjekta pred začetkom postopka oddaje naročila odločita, da bosta ustanovila skupino, katere izključni cilj je sodelovanje v tem postopku, predpostavlja, da sta navedena subjekta po oceni priložnosti in tveganj, povezanih s projektom, sprejela poslovno odločitev, da bosta skupaj sodelovala v postopku javnega razpisa ter da bosta delila z njim povezan dobiček in tveganja. V takih okoliščinah je treba za konkretni primer analizirati, ali možnost, dana enemu do teh dveh gospodarskih subjektov, da v poznejši fazi postopka, ko so negotovosti v zvezi s potekom postopka manjše, to poslovno odločitev spremeni, saj mu je omogočeno samostojno sodelovanje v postopku, ne pomeni različnega obravnavanja v primerjavi s preostalimi ponudniki in ali ne povzroči konkurenčne prednosti. Treba je preveriti, ali je bila taka poznejša poslovna odločitev dejansko sprejeta na podlagi informacij, ki so se razlikovale od tistih, s katerimi so razpolagali preostali ponudniki, ko so sprejeli odločitev o sodelovanju v postopku v določeni obliki ali sestavi, ne da bi imeli pozneje možnost, da to obliko ali sestavo spremenijo.

## V – Predlog

83. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Klagævnnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil, Danska), odgovori:

1. Člen 51(3) Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev je treba razlagati tako, da mora načeloma obstajati ujemanje pravne in stvarne identitete med gospodarskim subjektom, ki je v postopku oddaje naročila izbran v predizboru, ter gospodarskim subjektom, ki v istem postopku predloži ponudbo.
2. V položaju, kot je ta v obravnavanem primeru, ko sta dva gospodarska subjekta ustanovila skupino v obliki trgovinske družbe zaradi sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila in je bil eden od njiju po tem, ko je bila skupina izbrana v predizboru, vendar pred oddajo naročila, predmet insolvenčnega postopka, zaradi česar je bila skupina razpuščena, je treba člen 10 Direktive 2004/17 razlagati tako, da mora naročnik na podlagi konkretne analize ob upoštevanju vseh dejanskih elementov, s katerimi razpolaga, preveriti, ali možnost, da se preostalemu članu te skupine, ki prvotno ni bil izbran v predizboru, dovoli nadaljnje sodelovanje v postopku namesto skupine, povzroči položaj, v katerem ponudniki nimajo enakih možnosti v postopku, zlasti pri oblikovanju svojih ponudb. To še zlasti velja, če je lahko preostali član skupine v okviru postopka oddaje naročila sprejel odločitve na podlagi informacij, ki jih preostali ponudniki v času, ko so morali sprejeti enako odločitev, niso imeli in če je imel po začetku postopka možnost pridobiti ključne elemente za izvedbo projekta, s katerimi v času, ko bi moral biti izbran v predizboru, ni razpolagal.

53 — V zvezi s tem je treba opozoriti, da je iz sporočila, ki ga je Banedanmark poslal preostalim ponudnikom (kot je navedeno v točki 20 teh sklepnih predlogov), razvidno, da je ta urad upošteval to okoliščino, ko je odločil, da družbi Aarlseff dovoli, da zamenja razpuščeno skupino.