FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 29. juni 2010[1]

1. Domstolen skal som led i dette traktatbrudssøgsmål afklare, i hvilket omfang EU-retten finder anvendelse på en offentlig kontrakt, hvorpå de relevante direktiver udelukkende pålægger anvendelsen af visse minimumsbestemmelser. Der er her særligt tale om en kontrakt om oversættelsestjenester, hvor direktiv 2004/18/EF[2] alene fastsætter en forpligtelse til at præcisere tjenestens tekniske specifikationer, ligesom der skal offentliggøres en meddelelse om, at der er givet tilslag. Kommissionen har imidlertid anført, at de irske myndigheder i betragtning af Domstolens praksis burde have overholdt visse yderligere forpligtelser, hvis manglende overholdelse er grundlaget for denne sag.

I — Retsforskrifter

2. EU-reglerne, der i denne sag udgør de grundlæggende referencer, udgøres ud over af traktaterne af nævnte direktiv 2004/18/EF (herefter ligeledes »direktivet«).

3. Parterne er enige om, at de i denne sag omhandlede tjenesteydelser er omfattet af de i direktivets bilag II B opstillede. Oversættelsesydelserne er nemlig omfattet af »andre tjenesteydelser« i nævnte bilags kategori 27.

4. Direktivets artikel 21 med overskriften »Tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af bilag II B« bestemmer:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

5. Direktivets artikel 23 under overskriften »Tekniske specifikationer« er ikke genstand for tvisten, og dens samlede indhold kan således forbigås her. Der er tale om en bestemmelse, der er meget lang og detaljeret, og som forpligter de ordregivende retssubjekter til på offentlige kontrakter klart og præcist at definere kravene til den ønskede ydelse med henblik på at undgå, at de, der er interesseret

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

i at indgå en kontrakt med myndigheden, forskelsbehandles.

6. Direktivets artikel 35, stk. 4, fastsætter derimod betingelsen om, at ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig kontrakt, skal udfærdige en oplysende meddelelse om resultatet af proceduren. Kommissionen har ikke kritiseret Irland for at have tilsidesat denne regel.

II — De faktiske omstændigheder og den administrative procedure

7. Den 26. maj 2006 blev der i tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* offentliggjort en bekendtgørelse [3] om et udbud iværksat af Irland vedrørende udførelsen af oversættelses- og tolketjenester til fordel for kontoret, der var ansvarligt for flygtningespørgsmål.

8. I bekendtgørelsen fastsattes kategorien for de ønskede tjenesteydelser og fristen (den 9.6.2006) for at vise interesse i at deltage i udbuddet. Hvad angår tilslagsbetingelserne blev det anført, at det økonomisk mest fordelagtige bud ville blive valgt på grundlag af følgende kriterier:

1) den fremlagte dokumentations fuldstændighed

2) den erklærede evne til at opfylde kravene

3) antallet af dele [4], tjenester og sprog

4) kvalifikationer og relevant erfaring

5) pris

6) de foreslåede midlers egnethed

7) referencesteder.

9. Det præciseredes ligeledes i bekendtgørelsen, at de anførte tildelingskriterier ikke skulle anses for opstillet efter den vægt, de tillægges, med de vigtigste først.

3 — EUT 2006 S 92. Bekendtgørelsens referencenummer er 2006/S 92 098663.

4 — Bekendtgørelsen bestemte, at udbuddet var inddelt i flere dele.

10. 12 selskaber viste interesse i at deltage i udbuddet, hvoraf tre havde hjemsted uden for Irland.

11. Umiddelbart efter udløbet af fristen for at fremsætte bud modtog udbudskommissionens medlemmer et skema med angivelsen af tilslagskriteriernes relative vægt. Denne vægt svingede mellem 0% (for kriterium nr. 1 vedrørende dokumentationens fuldstændighed) og 30% (for kriterium nr. 4). Hvad angår de øvrige kriterier angav skemaet en vægt på 7% for nr. 2, 25% for nr. 3, 20% for nr. 5, 10% for nr. 6 og 8% for nr. 7.

