

EuG (Erste Kammer), Urteil vom 21.04.2021 – T-525/19**Titel:**

Verfahrensordnung, Laufendes Vergabeverfahren, Vorläufiger Rechtsschutz, Klageschrift, Nicht offenes Verfahren, Bekanntmachung, Zuschlagskriterien, Klagebeantwortung, Nichtigerklärung, Klagegrund, Aussetzung der Vollziehung, Zeugenbeweis, Ausschreibungsverfahren, Kostenentscheidung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Auswahlkriterien, Haushaltsordnung, Aufhebung, Gesonderter Schriftsatz, Kostenauflegung

Rechtsgebiete:

Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Markenrecht

Schlagworte:

Öffentliche Aufträge, Ausschreibungsverfahren, Verringerung von Staub und Stickoxiden in den Einheiten B1 und B2 des Wärmekraftwerks, Kosovo B, Ablehnung der Bewerbung, Antrag auf Nichtigerklärung in der Erwiderung, Neue Anträge, Offensichtliche Unzulässigkeit, Änderung der Auswahlkriterien während des Verfahrens, Gleichbehandlung, Marchés publics, Procédure d'appel d'offres, Réduction de la poussière et des oxydes d'azote des unités B1 et B2 de la centrale thermique Kosovo B, Rejet de la candidature, Demande d'annulation présentée dans la réplique, Conclusions nouvelles, Irrecevabilité manifeste, Modification des critères de sélection au cours de la procédure, Égalité de traitement

Parteien:**Kläger:**

Intering Sh.p.k

Steinmüller Engineering GmbH

Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge

ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu

Beklagter:

Commission européenne

Fundstellen:

BeckRS 2021, 8061

ECLI:

ECLI:EU:T:2021:202

CELEX:

CELEX 62019TJ0525

URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)

21. April 2021*

In der Rechtssache T-525/19,

Intering Sh.p.k mit Sitz in Obiliq (Kosovo),

Steinmüller Engineering GmbH mit Sitz in Gummersbach (Deutschland),

Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge mit Sitz in Tuzla (Bosnien-Herzegowina),

ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu mit Sitz in Šibenik (Kroatien),

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt R. Spielhofen,

Klägerinnen,

gegen

Europäische Kommission,

vertreten durch J. Estrada de Solà, B. Bertelmann und M. Kellerbauer als Bevollmächtigte,

Beklagte,

betreffend eine Klage nach Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung der Entscheidung Ares(2019) 4979920 der Kommission vom 30. Juli 2019, die Bewerbung der Klägerinnen für die Teilnahme an dem nicht offenen Verfahren zur Vergabe des Auftrags EuropeAid/140043/DH/WKS/XK nicht zu berücksichtigen, und der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 über die Vergabe dieses Auftrags

erlässt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kanninen sowie der Richterinnen O. Porchia und M. Stancu (Berichterstatlerin),

Kanzler: E. Coulon,

folgendes

Urteil

Tenor:

1. Die Entscheidung Ares (2019)4979920 der Europäischen Kommission vom 30. Juli 2019, die Bewerbung der Interling Sh.p.k, der Steinmüller Engineering GmbH, der Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge und der ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu für die Teilnahme an dem nicht offenen Verfahren zur Vergabe des Auftrags EuropeAid/140043/DH/WKS/XK nicht zu berücksichtigen, wird für nichtig erklärt.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Kommission trägt die Kosten einschließlich der Kosten der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

Gründe:

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1Die Europäische Union, vertreten durch die Europäische Kommission, veröffentlichte am 19. März 2019 unter der Referenz EuropeAid/140043/DH/WKS/XK die Bekanntmachung eines Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe eines Auftrags zur Verminderung von Staub und Stickoxiden in den Einheiten B1 und B2 des Wärmekraftwerks Kosovo B (im Folgenden: Bekanntmachung).

2In Nr. 17.2 der Bekanntmachung in der durch die Berichtigung Nr. 2 vom 17. April 2019 geänderten Fassung sind die Auswahl- und Zuschlagskriterien hinsichtlich der technischen und der beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers enthalten.

3Nr. 17.2 Buchst. a der Bekanntmachung sieht vor, dass der Bewerber in den letzten acht Jahren mindestens ein Projekt gleicher Art und Komplexität, das bestimmte in dieser Bekanntmachung genau festgelegte Kategorien abdeckt, in Braunkohlekraftwerken mit einer elektrischen Nennleistung von mindestens 200 Megawatt (MW) abgeschlossen haben muss.

4Gemäß Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung muss im Falle der Bewerbung eines Joint Ventures oder eines Konsortiums dessen führendes Mitglied in der Lage sein, mindestens 40% der ausgeschriebenen Arbeiten mit eigenen Mitteln auszuführen.

5Bei dem in der Bekanntmachung für die Vergabe des betreffenden Auftrags vorgesehenen Verfahren handelte es sich um ein nicht offenes Verfahren. Aus Nr. 13 der Bekanntmachung geht hierzu hervor, dass auf der Grundlage der eingegangenen Bewerbungen eine Vorauswahl erfolgt und nur Bewerber, die die Auswahlkriterien erfüllen, vorausgewählt und durch den öffentlichen Auftraggeber zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden (im Folgenden: Auswahlliste). Im Übrigen wurde in der Bekanntmachung darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage der eingegangenen Bewerbungen vier bis sechs Bewerber aufgefordert werden sollten, ausführliche Angebote für diesen Auftrag einzureichen.

6Die Klägerinnen, die Interling Sh.p.k, die Steinmüller Engineering GmbH, die Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge und die ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu, bildeten ein Konsortium und bekundeten ihr Interesse an der Teilnahme am Verfahren, indem sie innerhalb der vorgesehenen Frist, die am 6. Mai 2019 abließ, Antragsunterlagen einreichten, die bestimmte Dokumente umfassten.

7Nach Ablauf der Frist zur Abgabe der Antragsunterlagen ersuchte der Evaluierungsausschuss die Klägerinnen insgesamt dreimal um Klarstellung bezüglich der von ihnen eingereichten Unterlagen.

8Die Klägerinnen beantworteten diese Auskunftersuchen.

9Mit Schreiben vom 7. Juni 2019 (Ares[2019]3677456), das an die Konsortialführerin, Interling, gerichtet war, teilte die Kommission den Klägerinnen mit, dass ihre Bewerbung nicht in die engere Auswahl gekommen sei, da sie die in Nr. 17.2 Buchst. a und c der Bekanntmachung genannten Kriterien nicht erfülle (im Folgenden: Entscheidung vom 7. Juni 2019).

10Mit Schreiben vom selben Tag wandten sich die Klägerinnen gegen die Entscheidung vom 7. Juni 2019.

