

# **orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Højgaard A/S**

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 24 maja 2016 r. (\*)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 267 TFUE – Właściwość Trybunału – Status organu odsyłającego jako sądu – Zamówienie publiczne w sektorze infrastruktury kolejowej – Procedura negocjacyjna – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 10 – Artykuł 51 ust. 3 – Zasada równego traktowania oferentów – Grupa złożona z dwóch spółek i dopuszczona jako oferent – Oferta złożona przez jedną z dwóch spółek, we własnym imieniu, w związku z ogłoszeniem upadłości drugiej spółki – Spółka uznana za mogącą zostać dopuszczoną jako samodzielny oferent – Udzielenie zamówienia tej spółce

W sprawie C-396/14

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Klagensævnet for Udbud (komisję odwoławczą ds. zamówień publicznych, Dania) postanowieniem z dnia 18 sierpnia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 20 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

**MT Højgaard A/S,**

**Züblin A/S**

przeciwko

**Banedanmark,**

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes, A. Tizzano, wiceprezes, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça i A. Arabadjiev, prezesi izb, E. Juhász (sprawozdawca), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.C. Bonichot, C.G. Fernlund i C. Vajda, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: I. Illéssy, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 8 września 2015 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu MT Højgaard A/S oraz Züblin A/S przez T. Høga, advokat,
- w imieniu rządu duńskiego przez C. Thorninga, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez R. Holdgaard, advokat,

- w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Grønfeldt, M. Clausen oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 25 listopada 2015 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

- 1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) w związku z art. 51 tej dyrektywy.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między spółkami MT Højgaard A/S i Züblin A/S a Banedanmark, zarządcą infrastruktury kolejowej w Danii, w przedmiocie prawidłowości udzielenia zamówienia publicznego przez wspomnianego zarządcę, działającego w charakterze podmiotu zamawiającego, spółce Per Aarsleff A/S.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Motyw 9 dyrektywy 2004/17 wskazuje:  

„W celu zagwarantowania otwarcia zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, zalecane jest opracowanie przepisów dotyczących koordynacji przez Wspólnotę zamówień powyżej określonej wartości. Koordynacja taka oparta jest na wymaganiach wynikających z art. 14, 28 i 49 traktatu WE oraz z art. 97 traktatu Euratom, to znaczy na zasadzie równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem, na zasadzie wzajemnego uznania, na zasadzie proporcjonalności, jak również na zasadzie przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych taką koordynacją powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwić maksymalną elastyczność.

[...]”.
- 4 Artykuł 10 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:  

„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.
- 5 Artykuł 11 tej dyrektywy, zatytułowany „Wykonawcy”, przewiduje w ust. 2:  

„Grupy wykonawców mogą składać oferty lub kandydować. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału, podmioty zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określaną formę prawną, jednakże można wymagać,

aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi w przypadku, gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia”.

6 Artykuł 51, zatytułowany „Postanowienia ogólne”, stanowiący część rozdziału VII tejże dyrektywy, stanowi:

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

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

[...]

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

7 Zgodnie z art. 54 dyrektywy 2004/17, zatytułowanym „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”:

„1. Podmioty zamawiające, które ustanawiają kryteria kwalifikacji w procedurze otwartej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców.

2. Podmioty zamawiające, które dokonują kwalifikacji kandydatów, którzy będą składać oferty w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które same określiły i które są dostępne dla zainteresowanych wykonawców.

3. W procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, podstawą stosowania tego rodzaju kryteriów może być obiektywna potrzeba podmiotu zamawiającego zmniejszenia liczby kandydatów do takiego poziomu, który zapewnia równowagę pomiędzy konkretnymi cechami danej procedury udzielania zamówienia a środkami niezbędnymi do jej przeprowadzenia. Liczba zakwalifikowanych kandydatów powinna jednak zapewniać odpowiedni poziom konkurencji.

[...]”.

*Prawo duńskie*

8 Paragraf 2 akapit pierwszy lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (ustawy o niektórych rodzajach działalności gospodarczej), opublikowanej w ramach rozporządzenia ujednocniającego nr 1295 z dnia 15 listopada 2013 r., zawiera następującą definicję ustanowioną zgodnie z orzecnictwem oraz z doktryną:

„Do celów niniejszej ustawy za »spółkę jawną« uważa się przedsiębiorstwo, w którym wszyscy wspólnicy odpowiadają za swe zobowiązania osobiście, w sposób nieograniczony i solidarnie”.

