Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 10 marca 2016 r.*

Sprawa C-6/15

TNS Dimarso NV
przeciwko
Vlaams Gewest

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Raad van State van België (radę stanu Belgii)]

Odesłanie prejudycjalne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 53 — Kryteria udzielania zamówień — Oferenci — Równość traktowania — Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie — Ocena ofert

I – **Wprowadzenie**

1. W drodze niniejszego odesłania prejudycjalnego Raad van State van België (rada stanu Belgii) zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi**, interpretowany w świetle zasad równości traktowania i przejrzystości, wymaga, aby instytucja zamawiająca była zawsze, albo przynajmniej w pewnych okolicznościach, zobowiązana do uprzedniego podania w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody przeprowadzenia oceny lub reguł dotyczących ważenia stosowanych przy ocenie ofert składanych przez oferentów.

2. Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu pomiędzy TNS Dimarso NV (zwaną dalej „Dimarso") a Vlaams Gewest (flamandzką agencją publiczną ds. mieszkalnictwa, zwaną dalej „agencją ds. mieszkalnictwa"), dotyczącego zgodności z prawem metody przeprowadzania oceny ofert składanych przez oferentów w ramach przetargu na usługi zorganizowanego przez tę instytucję.

3. W skrócie: z postanowienia odsyłającego wynika, że w drodze ogłoszenia o zamówieniu publicznym, opublikowanego w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 31 stycznia 2012 r., agencja ds. mieszkalnictwa zorganizowała przetarg na usługi, którego celem było przeprowadzenie badania na dużą skalę na temat mieszkalnictwa i konsumentów rynku mieszkaniowego we Flandrii. Szacowany koszt tego zamówienia wynosił 1 400 000 EUR z uwzględnieniem podatku od wartości dodanej (VAT).

4. Specyfikacja warunków tego zamówienia wskazywała dwa następujące kryteria udzielenia zamówienia:

„1 Jakość oferty (50/100)

* Język oryginału: francuski.

** Dz.U. L 134, s. 114. Dyrektywa w brzmieniu zmienionym rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L319, s. 43) (zwana dalej „dyrektywą 2004/18").

Jakość przygotowania, organizacji i wykonania pracy w terenie, kodowania i wstępnego przetwarzania danych. Zaproponowane świadczenia powinny zostać opisane w sposób jak najbardziej precyzyjny. Z oferty powinno wynikać w jasny sposób, że oferent jest w stanie podjąć się realizacji całości zamówienia (na próbie wynoszącej minimum 7000, a maksymalnie 10 000 kontaktów) w przewidzianym okresie wykonania 12 miesięcy.

2 Cena (50/100)

Cena wykonania zamówienia w odniesieniu do podstawowej próby (7000) i cena w odniesieniu do każdej dodatkowej puli 500 dodatkowych udostępnionych adresów (w tym VAT)".

5. Czterech oferentów złożyło oferty, które zgodnie ze sprawozdaniem komisji przetargowej dotyczącym kryteriów kwalifikacji podmiotowej spełniały minimalne wymagania dotyczące kompetencji technicznych. Metoda oceny ofert została przedstawiona w następujący sposób w sprawozdaniu z udzielenia zamówienia opracowanym przez komisję przetargową w dniu 23 marca 2012 r.:

„Komisja przystąpiła następnie do oceny ofert.

Cztery oferty zostały ocenione i porównane między sobą na podstawie wspomnianych kryteriów. Oferty zostały przede wszystkim zbadane i ocenione na podstawie kryterium „jakości". Każdej z ofert przyznano jednomyślnie określoną punktację (bardzo dobra – zadowalająca – niska). Następnie zastosowano kryterium ceny.

Na podstawie tych punktacji została sporządzona końcowa klasyfikacja".

6. Ze sprawozdania z udzielenia zamówienia wynika, że jeżeli chodzi o pierwsze kryterium, czyli jakość ofert, to Dimarso i dwaj inni oferenci otrzymali ocenę „bardzo dobrą", a czwarty oferent uzyskał ocenę „niską". W odniesieniu do drugiego kryterium, czyli ceny, to o ile czwarty oferent przedstawił najniższą cenowo ofertę, o tyle Dimarso przedstawiła ofertę najdroższą.

7. W dniu 11 kwietnia 2012 r. zamówienie zostało ostatecznie udzielone jednemu z oferentów, który otrzymał ocenę „bardzo dobrą" i którego oferta zawierała cenę niższą niż proponowana przez Dimarso.

8. Na poparcie swojej skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia Dimarso podnosi przed sądem odsyłającym, że wydaje się, iż komisja przetargowa dokonała oceny ofert na podstawie skali „bardzo dobra – zadowalająca – niska", która to skala nie była przewidziana w specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do kryterium jakości ofert, gdy tymczasem, zdaniem Dimarso, ze wspomnianej specyfikacji wynikało, że każdej z ofert należało przyznać określoną punktację w skali od 0 do 50 punktów. W odniesieniu do kryterium ceny, zdaniem strony skarżącej, komisja przetargowa również nie przeprowadziła adekwatnego badania, porównania i adekwatnej końcowej oceny ofert z uwzględnieniem kryteriów udzielenia zamówienia, określonych w specyfikacji warunków zamówienia, włącznie ze wskazanym w zamówieniu ważeniem w skali „50/100", znajdującym zastosowanie do każdego z kryteriów udzielenia zamówienia.

9. Sąd odsyłający podnosi przede wszystkim, nie uwzględniając pierwszej części zarzutu podniesionego przed tym sądem przez Dimarso, że poza ramy rozsądnej oceny nie wykracza dokonanie wykładni określenia „50/100" zapisanego w specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do każdego z kryteriów udzielenia zamówienia w taki sposób, że określenie to wskazuje jedynie, iż należy uznać, że obydwa kryteria mają tę samą wartość i że spełnienie każdego z nich jest więc w połowie decydujące dla klasyfikacji ofert.

