Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (pierwsza izba)

z dnia 21 kwietnia 2021 r.*

Zamówienia publiczne – Postępowanie przetargowe – Redukcja pyłów i tlenków azotu w elektrowni cieplnej Kosowo B, bloki B1 i B2 – Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – Żądanie stwierdzenia nieważności podniesione w replice – Nowe żądania – Oczywista niedopuszczalność – Zmiana kryteriów kwalifikacji w toku postępowania – Równość traktowania

W sprawie T-525/19

Intering Sh.p.k, z siedzibą w Obiliciu (Kosowo),

Steinmüller Engineering GmbH, z siedzibą w Gummersbachu (Niemcy),

Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge, z siedzibą w Tuzli (Bośnia i Hercegowina),

ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu, z siedzibą w Szybeniku (Chorwacja),

które reprezentował R. Spielhofen, adwokat,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali J. Estrada de Solà, B. Bertelmann i M. Kellerbauer, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

mającej za przedmiot oparte na art. 263 TFUE żądanie stwierdzenia nieważności, po pierwsze, decyzji Komisji Ares(2019)4979920 z dnia 30 lipca 2019 r. o odrzuceniu wniosku skarżących o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie procedury ograniczonej EuropeAid/140043/DH/WKS/XK oraz, po drugie, decyzji z dnia 18 października 2019 r. w sprawie udzielenia wspomnianego zamówienia,

SĄD (pierwsza izba),

w składzie: H. Kanninen, prezes, O. Porchia i M. Stancu (sprawozdawczyni), sędziowie,

sekretarz: E. Coulon,

wydaje następujący

* Język postępowania: niemiecki.

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

1 W dniu 19 marca 2019 r. Unia Europejska, reprezentowana przez Komisję Europejską, opublikowała ogłoszenie o zamówieniu o sygnaturze EuropeAid/140043/DH/WKS/XK (zwane dalej „ogłoszeniem o zamówieniu") w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego redukcji pyłów i tlenków azotu w elektrowni cieplnej Kosowo B, bloki B1 i B2.

2 Punkt 17.2 ogłoszenia o zamówieniu, zmieniony przez corrigendum nr 2 z dnia 17 kwietnia 2019 r., zawiera kryteria kwalifikacji i udzielenia zamówienia odnoszące się do zdolności technicznej i zawodowej kandydata.

3 Punkt 17.2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu przewiduje, że w ciągu ostatnich ośmiu lat kandydat musiał zrealizować co najmniej jeden projekt o tym samym charakterze i tej samej złożoności, obejmujący pewne dokładnie sprecyzowane we wspomnianym ogłoszeniu kategorie, w opalanych węglem brunatnym elektrowniach o znamionowej mocy elektrycznej wynoszącej co najmniej 200 megawatów (MW).

4 Zgodnie z pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu w przypadku oferty pochodzącej od spółki joint venture lub konsorcjum lider tej spółki lub tego konsorcjum musi być zdolny do wykonania własnymi środkami co najmniej 40% robót objętych zamówieniem.

5 Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu postępowanie odbywało się w trybie procedury ograniczonej. Punkt 13 ogłoszenia o zamówieniu uściśla w tym względzie, że na podstawie otrzymanych wniosków sporządzona zostanie lista kwalifikacyjna (zwana dalej „listą kwalifikacyjną") i że jedynie kandydaci spełniający kryteria kwalifikacji zostaną zakwalifikowani i zaproszeni przez instytucję zamawiającą do złożenia oferty. Ogłoszenie o zamówieniu wskazywało ponadto, że – na podstawie otrzymanych wniosków – do złożenia szczegółowych ofert w ramach odnośnego zamówienia zostanie zaproszonych od czterech do sześciu kandydatów.

6 Skarżące – Intering Sh.p.k, Steinmüller Engineering GmbH, Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge oraz ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu – utworzyły konsorcjum i wyraziły zainteresowanie wzięciem udziału w postępowaniu, przedkładając w wyznaczonym terminie, upływającym w dniu 6 maja 2019 r., wniosek wraz z określonymi dokumentami.

7 Po upływie terminu wyznaczonego na przedkładanie wniosków komisja przetargowa trzykrotnie wezwała skarżące do przedstawienia jej wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów.

