Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

24. maj 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — artikel 267 TEUF — Domstolens kompetence — det forelæggende organs karakter af en ret — offentligt udbud inden for jernbaneinfrastruktursektoren — udbud med forhandling — direktiv 2004/17/EF — artikel 10 — artikel 51, stk. 3 — princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne — en sammenslutning, der er sammensat af to selskaber og er blevet godkendt som tilbudsgiver — tilbud afgivet af det ene af de to selskaber i dets eget navn, idet det andet selskab er blevet erklæret konkurs — selskab, der anses for egnet til at blive selvstændigt godkendt som tilbudsgiver — tildeling af kontrakten til dette selskab«

I sag C-396/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Klagenævnet for Udbud ved afgørelse af 18. august 2014, indgået til Domstolen den 20. august 2014, i sagen:

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

mod

Banedanmark,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, A. Tizzano, afdelingsformændene R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça og A. Arabadjiev samt dommerne E. Juhász (refererende dommer), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C.G. Fernlund og C. Vajda,

generaladvokat: P. Mengozzi

justitssekretær: fuldmægtig I. Illéssy,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. september 2015,

efter at der er afgivet indlæg af:

— MT Højgaard A/S og Züblin A/S ved advokat T. Høg

— den danske regering ved C. Thorning, som befuldmægtiget, bistået af advokat R. Holdgaard

* Processprog: dansk.

— Europa-Kommissionen ved L. Grønfeldt, M. Clausen og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 25. november 2015,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004 L 134, s. 1), sammenholdt med dette direktivs artikel 51.

2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side MT Højgaard A/S og Züblin A/S og på den anden side Banedanmark vedrørende lovligheden af sidstnævntes tildeling, i sin egenskab af ordregiver, af en offentlig kontrakt til Per Aarsleff A/S.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Niende betragtning til direktiv 2004/17 har følgende ordlyd:

»For at sikre øget konkurrence ved offentlige kontrakter indgået af enheder inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester bør der udarbejdes bestemmelser om fællesskabssamordning ved kontrakter over en vis værdi. Denne samordning sker på grundlag af kravene i EF-traktatens artikel 14, 28 og 49 og Euratomtraktatens artikel 97, nemlig princippet om ligebehandling, som princippet om ikke-forskelsbehandling blot er en særlig udformning af, princippet om gensidig anerkendelse, princippet om proportionalitet samt princippet om gennemsigtighed. I betragtning af karakteren af de sektorer, der berøres af en sådan samordning, bør denne samordning, samtidig med at den sikrer anvendelsen af nævnte principper, danne grundlag for loyal handelspraksis og være så fleksibel som muligt.

[...]«

4 Dette direktivs artikel 10 med overskriften »Principper for tildeling af kontrakter« bestemmer:

»Ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder og handler på en gennemsigtig måde.«

5 Det nævnte direktivs artikel 11 med overskriften »Økonomiske aktører« fastsætter i sit stk. 2:

»Sammenslutninger af økonomiske aktører kan være tilbudsgivere eller ansøgere. I forbindelse med afgivelse af et tilbud eller indgivelse af en ansøgning om deltagelse kan ordregiverne ikke kræve, at sammenslutninger af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne.«

6 Artikel 51 med overskriften »Generelle bestemmelser«, der indgår i samme direktivs kapitel VII, bestemmer:

»1. Med henblik på udvælgelsen af deltagere i udbudsproceduren:

a) udelukker de ordregivere, der har udarbejdet regler og kriterier for udelukkelse af tilbudsgivere eller ansøgere i overensstemmelse med artikel 54, stk. 1, 2 eller 4, de økonomiske aktører, som omfattes af disse regler og kriterier

b) udvælger ordregiverne tilbudsgivere og ansøgere i overensstemmelse med de objektive regler og kriterier, der er fastsat i medfør af artikel 54

c) begrænser ordregiverne i forbindelse med begrænsede udbud og udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse eventuelt antallet af udvalgte ansøgere i overensstemmelse med litra a) og b) og bestemmelserne i artikel 54.

[...]