10. Sąd odsyłający zwraca następnie uwagę, że zarówno w motywie 46, jak i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 mowa jest jedynie o „kryteriach" i ich „wadze", a metoda przeprowadzania oceny oraz reguły dotyczące ważenia nie zostały nigdzie wyraźnie wymienione. Sąd odsyłający podkreśla, że metoda oceny nie jest neutralna, ale, przeciwnie, może być decydująca dla wyniku oceny ofert z punktu widzenia kryteriów udzielenia zamówienia. Jako przykład przedstawia kryterium ceny, w ramach którego instytucja zamawiająca może w szczególności wybrać: zastosowanie zasady proporcjonalności, przyznanie maksymalnej punktacji najtańszej ofercie lub zera punktów najdroższej ofercie i zastosowanie interpolacji liniowej w stosunku do ofert mieszczących się pomiędzy nimi lub maksymalne uprzywilejowanie oferty zawierającej środkową cenę.

11. Sąd odsyłający podkreśla wreszcie, że ani z wyroku Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 44, 45), który dotyczył wykładni art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi***, czyli przepisu, który w istocie miał tę samą treść co art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, ani z wyroku Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) nie wynika odpowiedź, a w każdym razie decydująca odpowiedź na pytanie, które zostaje podniesione w sprawie w postępowaniu głównym, a więc pytanie dotyczące ustalenia, czy metoda oceny, czyli konkretna metoda, jaką instytucja zamawiająca zastosuje w celu oceny ofert, powinna być uprzednio podana do wiadomości oferentów, tak jak kryteria i podkryteria udzielenia zamówienia oraz „współczynniki wagi".

12. W tych okolicznościach Raad van State (rada stanu Belgii) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 […], samodzielnie oraz w związku z zakresem – obowiązujących w kontekście zamówień publicznych i wynikających z prawa europejskiego – zasad równości traktowania i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nawet w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej instytucja ta jest wciąż zobowiązana do określenia i do zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody przeprowadzania oceny lub reguł dotyczących ważenia, na podstawie których oferty będą oceniane w świetle kryteriów lub podkryteriów udzielenia zamówienia, niezależnie od ich przewidywalności, powszechności stosowania i zakresu

lub

jeżeli taki ogólny obowiązek nie istnieje: czy istnieją okoliczności, takie jak między innymi zakres, nieprzewidywalność lub nietypowość tychże reguł dotyczących ważenia, w których taki obowiązek jednak istnieje?".

13. Kwestia ta była przedmiotem uwag przedstawionych na piśmie przez Dimarso, rządy belgijski i włoski, jak również przez Komisję Europejską. Strony te zostały również wysłuchane w czasie rozprawy, która odbyła się w dniu 13 stycznia 2016 r., z wyjątkiem rządu włoskiego, który nie był reprezentowany na rozprawie.

II – **Analiza**

14. Pytanie, które zostało przedłożone w niniejszej sprawie, zmierza do ustalenia przez Trybunał zakresu art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18. Konkretnej, Trybunał ma rozstrzygnąć, czy przepis ten, w świetle zasad równości traktowania i przejrzystości, wymaga, aby w ramach udzielenia zamówienia na usługi na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie instytucja zamawiająca informowała oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia o metodzie oceny stosowanej do przedstawionych przez oferentów ofert.

*** Dz.U. L 209, s. 1.

15. Na wstępie należy podnieść, że bezsprzecznie przetarg na usługi rozpatrywany w postępowaniu głównym mieści się w ramach zakresu stosowania dyrektywy 2004/18, a w szczególności pełne zastosowanie ma do niego art. 53 tej dyrektywy.

16. Z jednej bowiem strony, w świetle art. 20 dyrektywy 2004/18, przetargi dotyczące usług zamieszczonych w załączniku II A dyrektywy, w którym w kategorii 10 widnieją przetargi na „Usługi badania rynku i opinii publicznej", są przeprowadzane zgodnie z przepisami art. 23–55 tej dyrektywy. Z drugiej strony przetarg na usługi, którego dotyczy sprawa w postępowaniu głównym, znacznie przekraczał próg 200 000 EUR wskazany w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, mający zastosowanie w dacie ogłoszenia o zamówieniu przez Agencję ds. mieszkalnictwa.

17. Zgodnie z art. 53 dyrektywy 2004/18, zatytułowanym „Kryteria udzielenia zamówienia", zamówień udziela się na podstawie oferty przedstawiającej „najniższą cenę" lub „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej", czyli jak wynika z motywu 46 akapit trzeci tej dyrektywy i jak przypomniał Trybunał – oferty „prezentującej najlepszą relację jakości do ceny" z punktu widzenia instytucji zamawiającej[****].

18. W tej ostatniej sytuacji, dotyczącej przypadku przetargu na usługi rozpatrywanego w postępowaniu głównym, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 ustanawia otwartą listę kryteriów związanych z przedmiotem danego zamówienia publicznego, które instytucja zamawiająca ma prawo wziąć pod uwagę[*****]. Kryteria te obejmują jakość i cenę, które są, jak wynika ze specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu głównym, jedynymi kryteriami, które były brane pod uwagę przez agencję ds. mieszkalnictwa przy udzielaniu spornego w postępowaniu głównym zamówienia.