12. I de følgende dage foretog de enkelte medlemmer af udbudskommissionen individuelt en indledende undersøgelse af de forskellige fremsatte tilbud.

13. Udbudskommissionen mødtes for første gang den 22. juni 2006. Inden undersøgelsen af de forskellige tilbud besluttede den at ændre kriteriernes vægt, hvorved den nedsatte vægten af kriterium nr. 4 til 25% (tidligere fastsat til 30%) og øgede vægten af kriterium nr. 6 til 15% (tidligere fastsat til 10%). De øvrige kriteriers vægt forblev uændret. Udbudskommissionen gik herefter over til en vurdering af buddene og tildelingen af kontrakten, hvorved den anvendte den nye, netop vedtagne vægt.

14. Kommissionen modtog en klage fra en forbigået tilbudsgiver. Efter en udveksling af oplysninger med Irland tilsendte Kommissionen den 23. oktober 2007 en åbningsskrivelse, og efter Irlands svar, der blev fundet utilstrækkelige, tilsendtes en begrundet udtalelse den 23. september 2008.

III — Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

15. Da Kommissionen ikke var tilfreds med de irske myndigheders svar på den begrundede udtalelse, besluttede den den 19. juni 2009 at anlægge denne traktatbrudssag.

16. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Irland ved under et udbud at foretage en vægtning af tildelingskriterierne efter udløbet af fristen for at afgive bud, og ved efterfølgende at ændre dem efter den indledende undersøgelse af de afgivne bud, har tilsidesat sine

forpligtelser i henhold til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet som fortolket af Domstolen.

— Irland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17. Irland har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Traktatbruddet

A — *Det pågældende udbuds retlige karakter*

18. Inden det påståede traktatbrud undersøges, er det indledningsvis nødvendigt at afklare karakteren af det udbud, de irske myndigheder har iværksat, med henblik på at fastslå, hvilke retsregler der finder anvendelse på dette.

19. Som jeg har bemærket ovenfor, er parterne enige om, at de tjenesteydelser, de irske myndigheder har givet tilslag på som led i denne sag, er omfattet af direktivets bilag II B. Følgelig var de eneste forpligtelser, direktivet udtrykkeligt pålagde, forpligtelserne vedrørende de tekniske specifikationer (direktivets artikel 23) og vedrørende meddelelsen om tilslag (artikel 35, stk. 4). Kommissionen har i den henseende imidlertid ikke foreholdt Irland nogen mangel.

20. Det er imidlertid kendt, at EU-retten vedrørende offentlige kontrakter ikke kun udgøres af konkrete bestemmelser i direktiverne på området. Særligt har Domstolens praksis altid insisteret på, at man stedse på dette område skal have den primære rets betydning for øje.

21. Det skal nemlig påpeges, at samordningen på EU-niveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter ifølge Domstolens faste praksis har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat [5].

5 — Jf. f.eks. dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 43, og af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 27.

22. Følgelig finder de af traktaten udledte regler anvendelse, når en offentlig kontrakt har grænseoverskridende interesse, også selv om denne udelukkende er potentiel [6]. Nævnte anvendelse er naturligvis et tillæg til anvendelsen af eventuelle formforskrifter, der er udtrykkeligt fastsat i gældende ret: f.eks. i det foreliggende tilfælde forpligtelserne vedrørende tekniske specifikationer og meddelelsen om, at der er sket tilslag.

23. Der er grundlæggende to forpligtelser, som følger herom af primær ret samt særligt af principperne om den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser. Myndighederne skal for det første overholde princippet om forbud mod nationalitetsbetinget forskelsbehandling og ligebehandlingsprincippet. Endvidere er myndighederne for at give mulighed for at efterprøve overholdelsen af disse principper pålagt en gennemsigtighedsforpligtelse [7].

