



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 24 maj 2016\*

”Begäran om förhandsavgörande — Artikel 267 FEUF — Domstolens behörighet — Huruvida det hänskjutande organet ska anses vara en domstol — Offentlig upphandling inom området för järnvägsinfrastruktur — Förhandlat förfarande — Direktiv 2004/17/EG — Artikel 10 — Artikel 51.3 — Principen om likabehandling av anbudsgivare — Grupp bestående av två bolag och som tillåtits att delta i upphandlingen i egenskap av anbudsgivare — Anbud som lämnats av ett av dessa bolag i eget namn då det andra bolaget försatts i konkurs — Bolag som självt ansetts kunna godtas som anbudsgivare — Kontraktet tilldelas detta bolag”

I mål C-396/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling, Danmark) genom beslut av den 18 augusti 2014, som inkom till domstolen den 20 augusti 2014, i målet

**MT Højgaard A/S,**

**Züblin A/S**

mot

**Banedanmark,**

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça och A. Arabadjiev samt domarna E. Juhász (referent), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C.G. Fernlund och C. Vajda,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: handläggaren I. Illéssy,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 september 2015,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- MT Højgaard A/S och Züblin A/S, genom T. Høg, advokat,
- Danmarks regering, genom C. Thorning, i egenskap av ombud, biträdd av R. Holdgaard, advokat,

\* Rättegångsspråk: danska.

— Europeiska kommissionen, genom L. Grønfeldt, M. Clausen och A. Tokár, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 25 november 2015 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer, såsom den anges i artikel 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), jämförd med artikel 51 i direktivet.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan MT Højgaard A/S och Züblin A/S, å ena sidan, och Banedanmark, förvaltare av järnvägsinfrastrukturen i Danmark, å andra sidan. Målet rör frågan huruvida Banedanmarks tilldelning, i dess egenskap av upphandlande myndighet, av ett offentligt kontrakt till Per Aarsleff A/S var lagenlig.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 Skäl 9 i direktiv 2004/17 har följande lydelse:

”I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde. En sådan samordning bör bygga på de krav som följer av artiklarna 14, 28 och 49 i EG-fördraget och artikel 97 i Euratomfördraget, nämligen principen om likabehandling av vilken principen om icke-diskriminering endast utgör en särskild form, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen samt principen om öppenhet. Med beaktande av karaktären hos de områden som berörs av en sådan samordning bör det genom denna samordning skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet men som samtidigt slår vakt om de nämnda principerna.

...”

- 4 I artikel 10 i direktiv 2004/17, vilken har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs följande:

”Upphandlande enheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt.”

- 5 Artikel 11 i nämnda direktiv har rubriken ”Ekonomiska aktörer”. I artikel 11.2 föreskrivs följande:

”Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande enheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.”

- 6 Artikel 51 i direktiv 2004/17 har rubriken ”Allmänna bestämmelser” och ingår i kapitel VII i direktivet. I nämnda artikel föreskrivs följande:

”1. Vid val av deltagare i upphandlingsförfaranden skall följande gälla:

- a) En upphandlande enhet som har fastställt regler och kriterier för uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande i enlighet med artikel 54.1, 54.2 eller 54.4 skall utesluta ekonomiska aktörer som uppfyller dessa regler och kriterier.
- b) Den upphandlande enheten skall välja ut anbudsgivare och anbudssökande på grundval av de objektiva regler och kriterier som har fastställts med stöd av artikel 54.
- c) Vid selektiva och förhandlade förfaranden med meddelande om upphandling skall den upphandlande enheten i förekommande fall i enlighet med artikel 54 begränsa antalet utvalda anbudssökande med stöd av a och b.

...

3. Den upphandlande enheten skall kontrollera att anbuden från de anbudsgivare som valts ut på detta sätt överensstämmer med de regler och krav som skall tillämpas på anbud samt tilldela kontraktet på grundval av de kriterier som anges i artiklarna 55 och 57.”