19. Również w odniesieniu do przypadku udzielenia zamówienia na podstawie „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie" art. 53 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 stanowi, że instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia „wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie". Wspomniane wagi, zgodnie z art. 53 ust. 2 akapit drugi, mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. W świetle akapitu trzeciego tego przepisu jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z dających się wykazać przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

20. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że obowiązek wskazania zarówno kryteriów udzielenia zamówienia, jak i – od daty przyjęcia dyrektywy 2004/18, z wyjątkiem przypadku, kiedy jest to niemożliwe z należycie uzasadnionych przyczyn – określenia wagi przypisanej każdemu z kryteriów na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji, zgodnie z art. 53 ust. 2 tej dyrektywy, wynika z obowiązku zapewnienia przestrzegania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, który jest z nią związany[******].

21. Jeżeli chodzi o jawny charakter ważenia kryteriów udzielenia zamówienia, należy podkreślić, że art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 jest przejawem znaczącej ewolucji w porównaniu do wcześniejszego systemu prawnego mającego zastosowanie do udzielania zamówień publicznych na usługi.

**** Zobacz wyrok Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 29).

***** Otwarty charakter tych kryteriów był regularnie wielokrotnie potwierdzany przez Trybunał; zobacz ostatnio wyroki: eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 61); Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 30).

****** Zobacz podobnie wyrok Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697, pkt 43). Przypominam na wszelki wypadek, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom [zobacz podobnie w szczególności wyroki: Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44); eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33)]. Trybunał wyjaśnił również, że obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej niektórych oferentów lub niektórych ofert [zobacz podobnie wyroki: Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44); eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 34)].

22. W ramach bowiem systemu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie tego aktu art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 wymagał jedynie od instytucji zamawiających, aby wskazywały w specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteria udzielenia zamówienia, których stosowanie przewidywały „w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia".

23. Dziś natomiast, przeciwnie, instytucje zamawiające są zobowiązane do wskazania wagi kryteriów udzielenia zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia. Jedynie w przypadku, w którym okaże się to niemożliwe z dających się uzasadnić przyczyn, instytucje te mogą wybrać hierarchizację kryteriów, która w każdym razie powinna być odpowiednio jawnie przedstawiona w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.

24. Ewolucja ta ma pewne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu głównym, do czego jeszcze powrócę w dalszej części.

25. Na tym etapie należy zwrócić uwagę, że w postępowaniu głównym jest bezsporne, iż specyfikacja warunków zamówienia wskazywała „50/100" w odniesieniu do każdego z dwóch kryteriów przyjętych przez instytucję zamawiającą. W odniesieniu do tego wskazania sąd odsyłający orzekł, że można je w sposób uprawniony interpretować w ten sposób, że oba kryteria powinno się uznać za mające tę samą wartość, a zatem każde powinno być w połowie decydujące o klasyfikacji ofert.

26. Należy podkreślić, że ta ocena jest ostateczna. W jednoznaczny sposób wynika bowiem z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz z twierdzeń Dimarso przedstawionych na rozprawie przed Trybunałem, że sąd odsyłający odrzucił pierwszą część zarzutu podniesionego przez Dimarso, w ramach którego w istocie wzmiankę „50/100" należy interpretować w ten sposób, że kryterium „jakości" powinno być ocenione poprzez przyznanie każdej ofercie wyniku od 0 do 50 punktów. Sąd odsyłający przyjął więc w istocie, że wartość ważona każdego z dwóch kryteriów udzielenia zamówienia wskazana w dokumencie zamówienia była identyczna, czyli wynosiła 50%, co rozsądnie poinformowani i wykazujący zwykłą staranność oferenci byli w stanie zinterpretować w ten sam sposób*******.

27. Oczywiste jest zatem, że kryteria udzielenia omawianego zamówienia publicznego, jak również waga przydzielona każdemu z kryteriów zostały podane oferentom w specyfikacji warunków zamówienia, a więc przed udzieleniem zamówienia, z poszanowaniem, na pierwszy rzut oka, art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18.

28. Sąd odsyłający zmierza jednak do ustalenia, czy ten ostatni przepis, interpretowany w świetle zasady równego traktowania oraz obowiązku przejrzystości, wymaga od instytucji zamawiającej, aby uprzednio powiadamiała oferentów w sposób systematyczny lub przynajmniej w pewnych okolicznościach o metodzie oceny ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia, w szczególności, jeśli chodzi o sprawę w postępowaniu głównym, o przyjętej metodzie, czyli skali porządkowej składającej się z trzech ocen lub wyników (bardzo dobra –zadowalająca – niska) w celu oceny stopnia spełnienia kryterium „jakości" opublikowanego przez agencję ds. mieszkalnictwa.

29. Ta wątpliwość jest zrozumiała w świetle argumentacji Dimarso, która opiera się w istocie na założeniu, że przyjęta metoda oceny („bardzo dobra – zadowalająca – wysoka") jest tak ogólnikowa, że prowadzi do obniżenia przez instytucję zamawiającą znaczenia kryterium „jakości" na rzecz kryterium „ceny", ponieważ wyłącznie to drugie kryterium mogło w istocie rozstrzygnąć o kolejności trzech z czterech złożonych ofert. Kryterium ceny miało zatem, zdaniem Dimarso, wagę relatywnie wyższą aniżeli wcześniej określone 50% w specyfikacji warunków zamówienia. Innymi słowy, Dimarso podnosi, że gdyby oferenci byli powiadomieni uprzednio o metodzie oceny na etapie specyfikacji warunków zamówienia, to niewątpliwie miałaby ona wpływ na przygotowanie ofert.

******* Wzorzec oferenta rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność wynika z orzecznictwa Trybunału: zobacz w tym względzie wyroki: SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 42); eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 54).