24. Parterne synes ikke reelt at være uenige om, hvorvidt de forpligtelser, der er fremstillet i ovennævnte punkter, består, og heller ikke om, at den pågældende kontrakt var af grænseoverskridende interesse, hvilket vises såvel ved valget af at give oplysninger herom i tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* som ved, at nogle tilbudsgivere var virksomheder med hjemsted uden for Irland [8]. Uenigheden vedrører spørgsmålet, om de irske myndigheders adfærd under sagens konkrete omstændigheder har været i overensstemmelse med ovennævnte regler.

B — *Parternes argumenter*

25. Kommissionen har i sin kortfattede stævning gjort gældende, at de irske myndigheder har tilsidesat de af EU-retten følgende forpligtelser på forskellige måder, hvorved de i begge tilfælde har tilsidesat

6 — Det er ikke altid klart fastslået i Domstolens praksis, at en grænseoverskridende interesse er nødvendig; praksis indeholder dog konstateringer, der synes at forudsætte en ubetinget anvendelse af de af traktaten udledte principper: jf. f.eks. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, og kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, præmis 20. I andre afgørelser er kravet imidlertid udtrykkeligt anført: jf. f.eks. hvad angår koncessioner dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 20, og af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 34. Jf. konkret hvad angår tjenesteydelser uden førsteprioritet (med andre ord ydelser i henhold til bilag II B til direktiv 2004/18) dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 29. Kommissionen har selv i sin Fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, anerkendt det som nødvendigt, at der er en grænseoverskridende interesse (EUT 2006 C 179, s. 2, punkt 1.3).

7 — Retspraksis herom er fast: jf. f.eks. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 47-49.

8 — Kommissionen har endvidere nærmest vidtløftigt argumenteret for at godtgøre, at der foreligger en grænseoverskridende interesse i det pågældende udbud: Dette er naturligvis sket for at overholde princippet om, at kommissionen har bevisbyrden herfor. Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 32.

ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der følger af Domstolens praksis.

26. For det første er de irske myndigheders adfærd angiveligt retsstridig, fordi vægtningen af kriterierne først blev fastsat efter udløbet af fristen for at afgive bud.

27. For det andet skal det ligeledes være ulovligt at ændre denne vægtning efter at have foretaget en indledende undersøgelse af de afgivne bud.

28. Kommissionen har endvidere bemærket, at det af opfordringen til at afgive bud, som var sendt til virksomhederne, efter at meddelelsen blev offentliggjort i EU-Tidende, ikke længere fremgik, at tildelingskriterierne ikke var anført i en rækkefølge af faldende betydning, hvorfor deltagerne i udbuddet med rimelighed kunne forvente, at netop dette på dette tidspunkt var rækkefølgen for angivelsen af kriterierne. Eftersom vejningen imidlertid ikke har givet kriterierne en vægt, der svarer til deres placering på listen, har de irske myndigheder vildledt tilbudsgiverne. Kommissionen har i replikken imidlertid præciseret, at spørgsmålet om den konkrete rækkefølge for angivelsen af kriterierne ikke er grundlaget for dens søgsmål, som dermed udelukkende er støttet på de to anførte emner: afgørelsen af den relative vægt af kriterierne foretaget efter udløbet af fristen for afgivelse af bud og ændringen af denne afgørelse efter de enkelte medlemmer i udbudskommissionens indledende undersøgelse af buddene.

29. Irland har for sit vedkommende i det væsentlige anerkendt de faktiske forhold, som Kommissionen har gengivet [9], også selv om medlemsstaten har afvist, at disse forhold udgør en tilsidesættelse af EU-retten.

30. Irland har især understreget, at ændringen af kriterierne den 22. juni var minimal (en nedsættelse på 5% af vægten tillagt kriterium nr. 4 og en tilsvarende forhøjelse på 5% af vægten tillagt kriterium nr. 6) og helt utilstrækkelig til at gavne eller skade en tilbudsgiver i forhold til en anden. En retrospektiv analyse viser faktisk, at den vindende tilbudsgiver ligeledes ville have fået tilslag på kontrakten på grundlag af kriterierne med deres oprindelige vægt.