### **Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne**

- 9 Ogłoszeniem opublikowanym w styczniu 2013 r. Banedanmark wszczął postępowanie w trybie procedury negocjacyjnej z uprzednim ogłoszeniem w rozumieniu art. 47 dyrektywy 2004/17 w celu udzielenia zamówienia publicznego dotyczącego budowy nowej linii kolejowej między miastami Kopenhaga i Ringsted, projektu zwanego „TP 4 Urban Tunnels”. W celu udzielenia zamówienia przyjęte zostało kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.
- 10 Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Banedanmark zamierzał zaprosić do złożenia ofert od czterech do sześciu kandydatów, a w przypadku gdyby kandydatów było więcej niż sześciu, miał on dokonać wstępnej oceny. Poza tym ze specyfikacji warunków zamówienia wynika, że w ramach wszczętego postępowania oferenci mieli zostać zaproszeni do złożenia trzech kolejnych ofert. Negocjacje miały mieć miejsce po złożeniu dwóch pierwszych ofert, natomiast złożenie trzeciej i ostatniej oferty powinno prowadzić do udzielenia zamówienia.
- 11 W ramach preselekcji kandydatury przedłożyło pięciu wykonawców. Wśród nich znajdowały się grupa złożona ze spółek MT Højgaard i Züblin (zwana dalej „grupą Højgaard i Züblin”) oraz grupa złożona ze spółek Per Aarsleff i E. Pihl og Søn A/S (zwana dalej „grupą Aarsleff i Pihl”). Banedanmark wybrał w ramach preselekcji wszystkich pięciu kandydatów i zaprosił ich do składania ofert.
- 12 W czerwcu 2013 r. jedno z przedsiębiorstw wycofało się z postępowania, wobec czego pozostało tylko czterech oferentów wybranych w ramach preselekcji.
- 13 Umowa założycielska grupy Aarsleff i Pihl została zawarta między tymi dwiema spółkami w dniu 26 sierpnia 2013 r. W tym samym dniu właściwy sąd wydał wyrok stwierdzający upadłość spółki E. Pihl og Søn. Banedanmark został poinformowany o tym wyroku po południu tego samego dnia i natychmiast przedstawił spółce Per Aarsleff pytania dotyczące skutków tego wyroku dla toczącego się postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Pomimo ogłoszenia upadłości grupa Aarsleff i Pihl złożyła w dniu 27 sierpnia 2013 r. pierwszą ofertę, podpisaną przez dwie wspomniane spółki, ale nie przez syndyka masy upadłościowej.
- 14 W dniu 15 października 2013 r. Banedanmark poinformował wszystkich oferentów o swojej decyzji w sprawie zezwolenia spółce Per Aarsleff na dalszy samodzielny udział w postępowaniu. Banedanmark uzasadnił swoją decyzję tym, że spółka Per Aarsleff, która była w Danii przedsiębiorstwem o największym obrocie w latach obrotowych 2012 i 2013, spełniała wymogi udziału w postępowaniu w trybie procedury negocjacyjnej, nawet bez technicznych i ekonomicznych możliwości spółki E. Pihl og Søn. Poza tym spółka Per Aarsleff przejęła ponad pięćdziesięciu pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osoby kluczowe dla realizacji rozpatrywanego projektu.
- 15 Spółka Per Aarsleff złożyła drugą ofertę we własnym imieniu i wskazała, że czyni to, działając w charakterze następcy grupy Aarsleff i Pihl, że syndyk masy upadłościowej nie wypowiedział się w kwestii, czy zamierza kontynuować umowę grupy, i że w związku z tym spółka Per Aarsleff rozwiązała tę umowę. Po dokonaniu oceny drugich otrzymanych ofert Banedanmark wybrał, zgodnie z warunkami ogłoszenia

o zamówieniu, trzy oferty z zamiarem ustalenia, która z nich jest najkorzystniejsza ekonomicznie, i zwrócił się do trzech wybranych oferentów o przedstawienie trzeciej i ostatniej oferty. Wśród tych oferentów znalazła się spółka Per Aarsleff oraz grupa Højgaard i Züblin. Te ostatnie oferty zostały złożone przez wspomnianych trzech oferentów w dniu 12 grudnia 2013 r.