30. Daleki jestem od zignorowania tej argumentacji. Należy jednak przeprowadzić rozumowanie etapowo.

31. Przede wszystkim, jak już podniosłem, art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga od instytucji zamawiającej, aby powiadomiła oferentów, bądź to w ogłoszeniu o zamówieniu, bądź to w specyfikacji warunków zamówienia, o kryteriach udzielenia zamówienia, jakie zamierza przyjąć, jak również o ich stosunkowej wadze.

32. Natomiast bezskutecznie można by poszukiwać w brzmieniu art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 ogólnego obowiązku wskazania przez instytucję zamawiającą w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody oceny ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich stosunkowej wagi, czyli całości reguł i zasad, w oparciu o które instytucja zamawiająca lub jej komórka, taka jak komisja przetargowa, przyzna określony wynik lub ocenę różnym ofertom w oparciu o poziom spełnienia jednego z kryteriów (lub w danym przypadku podkryteriów) udzielenia zamówienia publicznego.

33. Artykuł 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie wymaga zatem, aby taka metoda analizy ofert, stosowana przez komisję przetargową w świetle kryteriów udzielenia zamówienia publicznego i ich stosunkowej wagi, została, co do zasady, uprzednio podana do wiadomości oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.

34. Zasada ta została potwierdzona w orzecznictwie Trybunału.

35. Z jednej strony należy przypomnieć, że Trybunał uznał kilkakrotnie zgodność z prawem działania instytucji zamawiającej, która dokonała ważenia podkryteriów udzielenia zamówienia *po* przedstawieniu ofert, ale *przed* ich otwarciem, co nieodparcie oznacza, że instytucja zamawiająca nie może być automatycznie zobowiązana do zapewnienia uprzedniego publicznego ogłoszenia takiej wagi podkryteriów udzielenia zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia********.

36. Ta ocena może tym bardziej odnosić się do przyjęcia metody oceny ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich stosunkowej wagi.

37. Z drugiej strony w wyroku Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, pkt 35) Trybunał stwierdził w kontekście stosowania zasad udzielania zamówień publicznych przez instytucje Unii Europejskiej*********, co do istoty analogicznym do kontekstu zastosowania przepisów dyrektywy 2004/18, i w ramach rozważań dotyczących informacji, których instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana podać uprzednio do wiadomości oferentów, że komisja przetargowa powinna mieć pewną swobodę w realizacji tego zadania i móc organizować swoją własną pracę w zakresie oceny i analizy przedstawionych ofert**********.

38. We wszystkich wspomnianych sprawach Trybunał wskazał jednak, że swoboda przysługująca instytucji zamawiającej ograniczona jest pewnymi warunkami.

39. Warunki te nie wydają się jednak w pełni jednolite.

******** Zobacz wyroki: ATI EAC i Viaggi di Maio i in. (C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 32); Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 43); a także Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, pkt 32, 33).

********* W tej sprawie chodziło o wykładnię art. 97 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1) oraz art. 138 rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia nr 1605/2002 (Dz.U. L 357, s. 1).

********** Zobacz również w tym samym kontekście prawnym wyrok bpost/Komisja (T-514/09, EU:T:2011:689, pkt 86).

40. A zatem, z jednej strony, jeśli chodzi o ustalenie przez instytucję zamawiającą współczynników ważenia podkryteriów udzielenia zamówienia po przedstawieniu ofert, Trybunał stwierdził, jak słusznie podniósł sąd odsyłający, że to ustalenie ex post jest zgodne z prawem, jeżeli spełnia trzy warunki, a mianowicie:

— nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;

— nie zawiera informacji, które – gdyby były znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;

— nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów**********.

41. Jeżeli jeden z tych warunków nie jest spełniony, można wnioskować z tego orzecznictwa, że ustalenie wagi podkryteriów następczo wobec ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia skutkuje niezgodnością z prawem procedury udzielenia zamówienia publicznego. Innymi słowy, instytucja zamawiająca powinna uprzednio określić wagi podkryteriów, odnosząc się do kryteriów udzielenia zamówienia, i upewnić się, że te wagi zostały podane do wiadomości oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.

42. Z drugiej strony, jeśli chodzi o swobodę komisji przetargowej w zakresie organizacji własnej pracy dotyczącej analizy i oceny przedstawionych ofert, Trybunał orzekł w pkt 35 wyroku Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), że korzystanie z tej swobody nie może prowadzić do sytuacji, w której instytucja zamawiająca „zmienia kryteria udzielenia zamówienia ustalone w specyfikacji warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu”.

43. Ograniczając się do wskazania jedynie obowiązku poszanowania jednego (pierwszego) z trzech warunków wymienionych w pkt 40 niniejszej opinii, Trybunał wydaje się przyznawać szerszy margines uznania instytucji zamawiającej przy ustalaniu ex post metody analizy lub oceny ofert niż w przypadku, gdy decyduje się ona na określenie współczynników wagi podkryteriów odnoszących się do kryteriów udzielenia zamówienia uprzednio podanych do wiadomości oferentów.

44. Gdyby w postępowaniu głównym należało ściśle stosować się do wskazówek wynikających z pkt 35 wyroku Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), to żadna z informacji przekazanych na tym etapie przez sąd odsyłający nie pozwalałaby na uznanie, że metoda oceny przyjęta przez komisję przetargową w celu oceny kryterium „jakości” mogłaby zmodyfikować to kryterium, a tym bardziej że mogłaby zmienić drugie kryterium, w sytuacji w której oba kryteria były uprzednio podane do wiadomości oferentów w specyfikacji warunków zamówienia.