8 Skarżące odpowiedziały na wezwania do udzielenia informacji.

9 Pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. o sygnaturze Ares(2019)3677456, skierowanym do lidera konsorcjum, czyli Intering, Komisja poinformowała skarżące, że nie zostały zakwalifikowane, ponieważ ich wniosek nie spełniał kryteriów określonych w pkt 17.2 lit. a) i c) ogłoszenia o zamówieniu (zwanym dalej „decyzją z dnia 7 czerwca 2019 r.").

10 Pismem z tego samego dnia skarżące zakwestionowały decyzję z dnia 7 czerwca 2019 r.

11 Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r., uzupełnionym pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. i zawierającym szereg informacji oraz dokumentów, które nie zostały przedłożone wraz z pierwotnym wnioskiem, skarżące wniosły skargę na decyzję z dnia 7 czerwca 2019 r., żądając zawieszenia wykonania tej decyzji oraz umieszczenia ich na liście kwalifikacyjnej.

12 W następstwie tej skargi postępowanie o udzielenie zamówienia zawieszono w celu dokonania jego kontroli, o czym skarżące zostały poinformowane w piśmie z dnia 23 lipca 2019 r. o sygnaturze AresD(2019)NA/vk/4806398.

13 Pismem z dnia 30 lipca 2019 r. o sygnaturze Ares(2019)4979920 (zwanym dalej „decyzją z dnia 30 lipca 2019 r.") Komisja poinformowała skarżące, po pierwsze, o uchyleniu decyzji z dnia 7 czerwca 2019 r. ze względu na brak jasności określonego w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu kryterium kwalifikacji, które w konsekwencji zostało usunięte, oraz, po drugie, o ponownym odrzuceniu ich wniosku. W tym względzie w decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. wskazano, że po dokonaniu ponownej oceny wniosku skarżących, złożonego w wyznaczonym terminie, upływającym w dniu 6 maja 2019 r., stwierdzono, iż przedłożona dokumentacja nie zawiera w szczególności żadnego dowodu na okoliczność, że kryterium zdolności technicznej i zawodowej określone w pkt 17.2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu zostało spełnione.

14 Tego samego dnia kolejne pismo o sygnaturze Ares(2019)4980092 i o treści niemal identycznej z treścią decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. zostało skierowane do lidera konsorcjum.

15 Pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r., uzupełnionym pismem z dnia 2 sierpnia tego samego roku, skarżące wniosły skargę na decyzję z dnia 30 lipca 2019 r. i zażądały zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia.

16 Pismem z dnia 7 sierpnia 2019 r. o sygnaturze Ares(2019)5134299 skarżące poinformowano, że dokonana kwalifikacja została utrzymana oraz że nie uwzględniono żądania o ponowne zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia.

17 W dniu 18 października 2019 r. zamówienie zostało ostatecznie udzielone konsorcjum Engineering Dobersek GmbH, Hamon Thermal Europe SA und RJM Corporation (EC) Limited (decyzją zwaną dalej „decyzją z dnia 18 października 2019 r.").

Postępowanie i żądania stron

18 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 lipca 2019 r. skarżące wniosły niniejszą skargę.

19 W skardze skarżące wnoszą do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 7 czerwca 2019 r.;

– uwzględnienie wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań.

20 Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 2 sierpnia 2019 r. skarżące wniosły na podstawie art. 86 regulaminu postępowania przed Sądem o umożliwienie im dostosowania skargi, tak aby dotyczyła ona decyzji z dnia 30 lipca 2019 r., a nie decyzji z dnia 7 czerwca 2019 r.

21 Komisja nie przedstawiła w wyznaczonym terminie uwag w odpowiedzi na wniesione przez skarżące pismo dostosowujące skargę.

22 Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 7 sierpnia 2019 r. skarżące złożyły na podstawie art. 278 TFUE i art. 156 regulaminu postępowania wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, mający zasadniczo na celu zawieszenie wykonania decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. oraz zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia.

23 Postanowieniem z dnia 13 września 2019 r., Intering i in./Komisja (T-525/19 R, niepublikowanym, EU:T:2019:606), prezes Sądu oddalił wspomniany wniosek o zastosowanie środków tymczasowych i zdecydował, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

24 Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 9 października 2019 r. skarżące złożyły na podstawie art. 278 TFUE i art. 156 regulaminu postępowania ponowny wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, mający zasadniczo na celu zawieszenie wykonania decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. oraz zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia.