- 7 I artikel 54 i direktiv 2004/17, vilken har rubriken ”Kvalitativa urvalskriterier”, anges följande:

”1. Vid ett öppet förfarande skall en upphandlande enhet fastställa urvalskriterier enligt objektiva regler och kriterier som är tillgängliga för de berörda ekonomiska aktörerna.

2. Vid ett selektivt eller förhandlat förfarande skall en upphandlande enhet välja ut anbudssökande enligt de objektiva regler och kriterier som den har fastställt och som är tillgängliga för de berörda ekonomiska aktörerna.

3. Vid selektiva eller förhandlade förfaranden får den upphandlande enheten använda kriterier som grundas på ett objektiva behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som anses rimlig med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. De utvalda anbudssökandena skall dock vara tillräckligt många för att uppfylla kravet på tillräcklig konkurrens.

...”

#### *Dansk rätt*

- 8 I 2 § första stycket i lag om visse erhvervsdrivende virksomheder (lagen om vissa affärsdrivande företag), kodifierad genom förordning nr 1295 av den 15 november 2013, anges följande definition, vilken överensstämmer med den som följer av rättspraxis och doktrin:

”Med handelsbolag avses i denna lag ett företag där alla delägare är personligen, obegränsat och solidariskt, ansvariga för företagets förpliktelser.”

## Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 9 Genom meddelande om upphandling som offentliggjordes i januari 2013 inledde Banedanmark ett förhandlat förfarande med föregående anbudsinfordran i den mening som avses i artikel 47 i direktiv 2004/17 en offentlig upphandling avseende byggnation av en ny järnväg mellan städerna Köpenhamn och Ringsted, vilket projekt kallades TP 4 Urban Tunnels. Kriteriet för tilldelning av kontraktet var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
- 10 Banedanmark avsåg i enlighet med meddelandet om upphandling att inbjuda fyra till sex anbudssökande att lämna anbud och skulle, om antalet anbudssökande översteg sex, genomföra en föregående utvärdering. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att det valda förfarandet innebar att anbudsgivarna skulle inbjudas att lämna tre på varandra följande anbud under förfarandet. En förhandling skulle äga rum efter det att de två första anbuderna lämnats och det tredje anbudet skulle ligga till grund för tilldelningsbeslutet.
- 11 Fem ekonomiska aktörer ansökte under den föregående utvärderingen om att få delta i anbudsförfarandet. Dessa ekonomiska aktörer innefattade den grupp som bestod av MT Højgaard och Züblin (nedan kallad Højgaard och Züblin-gruppen) samt den grupp som bestod av Per Aarsleff och E. Pihl og Søn A/S (nedan kallad Aarsleff och Pihl-gruppen). Banedanmark utvalde samtliga fem anbudssökande och inbjöd dem att lämna anbud.
- 12 I juni 2013 drog ett av företagen emellertid tillbaka sin ansökan varför endast fyra utvalda anbudsgivare återstod.
- 13 Den 26 augusti 2013 slöts avtal om bildande av Aarsleff och Pihl-gruppen mellan dessa båda bolag. Samma datum försattes E. Pihl og Søn i konkurs av den behöriga konkursdomstolen. Banedanmark fick kännedom om konkursbeslutet under eftermiddagen och förhörde sig utan dröjsmål hos Per Aarsleff om konkursens betydelse för den pågående upphandlingen. Trots konkursbeslutet lämnade Aarsleff och Pihl-gruppen ett första anbud den 27 augusti 2013, undertecknat av de båda bolagen, men inte av Pihls konkursförvaltare.
- 14 Den 15 oktober 2013 meddelade Banedanmark samtliga anbudsgivare om sitt beslut att låta Per Aarsleff ensam delta i anbudsförfarandet. Banedanmark motiverade detta beslut med att Per Aarsleff, som var den entreprenör i Danmark som hade den största omsättningen under räkenskapsåren 2012 och 2013, uppfyllde kraven för att få delta i det förhandlade förfarandet även utan E. Pihl og Søns tekniska och ekonomiska kapacitet. Per Aarsleff hade dessutom tagit över mer än 50 anställda från E. Pihl og Søn, däribland nyckelpersoner för genomförandet av det aktuella projektet.
- 15 Per Aarsleff lämnade därefter ett andra anbud i eget namn och angav att det ingavs av Per Aarsleff i egenskap av efterträdare till Aarsleff och Pihl-gruppen, att konkursförvaltaren inte hade angett om vederbörande ville inträda i avtalet för gruppens bildande och att Per Aarsleff därför hade sagt upp detta avtal. Efter att ha utvärderat anbudsgivarnas andra anbud valde Banedanmark – i enlighet med villkoren i meddelandet om upphandling – ut tre anbud för att avgöra vilket av dessa som var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och anmodade dessa tre utvalda anbudsgivare att inkomma med ett tredje och sista anbud. Bland dessa återfanns Per Aarsleff samt Højgaard och Züblin-gruppen. De tre anbudsgivarna lämnade sina sista anbud den 12 december 2013.
- 16 Den 20 december 2013 meddelade Banedanmark de tre utvalda anbudsgivarna sitt beslut att tilldela Per Aarsleff kontraktet, då detta bolags anbud sammantaget – med hänsyn till kvalitet och pris – var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudet låg på 920 300 000 danska kronor (DKK) (omkring 123 402 000 euro).