31. Eftersom der ikke er sket en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, er analysen af overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet heller ikke

9 — Irlands særlige insisteren på, at tildelingen af kriteriernes vægt blev ændret, inden udbudskommissionen begyndte undersøgelsen af buddene, rejser dog ikke tvivl om, at denne kommissions enkelte medlemmer i mellemtiden allerede *individuelt* havde foretaget en indledende undersøgelse af selve buddene. Denne omstændighed er nemlig klart godtgjort ved den dokumentation, Kommissionen har vedlagt stævningen.

nødvendig, idet Domstolens praksis har fastslået, at dette princip er rent accessorisk til det første princip.

overflødigt at undersøge overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet.

34. Irlands argumentation kan ikke tiltrædes.

C — *Bedømmelse*

35. Det er rigtigt, at gennemsigtighedsprincippet i den logik, der har inspireret retspraksis, er accessorisk i forhold til ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling. At det er accessorisk betyder imidlertid ikke, at det er underordnet med den af Irland forudsatte konsekvens. Gennemsigtighedsforpligtelsen er tværtimod nødvendig, for så vidt som *dens overholdelse giver mulighed for at fastslå, om de andre »væsentlige« forpligtelser er blevet overholdt.* Såfremt myndighederne ikke handler gennemsigtigt, bliver det vanskeligt, om ikke umuligt, at efterprøve, om de eventuelt har tilsidesat forpligtelserne til ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling.

32. Af logiske årsager og af hensyn til argumentationens klarhed begynder jeg min gennemgang af sagens retlige problemstillinger med nogle bemærkninger vedrørende gennemsigtighedsprincippet som led i offentlige kontrakter. Herefter går jeg over til en gennemgang af Kommissionens klagepunkter for endeligt at bruge lidt plads på et forhold, som jeg synes urigtigt er blevet overset af parterne.

1. Gennemsigtighedsprincippet

36. Endvidere er gennemsigtighedsforpligtelsen en indledende ufravigelig betingelse for at sikre, at alle potentielle tilbudsgivere oplyses på passende vis af udbuddet, hvorved ligebehandlingen overholdes [10].

33. Irland har som nævnt gjort gældende, at gennemsigtighedsprincippet inden for udbud er subsidiært i forhold til ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, og det, når det er fastslået, at disse to principper ikke er blevet overtrådt, følgelig efter medlemsstatens opfattelse er

37. Såfremt betingelserne fastsat i retspraksis for anvendelsen af de principper, der følger af Unionens primære ret, på offentlige

10 — Jf. Corame-dommen, nævnt i fodnote 6 ovenfor, præmis 17.

kontrakter gælder, skal det følgelig altid efterprøves, om gennemsigtighedsprincippet er overholdt. Ud fra et logisk synspunkt kan det således gøres gældende, at efterprøvelsen heraf, såfremt den skal foretages, skal gå forud for efterprøvelsen af, om ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling er overholdt.

2. Kommissionens første klagepunkt

38. Med det første klagepunkt har Kommissionen som nævnt foreholdt Irland, at vægten af de forskellige tildelingskriterier først er fastsat efter udløbet af fristen for at afgive bud. Denne sene identificering udgør en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

39. Dette klagepunkt forekommer mig af følgende årsager ikke at skulle tiltrædes.

40. For det første står det fast, at direktivet ikke krævede, at tildelingskriteriernes vægt skulle fastsættes på forhånd. Som Kommissionen faktisk selv har indrømmet i stævningen, fandt direktivets artikel 40, stk. 5, litra e), hvori denne type forpligtelse fastsættes, ikke anvendelse på den pågældende kontrakt. For at være præcis pålagde direktivet i dette tilfælde faktisk heller ikke en forudgående angivelse af tildelingskriterierne, som de irske myndigheder dog har foretaget.