3. Ordregiverne kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med de regler og krav, der gælder for tilbuddene, og tildeler kontrakten på grundlag af kriterierne i artikel 55 og 57.«

7 Artikel 54 i direktiv 2004/17 med overskriften »Kriterier for kvalitativ udvælgelse« har følgende ordlyd:

»1. Ordregivere, der fastlægger udvælgelseskriterier i et offentligt udbud, skal gøre dette på grundlag af objektive regler og kriterier, som skal stilles til rådighed for interesserede økonomiske aktører.

2. Ordregivere, der udvælger ansøgere i forbindelse med begrænsede udbud eller udbud med forhandling, skal følge de objektive regler og kriterier, de har fastlagt, og som er tilgængelige for interesserede økonomiske aktører.

3. Ved begrænset udbud og udbud med forhandling kan kriterierne være, at ordregiveren af objektive grunde er nødsaget til at begrænse antallet af ansøgere til et niveau, der er rimeligt ud fra en afvejning af de særlige forhold, der gør sig gældende i forbindelse med udbudsproceduren, og de midler, der kræves til dens gennemførelse. Antallet af udvalgte ansøgere skal dog stå i forhold til kravet om tilstrækkelig konkurrence.

[...]«

Dansk ret

8 § 2, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013, rummer den følgende definition, der er fastsat i overensstemmelse med retspraksis og den juridiske litteratur:

»Ved et interessentskab forstås i denne lov en virksomhed, hvor alle deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser.«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9 Ved bekendtgørelse offentliggjort i januar 2013 indledte Banedanmark et udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud som omhandlet i artikel 47 i direktiv 2004/17 med henblik på tildelingen af en offentlig kontrakt vedrørende anlæggelsen af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted, hvilket projekt blev navngivet »TP 4 Urban Tunnels«. Med henblik på tildelingen af kontrakten var det anvendte kriterium kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

10 Banedanmark ønskede i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen at anmode fire til seks ansøgere om at afgive tilbud og ville, dersom antallet af ansøgere var højere end seks, foretage en præevaluering. Det fremgår desuden af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne i medfør af den indledte procedure ville blive anmodet om at afgive tre på hinanden følgende tilbud i løbet af proceduren. Der skulle finde en forhandling sted efter afgivelsen af de to første tilbud, idet det tredje og sidste tilbud skulle lede til tildelingen af kontrakten.

11 Fem økonomiske aktører ansøgte om prækvalifikation. Blandt disse figurerede en sammenslutning bestående af MT Højgaard og Züblin (herefter »sammenslutningen Højgaard og Züblin«) og en sammenslutning bestående af Per Aarsleff og E. Pihl og Søn A/S (herefter »sammenslutningen Aarsleff og Pihl«). Banedanmark prækvalificerede alle fem ansøgere og anmodede dem om at afgive tilbud.

12 I juni 2013 trak en af virksomhederne sig ud af proceduren, således at der kun var fire prækvalificerede tilbudsgivere tilbage.

13 Aftalen om oprettelse af sammenslutningen Aarsleff og Pihl blev indgået mellem de to selskaber den 26. august 2013. På denne samme dato afsagde den kompetente ret konkursdekret over E. Pihl og Søn. Banedanmark blev bekendt med konkursdekretet i løbet af eftermiddagen og spurgte allerede senere samme dag Per Aarsleff om konkursens betydning for det igangværende udbud. På trods af dette konkursdekret afgav sammenslutningen Aarsleff og Pihl den 27. august 2013 et første tilbud, der var underskrevet af disse to selskaber, men ikke af kuratoren i konkursboet.

14 Banedanmark underrettede den 15. oktober 2013 samtlige tilbudsgivere om sin afgørelse om at tillade Per Aarsleff at fortsætte deltagelsen i udbudsproceduren alene. Banedanmark begrundede denne afgørelse med den betragtning, at Per Aarsleff – der var den største entreprenør i Danmark målt i omsætning for regnskabsårene 2012 og 2013 – opfyldte de opstillede krav for at deltage i udbuddet med forhandling, selv uden E. Pihl og Søns tekniske og økonomiske kapacitet. Per Aarsleff havde desuden overtaget mere end 50 medarbejdere fra E. Pihl og Søn, herunder nøglepersoner i forhold til udførelsen af det omhandlede projekt.