- 17 MT Højgaard och Züblin överklagade detta beslut till Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling, Danmark), och gjorde bland annat gällande att Banedanmark hade åsidosatt principerna om likabehandling och öppenhet i artikel 10 i direktiv 2004/17 när Per Aarsleff tilläts delta i upphandlingen istället för Aarsleff och Pihl-gruppen, trots att det inte utvalts att lämna anbud i eget namn. MT Højgaard och Züblin yrkade även att Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) skulle upphäva beslutet att tilldela Per Aarsleff kontraktet samt förordna om uppskov med verkställigheten av beslutet.
- 18 Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) beslutade att inte bevilja uppskov med verkställigheten av beslutet. Den angav därefter, i beslutet om hänskjutande, att mot bakgrund av de uppgifter som lämnats avseende Per Aarsleff, skulle detta bolag ha utvalts att lämna anbud om det i eget namn hade lämnat in en anbudsansökan istället för att ansöka genom Aarsleff och Pihl-gruppen. I sitt beslut om hänskjutande har Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) även påpekat att det inte finns någon bestämmelse i dansk rätt som förbjuder att sammansättningen i en grupp av entreprenörer som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling ändras efter det att anbud har lämnats.
- 19 Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) har vidare framhållit att Banedanmark, i sitt meddelande om upphandling, inte uppställde några kvalitativa minimikrav avseende anbudsgivarnas tekniska kapacitet och att en kvalitativ bedömning av anbudsansökningarna endast skulle göras om dessa översteg sex till antalet. Per Aarsleff skulle således ha kunnat bli utvald att lämna anbud i eget namn, utan att tillhöra Aarsleff och Pihl-gruppen. Den omständigheten att Per Aarsleff trätt i nämnda grupps ställe påverkar dessutom inte anbudsgivarnas situation, eftersom ingen av de anbudssökande hade uteslutits under den föregående utvärderingen och ingen anbudssökande skulle ha uteslutits om Per Aarsleff hade lämnat in en anbudsansökan i eget namn. Det måste vidare göras en åtskillnad mellan en situation där ändringen i gruppens sammansättning sker före tilldelningen av kontraktet och en situation där denna ändring sker efter tilldelningen.
- 20 Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) hyser likväl tvivel huruvida det genomförda förfarandet är förenligt med principen om likabehandling, samtidigt som den påpekar att för upphandlingar inom de områden som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 har unionslagstiftaren inte fastställt lika detaljerade bestämmelser om tillämpningen av nämnda princip som de bestämmelser som finns i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).
- 21 Mot denna bakgrund beslutade Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Ska principen om likabehandling i artikel 10 i direktiv 2004/17 jämförd med artikel 51 i samma direktiv tolkas så, att den – i en situation som den här aktuella – utgör hinder för att en upphandlande enhet tilldelar ett kontrakt till en anbudsgivare som inte har lämnat in en anbudsansökan och som därför inte har valts ut att lämna anbud?”