45. Wątpię jednak, aby wskazówki przedstawione przez Trybunał w pkt 35 wyroku Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), w formie, która w dodatku stanowi raczej obiter dictum, miały na celu ustanowienie tego jedynego ograniczenia swobody instytucji zamawiającej w określeniu metody oceny przedstawionych ofert. Z wyłączeniem bowiem szczególnie rażących błędów – trudno jest sobie wyobrazić, jak taka metoda oceny mogłaby zmienić same kryteria udzielenia zamówienia i w jaki sposób oferent, którego oferta została odrzucona, byłby w stanie przedstawić dowód, choćby jedynie w postaci zbioru poszlak, na istnienie takiego wpływu na kryteria udzielenie zamówienia.

********** Zobacz wyroki: ATI EAC i Viaggi di Maio i in. (C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 32); Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 43); Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, pkt 33).

46. To przede wszystkim z tej przyczyny skłaniam się raczej ku stanowisku przedstawionemu przez zainteresowane strony, które podniosły, w szczególności na rozprawie, że nie można wykluczyć, iż metoda oceny może wywołać skutki nie tyle w odniesieniu do samych kryteriów udzielenia zamówienia, ile wobec wagi tych kryteriów, a zatem może obejmować elementy, które mogłyby wpływać na przygotowanie ofert, gdyby metoda ta była uprzednio podana do wiadomości oferentów, zgodnie z drugim warunkiem wynikającym z orzecznictwa Trybunału przedstawionym w pkt 40 tej opinii. W tym przypadku ustalenie ex post takiej metody oceny ofert przez instytucję zamawiającą byłoby niezgodne z prawem i w związku z tym metoda ta powinna być podana do wiadomości uprzednio, w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.

47. Zasadniczo zgadzam się więc z argumentacją przedstawioną przez Komisję, w świetle której zgodność z prawem metody oceny ofert określonej ex post przez instytucję zamawiającą jest uzależniona od spełnienia trzech warunków wynikających z orzecznictwa Trybunału przedstawionych w pkt 40 powyżej. Byłoby zatem wystarczające, aby sąd krajowy zbadał, czy warunki te zostały spełnione w toczącym się przed nim postępowaniu.

48. Wydaje mi się jednak, że niniejsza sprawa stanowi również dla Trybunału okazję, aby doprecyzować to orzecznictwo w odniesieniu w szczególności do zakresu pierwszego warunku.

49. Jak bowiem już wcześniej podkreśliłem, od wejścia w życie art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 zarówno kryteria udzielenia zamówienia, jak również ich odnośne wagi (lub jeśli jest to niemożliwe – ich hierarchizacja) powinny zostać należycie podane do wiadomości w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.

50. Zmiana ex post jednych bądź drugich, niezależnie od sposobu, w jaki ta zmiana następuje, powinna zatem, moim zdaniem, być zatwierdzana na tej samej zasadzie.

51. Tak jak nie jest uzasadnione uznanie, że metoda oceny ofert mogłaby modyfikować a posteriori kryteria udzielenia zamówienia uprzednio podane do wiadomości oferentów, tak też jest nie do zaakceptowania, aby taka metoda zmieniała wagi tych kryteriów. Jeżeli taki byłby skutek ustalenia ex post metody oceny ofert, to powinna by była ona zostać uprzednio podana do wiadomości oferentów – a sporna procedura udzielenia zamówienia jest niezgodna z prawem.

52. W rezultacie proponuję, aby pierwszy warunek wskazany w pkt 40 tej opinii, wynikający z orzecznictwa Trybunału dotyczącego systemu prawnego udzielania zamówień publicznych obowiązującego przed przyjęciem dyrektywy 2004/18, został sformułowany w ten sposób, by obejmował również wagi kryteriów udzielenia zamówienia, tak aby uwzględnić ewolucję tego systemu po wejściu w życie art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18.

53. Do sądu odsyłającego będzie zatem należało zbadanie w postępowaniu głównym, czy metoda oceny ofert w świetle kryterium „jakości", wskazanego w specyfikacji warunków spornego zamówienia, zmieniła ex post wagi kryteriów udzielenia wspomnianego zamówienia, w którym to przypadku powinna była zostać podana do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.

54. Podejrzewam jednak, że w świetle okoliczności oraz informacji, które zostały przekazane przez sąd odsyłający, taka sytuacja mogła mieć miejsce.

55. W istocie, ze względu na fakt, że trzy spośród czterech ofert, w tym oferta Dimarso, uzyskały ocenę „bardzo dobrą", jeśli chodzi o spełnienie kryterium „jakości", a nie otrzymały punktacji, która umożliwiłaby zróżnicowanie i sklasyfikowanie ofert według właściwych dla każdej z nich atrybutów, kryterium „ceny" stało się decydujące dla przyznania spornego zamówienia, co potwierdziły na rozprawie wszystkie zainteresowane strony. Wydaje się, że w zakresie, w jakim metoda wybrana przez komisję przetargową skutkowała zmniejszeniem znaczenia oceny kryterium „jakości" na rzecz

kryterium „ceny”, to ostatnie kryterium uzyskało w rezultacie stosunkowo wyższą wagę w ramach wyboru dokonanego przez zamawiającego aniżeli można było o tym w sposób rozsądny wnioskować z wagi 50% ogłoszonej w specyfikacji warunków zamówienia. Jest więc prawdopodobne, że gdyby oferenci byli uprzednio powiadomieni o wyborze tej metody oceny ofert w zakresie spełnienia kryterium „jakości”, mogliby w większym stopniu skoncentrować swoje wysiłki na cenie swoich usług.