15 Per Aarsleff afgav et andet tilbud i sit eget navn, idet selskabet angav, at det fremsatte dette i sin egenskab af efterfølger til sammenslutningen Aarsleff og Pihl, at kuratoren i konkursboet ikke havde meddelt, hvorvidt vedkommende agtede at fortsætte sammenslutningsaftalen, og at Per Aarsleff som følge heraf havde ophævet denne aftale. Efter evalueringen af de modtagne tilbud i anden runde traf Banedanmark i overensstemmelse med betingelserne i udbudsbekendtgørelsen det valg at udvælge tre tilbud med henblik på at afgøre, hvilket af disse der økonomisk var det mest fordelagtige, og anmodede de tre valgte tilbudsgivere om at afgive et tredje og sidste tilbud. Blandt disse figurerede Per Aarsleff og sammenslutningen Højgaard og Züblin. De tre tilbudsgivere afgav den 12. december 2013 disse sidste tilbud.

16 Den 20. december 2013 meddelte Banedanmark de tre valgte tilbudsgivere, at denne styrelse havde besluttet at tildele kontrakten til Per Aarsleff, hvis tilbud i henseende til såvel kvalitet som pris var det økonomisk mest fordelagtige. Dette tilbud lød på 920 300 000 danske kroner (DKK) (ca. 123 402 000 EUR).

17 Som følge af denne afgørelse har MT Højgaard og Züblin klaget til Klagenævnet for Udbud, idet denne sammenslutning navnlig har gjort gældende, at Banedanmark tilsidesatte de i artikel 10 i direktiv 2004/17 fastsatte principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tillade Per Aarsleff at deltage i udbudsproceduren i stedet for sammenslutningen Aarsleff og Pihl på trods af, at Per Aarsleff ikke var blevet personligt prækvalificeret. MT Højgaard og Züblin har således nedlagt påstand for Klagenævnet for Udbud om annullation af afgørelsen om at tildele Per Aarsleff kontrakten og om anordning af udsættelse af denne afgørelses gennemførelse.

18 Klagenævnet for Udbud besluttede indledningsvis ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Nævnet har dernæst i sin forelæggelsesafgørelse anført, at Per Aarsleff på grundlag af de fremsendte oplysninger angående dette selskab ville være blevet prækvalificeret, dersom det havde ansøgt om prækvalifikation i sit eget navn frem for at gøre det gennem sammenslutningen Aarsleff og Pihl. Klagenævnet for Udbud har ligeledes bemærket, at ingen bestemmelse i dansk ret forbyder, at sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der deltager i en udbudsprocedure, ændres efter afgivelsen af tilbuddene.

19 Klagenævnet for Udbud har endvidere bemærket, at Banedanmark ikke i udbudsbekendtgørelsen fastlagde kvalitative mindstekrav til tilbudsgivernes tekniske formåen, og at Banedanmark kun skulle foretage en kvalitativ vurdering af ansøgningerne, såfremt deres antal var højere end seks. Per Aarsleff kunne derfor være blevet prækvalificeret i sit eget navn uden at være part i sammenslutningen Aarsleff og Pihl. Det forhold, at Per Aarsleff trådte i stedet for denne sammenslutning, havde i øvrigt ingen betydning for tilbudsgivernes situation, for så vidt som ingen af ansøgerne blev udelukket ved prækvalifikationen, og eftersom ingen ville være blevet afvist, såfremt Per Aarsleff havde ansøgt om personlig prækvalifikation. Desuden skulle der sondres mellem den situation, hvor ændringen af en sammenslutning sker inden tildelingen af kontrakten, og den situation, hvor denne ændring sker efter denne tildeling.

20 Klagenævnet for Udbud har dog udtrykt nogle forbehold vedrørende den fulgte procedures forenelighed med ligebehandlingsprincippet, idet nævnet samtidig har fremhævet, at EU-lovgiver hvad angår offentligt udbud inden for de aktivitetssektorer, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17, ikke har fastsat lige så detaljerede regler for anvendelsen af dette princip som dem, der er indeholdt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004 L 134, s. 114).