11Mit Schreiben vom 13. Juni 2019, ergänzt durch ein Schreiben vom 28. Juni 2019, das weitere Informationen und Unterlagen enthielt, die nicht mit den ursprünglichen Antragsunterlagen eingereicht worden waren, legten die Klägerinnen Beschwerde gegen die Entscheidung vom 7. Juni 2019 ein, mit der sie die Aussetzung dieser Entscheidung und ihre Aufnahme in die Auswahlliste beantragten.

12Im Anschluss an diese Beschwerde wurde das Vergabeverfahren zur Überprüfung ausgesetzt, was den Klägerinnen mit Schreiben vom 23. Juli 2019 (AresD[2019]NA/vk/4806398) mitgeteilt wurde.

13Mit Schreiben vom 30. Juli 2019 (Ares[2019]4979920) (im Folgenden: Entscheidung vom 30. Juli 2019) teilte die Kommission den Klägerinnen mit, dass zum einen die Entscheidung vom 7. Juni 2019 wegen mangelnder Klarheit des in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung vorgesehenen Auswahlkriteriums aufgehoben worden sei, das infolgedessen als Auswahlkriterium weggefallen sei, und zum anderen, dass ihre Bewerbung wiederum abgelehnt worden sei. Hierzu wurde in der Entscheidung vom 30. Juli 2019 darauf

hingewiesen, dass nach einer Neubewertung der Antragsunterlagen der Klägerinnen, wie sie innerhalb der am 6. Mai 2019 abgelaufenen Frist vorgelegt worden seien, festgestellt worden sei, dass diese Unterlagen u. a. keinen Nachweis dafür enthielten, dass das in Nr. 17.2 Buchst. a der Bekanntmachung festgelegte Kriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt sei.

14Am selben Tag wurde ein weiteres Schreiben (Ares[2019]4980092) an die Konsortialführerin gerichtet, das mit der Entscheidung vom 30. Juli 2019 inhaltlich nahezu identisch ist.

15Mit Schreiben vom 1. August 2019, ergänzt durch Schreiben vom 2. August 2019, legten die Klägerinnen Beschwerde gegen die Entscheidung vom 30. Juli 2019 ein und beantragten die Aussetzung des Vergabeverfahrens.

16Mit Schreiben vom 7. August 2019 (Ares[2019]5134299) wurden die Klägerinnen darüber informiert, dass die Vorauswahl aufrechterhalten und eine erneute Aussetzung des Vergabeverfahrens abgelehnt werde.

17Am 18. Oktober 2019 wurde der Auftrag endgültig an das Konsortium der Engineering Dobersek GmbH, der Hamon Thermal Europe SA und der RJM Corporation (EC) Limited vergeben (im Folgenden: Entscheidung vom 18. Oktober 2019).

Verfahren und Anträge der Parteien

18Mit Klageschrift, die am 25. Juli 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben die Klägerinnen die vorliegende Klage erhoben.

19Die Klägerinnen beantragen in ihrer Klageschrift,

- die Entscheidung vom 7. Juni 2019 aufzuheben;
- dem Antrag auf Zeugenbeweis zu entsprechen.

20Mit gesondertem Schriftsatz, der am 2. August 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben die Klägerinnen gemäß Art. 86 der Verfahrensordnung des Gerichts beantragt, die Klageschrift anzupassen, um ihre Klage gegen die Entscheidung vom 30. Juli 2019 und nicht mehr gegen jene vom 7. Juni 2019 zu richten.

21Die Kommission hat innerhalb der Frist zur Beantwortung des Anpassungsschriftsatzes der Klägerinnen keine Stellungnahme abgegeben.

22Mit gesondertem Schriftsatz, der am 7. August 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben die Klägerinnen einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach Art. 278 AEUV und Art. 156 der Verfahrensordnung gestellt, der im Wesentlichen auf die Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung vom 30. Juli 2019 und auf die Aussetzung des Vergabeverfahrens gerichtet war.

23Mit Beschluss vom 13. September 2019, Interling u. a./Kommission (T-525/19 R, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2019:606), hat der Präsident des Gerichts diesen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz zurückgewiesen und die Kostenentscheidung vorbehalten.

24Mit gesondertem Schriftsatz, der am 9. Oktober 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben die Klägerinnen einen erneuten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach Art. 278 AEUV und Art. 156 der Verfahrensordnung gestellt, der im Wesentlichen auf die Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung vom 30. Juli 2019 und auf die Aussetzung des Vergabeverfahrens gerichtet war.

25Mit Beschluss vom 11. November 2019, Interimg u. a./Kommission (T-525/19 R II, nicht veröffentlicht, [ECLI:EU:T:2019:787](#)), hat das Gericht diesen Antrag der Klägerinnen auf vorläufigen Rechtsschutz zurückgewiesen und die Kostenentscheidung vorbehalten.

26Am 8. Oktober 2019 hat die Kommission bei der Kanzlei des Gerichts die Klagebeantwortung eingereicht.

27Die Kommission beantragt in der Klagebeantwortung,

- die Klage abzuweisen;
- den Antrag der Klägerinnen auf Zeugenbeweis zurückzuweisen;
- den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.

28Am 4. Dezember 2019 haben die Klägerinnen die Erwiderung bei der Kanzlei des Gerichts eingereicht.

29In der Erwiderung beantragen die Klägerinnen im Wesentlichen,

- nach dem Anpassungsschriftsatz zu entscheiden;
- die Entscheidung vom 18. Oktober 2019 aufzuheben;
- dem Antrag auf Zeugenbeweis zu entsprechen;
- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

30Am 27. März 2020 hat die Kommission bei der Kanzlei des Gerichts die Gegenerwiderung eingereicht.

31In der Gegenerwiderung beantragt die Kommission im Wesentlichen, gemäß den in der Klagebeantwortung gestellten Anträgen zu entscheiden und den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 zurückzuweisen.

32Das Gericht (Erste Kammer) hat gemäß Art. 106 Abs. 3 der Verfahrensordnung beschlossen, ohne mündliches Verfahren zu entscheiden.

Rechtliche Würdigung

Zum angeblichen Verstoß der Kommission gegen die Bestimmungen der Verfahrensordnung über die Frist für die Einreichung der Klagebeantwortung

33In der Erwiderung machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe die Klagebeantwortung nicht fristgerecht eingereicht und auch keinen Antrag auf Fristverlängerung gestellt, so dass sie den Erlass eines Versäumnisurteils durch das Gericht hätten beantragen können, was sie jedoch nicht getan hätten.