56. Aby konkretniej zilustrować, o czym mowa, można sobie wyobrazić, że z jedna spośród złożonych ofert w kategorii jakości zdecydowanie przewyższała trzy pozostałe, w tym również i te, którym przyznano ocenę „bardzo dobrą”. Innymi słowy, jedna z tych ofert mogła zostać sklasyfikowana w ramach oceny kryterium „jakości” jako „znakomita”. Cena zaproponowana przez tego oferenta odzwierciedlałaby wówczas doskonałą jakość usług zaproponowanych przez tego oferenta i byłaby najprawdopodobniej wyższa niż ceny zaproponowane przez innych oferentów. Ponieważ jednak ocena „znakomita” nie figurowała w skali wyników („bardzo dobra – zadowalająca – wysoka”) ustalonej przez komisję przetargową, ta oferta o znakomitej jakości musiała z konieczności uzyskać co najwyżej ocenę „bardzo dobrą” w odniesieniu do kryterium „jakości”. Ze względu na fakt, że cena zaproponowana przez podmiot składający tę ofertę była wyższa aniżeli ceny innych oferentów nawet o kilkadziesiąt lub kilkaset euro, to oferta ta musiała być odrzucona.

57. Ostatecznie w takim przypadku, który niekoniecznie dotyczy Dimarso, ale który równie dobrze mógłby jej dotyczyć, instytucja zamawiająca mogłaby pozbawić się wyboru oferty, która przedstawiałaby najlepszą relację pomiędzy jakością a ceną, wbrew założeniom, które kierują dokonywaniem wyboru oferentów w oparciu o kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie**********.

58. A zatem ta wybrana ex post przez instytucję zamawiającą metoda oceny mogła moim zdaniem zmienić wagę kryteriów udzielenia zamówienia, faworyzując wagę jednego kryterium kosztem drugiego, podczas gdy informacja, jaką posiadali oferenci w chwili przedstawiania przez nich ofert, pozwalała w sposób wyraźny sądzić, że kryteria te powinny być oceniane na podstawie tej samej stosunkowej wagi, czyli wagi 50% dla każdego z nich.

59. Uważam więc, że jeżeli metoda oceny przyjęta po przedstawieniu ofert może prowadzić do takiego rezultatu, to metoda ta powinna była zostać podana do wiadomości oferentów w chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub powiadomienia o specyfikacji warunków zamówienia przez instytucję zamawiającą.

60. W każdym razie, o ile Trybunał stał na stanowisku, że nie należy stosować pierwszego warunku wynikającego z orzecznictwa, o którym mowa w pkt 40 niniejszej opinii, do wagi kryteriów udzielenia zamówienia, o tyle jest moim zdaniem prawdopodobne, że gdyby metoda oceny ofert w świetle kryterium „jakości” ustalona przez instytucję zamawiającą była uprzednio znana potencjalnym oferentom, mogłaby mieć wpływ na przygotowanie przez nich ofert w rozumieniu drugiego warunku wskazanego w pkt 40 niniejszej opinii.

61. Jak już bowiem wskazałem, gdyby oferenci wiedzieli przed złożeniem swoich ofert, że drugie kryterium udzielenia zamówienia, czyli kryterium „ceny”, może mieć decydujący charakter dla wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, co przyznały wszystkie zainteresowane strony na rozprawie, ich oferty byłyby zapewne opracowane w inny sposób, lepiej odpowiadający temu podejściu instytucji zamawiającej.

********** W wyroku Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 29) Trybunał przypomniał w istocie, że udzielenie zamówienia ubiegającemu się, który przedstawi najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, co sprzyja znalezieniu przez instytucję zamawiającą najlepszej relacji pomiędzy jakością a ceną, może wzmocnić wagę jakości wśród kryteriów udzielenia zamówienia publicznego.

62. Ogólnie rzecz biorąc, prawdą jest, że takie ograniczenie swobody instytucji zamawiającej w ustaleniu metody oceny po przedstawieniu ofert wydaje się ostatecznie zobowiązywać wspomnianą instytucję w każdym przypadku do określenia bardzo wcześnie metody lub metod oceny kryteriów udzielenia zamówienia, które zamierza ona wybrać, w celu zapewnienia w sposób prewencyjny, by metody te nie miały wpływu na przygotowanie ofert przez potencjalnych oferentów; w przeciwnym razie instytucja zamawiająca będzie zmuszona uznać, że wspomniane metody powinny być opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.

63. A zatem wspomniane wymaganie wydaje się ostatecznie skutkować tym, że instytucja zamawiająca (na której będzie spoczywała troska o zagwarantowanie najwyższego poziomu pewności prawa w procedurze przetargowej i zabezpieczenie się przed sprzeciwami mającym na celu unieważnienie tej procedury) określi jak najwcześniej metodę lub metody oceny ofert w świetle kryteriów zamówienia. Można by było zatem zasugerować, że jeśli taka sytuacja ma miejsce, żaden nadrzędny wzgląd nie wydaje się uzasadniać odmówienia przez instytucję zamawiającą podania do wiadomości potencjalnych oferentów przyjętych metod oceny, które w każdym razie instytucja ta powinna już była ustalić przed przetargiem.

64. Takie podejście wydaje się w praktyce obalać teoretyczną regułę „zasada–wyjątek”, wynikającą ze stosowania orzecznictwa Trybunału, w świetle którego instytucja zamawiająca nie jest co do zasady zobowiązana do podania uprzednio do wiadomości potencjalnym oferentom metody oceny ofert, chyba że taka metoda zawiera elementy, które – gdyby były znane uprzednio – mogłyby wpływać na przygotowanie ofert.

65. Wydaje mi się jednak, że ryzyko takie może zostać w dużym stopniu wyeliminowane, jeżeli instytucje zamawiające decydują się na ogłoszenie nie tylko kryteriów udzielenia zamówienia i ich odnośnej wagi, jak wymaga tego dyrektywa 2004/18, ale również podkryteriów dotyczących kryteriów oraz odnośnej wagi tych podkryteriów, ku czemu wydaje się w sposób wyraźny skłaniać orzecznictwo Trybunału.