41. For det andet kan en sådan forpligtelse heller ikke udledes af retspraksis. Særligt kan der analogt henvises til en afgørelse fra Domstolen, som i en sag, der fuldstændigt vedrørte udbudsdirektiverne, anerkendte, at en myndighed, som havde vejet underelementerne til et tildelingskriterium *efter* afgivelsen af buddene, men *før* åbningen af kuverterne, der indeholdt disse, havde handlet lovligt [11].

42. Det skal naturligvis spørges, om forpligtelsen til allerede i bekendtgørelsen at angive vægten af de forskellige tildelingskriterier kan anses for en naturlig følge af forpligtelsen til at overholde ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. Det forekommer mig imidlertid navnlig i betragtning af Domstolens praksis ikke, at dette kan være tilfældet.

43. I retspraksis om de kontrakter, som er omfattet af alle reglerne i de forskellige

11 — Dom af 24.11.2005, sag C-331/04, ATI EAC m.fl., Sml. I, s. 10109, præmis 32.

direktiver på området, er forpligtelsen til på forhånd at oplyse tilbudsgiverne om tildelingskriterierne blevet anset for et udtryk for ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet (det er vigtigt at erindre, at denne forpligtelse er udtrykkeligt fastsat i reglerne i disse tilfælde) [12]. I henhold til nævnte retspraksis følger der endvidere af ovennævnte principper en forpligtelse til at fortolke tildelingskriterierne ensartet under hele proceduren [13] og et forbud mod under udbuddet at ændre tildelingskriterierne [14].

44. Det er klart, at forpligtelsen i direktiv 2004/18 til på forhånd at angive tildelingskriteriernes vægt i tilfælde, der fuldstændigt er genstand for selve direktivets anvendelse, også modsvarer kravet om at sikre overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det forekommer mig dog nødvendigt at undlade automatisk at finde, at nævnte princippers rækkevidde er den samme i udbud omfattet af nævnte direktiv og i udbud, der ikke er omfattet af dette (eller som i denne sag kun delvist er omfattet heraf). Såfremt man nemlig antog, at den gennemsigtighed, der er pålagt udbud, som ikke er omfattet af direktivets anvendelse, nødvendigvis er identisk med gennemsigtigheden pålagt udbud omfattet heraf, ville man muliggøre svigagtig anvendelse af direktivet på en hel række sager, hvorom lovgiver *udtrykkeligt* har fastslået, at det ikke skulle anvendes. I et vist omfang skal direktivet nemlig gennemføre traktatens grundlæggende principper [15]: Såfremt den eneste måde til at gennemføre disse principper på inden for udbud var den i direktivet fastsatte, ville man kunne anvende dette i alle tilfælde, hvor der foreligger en grænseoverskridende interesse.

45. Generelt kan de praktiske regler for at sikre overholdelsen af traktatens principper på områder, hvor direktivet ikke eller kun delvist finder anvendelse, ikke defineres én gang for alle, men skal vurderes sag for sag [16].

46. I sagen her har de irske myndigheder offentliggjort en bekendtgørelse og har heri anført tildelingskriterierne, om end de ikke har udspecificeret deres relative vægt. Jeg finder i betragtning af overvejelserne ovenfor, at der

12 — Dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 88, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 98. Det er interessant at bemærke, at myndigheder i henhold til de direktiver, der fandt anvendelse i sagerne afgjort med nævnte domme, på forhånd kun »så vidt muligt« skulle angive vægten af tildelingskriterierne efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først (jf. artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37/EØF og artikel 27, stk. 2 i direktiv 90/531/EØF).

13 — Dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 43.

14 — Dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 93.

15 — Jf. i lighed hermed dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 33.

16 — Jf. f.eks. Telaustria-dommen, nævnt i fodnote 6 ovenfor, præmis 63, og Parking Brixen-dommen, nævnt i fodnote 7 ovenfor, præmis 50

ikke er sket en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Den ordregivende myndighed har givet flere oplysninger end pålagt ved direktivet og har ikke forskelsbehandlet de potentielle tilbudsgivere.