### **Domstolens behörighet**

- 22 I punkt 15 i dom av den 18 november 1999, *Unitron Scandinavia och 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567) slog domstolen fast att Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) är en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF. Den danska regeringen har emellertid anfört att domstolen däremot i dom av den 9 oktober 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265) slog fast att Teleklagenævnet (Överklagandenämnden på telekommunikationsområdet, Danmark) inte utgör en

sådan domstol, och har därför bett domstolen att förtydliga de därvid tillämpliga kriterierna och, i förekommande fall, bekräfta att Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) utgör en sådan domstol.

- 23 Det framgår av fast rättspraxis att vid bedömningen av huruvida det hänskjutande organet utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket är en rent unionsrättslig fråga, beaktar domstolen ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, huruvida organet är av stadigvarande karaktär, huruvida dess jurisdiktion är av tvingande art, huruvida förfarandet är kontradiktoriskt, huruvida organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning (dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 17 och där angiven rättspraxis).
- 24 Vad gäller det nationella målet, framgår det inte av några av de handlingar som ingetts till domstolen att det hänskjutande organet inte uppfyller kriterierna vad avser att organet är upprättat enligt lag, att det är av stadigvarande karaktär, att dess jurisdiktion är av tvingande art, att förfarandet är kontradiktoriskt och att organet tillämpar rättsregler.
- 25 När det gäller kriteriet avseende oberoende, som domstolen i dom av den 9 oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), vilken har framhållits av den danska regeringen, slog fast att Teleklagenævnet (Överklagandenämnden på telekommunikationsområdet) inte uppfyllde, konstaterar domstolen för det första att till skillnad från detta överklagandeorgan, inträder inte Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) i egenskap av part i mål vid allmän domstol avseende överklaganden av dess avgöranden. Härav framgår att Överklagandenämnden utgör en tredje part i förhållande till parterna i tvisten, särskilt i förhållande till den myndighet som antagit det beslut som överklagats vid nämnden.
- 26 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 44 i sitt förslag till avgörande framgår det vidare av handlingarna i målet att Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) inte har någon funktionsmässig koppling till närings- och tillväxtministeriet. Den omständigheten att organets kansli är knutet till ministeriet i fråga kan inte påverka denna slutsats. Organet utövar sin verksamhet helt självständigt utan att ingå i någon hierarkisk struktur och utan att ta emot instruktioner av någon annan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 19 och där angiven rättspraxis).
- 27 Vad gäller oberoendet för de ledamöter som ingår i det hänskjutande organet, ska dessa enligt 1§ fjärde stycket i bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (förordning nr 887 om Överklagandenämnden för offentlig upphandling, i ändrad lydelse) av den 11 augusti 2011, vara oavhängiga i sin ämbetsutövning.
- 28 Såsom det framgår av handlingarna i målet är det hänskjutande organet i enlighet med 9 § första stycket i lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (lag nr 492 om tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling, i ändrad lydelse), av den 12 maj 2010 (nedan kallad lag nr 492) sammansatt av en ordförande och ett visst antal vice ordföranden, vilka utgör presidiet, samt ett visst antal sakkunniga. Presidiet utgörs enligt 9 § andra stycket andra meningen i lag nr 492 av domare i lokala och regionala domstolar.
- 29 Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) fattar beslut i en sammansättning bestående av lika många juristledamöter som sakkunnigledamöter. Nämnden i ordinarie sammansättning utgörs av en medlem av presidiet, i egenskap av ordförande, och en sakkunnig ledamot. Enligt 10 § femte stycket i lag nr 492 fattas besluten i överklagandenämnden med enkel majoritet och ordförandens röst är utslagsgivande vid lika röstetal. Följaktligen har ledamöter som kommer från den danska domarkåren under alla omständigheter majoriteten av rösterna, och har således den avgörande rösten i organets beslut.