- 16 W dniu 20 grudnia 2013 r. Banedanmark poinformował trzech wybranych oferentów, że postanowił udzielić zamówienia spółce Per Aarsleff, której oferta była najkorzystniejsza ekonomicznie zarówno pod względem jakości, jak i ceny. Oferta ta opiewała na kwotę 920 300 000 koron duńskich (DKK) (około 123 402 000 EUR).
- 17 W następstwie tej decyzji spółki MT Højgaard i Züblin wniosły odwołanie do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych, Dania), w którym stwierdziły między innymi, że poprzez dopuszczenie spółki Per Aarsleff do udziału w postępowaniu w miejsce grupy Aarsleff i Pihl, mimo że spółka Per Aarsleff nie została wybrana we własnym imieniu w ramach preselekcji, Banedanmark naruszył ustanowione w art. 10 dyrektywy 2004/17 zasady równego traktowania oraz przejrzystości. Spółki MT Højgaard i Züblin wniosły tym samym do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) o uchylenie decyzji w sprawie udzielenia zamówienia spółce Per Aarsleff oraz o nakazanie zawieszenia wykonania tej decyzji.
- 18 Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) w pierwszej kolejności odmówiła nadania odwołaniu skutku zawieszającego. Komisja ta uznała ponadto w postanowieniu odsyłającym, na podstawie przekazanych informacji dotyczących spółki Per Aarsleff, że spółka ta zostałaby wybrana w ramach preselekcji, gdyby przedłożyła kandydaturę we własnym imieniu, a nie za pośrednictwem grupy Aarsleff i Pihl. Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) zauważa też, że w prawie duńskim nie istnieje przepis zabraniający tego, by po złożeniu ofert nastąpiła zmiana w składzie grupy przedsiębiorstw biorącej udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 19 Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) zauważa ponadto, że w ogłoszeniu o zamówieniu Banedanmark nie określił minimalnych warunków jakościowych dotyczących zdolności technicznych oferentów i powinien on być dokonać oceny jakościowej kandydatów jedynie wówczas, gdyby było ich więcej niż sześciu. Spółka Per Aarsleff mogła zatem zostać wybrana w ramach preselekcji we własnym imieniu bez uczestnictwa w grupie Aarsleff i Pihl. Okoliczność, że spółka Per Aarsleff zastąpiła tę grupę, nie miała ponadto żadnego wpływu na sytuację oferentów, ponieważ żaden z kandydatów nie został wykluczony na etapie preselekcji i żaden z nich nie zostałby odrzucony, gdyby spółka Per Aarsleff złożyła kandydaturę we własnym imieniu. Poza tym należy odróżnić sytuację, w której zmiana dotycząca grupy następuje przed udzieleniem zamówienia, od sytuacji, w której zmiana ta ma miejsce po udzieleniu zamówienia.
- 20 Niemniej jednak Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) wyraża pewne zastrzeżenia dotyczące zgodności przeprowadzonego postępowania z zasadą równego traktowania, podkreślając przy tym, że w odniesieniu do zamówień publicznych w sektorach objętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/17 prawodawca Unii Europejskiej nie określił tak szczegółowych norm dotyczących stosowania wspomnianej zasady, jak normy określone w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

- 21 W świetle tych rozważań Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