25 Postanowieniem z dnia 11 listopada 2019 r., Intering i in./Komisja (T-525/19 R II, niepublikowanym, EU:T:2019:787), Sąd oddalił wspomniany wniosek o zastosowanie środków tymczasowych złożony przez skarżące i zdecydował, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

26 W dniu 8 października 2019 r. Komisja złożyła w sekretariacie Sądu odpowiedź na skargę.

27 W odpowiedzi na skargę Komisja wnosi do Sądu o:

– oddalenie skargi;

– oddalenie wniosku skarżących o przeprowadzenie dowodu z zeznań;

– obciążenie skarżących kosztami postępowania.

28 W dniu 4 grudnia 2019 r. skarżące złożyły w sekretariacie Sądu replikę.

29 W replice skarżące wnoszą zasadniczo do Sądu o:

– przychylenie się do żądań podniesionych w piśmie dostosowującym skargę;

– stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r.;

– uwzględnienie wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania.

30 W dniu 27 marca 2020 r. Komisja złożyła w sekretariacie Sądu duplikę.

31 W duplice Komisja wnosi zasadniczo do Sądu o przychylenie się do żądań podniesionych w odpowiedzi na skargę oraz o odrzucenie żądania stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r.

32 Na podstawie art. 106 § 3 regulaminu postępowania Sąd (pierwsza izba) postanowił orzec w przedmiocie skargi z pominięciem ustnego etapu postępowania.

Co do prawa

W przedmiocie podnoszonego naruszenia przez Komisję przepisów regulaminu postępowania dotyczących terminu na złożenie odpowiedzi na skargę

33 W replice skarżące twierdzą, że Komisja nie złożyła odpowiedzi na skargę w wyznaczonym terminie, a także nie złożyła wniosku o przedłużenie terminu, w związku z czym skarżące mogły zwrócić się do Sądu o wydanie wyroku zaocznego, czego jednak nie uczyniły.

34 W tym względzie należy stwierdzić, że to twierdzenie skarżących wynika z pomylenia daty złożenia odpowiedzi na skargę w sekretariacie Sądu z datą jej doręczenia skarżącym.

35 Z akt sprawy wynika bowiem, że zgodnie z art. 6 decyzji Sądu z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie składania i doręczania pism procesowych za pośrednictwem aplikacji e-Curia skargę doręczono Komisji w dniu 29 lipca 2019 r. oraz że odpowiedź na skargę złożono w Sądzie w dniu 8 października 2019 r. Odpowiedź na skargę złożono zatem w sekretariacie Sądu w ustanowionym w art. 81 § 1 regulaminu postępowania dwumiesięcznym terminie, przedłużonym o termin uwzględniający odległość przewidziany w art. 60 owego regulaminu.

36 Okoliczność, że odpowiedź na skargę doręczono skarżącym po tym terminie, nie ma żadnego wpływu na jej złożenie w sekretariacie Sądu zgodnie z właściwymi przepisami regulaminu postępowania. Dalsze prowadzenie pisemnego etapu postępowania było zatem słuszne.

37 W świetle powyższego należy oddalić argument skarżących, zgodnie z którym Komisja naruszyła przepisy regulaminu postępowania dotyczące terminu na złożenie odpowiedzi na skargę.

W przedmiocie żądania stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r.

38 Należy stwierdzić, że celem żądań zawartych w skardze, dostosowanych w następstwie złożenia pisma dostosowującego skargę, jest wyłącznie stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. O stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r. skarżące wniosły dopiero na etapie repliki.

39 Otóż przy założeniu, że skarżące zamierzały wnieść nową skargę o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r. w ramach repliki, wystarczy przypomnieć, że zgodnie z art. 21 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który na mocy art. 53 owego statutu ma zastosowanie do Sądu, wniesienie skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następuje poprzez skierowanie jej do sekretarza, a nie – jak w niniejszym wypadku – poprzez złożenie pisma w ramach już zawisłego postępowania.