- 30 Ledamöterna i det hänskjutande organet har ställning som domare och omfattas som sådana av ett särskilt skydd mot avsättning enligt 64 § i den danska grundlagen, ett skydd som utsträcks till fullgörandet av uppdraget som medlem av det hänskjutande organets presidium.
- 31 Mot bakgrund av att de ledamöter i det hänskjutande organet som i egenskap av domare kommer i åtnjutande av detta särskilda skydd har en majoritet av rösterna, kan under alla omständigheter inte det förhållandet att de sakkunniga ledamöterna inte har samma skydd, påverka nämnda organs oberoende.
- 32 Av det anförda följer att Klagenævnet for Udbud (Överklagandenämnden för offentlig upphandling) även uppfyller kriteriet avseende oberoende, och följaktligen ska anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF.
- 33 Domstolen är följaktligen behörig att besvara den ställda frågan.

### **Prövning av tolkningsfrågan**

- 34 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida principen om likabehandling av ekonomiska aktörer, såsom den anges i artikel 10 i direktiv 2004/17 jämförd med artikel 51 i samma direktiv ska tolkas så, att den utgör hinder för att en upphandlande enhet medger att en ekonomisk aktör, som ingick i en grupp av två företag som utvalts att lämna anbud och som lämnat ett första anbud i ett förhandlat förfarande för offentlig upphandling, fortsätter att delta i förfarandet i eget namn sedan gruppen har upplösts.
- 35 För att besvara frågan ska det erinras om att direktiv 2004/17 inte innehåller några särskilda bestämmelser vad gäller ändringar avseende sammansättningen i en grupp av ekonomiska aktörer som utvalts som anbudsgivare i ett offentligt anbudsförfarande, med följd att regleringen av en sådan situation omfattas av medlemsstaternas befogenhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 januari 2003, *Makedoniko Metro och Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, punkt 61).
- 36 Varken i den danska lagstiftningen eller i det aktuella meddelandet om upphandling finns några särskilda bestämmelser i detta avseende. Den upphandlande enhetens möjlighet att godta en sådan förändring ska därmed prövas mot bakgrund av de allmänna principerna i unionsrätten, särskilt principen om likabehandling och den skyldighet till öppenhet som följer därav, liksom de syften som eftersträvas i unionsrätten på området för offentlig upphandling.
- 37 Principen om likabehandling och skyldigheten till öppenhet innebär bland annat att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuderna prövas av den upphandlande myndigheten och de utgör grunden för unionslagstiftningen om förfarandena vid offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 38 Enligt principen om likabehandling av anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en offentlig upphandling, krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (dom av den 29 april 2004, *kommissionen/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 110, och dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33).
- 39 En strikt tillämpning av principen om likabehandling av anbudsgivare, som den anges i artikel 10 i direktiv 2004/17 jämförd med artikel 51 i direktivet, skulle leda till slutsatsen att endast de ekonomiska aktörer som utvalts att lämna anbud, som sådana, kan lämna anbud och tilldelas kontrakt.