34Hierzu ist festzustellen, dass dieses Vorbringen der Klägerinnen auf einer Verwechslung zwischen dem Zeitpunkt des Eingangs der Klagebeantwortung bei der Kanzlei des Gerichts und dem ihrer Zustellung an die Klägerinnen beruht.

35Aus den Akten geht nämlich hervor, dass die Klageschrift der Kommission im Einklang mit Art. 6 des Beschlusses des Gerichts vom 11. Juli 2018 über die Einreichung und die Zustellung von Verfahrensschriftstücken im Wege der Anwendung e-Curia am 29. Juli 2019 zugestellt worden und die Klagebeantwortung am 8. Oktober 2019 beim Gericht eingereicht worden ist. Die Klagebeantwortung ist daher bei der Kanzlei des Gerichts innerhalb der in Art. 81 Abs. 1 der Verfahrensordnung festgelegten Frist von zwei Monaten zuzüglich der in Art. 60 der Verfahrensordnung vorgesehenen Entferungsfrist eingegangen.

36Dass dieser Schriftsatz den Klägerinnen nach Ablauf dieser Frist zugestellt worden ist, hat keine Auswirkung auf seinen Eingang bei der Kanzlei des Gerichts gemäß den einschlägigen

Bestimmungen der Verfahrensordnung. Das schriftliche Verfahren ist daher zu Recht fortgesetzt worden.

37Nach alledem ist das Vorbringen der Klägerinnen, die Kommission habe gegen die Vorschriften der Verfahrensordnung über die Frist für die Einreichung der Klagebeantwortung verstoßen, zurückzuweisen.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019

38Es ist festzustellen, dass die in der Klageschrift enthaltenen Anträge in der infolge des Anpassungsschriftsatzes angepassten Fassung nur auf die Nichtigerklärung der Entscheidung vom 30. Juli 2019 gerichtet sind. Die Klägerinnen haben die Nichtigerklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 erst im Stadium der Erwiderung beantragt.

39Falls die Klägerinnen beabsichtigten, im Rahmen der Erwiderung eine neue Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 zu erheben, genügt jedoch der Hinweis, dass die Klageerhebung beim Gerichtshof gemäß Art. 21 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der gemäß Art. 53 dieser Satzung auf das Gericht anwendbar ist, durch Einreichung einer an den Kanzler zu richtenden Klageschrift erfolgt und nicht, wie im vorliegenden Fall, durch Einreichung eines Schriftstücks im Rahmen eines bereits anhängigen Verfahrens.

40Im Übrigen ist für den Fall, dass die Klägerinnen ihre Anträge lediglich soweit ändern wollten, dass sie auch die Entscheidung vom 18. Oktober 2019 umfassen, darauf hinzuweisen, dass der Kläger nach Art. 76 der Verfahrensordnung in der Klageschrift den Streitgegenstand zu bestimmen und seine Anträge zu stellen hat. Zwar lässt Art. 84 Abs. 1 der Verfahrensordnung das Vorbringen neuer Klage- und Verteidigungsgründe im Laufe des Verfahrens zu, sofern sie auf rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte gestützt werden, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind, er darf aber nicht so ausgelegt werden, dass er dem Kläger die Möglichkeit einräumt, den Unionsrichter mit neuen Anträgen zu befassen und damit den Streitgegenstand oder die Art der Klage zu ändern (Urteil vom 7. November 2019, *Rose Vision/Kommission*, C-346/18 P, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2019:939, Rn. 43). Somit können unter Vorbehalt der in Art. 86 der Verfahrensordnung vorgesehenen Umstände nur die in der Klageschrift gestellten Anträge berücksichtigt werden, und die Begründetheit der Klage ist allein anhand der in der Klageschrift enthaltenen Anträge zu prüfen (Urteile vom 21. Oktober 2015, *Petco Animal Supplies Stores/HABM - Gutiérrez Ariza [PETCO]*, T-664/13, ECLI:EU:T:2015:791, Rn. 25, und vom 8. November 2017, *De Nicola/Gerichtshof der Europäischen Union*, T-99/16, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2017:790, Rn. 28).

41Daher ist zu prüfen, ob der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 unter die in Art. 86 der Verfahrensordnung genannten Umstände fällt. In Abs. 1 dieser Bestimmung ist vorgesehen, dass der Kläger, wenn ein Rechtsakt, dessen Nichtigerklärung beantragt wird, durch einen anderen Rechtsakt mit demselben Gegenstand ersetzt oder geändert wird, vor Abschluss des mündlichen Verfahrens oder vor der Entscheidung des Gerichts, ohne mündliches Verfahren zu entscheiden, die Klageschrift anpassen kann, um diesem neuen Umstand Rechnung zu tragen.

42Es ist jedoch festzustellen, dass die Entscheidung vom 18. Oktober 2019 zwar nach Erhebung der vorliegenden Klage ergangen ist, aber die Entscheidung vom 30. Juli 2019 weder ersetzt noch ändert.

43Daher ist festzustellen, dass sich die Klägerinnen nicht auf Art. 86 der Verfahrensordnung berufen können, um im Stadium der Erwidern ihre Anträge soweit anzupassen, dass sie auch die Entscheidung vom 18. Oktober 2019 umfassen.

44Daraus folgt, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 18. Oktober 2019 offensichtlich unzulässig ist.

Zur Klage gegen die Entscheidung vom 30. Juli 2019

45Wie bereits oben in Rn. 13 ausgeführt, ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission den Klägerinnen mit der Entscheidung vom 30. Juli 2019 mitgeteilt hat, dass zum einen die Entscheidung vom 7. Juni 2019 wegen mangelnder Klarheit des in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung vorgesehenen Auswahlkriteriums aufgehoben worden sei und zum anderen ihre Bewerbung wiederum abgelehnt worden sei, da diese keinen Nachweis dafür enthalte, dass das in Nr. 17.2 Buchst. a der Bekanntmachung festgelegte Kriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt sei.