40 Ponadto przy założeniu, że skarżące zamierzały jedynie zmienić swoje żądania, tak aby obejmowały one również decyzję z dnia 18 października 2019 r., należy przypomnieć, że zgodnie z art. 76 regulaminu postępowania strona skarżąca ma obowiązek określenia przedmiotu sporu i przedstawienia swoich żądań w piśmie wszczynającym postępowanie. O ile art. 84 § 1 owego regulaminu umożliwia przedstawienie nowych zarzutów w toku postępowania – pod warunkiem, że opierają się one okolicznościach prawnych lub faktycznych ujawnionych dopiero po jego wszczęciu – o tyle przepisu tego nie można interpretować w ten sposób, że pozwala on stronie skarżącej na podniesienie przed sądem Unii nowych żądań i na dokonanie tym samym zmiany przedmiotu sporu lub charakteru skargi (wyrok z dnia 7 listopada 2019 r., Rose Vision/Komisja, C-346/18 P, niepublikowany, EU:C:2019:939, pkt 43). Oznacza to, że – z zastrzeżeniem okoliczności przewidzianych w art. 86 regulaminu postępowania – pod uwagę można wziąć tylko żądania przedstawione w skardze wszczynającej postępowanie, a zasadność skargi należy badać jedynie w świetle żądań zawartych w skardze wszczynającej postępowanie [wyroki: z dnia 21 października 2015 r., Petco Animal Supplies Stores/OHIM – Gutiérrez Ariza (PETCO), T-664/13, EU:T:2015:791, pkt 25; z dnia 8 listopada 2017 r., De Nicola/Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, T-99/16, niepublikowany, EU:T:2017:790, pkt 28].

41 Należy zatem zbadać, czy żądanie stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r. podlega okolicznościom, o których mowa w art. 86 regulaminu postępowania. Paragraf 1 tego przepisu stanowi, że w przypadku gdy akt, o którego stwierdzenie nieważności się wnosi, został zastąpiony lub zmieniony przez inny akt mający ten sam przedmiot, strona skarżąca może, przed zamknięciem

ustnego etapu postępowania lub przed podjęciem przez Sąd decyzji o rozstrzygnięciu sprawy z pominięciem ustnego etapu postępowania, dostosować skargę w celu uwzględnienia tej nowej okoliczności.

42 Tymczasem należy zauważyć, że chociaż decyzja z dnia 18 października 2019 r. została wydana po wniesieniu niniejszej skargi, nie zastępuje ona ani nie zmienia decyzji z dnia 30 lipca 2019 r.

43 Należy zatem stwierdzić, że skarżące nie mogą powoływać się na art. 86 regulaminu postępowania w celu dostosowania swoich żądań na etapie repliki, tak aby obejmowały one również decyzję z dnia 18 października 2019 r.

44 Wynika stąd, że żądanie stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 18 października 2019 r. jest oczywiście niedopuszczalne.

W przedmiocie skargi wniesionej na decyzję z dnia 30 lipca 2019 r.

45 Należy przypomnieć, że – jak wskazano w pkt 13 powyżej – decyzją z dnia 30 lipca 2019 r. o Komisja poinformowała skarżące, po pierwsze, o uchyleniu decyzji z dnia 7 czerwca 2019 r. ze względu na brak jasności kryterium kwalifikacji określonego w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz, po drugie, o ponownym odrzuceniu ich wniosku z uwagi na to, iż przedłożona dokumentacja nie zawierała żadnego dowodu na okoliczność, że kryterium zdolności technicznej i zawodowej określone w pkt 17.2 lit. a) wspomnianego ogłoszenia zostało spełnione.

46 Na poparcie żądania stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. skarżące podnoszą siedem zarzutów. Zarzut pierwszy dotyczy naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania ze względu na to, że Komisja nie wyjaśniła swoich wątpliwości dotyczących przedłożonych przez skarżące dokumentów. Zarzut drugi dotyczy naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności oraz przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym”), ze względu na to, że Komisja nie uzasadniła wykluczenia skarżących z dalszego udziału w postępowaniu przetargowym i nie udzieliła im żadnego dostępu do szczegółowego sprawozdania z oceny ani do informacji dotyczących względnej przewagi i charakterystyki ofert wykonawców umieszczonych na liście kwalifikacyjnej. Zarzut trzeci dotyczy naruszenia ogólnej zasady, zgodnie z którą w toku postępowania przetargowego w dokumentacji zamówienia nie można dokonywać żadnych zmian. Zarzut czwarty dotyczy naruszenia art. 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 231/2014 z dnia 11 marca 2014 r. ustanawiającego Instrument Pomocy Przedakcesyjnej (IPA II) (Dz.U. 2014, L 77, s. 11) oraz naruszenia art. 1 ust. 3 i 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 236/2014 z dnia 11 marca 2014 r. ustanawiającego wspólne zasady i procedury wdrażania unijnych instrumentów na rzecz finansowania działań zewnętrznych (Dz.U. 2014, L 77, s. 95) z uwagi na uchybienie ogólnym zasadom prawa zamówień publicznych. Zarzut piąty dotyczy naruszenia postanowień przewodnika zatytułowanego „Praktyczny przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych i dotacji na potrzeby działań zewnętrznych Unii Europejskiej (PRAG)” w odniesieniu do pkt 17 ogłoszenia o zamówieniu. Zarzut szósty dotyczy naruszenia przepisów rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. 2001, L 145, s. 43) ze względu na to, że Komisja nie uzasadniła swojej decyzji o wykluczeniu skarżących z dalszego udziału w postępowaniu przetargowym i nie udzieliła im żadnego dostępu do szczegółowego sprawozdania z oceny ani do informacji dotyczących względnej przewagi i charakterystyki ofert wykonawców umieszczonych na