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

### **W przedmiocie właściwości Trybunału**

- 22 W pkt 15 wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., *Unitron Scandinavia* i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), Trybunał uznał, że Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) ma status „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE. Rząd duński zauważa jednak, że w wyroku z dnia 9 października 2014 r., *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), Trybunał odmówił natomiast wspomnianego statusu *Teleklagenævnet* (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji, Dania), w związku z czym zwraca się on do Trybunału o szersze wyjaśnienie kryteriów znajdujących zastosowanie w tym względzie oraz o potwierdzenie, w stosownym wypadku, statusu Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) jako „sądu”.
- 23 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w celu oceny, czy organ odsyłający ma status sądu, co jest kwestią objętą wyłącznie zakresem prawa Unii, Trybunał bierze pod uwagę wszystkie okoliczności, takie jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez wspomniany organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym z żadnej z informacji zawartych w aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika, że organ odsyłający nie spełnia kryteriów związanych z jego podstawą prawną, ze stałym charakterem, z obligatoryjnością jego jurysdykcji, kontrydiktoryjnością prowadzonych przed nim postępowań oraz ze stosowaniem przez ten organ przepisów prawa.
- 25 Co się tyczy kryterium niezawisłości, którego to kryterium *Teleklagenævnet* (komisja odwoławcza ds. telekomunikacji) nie spełniała, jak Trybunał orzekł w przywołanym przez rząd duński wyroku z dnia 9 października 2014 r., *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), należy stwierdzić przede wszystkim, że w odróżnieniu od tego organu odwoławczego Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) nie występuje w charakterze strony w postępowaniach odwoławczych wszczętych przeciwko jej decyzjom przed sądami powszechnymi. Z powyższego wynika, że ma ona status osoby trzeciej w stosunku do stron sporu, w szczególności w stosunku do organu, który wydał zaskarżoną przed nią decyzję.
- 26 Następnie należy zaznaczyć, że – jak zauważył rzecznik generalny w pkt 44 opinii – z akt sprawy wynika, iż Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) nie ma żadnego powiązania funkcjonalnego z ministerstwem ds. przedsiębiorczości i wzrostu. Okoliczność, że sekretariat tego organu jest połączony ze wspomnianym ministerstwem, nie może podważyć tego stwierdzenia. Poza tym wspomniany organ wykonuje swoje funkcje w pełni niezawisłe, nie podlega stosunkom hierarchicznym i nie otrzymuje poleceń z jakiegokolwiek źródła (zob. podobnie wyrok

z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 27 Co się tyczy niezależności członków wchodzących w skład organu odsyłającego, należy podkreślić, że w myśl § 1 ust. 4 bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (rozporządzenia nr 887 w sprawie komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych, ze zmianami) z dnia 11 sierpnia 2011 r. wspomniani członkowie są zobowiązani wykonywać swoje funkcje w sposób niezależny.
- 28 Z akt sprawy wynika, że organ odsyłający składa się, zgodnie z § 9 ust. 1 lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (ustawy nr 492 o wdrożeniu przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, ze zmianami) z dnia 12 maja 2010 r. (zwanej dalej „ustawą nr 492”), z prezesa i z określonej liczby wiceprezesów, którzy tworzą prezydium, oraz z określonej liczby członków będących ekspertami. W skład prezydium wchodzi, zgodnie z § 9 ust. 2 akapit drugi ustawy nr 492, sędziowie sądów pierwszej instancji i sądów regionalnych wyższej instancji.
- 29 Skład Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) ma charakter parytetowy. W jej zwykły skład wchodzi członek prezydium działający w charakterze prezesa oraz jeden członek będący ekspertem. Ponadto na mocy § 10 ust. 5 ustawy nr 492 organ ten podejmuje decyzje zwykłą większością głosów, a w przypadku równego rozkładu głosów rozstrzygający jest głos prezesa. W konsekwencji członkowie tego organu wywodzący się z korpusu sędziów duńskich posiadają w każdych okolicznościach większość głosów i mają zatem przewagę przy podejmowaniu decyzji przez wspomniany organ.
- 30 Członkowie organu odsyłającego mający status sędziów wymiaru sprawiedliwości korzystają z tego tytułu ze szczególnej ochrony przed odwołaniem przewidzianej w § 64 duńskiej konstytucji, która to ochrona obejmuje także pełnienie funkcji członka prezydium organu odsyłającego.
- 31 Mając na uwadze przewagę głosów przysługujących członkom organu odsyłającego, którzy ze względu na status sędziów korzystają z tej szczególnej ochrony, okoliczność, że członkowie tego organu będący ekspertami nie korzystają z takiej samej ochrony, nie może w żadnym razie prowadzić do podważenia niezawisłości wspomnianego organu.
- 32 W świetle wszystkich powyższych rozważań należy potwierdzić, że Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) spełnia także kryterium niezawisłości i powinna w związku tym zostać uznana za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE.
- 33 Trybunał jest zatem właściwy do udzielenia odpowiedzi na postawione mu pytanie.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 34 Poprzez postawione pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona temu, by podmiot zamawiający zezwolił wykonawcy, który wchodził w skład wybranej w ramach preselekcji grupy dwu przedsiębiorstw, która złożyła pierwszą ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, na dalszy udział w tym postępowaniu we własnym imieniu, w następstwie rozwiązania wspomnianej grupy.