21 På baggrund af disse betragtninger har Klagenævnet for Udbud besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal ligebehandlingsprincippet i artikel 10, jf. artikel 51, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret?«

Om Domstolens kompetence

22 Domstolen anerkendte i præmis 15 i dom af 18. november 1999, Unitron Scandinavia og 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), at Klagenævnet for Udbud havde karakter af en »ret« i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 267 TEUF. Den danske regering har dog bemærket, at Domstolen i dom af 9. oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), derimod afslog at anerkende, at Teleklagenævnet havde en sådan karakter, og den har følgelig anmodet Domstolen om nærmere at uddybe de kriterier, der i den forbindelse finder anvendelse, og om i givet fald at bekræfte, at Klagenævnet for Udbud har karakter af en »ret«.

23 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Domstolen ved vurderingen af det forelæggende organs karakter af »ret«, hvilket spørgsmål udelukkende henhører under EU-retten, tager en hel række forhold i betragtning, nemlig om dette organ er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt (dom af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

24 I forhold til hovedsagen fremgår det ikke af nogen oplysninger i de for Domstolen fremlagte sagsakter, at det forelæggende organ ikke opfylder de kriterier, der har sammenhæng med, om det er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, om den for dette organ fulgte procedure er kontradiktorisk, og om det træffer afgørelse på grundlag af retsregler.

25 Hvad angår kriteriet om uafhængighed – hvilket kriterium Domstolen i den af den danske regering fremhævede dom af 9. oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), udtalte, at Teleklagenævnet ikke opfyldte – skal det først fastslås, at Klagenævnet for Udbud til forskel fra Teleklagenævnet ikke optræder som part i de klagesager, som anlægges ved de almindelige retsinstanser til prøvelse af dets afgørelser. Det følger heraf, at Klagenævnet for Udbud er udenforstående i forhold til tvistens parter, navnlig i forhold til den myndighed, der har truffet den til dette nævn påklagede afgørelse.

26 Det skal dernæst bemærkes, at det som påpeget af generaladvokaten i punkt 44 i forslaget til afgørelse fremgår af sagsakterne, at dette organ ikke har nogen funktionel forbindelse til Erhvervs- og Vækstministeriet. Det forhold, at dette organs sekretariat er tilknyttet det nævnte ministerium, kan ikke rejse tvivl om denne konstatering. Klagenævnet for Udbud udøver desuden sine funktioner helt uafhængigt, uden at være underlagt et hierarkisk forhold og uden at modtage instrukser fra nogen (jf. i denne retning dom af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

27 Hvad angår uafhængigheden for medlemmerne af det forelæggende organ skal det fremhæves, at disse i henhold til § 1, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer skal fungere uafhængigt i deres virke.

28 Det fremgår af sagsakterne, at det forelæggende organ i henhold til § 9, stk. 1, i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. med senere ændringer (herefter »lov nr. 492«) består af en formand og et antal næstformænd, som udgør formandskabet, samt et antal sagkyndige medlemmer. I henhold til § 9, stk. 2, andet punktum, i lov nr. 492 består formandskabet af byrets- og landsdommere.

29 Klagenævnet for Udbud er paritetisk sammensat. Det består i sin almindelige sammensætning af et medlem fra formandskabet, der fungerer som formand, og af et sagkyndigt medlem. I medfør af § 10, stk. 5, i lov nr. 492 træffes dets afgørelser endvidere med simpelt flertal, og formandens stemme er udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed. De medlemmer af dette organ, der har en baggrund i det danske dommerkorps, råder følgelig under alle omstændigheder over et flertal af stemmerne og har derfor en afgørende vægt, når det nævnte organ træffer afgørelse.

30 De medlemmer af det forelæggende organ, der har status som dommere i retssystemet, nyder i denne egenskab den i Grundlovens § 64 fastsatte særlige beskyttelse mod afsættelse, hvilken beskyttelse tillige omfatter udførelsen af funktionerne som medlem af det forelæggende organs formandskab.

31 I betragtning af, at de medlemmer af det forelæggende organ, som i deres egenskab af dommere nyder denne særlige beskyttelse, råder over de afgørende stemmer, kan den omstændighed, at de sagkyndige medlemmer af dette organ ikke nyder den samme beskyttelse, under alle omstændigheder ikke føre til, at der rejses tvivl om det nævnte organs uafhængighed.