liście kwalifikacyjnej. Wreszcie, zarzut siódmy dotyczy naruszenia określonych w pkt 17.2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu kryteriów kwalifikacji, które nie zostały prawidłowo zastosowane przez Komisję.

47 Na potrzeby niniejszego postępowania należy w pierwszej kolejności przeanalizować zarzut trzeci, który dzieli się na dwie części.

48 W ramach jego części pierwszej skarżące podnoszą, powołując się na art. 166 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 167 ust. 1 lit. c) rozporządzenia finansowego, że Komisja naruszyła ogólną zasadę, zgodnie z którą dokumentacja przetargu powinna być chroniona przed wszelkimi zmianami w toku postępowania, ponieważ wskutek pominięcia kryterium określonego w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu ich wniosek został oceniony na podstawie podkryteriów i interpretacji, w odniesieniu do których brak jest w odnośnych dokumentach jakiegokolwiek postanowienia.

49 W ramach części drugiej zarzutu trzeciego skarżące podważają sam przebieg procedury kwalifikacji. Twierdzą one, że poprzez wprowadzenie w procedurze wstępnej kwalifikacji tak istotnej zmiany jak pominięcie kryterium kwalifikacji związanego z pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu Komisja naruszyła zasadę równego traktowania w sposób na tyle poważny, że należało ponownie wszcząć postępowanie przetargowe.

50 Komisja kwestionuje argumentację skarżących.

51 Należy zacząć od analizy części drugiej zarzutu trzeciego.

52 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 160 ust. 1 rozporządzenia finansowego przewiduje, iż zamówienia publiczne finansowane w całości lub w części z budżetu Unii muszą być zgodne z zasadami przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji.

53 Zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, wymaga w szczególności, aby wszyscy oferenci byli traktowani na równi tak w chwili przygotowywania przez nich ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane (zob. wyrok z dnia 24 listopada 2005 r., ATI EAC e Viaggi di Maio i in., C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

54 Owa zasada równego traktowania wiąże się również z obowiązkiem przejrzystości w celu umożliwienia weryfikacji jej przestrzegania (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 91).

55 I tak Trybunał orzekł, że przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego muszą być jasno określone już z chwilą wszczęcia postępowania o jego udzielenie (wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56).

56 Ponadto zasady równego traktowania i przejrzystości postępowań o udzielenie zamówienia wymagają, by instytucja zamawiająca trzymała się tej samej interpretacji kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania (zob. wyrok z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo), a tym bardziej by nie zmieniała kryteriów udzielenia zamówienia w toku postępowania (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r., EVN i Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, pkt 93).

57 Wynika stąd, że w przypadku uchylenia przez instytucję zamawiającą decyzji odnoszącej się do kryterium udzielenia zamówienia instytucja ta nie może, bez naruszenia zasad równego traktowania i przejrzystości, skutecznie kontynuować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

z pominięciem tego kryterium, ponieważ byłoby to równoznaczne ze zmianą kryteriów mających zastosowanie do danego postępowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r., EVN i Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, pkt 94).