46Die Klägerinnen stützen ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 30. Juli 2019 auf sieben Klagegründe. Mit dem ersten Klagegrund wird ein Verstoß gegen die Grundsätze der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung geltend gemacht, da die Kommission es versäumt habe, ihre Zweifel in Bezug auf die von den Klägerinnen eingereichten Unterlagen zu klären. Mit dem zweiten Klagegrund wird ein Verstoß gegen die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit sowie gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1296/2013, (EU) Nr. 1301/2013, (EU) Nr. 1303/2013, (EU) Nr. 1304/2013, (EU) Nr. 1309/2013, (EU) Nr. 1316/2013, (EU) Nr. 223/2014, (EU) Nr. 283/2014 und des Beschlusses Nr. 541/2014/EU sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 (ABl. 2018, L 193, S. 1, im Folgenden: Haushaltsordnung) gerügt, da die Kommission es versäumt habe, den Ausschluss der Klägerinnen vom weiteren Ausschreibungsverfahren zu begründen, und ihnen keinen Zugang zu dem Detailbewertungsbericht und Informationen über die Vorteile und Merkmale der in die engere Wahl gezogenen Bewerber gewährt habe. Mit dem dritten Klagegrund wird ein Verstoß gegen den allgemeinen Grundsatz gerügt, gemäß dem die Ausschreibungsunterlagen während des Ausschreibungsverfahrens vor irgendwelchen Änderungen geschützt werden müssten. Mit dem vierten Klagegrund wird ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 231/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2014 zur Schaffung eines Instruments für Heranführungshilfe (IPA II) (ABl. 2014, L 77, S. 11) sowie gegen Art. 1 Abs. 3 und 6 der Verordnung (EU) Nr. 236/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2014 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften und Verfahren für die Anwendung der Instrumente der Union für die Finanzierung des auswärtigen Handelns (ABl. 2014, L 77, S. 95), da ein Verstoß gegen die Allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Vergaberechts vorliege. Mit dem fünften Klagegrund wird ein Verstoß gegen die Bestimmungen des „Leitfadens für die Auftragsvergabe und die Gewährung von Finanzhilfen für Maßnahmen im Außenbereich der Europäischen Union - Ein praktischer Leitfaden“ in Bezug auf Nr. 17 der Bekanntmachung geltend gemacht. Mit dem sechsten Klagegrund wird ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. 2001, L 145, S. 43) gerügt, da die Kommission ihre Entscheidung über

den Ausschluss der Klägerinnen vom weiteren Vergabeverfahren nicht begründet und ihnen keinen Zugang zu dem Detailbewertungsbericht und Informationen über die Vorteile und Merkmale der in die engere Wahl gezogenen Auftragnehmer gewährt habe. Schließlich wird mit dem siebten Klagegrund ein Verstoß gegen die in Nr. 17.2 Buchst. a der Bekanntmachung genannten Auswahlkriterien gerügt, die von der Kommission nicht richtig angewandt worden seien.

47Für das vorliegende Verfahren ist als Erstes der dritte Klagegrund zu prüfen, der aus zwei Teilen besteht.

48Im Rahmen des ersten Teils machen die Klägerinnen unter Verweis auf Art. 166 Abs. 2 Satz 1 und Art. 167 Abs. 1 Buchst. c der Haushaltsordnung geltend, die Kommission habe gegen den allgemeinen Grundsatz verstoßen, gemäß dem die Ausschreibungsunterlagen gegen jede Änderung während des Verfahrens geschützt werden müssten, da ihre Bewerbung nach dem Wegfall des in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung genannten Kriteriums auf der Grundlage von Unterkriterien sowie Auslegungen bewertet worden sei, für die in den betreffenden Unterlagen keine Bestimmungen vorhanden gewesen seien.

49Im Rahmen des zweiten Teils stellen die Klägerinnen den Ablauf des Auswahlverfahrens selbst in Frage. Die Kommission habe dadurch, dass sie im Rahmen des Vorauswahlverfahrens eine so gravierende Änderung wie die Streichung des Auswahlkriteriums in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung vorgenommen habe, einen so schwerwiegenden Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung begangen, dass das Vergabeverfahren zu wiederholen sei.

50Die Kommission tritt dem Vorbringen der Klägerinnen entgegen.

51Zunächst ist der zweite Teil des dritten Klagegrundes zu prüfen.

52Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 160 Abs. 1 der Haushaltsordnung bei öffentlichen Verträgen, die ganz oder teilweise aus dem Haushalt der Union finanziert werden, die Grundsätze der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung gelten.

53Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet u. a., dass alle Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. Urteil vom 24. November 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

54Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung schließt außerdem eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, die Beachtung dieses Grundsatzes zu überprüfen (Urteil vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, Rn. 91).

55So hat der Gerichtshof entschieden, dass der Gegenstand öffentlicher Aufträge sowie die Kriterien für ihre Vergabe vom Beginn des Verfahrens über die Vergabe dieser Aufträge an klar bestimmt sein müssen (Urteil vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, Rn. 56).

56Im Übrigen bedeuten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz von Ausschreibungsverfahren, dass sich der Auftraggeber während des gesamten Verfahrens an ein und dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss (vgl. Urteil vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, Rn. 43 und die dort angeführte

Rechtsprechung), und erst recht, dass die Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht geändert werden dürfen (Urteil vom 4. Dezember 2003, EVN und Wienstrom, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, Rn. 93).

57 Hebt der öffentliche Auftraggeber eine Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums auf, kann er daher das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, ohne gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zu verstoßen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausliefe (vgl. entsprechend Urteil vom 4. Dezember 2003, EVN und Wienstrom, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, Rn. 94).

58 Diese Rechtsprechung gilt entsprechend für die Auswahlkriterien.

59 Auch wenn die Auswahlkriterien, die in der ersten Phase eines nicht offenen Verfahrens angewandt werden, objektiver sind, da keine Abwägung erforderlich ist, kann der Wegfall eines dieser Kriterien während des Ausschreibungsverfahrens nämlich dennoch Folgen haben und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. So wirkt sich ein solcher Wegfall auf jeden Bewerber aus, der an dem Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat und vom weiteren Verfahren mit der Begründung ausgeschlossen wurde, dass er das Auswahlkriterium, das später weggefallen ist, nicht erfülle. Außerdem wirkt sich dieser Wegfall auf die Stellung jedes potenziellen Bewerbers aus, der insbesondere deshalb nicht an der Ausschreibung teilgenommen hat, weil er sich nicht in der Lage sah, das Kriterium zu erfüllen, das später ohne seine Kenntnis weggefallen ist.

60 Daher ist festzustellen, dass die Kommission dadurch, dass sie das Kriterium in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung verworfen und das Vergabeverfahren fortgesetzt hat, gegen ihre Verpflichtungen aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der sich aus diesem ergebenden Transparenzpflicht, wie in der oben in den Rn. 53 bis 57 genannten Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgelegt, verstoßen hat.

61 Diese Feststellung kann nicht durch das Vorbringen der Kommission in Frage gestellt werden, dass sich durch den Wegfall des in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung genannten Kriteriums in keiner Weise die Sachlage betreffend Nr. 17.2 Buchst. a dieser Bekanntmachung ändere, dessen mangelhafte Erfüllung durch die Klägerinnen bereits im Rahmen der Entscheidung vom 7. Juni 2019 zu deren Nichtauswahl geführt habe.