- 35 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że dyrektywa 2004/17 nie przewiduje norm dotyczących konkretnie zmian, które nastąpiły w odniesieniu do składu grupy wykonawców wybranej w ramach preselekcji jako oferent ubiegający się o zamówienie publiczne, wobec czego unormowanie takiej sytuacji należy do właściwości państw członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r., *Makedoniko Metro i Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, pkt 61).
- 36 Ani duńskie przepisy prawa krajowego, ani ogłoszenie o zamówieniu rozpatrywane w postępowaniu głównym nie zawierają konkretnych zasad w tym względzie. Po tym wyjaśnieniu możliwość zezwolenia przez podmiot zamawiający na taką zmianę należy zbadać w oparciu o ogólne zasady prawa Unii, zwłaszcza zasadę równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, który z tej zasady wynika, a także cele tego prawa w dziedzinie zamówień publicznych.
- 37 W tym względzie należy przypomnieć, iż zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Zasada równego traktowania oferentów mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu treści swych ofert, i oznacza zatem, że oferty wszystkich konkurentów podlegają tym samym warunkom (zob. wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., *Komisja/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).
- 39 Ścisłe stosowanie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy doprowadziłoby do wniosku, że jedynie wykonawcy wybrani w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i stać się zwycięskimi oferentami.
- 40 Podejście to znajduje swoją podstawę w art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym instytucje zamawiające „powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom”, co zakłada, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 63 opinii, że wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami.
- 41 Niemniej jednak wspomniany w punkcie poprzednim niniejszego wyroku wymóg tożsamości prawnej i materialnej może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, czego wymaga art. 54 ust. 3 dyrektywy 2004/17.
- 42 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, jak wynika z pkt 10 niniejszego wyroku, podmiot zamawiający uznał, że, aby konkurencja taka była zapewniona potrzebni są co najmniej czterej kandydaci.
- 43 Konieczne jest jednak jeszcze, by dalszy udział w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej wykonawcy we własnym imieniu, w następstwie rozwiązania grupy, w której skład wykonawca ten wchodził i która została wybrana w ramach



preselekcji przez podmiot zamawiający, odbywał się w warunkach nienaruszających zasady równego traktowania wszystkich oferentów.

- 44 W tym względzie podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.
- 45 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym należy przede wszystkim zauważyć, że z postanowienia odsyłającego wynika, iż gdyby spółka Per Aarsleff samodzielnie przedłożyła kandydaturę, zostałaby wybrana w ramach preselekcji (zob. pkt 18 niniejszego wyroku).
- 46 Po tym wyjaśnieniu, mając na względzie informacje zawarte w aktach sprawy, zgodnie z którymi, po pierwsze, umowa założycielska grupy Aarsleff i Pihl została zawarta w dniu wydania wyroku stwierdzającego upadłość spółki E. Pihl og Søn, i po drugie, pierwsza oferta tej grupy została złożona następnego dnia i nie została opatrzona podpisem syndyka masy upadłościowej spółki E. Pihl og Søn, sąd odsyłający powinien ponadto ustalić, czy złożenie tej pierwszej oferty nie było obciążone uchybieniem mogącym stanowić przeszkodę dla dalszego udziału spółki Per Aarsleff, we własnym imieniu, w rozpatrywanym postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej.
- 47 Wreszcie jeśli chodzi o okoliczność, że po rozwiązaniu grupy Aarsleff i Pihl spółka Per Aarsleff przejęła 50 pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osób kluczowych dla realizacji rozpatrywanego projektu, sąd odsyłający powinien ustalić, czy w związku z powyższym spółka Per Aarsleff skorzystała z przewagi konkurencyjnej ze szkodą dla innych oferentów.
- 48 W świetle powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć, że zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

#### **W przedmiocie kosztów**

- 49 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

Zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

Podpisy

---

\* Język postępowania: duński.