58 Orzecznictwo to ma zastosowanie mutatis mutandis do kryteriów kwalifikacji.

59 Otóż nawet jeżeli kryteria kwalifikacji stosowane na pierwszym etapie procedury ograniczonej mają bardziej obiektywny charakter – z uwagi na to, że nie wiążą się one z koniecznością dokonania ich wyważenia – to jednak usunięcie jednego z owych kryteriów w toku postępowania przetargowego może mieć określone skutki i naruszyć zasadę równego traktowania. Tego rodzaju usunięcie ma zatem wpływ na każdego kandydata, który uczestniczył w postępowaniu przetargowym i został wykluczony z dalszego w nim udziału na tej podstawie, że nie spełniał kryterium kwalifikacji, które następnie zostało usunięte. Podobnie wspomniane usunięcie ma wpływ na sytuację każdego potencjalnego kandydata, który nie wziął udziału w przetargu w szczególności ze względu na to, że uznał, iż nie jest w stanie spełnić kryterium, które następnie – bez jego wiedzy – zostało usunięte.

60 Należy zatem stwierdzić, że Komisja, usuwając kryterium określone w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu i mimo to kontynuując postępowanie o udzielenie zamówienia, uchybiła ciążącym na niej zobowiązaniom wynikającym z zasady równego traktowania i ze związanego z nią obowiązku przejrzystości, zgodnie z ich wykładnią dokonaną w orzecznictwie Trybunału przywołanym w pkt 53-57 powyżej.

61 Stwierdzenia tego nie może podważyć argument Komisji, zgodnie z którym usunięcie kryterium wskazanego w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu w żaden sposób nie zmieniło sytuacji dotyczącej kryterium określonego w jego pkt 17.2 lit. a), którego niespełnienie przez skarżące skutkowało już brakiem ich zakwalifikowania w decyzji z dnia 7 czerwca 2019 r.

62 Nie można bowiem zakładać, że gdyby Komisja unieważniła toczące się postępowanie o udzielenie zamówienia i wydała nowe ogłoszenie o zamówieniu dotyczące tego samego zamówienia, kryterium zawarte w pkt 17.2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu zostałoby utrzymane w tym samym brzmieniu. Nie można również wykluczyć, że Komisja ponownie przyjęłaby kryterium zawarte w pkt 17.2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu, aczkolwiek sformułowane w jaśniejszy sposób.

63 W każdym wypadku należy stwierdzić, że w takiej sytuacji skarżące mogłyby przedłożyć Komisji zawarte w ich piśmie z dnia 28 czerwca 2019 r. informacje i dokumenty, których nie uwzględniono w postępowaniu prowadzącym do wydania decyzji z dnia 30 lipca 2019 r. z uwagi na to, że zostały one przedłożone po upływie pierwotnego terminu na składanie wniosków. Ponadto miałyby one również możliwość przedstawienia innych informacji i dokumentów. Nie można zatem wykluczyć, że w ramach nowego postępowania i na podstawie nowych informacji i dokumentów Komisja mogłaby uznać, że skarżące w istocie spełniają kryterium zawarte w pkt 17.2 lit. a) nowego ogłoszenia o zamówieniu, gdyby zostało ono utrzymane.

64 Z całości powyższych rozważań wynika, że należy uwzględnić część drugą zarzutu trzeciego.

65 Z tego względu należy stwierdzić nieważność decyzji z dnia 30 lipca 2019 r., bez konieczności badania części pierwszej zarzutu trzeciego ani pozostałych zarzutów podniesionych przez skarżące oraz bez konieczności orzekania w przedmiocie złożonego przez nie wniosku o przeprowadzenie środka dowodowego polegającego na wezwaniu pracownika lidera konsorcjum, by złożył on zeznanie potwierdzające doświadczenie owego lidera w zakresie wymaganym w warunkach przetargu.

W przedmiocie kosztów

66 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja przegrała sprawę, należy – zgodnie z żądaniem skarżących – obciążyć ją kosztami postępowania, w tym kosztami postępowań w przedmiocie środków tymczasowych.

Z powyższych względów

SĄD (pierwsza izba)

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność decyzji Komisji Europejskiej Ares(2019)4979920 z dnia 30 lipca 2019 r. o odrzuceniu wniosku Intering Sh.p.k, Steinmüller Engineering GmbH, Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge oraz ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie procedury ograniczonej EuropeAid/140043/DH/WKS/XK.**

2) **W pozostałym zakresie skarga zostaje odrzucona.**

3) **Komisja zostaje obciążona kosztami postępowania, w tym kosztami postępowań w przedmiocie środków tymczasowych.**

Kanninen Porchia Stancu

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 21 kwietnia 2021 r.

Podpisy