62 Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass das in Nr. 17.2 Buchst. a der Bekanntmachung enthaltene Kriterium, wenn die Kommission das laufende Vergabeverfahren beendet und eine neue Bekanntmachung über denselben Auftrag veröffentlicht hätte, wortgleich beibehalten worden wäre. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Kommission das in Nr. 17.2 Buchst. c der Bekanntmachung enthaltene Kriterium, wenn auch klarer formuliert, erneut aufgenommen hätte.

63 Jedenfalls ist festzustellen, dass die Klägerinnen der Kommission in diesem Fall die Informationen und Dokumente ihres Schreibens vom 28. Juni 2019 hätten vorlegen können, die in dem Verfahren, das zur Entscheidung vom 30. Juli 2019 geführt hat, nicht berücksichtigt wurden, da sie nach Ablauf der ursprünglichen Bewerbungsfrist eingereicht worden waren. Im Übrigen hätten sie auch die Möglichkeit gehabt, weitere Informationen und andere Dokumente vorzulegen. Somit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kommission im Rahmen eines neuen Verfahrens und auf der Grundlage neuer Gesichtspunkte zu der Auffassung hätte gelangen können, dass die Klägerinnen das

Kriterium in Nr. 17.2 Buchst. a der neuen Bekanntmachung sehr wohl erfülltten, wenn dieses aufrechterhalten worden wäre.

64Nach alledem ist dem zweiten Teil des dritten Klagegrundes stattzugeben.

65Daraus folgt, dass die Entscheidung vom 30. Juli 2019 für nichtig zu erklären ist, ohne dass es erforderlich wäre, den ersten Teil des dritten Klagegrundes oder die anderen von den Klägerinnen geltend gemachten Klagegründe zu prüfen oder über ihren Antrag auf Beweisaufnahme zu entscheiden, für die ein Mitarbeiter der Konsortialführerin geladen werden sollte, um zu seiner nach den Anforderungen der Ausschreibung erforderlichen Erfahrung auszusagen.

Kosten

66Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission unterlegen ist, sind ihr gemäß den Anträgen der Klägerinnen die Kosten einschließlich der in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entstandenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Entscheidung Ares (2019)4979920 der Europäischen Kommission vom 30. Juli 2019, die Bewerbung der Interling Sh.p.k, der Steinmüller Engineering GmbH, der Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge und der ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu für die Teilnahme an dem nicht offenen Verfahren zur Vergabe des Auftrags EuropeAid/140043/DH/WKS/XK nicht zu berücksichtigen, wird für nichtig erklärt.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kommission trägt die Kosten einschließlich der Kosten der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. April 2021.

Text1

ARRÊT DU TRIBUNAL (première chambre)

21 avril 2021 *

Dans l'affaire T-525/19,

Interling Sh.p.k, établie à Obiliq (Kosovo),

Steinmüller Engineering GmbH, établie à Gummersbach (Allemagne),

Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge, établie à Tuzla (Bosnie-Herzégovine),

ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu, établie à Šibenik (Croatie),

représentées par Me R. Spielhofen, avocat,

parties requérantes,

contre

Commission européenne,

représentée par MM. J. Estrada de Solà, B. Bertelmann et M. Kellerbauer, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation, d'une part, de la décision Ares(2019) 4979920 de la Commission, du 30 juillet 2019, de ne pas retenir la candidature des requérantes pour participer à la procédure restreinte de passation du marché relatif à l'appel d'offres

EuropeAid/140043/DH/WKS/XK et, d'autre part, de la décision du 18 octobre 2019 relative à l'attribution dudit marché,

LE TRIBUNAL (première chambre),

composé de M. H. Kanninen, président, Mmes O. Porchia et M. Stancu (rapporteuse), juges,

greffier : M. E. Coulon,

rend le présent

Arrêt

Tenor:

1) La décision Ares(2019)4979920 de la Commission européenne, du 30 juillet 2019, de ne pas retenir la candidature d'Intering Sh.p.k, Steinmüller Engineering GmbH, Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge et ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu pour participer à la procédure restreinte de passation du marché relatif à l'appel d'offres EuropeAid/140043/DH/WKS/XK, est annulée.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) La Commission est condamnée aux dépens, y compris ceux afférents aux procédures de référé.

Gründe:

Antécédents du litige

1L'Union européenne, représentée par la Commission européenne, a publié, le 19 mars 2019, un avis de marché relatif à une procédure d'appel d'offres pour l'attribution d'un marché visant la réduction de la poussière et des oxydes d'azote des unités B1 et B2 de la centrale thermique Kosovo B, sous la référence EuropeAid/140043/DH/WKS/XK (ci-après l'« avis de marché »).

2Le point 17.2 de l'avis de marché, tel que modifié par le corrigendum no 2 du 17 avril 2019, contient les critères de sélection et d'attribution relatifs à la capacité technique et professionnelle du candidat.

3Le point 17.2, sous a), de l'avis de marché prévoit que le candidat doit avoir achevé au cours des huit dernières années au moins un projet de même nature et de même complexité couvrant certaines catégories bien précisées dans ledit avis, sur des centrales au lignite d'une puissance électrique nominale d'au moins 200 mégawatts (MW).

4Conformément au point 17.2, sous c), de l'avis de marché, dans le cas d'une offre émanant d'une coentreprise ou d'un consortium, son membre principal doit avoir la capacité d'exécuter au moins 40% des travaux du marché par ses propres moyens.

5La procédure prévue par l'avis de marché pour la passation du marché en cause était une procédure restreinte. Le point 13 de l'avis de marché précise à cet égard que, sur la base des candidatures reçues, une présélection sera établie et que seuls les candidats satisfaisant aux critères de sélection seront présélectionnés et invités par le pouvoir adjudicateur à présenter une offre (ci-après la « liste restreinte »). En outre, l'avis de marché indiquait que, sur la base des candidatures reçues, quatre à six candidats seraient invités à présenter une offre détaillée dans le cadre du marché en objet.

6Les requérantes, Intering Sh.p.k, Steinmüller Engineering GmbH, Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge et ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu, ont formé un consortium et ont manifesté leur intérêt à participer à la procédure en soumettant,

dans le délai prescrit, courant jusqu'au 6 mai 2019, un dossier de candidature contenant certains documents.

7Après l'expiration du délai fixé pour la présentation des dossiers de candidature, le comité d'évaluation a invité les requérantes, à trois reprises, à lui fournir des éclaircissements sur les documents soumis.

8Les requérantes ont répondu aux demandes de renseignements.

9Par courrier du 7 juin 2019, sous la référence Ares(2019)3677456, adressé au chef de file du consortium, Interling, la Commission a informé les requérantes que leur candidature n'avait pas été présélectionnée, étant donné qu'elle ne remplissait pas les critères énoncés au point 17.2, sous a) et c), de l'avis de marché (ci-après la « décision du 7 juin 2019 »).