66. Innymi słowy, im więcej jasnych, zrozumiałych i precyzyjnych informacji uzyskują oferenci z ogłoszenia o zamówieniu lub ze specyfikacji warunków zamówienia odnoszących się do całości tych elementów, tym mniejsze jest moim zdaniem ryzyko, że metoda analizy ofert wybrana przez komisję przetargową zmieni kryteria lub podkryteria udzielenia zamówienia, jak również ich wagi, lub spowoduje nierówność traktowania oferentów. Unikanie tego ryzyka mieści się moim zdaniem w „aktywnej roli”, jaką dyrektywa 2004/18, zgodnie z jej wykładnią dokonaną przez Trybunał, przyznaje instytucjom zamawiającym w stosowaniu podstawowych zasad, które regulują udzielanie zamówień publicznych, takich jak poszanowanie przejrzystości procedury i równość traktowania oferentów**********.

67. W takim przypadku wszyscy oferenci będą w stanie zapoznać się uprzednio z wagą dotyczącą wszystkich elementów branych pod uwagę przez instytucję zamawiającą, co pozwala zasadniczo wykluczyć sytuację, w której konkretna metoda analizy ofert przyjęta przez instytucję zamawiającą może zawierać elementy, które, gdyby były znane podczas przygotowania ofert, mogłyby wywrzeć wpływ na to przygotowanie.

68. Gdy zaś, tak jak w postępowaniu głównym, kryteriom udzielenia zamówienia przyznano w specyfikacji warunków zamówienia równą samą wagę, ewentualne podkryteria wymienione w tym ostatnim dokumencie nie są przedmiotem takiego ważenia, a metoda oceny przyjęta, po przedstawieniu ofert, w celu oceny stopnia spełnienia jednego z dwóch kryteriów udzielenia zamówienia jest

********** Zobacz podobnie, w innym kontekście, wyrok eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 42).

wyjątkowo ogólna i nie pozwala na wystarczająco precyzyjne rozróżnienie jakości złożonych ofert, zachodzi wyraźnie wyższe ryzyko, że ta metoda oceny zawiera elementy, które, gdyby zostały podane do wiadomości oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, mogłyby wpłynąć na przygotowanie ofert.

69. Prawdą jest, że drugi warunek wspomniany w pkt 40 niniejszej opinii wydaje się szczególnie elastyczny lub łatwy do spełnienia, ponieważ może się wydawać, że zawsze możliwa jest argumentacja, iż każdy element brany pod uwagę przez instytucję zamawiającą *mógł* mieć znaczenie lub wpływ na przygotowanie ofert, gdyby był uprzednio podany do wiadomości oferentów.

70. Być może Trybunał był świadomy tej elastyczności, kiedy w wyroku Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697, pkt 48), uzależnił istnienie wspomnianego wpływu na przygotowanie ofert od jego „znaczącego" charakteru, co pozwoliło Trybunałowi na częściowe oddalenie skargi o stwierdzenie uchybienia wniesionej przez Komisję.

71. O ile pkt 48 wyroku Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697) opiera się na wcześniejszym orzecznictwie Trybunału, przytaczając wyraźnie pkt 32 wyroku ATI EAC i Viaggi di Maio i in. (C-331/04, EU:C:2005:718), o tyle wyrok ten, ani też inne, już cytowane, późniejsze wyroki nie precyzują, w jaki sposób należy oceniać, czy wpływ na przygotowanie ofert miał charakter „znaczący", przy czym kryterium ustanowione przez Trybunał w pkt 48 wyroku Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697) może jednak mieć swoje źródło, jak mi się wydaje, w okoliczności, że dany przetarg na usługi nie był w pełni regulowany przez przepisy dyrektywy 2004/18, a w szczególności przez art. 53 ust. 2 tej dyrektywy.

72. Jeżeli takie znaczenie nadamy punktowi 48 wyroku Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697), to nie istnieje moim zdaniem żadna szczególna przyczyna, aby w niniejszej sprawie przyjąć kryterium „znaczącego" charakteru wpływu na przygotowanie ofert występujące we wspomnianym punkcie tego wyroku i w związku z tym, aby zmienić zakres drugiego warunku wynikającego z orzecznictwa Trybunału wspomnianego w pkt 40 niniejszej opinii.

73. W każdym wypadku uważam, że elastyczność, jaka cechuje ten drugi warunek, może zostać bardzo złagodzona przez obowiązek oferenta, którego oferta została odrzucona, na którym to oferencie spoczywa ciężar wykazania in concreto w jego odwołaniu do sądu różnic, o charakterze materialnym, a nie czysto formalnym, jakie jego oferta by zawierała, gdyby elementy danej metody oceny lub sama ta metoda, która nie została uprzednio podana do wiadomości przez instytucję zamawiającą, zostały odpowiedniego podane do wiadomości przed przygotowaniem ofert.

74. Przed przejściem do wniosków dodam, że całość powyższych rozważań opiera się na założeniu wynikającym w sposób dorozumiany z postanowienia odsyłającego, zgodnie z którym metoda oceny ofert odnosząca się do kryterium „jakości" przyjęta przez komisję przetargową w sprawie w postępowaniu głównym została ustalona *po* upływie terminu na przedstawienie ofert, ale *przed* ich otwarciem.