- 40 Detta synsätt har sin grund i artikel 51.3 i direktiv 2004/17 enligt vilken de upphandlande myndigheterna "skall kontrollera att anbuderna från de anbudsgivare som valts ut på detta sätt överensstämmer med ... regler och krav". Detta förutsätter, såsom generaladvokaten har angett i punkt 63 i sitt förslag till avgörande, att de utvalda ekonomiska aktörerna som har valts ut att lämna anbud ska vara identiska i rättsligt och materiellt hänseende med de som lämnar anbud.
- 41 Det i föregående punkt nämnda kravet på identitet i rättsligt och materiellt hänseende kan emellertid mildras för att i ett förhandlat förfarande tillgodose kravet i artikel 54.3 i direktiv 2004/17 på en tillräcklig konkurrens.
- 42 Såsom framgår av punkt 10 ovan ansåg den upphandlande enheten att antalet utvalda anbudssökande skulle vara minst fyra för att en sådan konkurrens skulle vara säkerställd.
- 43 Det krävs emellertid dessutom, för att en ekonomisk aktör ska kunna fortsätta sitt deltagande i ett förhandlat förfarande i eget namn, efter det att den grupp som aktören tillhörde och som valts ut att lämna anbud av den upphandlande enheten har upplösts, att detta sker under sådana förhållanden att principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare inte åsidosätts.
- 44 En upphandlande enhet åsidosätter inte denna princip när den medger att en av de två ekonomiska aktörer som ingick i en grupp av företag som i denna egenskap inbjudits att lämna anbud av nämnda upphandlande enhet, träder i gruppens ställe sedan denna upplösts och deltar i eget namn i det förhandlade upphandlingsförfarandet. Detta förutsätter att det är klarlagt att denna ekonomiska aktör själv uppfyller de krav som den upphandlande enheten har fastställt och att den omständigheten att aktören fortsätter i förfarandet inte försämrar de övriga anbudsgivarnas konkurrenssituation.
- 45 Det ska först konstateras att det, vad gäller det nationella målet, framgår av beslutet om hänskjutande att Per Aarsleff, om detta bolag självt hade lämnat in en anbudsansökan, skulle ha valts ut att lämna anbud (se punkt 18 ovan).
- 46 Mot bakgrund av de uppgifter som framgår av handlingarna i målet, att avtalet om bildande av Aarsleff och Pihl-gruppen ingicks samma dag som E. Pihl og Søn försattes i konkurs och att denna grupps första anbud lämnades påföljande dag utan att konkursförvaltaren i E. Pihl og Søns konkurs hade undertecknat det, ankommer det vidare på den hänskjutande domstolen att kontrollera att detta anbud inte var behäftat med sådana oriktigheter att det förelåg hinder för att Per Aarsleff i eget namn fortsatte att delta i det aktuella förhandlade förfarandet.
- 47 Vad slutligen avser den omständigheten att Per Aarsleff efter upplösningen av Aarsleff och Pihl-gruppen tagit över 50 anställda från E. Pihl og Søn, däribland nyckelpersoner för genomförande av det aktuella byggnationsprojektet, ankommer det på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida Per Aarsleff härigenom fått en konkurrensfördel till nackdel för övriga anbudsgivare.
- 48 Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågan besvaras på följande sätt. Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer, såsom den anges i artikel 10 i direktiv 2004/17 jämförd med artikel 51 i samma direktiv ska tolkas så, att en upphandlande enhet inte åsidosätter denna princip när den medger att en av de två ekonomiska aktörer som ingick i en grupp av företag som i denna egenskap inbjudits att lämna anbud av nämnda upphandlande enhet, träder i gruppens ställe sedan denna upplösts och deltar i eget namn i det förhandlade upphandlingsförfarandet. Detta förutsätter att det är klarlagt att denna ekonomiska aktör själv uppfyller de krav som den upphandlande enheten har fastställt och att den omständigheten att aktören fortsätter i förfarandet inte försämrar övriga anbudsgivares konkurrenssituation.



## Rättegångskostnader

- 49 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

**Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer, såsom den anges i artikel 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, jämförd med artikel 51 i samma direktiv ska tolkas så, att en upphandlande enhet inte åsidosätter denna princip när den medger att en av de två ekonomiska aktörer som ingick i en grupp av företag som i denna egenskap inbjudits att lämna anbud av nämnda upphandlande enhet, träder i gruppens ställe sedan denna upplösts och deltar i eget namn i det förhandlade upphandlingsförfarandet. Detta förutsätter att det är klarlagt att denna ekonomiska aktör själv uppfyller de krav som den upphandlande enheten har fastställt och att den omständigheten att aktören fortsätter i förfarandet inte försämrar övriga anbudsgivares konkurrenssituation.**

Underskrifter