10Par courrier du même jour, les requérantes ont contesté la décision du 7 juin 2019.

11Par courrier du 13 juin 2019, complété par un courrier du 28 juin 2019, lequel comprenait plusieurs informations et documents qui n'avaient pas été soumis avec le dossier de candidature initial, les requérantes ont introduit une plainte relative à la décision du 7 juin 2019, demandant le sursis à l'exécution de ladite décision et leur inscription sur la liste restreinte.

12À la suite de cette plainte, la procédure de passation du marché a été suspendue aux fins d'un réexamen, ce qui a été communiqué aux requérantes par courrier du 23 juillet 2019, sous la référence AresD(2019) NA/vk/4806398.

13Par courrier du 30 juillet 2019, sous la référence Ares(2019)4979920 (ci-après la « décision du 30 juillet 2019 »), la Commission a informé les requérantes, d'une part, que la décision du 7 juin 2019 avait été annulée en raison du manque de clarté du critère de sélection visé au point 17.2, sous c), de l'avis de marché, lequel avait, en conséquence, été supprimé des critères de sélection, et, d'autre part, que leur candidature avait une nouvelle fois été rejetée. À cet égard, la décision du 30 juillet 2019 indiquait que, après réévaluation du dossier de candidature des requérantes, tel que soumis dans le délai prescrit allant jusqu'au 6 mai 2019, il avait été constaté que celui-ci ne contenait notamment aucune preuve du fait que le critère de capacité technique et professionnelle énoncé au point 17.2, sous a), de cet avis, aurait été respecté.

14Le même jour, un autre courrier, sous la référence Ares(2019)4980092, au contenu quasi identique à celui de la décision du 30 juillet 2019, a été adressé au chef de file du consortium.

15Par courrier du 1^{er} août 2019, complété par courrier du 2 août suivant, les requérantes ont introduit une plainte contre la décision du 30 juillet 2019 et ont demandé la suspension du marché.

16Par courrier du 7 août 2019, sous la référence Ares(2019)5134299, les requérantes ont été informées que la présélection était maintenue et que toute nouvelle suspension de la procédure de passation de marché était refusée.

17Le 18 octobre 2019, le marché a définitivement été attribué au consortium Engineering Dobersek GmbH, Hamon Thermal Europe SA und RJM Corporation (EC) Limited (ci-après la « décision du 18 octobre 2019 »).

Procédure et conclusions des parties

18Par requête déposée au greffe du Tribunal le 25 juillet 2019, les requérantes ont introduit le présent recours.

19Dans la requête, les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler la décision du 7 juin 2019;
- faire droit à la demande d'obtention de preuve par voie de témoignage.

20 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 2 août 2019, les requérantes ont demandé, sur le fondement de l'article 86 du règlement de procédure du Tribunal, à pouvoir adapter la requête afin que leur recours vise la décision du 30 juillet 2019 et non plus celle du 7 juin 2019.

21 La Commission n'a pas déposé d'observations dans le délai imparti en réponse au mémoire en adaptation des requérantes.

22 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 7 août 2019, les requérantes ont introduit une demande en référé au titre de l'article 278 TFUE et de l'article 156 du règlement de procédure, tendant, en substance, au sursis à l'exécution de la décision du 30 juillet 2019 ainsi qu'à la suspension de la procédure de passation de marché.

23 Par ordonnance du 13 septembre 2019, *Intering e.a./Commission (T-525/19 R*, non publiée, [ECLI:EU:T:2019:606](#)), le président du Tribunal a rejeté ladite demande en référé et a réservé les dépens.

24 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 9 octobre 2019, les requérantes ont introduit une nouvelle demande en référé au titre de l'article 278 TFUE et de l'article 156 du règlement de procédure, tendant, en substance, au sursis à l'exécution de la décision du 30 juillet 2019 ainsi qu'à la suspension de la procédure de passation de marché.

25 Par ordonnance du 11 novembre 2019, *Intering e.a./Commission (T-525/19 R II*, non publiée, [ECLI:EU:T:2019:787](#)), le Tribunal a rejeté ladite demande en référé des requérantes et a réservé les dépens.

26 Le 8 octobre 2019, la Commission a déposé au greffe du Tribunal le mémoire en défense.

27 Dans le mémoire en défense, la Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter le recours;
- rejeter la demande de témoignage des requérantes;
- condamner les requérantes aux dépens.

28 Le 4 décembre 2019, les requérantes ont déposé au greffe du Tribunal la réplique.

29 Dans la réplique, les requérantes concluent, en substance, à ce qu'il plaise au Tribunal :

- statuer conformément au mémoire en adaptation;
- annuler la décision du 18 octobre 2019;
- faire droit à la demande d'obtention de preuve par voie de témoignage;
- condamner la Commission aux dépens.

30 Le 27 mars 2020, la Commission a déposé au greffe du Tribunal la duplique.

31 Dans la duplique, la Commission invite, en substance, le Tribunal à statuer conformément aux conclusions présentées dans le mémoire en défense et à rejeter la demande tendant à l'annulation de la décision du 18 octobre 2019.

32 Le Tribunal (première chambre) a décidé en application de l'article 106, paragraphe 3, du règlement de procédure, de statuer sans phase orale de la procédure.

En droit

Sur la prétendue méconnaissance par la Commission des dispositions du règlement de procédure relatives au délai de dépôt du mémoire en défense

33Dans la réplique, les requérantes allèguent que la Commission n'a pas déposé dans les délais impartis le mémoire en défense et n'a également pas déposé une demande de prorogation, de sorte qu'elles auraient pu demander que le Tribunal statue par défaut, ce qu'elles n'ont cependant pas fait.

34À cet égard, il y a lieu de constater que cette allégation des requérantes découle d'une confusion entre la date du dépôt du mémoire en défense au greffe du Tribunal, d'une part, et celle de sa signification aux requérantes, d'autre part.

35En effet, il ressort des éléments du dossier que la requête a, conformément à l'article 6 de la décision du Tribunal, du 11 juillet 2018, relative au dépôt et à la signification d'actes de procédure par la voie de l'application e-Curia, été signifiée à la Commission le 29 juillet 2019 et que le mémoire en défense a été déposé au Tribunal le 8 octobre 2019. Le mémoire en défense a donc été déposé au greffe du Tribunal dans le délai de deux mois prescrit par l'article 81, paragraphe 1, du règlement de procédure, augmenté du délai de distance prévu par l'article 60 de ce même règlement.

36Le fait que ledit mémoire ait été signifié aux requérantes après ce délai n'a aucune incidence sur son dépôt au greffe du Tribunal conformément aux dispositions pertinentes du règlement de procédure. C'est donc à juste titre que la phase écrite de la procédure a été poursuivie.