75. We wspomnianym orzecznictwie dotyczącym określenia wag podkryteriów dotyczących kryteriów udzielenia zamówienia Trybunał orzekł w istocie, że takie ustalenie *po otwarciu ofert* lub zgłoszeniu zainteresowania udziałem w przetargu, w zależności od przypadku, było sprzeczne w szczególności z zasadą równości i obowiązkiem przejrzystości**********. Podobnie Trybunał potępił dokonaną przez komisję przetargową zmianę wagi kryteriów udzielenia zamówienia po pierwszym badaniu ofert

********** Zobacz w szczególności wyrok Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 44).

w sprawie, w której art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie miał zastosowania do przetargu na dane usługi, bez wymaganie przy tym, aby został wykazany skutek dyskryminacyjny wobec jednego z oferentów; Trybunał dodał w tym zakresie, że wystarczy, aby w chwili dokonania zmiany nie można było wykluczyć, iż mogła ona mieć taki skutek**********.

76. Jeżeli bowiem w chwili, kiedy dokonywała zmiany wagi kryteriów udzielenia zamówienia lub podkryteriów, instytucja zamawiająca znała już tożsamość oferentów oraz zawartość ofert, to realne jest ryzyko wywarcia wrażenia, że ta zmiana ma na celu faworyzowanie jednego z oferentów, a zatem naruszenie równości ich traktowania.

77. W takiej sytuacji dokonana w ten sposób zmiana jest zwyczajnie i po prostu niezgodna z prawem, w szczególności ze względu na domniemanie faworyzowania. Wydaje się oczywiste, że rzeczywiście zastosowana waga, która naruszyła zgodność z prawem procedury zamówienia publicznego, powinna była być podana do wiadomości oferentów w dokumentacji przetargowej. Takie stwierdzenie nie jest jednak konieczne do rozstrzygnięcia sporu.

78. W swoich uwagach rząd belgijski wspomniał, nie określając jednak ich charakteru, że zdarzają się sytuacje, w których metoda oceny ofert może zostać określona dopiero po ich otwarciu. A zatem rząd ten utrzymuje w istocie, że orzecznictwo Trybunału, krytyczne wobec określenia ex post wagi kryteriów udzielenia zamówienia oraz wagi podkryteriów dotyczących kryteriów udzielenia zamówienia *po* otwarciu ofert, nie powinno być stosowane do przypadku przyjęcia metody oceny ofert przez komisję przetargową po wspomnianym otwarciu.

79. Pytanie przedłożone przez sąd odsyłający nie dotyczy sensu stricto tego przypadku.

80. Jednakże okoliczności przedstawione przez sąd odsyłający nie pozwalają całkowicie wykluczyć hipotezy, zgodnie z którą metoda oceny zastosowana w sprawie w postępowaniu głównym była ustalona po otwarciu ofert.

81. Tymczasem w tym przypadku istotna jest moim zdaniem dodatkowa kwestia, dotycząca ustalenia, czy zawsze jest konieczne, aby sąd odsyłający ustalił spełnienie trzech warunków wynikających z orzecznictwa i wymienionych w pkt 40 niniejszej opinii, aby móc dojść do wniosku, że instytucja zamawiająca powinna była podać do wiadomości oferentów tę metodę oceny ofert, czy też sąd ten może się ograniczyć do stwierdzenia, że taka praktyka oznacza w pewnym sensie domniemanie faworyzowania jednego lub kilku oferentów, skutkujące niezgodnością z prawem procedury udzielenia zamówienia.

82. Nie zajmując w sposób ogólny stanowiska na temat sytuacji wspomnianych, ale nie sprecyzowanych przez rząd belgijski, wyrażam wątpliwość, czy w sprawie w postępowaniu głównym metoda oceny kryterium „jakości”, ze względu na jej bardzo podstawowy i szczególnie ogólnikowy, a wręcz nieprecyzyjny charakter, mogła być określona dopiero po otwarciu złożonych ofert.

83. Nie dostrzegam bowiem żadnej przeszkody, w szczególności o charakterze technicznym lub finansowym, dla tego, aby instytucja zamawiająca mogła podać do wiadomości oferentów metodę, ograniczając się do wskazania, że „jakość” ofert będzie oceniana w oparciu o skalę „bardzo dobra – zadowalająca – wysoka”, czy też ustalić tę metodę, najpóźniej przed otwarciem ofert, pod warunkiem że będą przestrzegane warunki, których analizy już dokonałem, czyli w szczególności iż nie ulegną zmianie kryteria udzielenia zamówienia ani ich waga.

********** Wyrok Komisja/Irlandia (C-226/09, EU:C:2010:697, pkt 57–63).

84. Uważam więc zatem, że jeżeli sporna metoda oceny w postępowaniu głównym została przyjęta po otwarciu ofert, czego weryfikacja powinna należeć do sądu odsyłającego, należałoby domniemywać, że została ona ustalona z uwzględnieniem elementów, które mogą mieć charakter dyskryminujący w stosunku do jednego lub kilku oferentów, których oferty zostały odrzucone, a obalenie tego domniemania należałoby do instytucji zamawiającej.

III – **Wnioski**

85. W świetle całości powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby na postawione przez Raad van State van België (radę stanu Belgii) pytanie prejudycjalne odpowiedział następująco:

Wykładni art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r., interpretowanego w świetle zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, należy dokonać w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do podania do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody oceny ofert mającej na celu ocenę stopnia, w jakim są spełnione kryteria zamówienia uprzednio opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, pod warunkiem że taka metoda, przyjęta po upływie terminu na złożenie ofert, ale przed ich otwarciem, a) nie zmienia kryteriów udzielenia zamówienia i stosunkowej wagi tych kryteriów, tak jak zostały one przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia, b) nie zawiera elementów, które, gdyby były znane podczas przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na to przygotowanie, c) nie została przyjęta z uwzględnieniem elementów, które mogą mieć skutek dyskryminujący wobec jednego z oferentów. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy warunki te zostały spełnione w toczącym się przed nim postępowaniu.