32 På baggrund af ovenstående betragtninger skal det fastslås, at Klagenævnet for Udbud ligeledes opfylder kriteriet om uafhængighed og derfor skal anses for at være en »ret« i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 267 TEUF.

33 Følgelig har Domstolen kompetence til at besvare det forelagte spørgsmål.

Om det præjudicielle spørgsmål

34 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en ordregiver tillader en økonomisk aktør, som indgik i en sammenslutning af to virksomheder, der var blevet prækvalificeret og havde afgivet det første tilbud i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, at fortsætte deltagelsen i denne udbudsprocedure i sit eget navn efter opløsningen af den nævnte sammenslutning.

35 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at der ikke i direktiv 2004/17 er fastsat regler, der specifikt vedrører indtrådte ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som tilbudsgiver i et offentligt udbud, således at reguleringen af en sådan situation henhører under medlemsstaternes kompetence (jf. i denne retning dom af 23.1.2003, Makedoniko Metro og Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, præmis 61).

36 Hverken dansk lovgivning eller den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelse indeholder specifikke regler i denne henseende. Under disse omstændigheder skal ordregiverens mulighed for at tillade en sådan ændring undersøges på baggrund af de almindelige principper i EU-retten – navnlig ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf – såvel som ud fra denne rets formål på området for offentligt udbud.

37 Det skal i den henseende bemærkes, at ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed bl.a. indebærer, at de bydende skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene, og at disse principper udgør grundlaget for EU-reglerne om udbudsprocedurer (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

38 Princippet om ligebehandling af de bydende, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (jf. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 110, og af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 33).

39 En streng anvendelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, således som udtrykkeligt angivet i artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, leder til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud og blive tilslagsmodtagere.

40 Denne holdning støttes på artikel 51, stk. 3, i direktiv 2004/17, ifølge hvilken ordregiverne »kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med de regler og krav, der gælder for tilbuddene«, hvilket som påpeget af generaladvokaten i punkt 63 i forslaget til afgørelse forudsætter en juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene.

41 Det i nærværende doms foregående præmis anførte krav om juridisk og materiel identitet kan dog sænkes med henblik på i et udbud med forhandling at sikre en tilstrækkelig konkurrence, således som krævet i 54, stk. 3, i direktiv 2004/17.

42 I forhold til hovedsagen fandt ordregiveren, som det fremgår af nærværende doms præmis 10, at antallet af ansøgere burde være mindst fire for at sikre en sådan konkurrence.

43 Det kræves imidlertid ydermere, at en økonomisk aktørs fortsatte deltagelse i sit eget navn i et udbud med forhandling – efter opløsningen af den sammenslutning, som vedkommende indgik i, og som var blevet prækvalificeret af ordregiveren – sker på vilkår, som ikke krænker princippet om ligebehandling af samtlige tilbudsgivere.

44 I denne forbindelse tilsidesætter en ordregiver ikke dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

45 I forhold til hovedsagen skal det først bemærkes, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Per Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, dersom dette selskab havde ansøgt om selvstændig prækvalifikation (jf. nærværende doms præmis 18).

46 Henset til de i sagsakterne indeholdte oplysninger, hvorefter aftalen om oprettelse af sammenslutningen Aarsleff og Pihl for det første blev indgået den samme dag, som der blev afsagt konkursdekret over Pihl og Søn, og denne sammenslutnings første tilbud for det andet blev afgivet den næste dag uden at være underskrevet af kuratoren i konkursboet efter Pihl og Søn, tilkommer det under disse omstændigheder derefter den forelæggende ret at efterprøve, om afgivelsen af dette første tilbud var behæftet med en uregelmæssighed, som var af en sådan karakter, at den var til hinder for, at Per Aarsleff i sit eget navn fortsatte deltagelsen i det omhandlede udbud med forhandling.

47 Hvad endelig angår den omstændighed, at Per Aarsleff efter opløsningen af sammenslutningen Aarsleff og Pihl overtog 50 medarbejdere fra Pihl og Søn, herunder nøglepersoner i forhold til udførelsen af det omhandlede anlægsprojekt, tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, hvorvidt Per Aarsleff som følge heraf opnåede en konkurrencefordel til skade for de øvrige tilbudsgivere.

48 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Sagens omkostninger

49 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

Det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«), sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Underskrifter