37Au vu de ce qui précède, il convient de rejeter l'argument des requérantes selon lequel la Commission a méconnu les prescriptions du règlement de procédure relatives au délai du dépôt du mémoire en défense.

Sur la demande d'annulation de la décision du 18 octobre 2019

38Il y a lieu de constater que les conclusions figurant dans la requête, telles qu'adaptées à la suite du mémoire en adaptation, tendent uniquement à l'annulation de la décision du 30 juillet 2019. Ce n'est qu'au stade de la réplique que les requérantes ont demandé l'annulation de la décision du 18 octobre 2019.

39Or, à supposer que les requérantes aient entendu introduire un nouveau recours tendant à l'annulation de la décision du 18 octobre 2019 dans le cadre de la réplique, il suffit de rappeler que, aux termes de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, applicable au Tribunal en vertu de l'article 53 du même statut, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie par une requête adressée au greffier et non, comme en l'espèce, par le dépôt d'un acte dans le cadre d'une procédure qui est déjà pendante.

40En outre, dans l'hypothèse où les requérantes auraient simplement entendu modifier leurs conclusions afin qu'elles visent également la décision du 18 octobre 2019, il y a lieu de rappeler que, aux termes de l'article 76 du règlement de procédure, la partie requérante a l'obligation de définir l'objet du litige et de présenter ses conclusions dans l'acte introductif d'instance. Si l'article 84, paragraphe 1, du même règlement permet la production de moyens nouveaux en cours d'instance à la condition que ceux-ci se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure, il ne peut pas être interprété comme autorisant la partie requérante à saisir le juge de l'Union de conclusions nouvelles et à modifier ainsi l'objet du litige ou la nature du recours (arrêt du 7 novembre 2019, *Rose Vision/Commission*, C-346/18 P, non publié, ECLI:EU:C:2019:939, point 43). Ainsi, et sous réserve des circonstances prévues à l'article 86 du règlement de procédure, seules les conclusions exposées dans la requête introductive d'instance peuvent être prises en considération et le bien-fondé du recours doit être examiné uniquement au regard des

conclusions contenues dans la requête introductive d'instance [arrêts du 21 octobre 2015, *Petco Animal Supplies Stores/OHMI - Gutiérrez Ariza (PETCO)*, T-664/13, ECLI:EU:T:2015:791, point 25, et du 8 novembre 2017, *De Nicola/Cour de justice de l'Union européenne*, T-99/16, non publié, ECLI:EU:T:2017:790, point 28].

41 Il convient donc d'examiner si la demande d'annulation de la décision du 18 octobre 2019 relève des circonstances visées à l'article 86 du règlement de procédure. Le paragraphe 1 de cette disposition prévoit que, lorsqu'un acte, dont l'annulation est demandée, est remplacé ou modifié par un autre acte ayant le même objet, la partie requérante peut, avant la clôture de la phase orale de la procédure ou avant la décision du Tribunal de statuer sans phase orale de la procédure, adapter la requête pour tenir compte de cet élément nouveau.

42 Or, il y a lieu de constater que, si la décision du 18 octobre 2019 est postérieure à l'introduction du présent recours, elle ne remplace ni ne modifie celle du 30 juillet 2019.

43 Il convient dès lors de conclure que les requérantes ne sauraient se prévaloir de l'article 86 du règlement de procédure pour adapter, au stade de la réplique, leurs conclusions afin que celles-ci visent également la décision du 18 octobre 2019.

44 Il s'ensuit que la demande d'annulation de la décision du 18 octobre 2019 est manifestement irrecevable.

Sur le recours introduit contre la décision du 30 juillet 2019

45 Il convient de rappeler que, ainsi que cela est précisé au point 13 ci-dessus, par la décision du 30 juillet 2019, la Commission a informé les requérantes que, d'une part, la décision du 7 juin 2019 avait été annulée en raison du manque de clarté du critère de sélection visé au point 17.2, sous c), de l'avis de marché et, d'autre part, que leur candidature avait une nouvelle fois été rejetée en raison du fait que celle-ci ne contenait aucune preuve concernant le respect du critère de capacité technique et professionnelle énoncé au point 17.2, sous a), de cet avis.

46 Au soutien de leur demande en annulation de la décision du 30 juillet 2019, les requérantes invoquent sept moyens. Le premier moyen est tiré d'une violation des principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement en ce que la Commission aurait omis de clarifier ses doutes concernant les documents produits par les requérantes. Le deuxième moyen est tiré d'une violation des principes de transparence et de proportionnalité ainsi que des dispositions du règlement (UE, Euratom) 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juillet 2018, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements (UE) no 1296/2013, (UE) no 1301/2013, (UE) no 1303/2013, (UE) no 1304/2013, (UE) no 1309/2013, (UE) no 1316/2013, (UE) no 223/2014, (UE) no 283/2014 et la décision no 541/2014/UE, et abrogeant le règlement (UE, Euratom) no 966/2012 (JO 2018, L 193, p. 1, ci-après le « règlement financier »), en ce que la Commission aurait omis de motiver l'exclusion des requérantes de la suite de la procédure d'appel d'offres et qu'elle ne leur a accordé aucun accès au rapport d'évaluation détaillé et aux informations concernant les avantages et les caractéristiques des candidats sélectionnés dans la liste restreinte. Le troisième moyen est tiré d'une violation du principe général selon lequel il ne doit être apporté aucune modification aux documents du marché au cours de la procédure d'appel d'offres. Le quatrième moyen est tiré d'une violation de l'article 5, paragraphes 1 et 2, du règlement (UE) no 231/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2014, instituant un instrument d'aide de préadhésion (IAP II) (JO 2014, L 77, p. 11) et de l'article 1^{er}, paragraphes 3 et 6, du

règlement (UE) no 236/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2014, énonçant des règles et des modalités communes pour la mise en œuvre des instruments de l'Union pour le financement de l'action extérieure (JO 2014, L 77, p. 95), du fait d'un manquement aux principes généraux du droit des marchés publics. Le cinquième moyen est tiré d'une violation des dispositions du guide intitulé « Marchés publics et subventions dans le cadre des actions extérieures de l'Union européenne - un guide pratique » en ce qui concerne le point 17 de l'avis de marché. Le sixième moyen est tiré d'une violation des dispositions du règlement (CE) no 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO 2001, L 145, p. 43), en ce que la Commission aurait omis de motiver sa décision relative à l'exclusion des requérantes de la suite de la procédure d'appel d'offres et qu'elle ne leur aurait accordé aucun accès au rapport d'évaluation détaillé et aux informations concernant les avantages et les caractéristiques des candidats sélectionnés dans la liste restreinte. Enfin, le septième moyen est tiré d'une violation des critères de sélection visés au point 17.2, sous a), de l'avis de marché, lesquels n'auraient pas été correctement appliqués par la Commission.

47Aux fins de la présente procédure, il convient d'analyser, en premier lieu, le troisième moyen, lequel se divise en deux branches.

48Dans le cadre de la première branche, les requérantes font valoir, en se référant à l'article 166, paragraphe 2, première phrase, et à l'article 167, paragraphe 1, sous c), du règlement financier, que la Commission aurait enfreint le principe général selon lequel le dossier de l'appel à la concurrence doit être protégé contre toute modification en cours de procédure, étant donné que, à la suite de l'omission du critère visé au point 17.2, sous c), de l'avis de marché, leur candidature aurait été évaluée sur la base de sous-critères et d'interprétations pour lesquels il n'existerait aucune disposition dans les documents en cause.

49Dans le cadre de la seconde branche, les requérantes remettent en cause le déroulement même de la procédure de sélection. Elles allèguent que, en apportant une modification aussi substantielle à la procédure de présélection que l'omission du critère de sélection relatif au point 17.2, sous c), de l'avis de marché, la Commission aurait commis une violation du principe d'égalité de traitement si grave qu'il convenait de recommencer la procédure d'appel d'offres.

50La Commission conteste l'argumentation des requérantes.

51Il convient de commencer par l'analyse de la seconde branche du troisième moyen.

52À cet égard, il convient de rappeler que l'article 160, paragraphe 1, du règlement financier prévoit que les marchés publics financés totalement ou partiellement par le budget de l'Union respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

53Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose notamment que tous les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées (voir arrêt du 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718, point 22 et jurisprudence citée).

54Ce principe d'égalité de traitement implique également une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (arrêt du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, point 91).

55Ainsi, la Cour a jugé que l'objet et les critères d'attribution des marchés publics devaient être clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de ceux-ci (arrêt du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, point 56).

56En outre, les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent que le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (voir arrêt du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, point 43 et jurisprudence citée) et, à plus forte raison, de ne pas modifier les critères d'attribution au cours de la procédure (arrêt du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, point 93).

57Il s'ensuit que, en cas d'annulation, par le pouvoir adjudicateur, d'une décision relative à un critère d'attribution, il ne saurait, sans enfreindre les principes d'égalité de traitement et de transparence, valablement continuer la procédure de passation de marché public en faisant abstraction de ce critère, puisque cela reviendrait à modifier les critères applicables à la procédure en question (voir, par analogie, arrêt du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, point 94).

58Cette jurisprudence est applicable mutatis mutandis aux critères de sélection.

59En effet, quand bien même les critères de sélection, appliqués lors de la première étape d'une procédure restreinte, seraient de nature plus objective, dans la mesure où ils n'impliquent pas d'exercice de pondération, il n'en demeure pas moins que la suppression, au cours de la procédure d'appel d'offres, d'un desdits critères peut avoir des conséquences et se heurter au principe d'égalité de traitement. Ainsi, une telle suppression a une incidence sur tout candidat ayant participé à la procédure d'appel d'offres et ayant été écarté de la suite de la procédure, au motif qu'il ne remplissait pas le critère de sélection qui a ultérieurement été supprimé. De même, ladite suppression affecte la position de tout candidat potentiel qui n'aurait pas participé à l'appel d'offres, notamment en raison du fait qu'il s'estimait dans l'incapacité de satisfaire le critère qui, ultérieurement, à son insu, a été supprimé.

60Dès lors, il y a lieu de constater que, en supprimant le critère visé au point 17.2, sous c), de l'avis de marché, tout en continuant la procédure de passation de marché, la Commission a manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour mentionnée aux points 53 à 57 ci-dessus.

61Ce constat ne saurait être remis en cause par l'argument de la Commission selon lequel la suppression du critère mentionné au point 17.2, sous c), de l'avis de marché n'a en rien modifié la situation concernant le point 17.2, sous a), de cet avis dont le non-respect par les requérantes avait déjà entraîné la non-sélection de celles-ci lors de la décision du 7 juin 2019.

62En effet, il ne saurait être présumé, dans l'hypothèse où la Commission aurait mis un terme à la procédure de passation de marché en cours et émis un nouvel avis de marché relatif au même marché, que le critère du point 17.2, sous a), de l'avis de marché aurait été maintenu dans des termes identiques. Il ne saurait non plus être exclu que la Commission

aurait repris le critère du point 17.2, sous c), de l'avis du marché, quoique dans des termes plus clairs.

63En tout état de cause, force est de constater que, dans une telle hypothèse, les requérantes auraient pu soumettre à la Commission les informations et les documents de leur courrier du 28 juin 2019 qui n'avaient pas été pris en compte dans la procédure ayant mené à la décision du 30 juillet 2019 en ce qu'ils avaient été déposés après le délai initial de dépôt des candidatures. De surcroît, elles auraient également eu la possibilité de déposer d'autres informations et d'autres documents. Ainsi, il ne saurait être exclu que, dans le cadre d'une nouvelle procédure et sur la base de nouveaux éléments, la Commission aurait pu considérer que les requérantes respectaient bel et bien le critère du point 17.2, sous a), du nouvel avis de marché, si ce dernier avait été maintenu.

64Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient d'accueillir la seconde branche du troisième moyen.

65Il s'ensuit qu'il y a lieu d'annuler la décision du 30 juillet 2019, sans qu'il soit nécessaire, ni d'examiner la première branche du troisième moyen ou les autres moyens soulevés par les requérantes, ni de se prononcer sur la demande de mesures d'instruction présentée par elles, relative à la convocation d'un employé du chef de file du consortium afin qu'il témoigne de son expérience dans la mesure requise par les conditions de l'appel d'offres.

Sur les dépens

66Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, y compris ceux afférents aux procédures de référé, conformément aux conclusions des requérantes.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (première chambre)

déclare et arrête :

1) La décision Ares(2019)4979920 de la Commission européenne, du 30 juillet 2019, de ne pas retenir la candidature d'Intering Sh.p.k, Steinmüller Engineering GmbH, Deling d.o.o. za proizvodnju, promet i usluge et ZM-Vikom d.o.o. za proizvodnju, konstrukcije i montažu pour participer à la procédure restreinte de passation du marché relatif à l'appel d'offres EuropeAid/140043/DH/WKS/XK, est annulée.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) La Commission est condamnée aux dépens, y compris ceux afférents aux procédures de référé.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 21 avril 2021.

* Verfahrenssprache: Deutsch.

* Langue de procédure : l'allemand.

Zitiervorschlag:

EuG Urt. v. 21.4.2021 – T-525/19, BeckRS 2021, 8061