47. Som det nemlig er bemærket i retspraksis, er formålet med gennemsigtighedsforpligtelsen i princippet at sikre enhver potentiel tilbudsgiver et passende offentliggørelsesniveau, som giver mulighed for en effektiv åbning af konkurrencen samt en kontrol med, om tildelingsprocedurerne er upartiske [17]. I denne sag skal valget af at anvende tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* uden tvivl anses for passende til på tilstrækkelig vis at offentliggøre udbudsproceduren for tildelingen af kontrakten.

48. Hvad herefter angår princippet om forbud mod forskelsbehandling og ligebehandlingsprincippet har den omstændighed, at kriterierne først er vægtet efter afgivelsen af buddene, ikke i sig selv medført forskelsbehandling af tilbudsgiverne, som er blevet ligestillet.

17 — Jf. f.eks. Telaustria-dommen, nævnt i fodnote 6 ovenfor, præmis 62; jf. også i lighed hermed hvad angår koncessioner på tjenesteydelser, dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 25, og af 3.6.2010, sag C-203/08, Sporting Exchange, Sml. I, s. 4695, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

49. Det skal i øvrigt bemærkes, at vurderingen af Kommissionens første anbringende skulle være anderledes, såfremt den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen havde angivet tildelingskriterierne ved at opstille dem efter den vægt, de tillægges, med de vigtigste først. I et sådant tilfælde ville myndigheden have ændret kriteriernes vægt under proceduren: Som nævnt ovenfor har vægten, der er tillagt kriterierne i denne sag, ingen forbindelse med rækkefølgen for deres angivelse i bekendtgørelsen, og de vigtigste kriterier for tildelingen var angivet som nummer tre og fire.

50. Selv om Kommissionen i stævningen har anført, at listen af kriterier i bekendtgørelsen og i den senere opfordringsskrivelse var en opstilling efter den betydning, kriterierne tillægges, med de vigtigste først, modsiger forskellige forhold imidlertid denne konstatering.

51. For det første var det i bekendtgørelsen, der blev offentliggjort i EU-Tidende, udtrykkeligt anført, at rækkefølgen af kriterierne ikke afspejlede deres relative vægt.

52. For det andet var det første af de anførte kriterier kriteriet om den fremlagte dokumentations fuldstændighed. Ingen tilbudsgiver, der var en anelse opmærksom, kunne anse det for det vigtigste tildelingskriterium:

Selve dets karakter synes nemlig snarere at være en betingelse for at deltage i udbuddet end et tildelingskriterium, og det er ikke tilfældigt, at det efterfølgende er tillagt en vægt på 0% [18].

53. For det tredje synes Kommissionen i replikken om at ikke at have forladt, så i hvert fald at have omlagt sin indstilling til tildelingskriteriernes inddeling med de vigtigste først. Kommissionens valg forekommer mig helt korrekt, men det fratager samtidig det første klagepunkt dets eneste solide grundlag.

54. Følgelig finder jeg, at Kommissionens første klagepunkt må forkastes.

3. Kommissionens andet klagepunkt

55. Jeg bemærker, at Kommissionen med sit andet klagepunkt har gjort gældende, at Irland har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at ændre vægten af tildelingskriterierne efter en indledende summarisk undersøgelse af de afgivne bud.

56. De faktiske omstændigheder står fast, hvilket jeg har bemærket ovenfor, og er ikke anfægtet. Ændringen af kriteriernes vægt er rent faktisk foretaget nogle dage efter den første fastsættelse heraf. På tidspunktet for ændringen havde udbudskommissionen endnu ikke indledt sit egentlige arbejde, men medlemmerne heraf havde individuelt kunnet se de afgivne bud.

57. Det andet klagepunkt skal i modsætning til det første tiltrædes.

58. Jeg har allerede ovenfor bemærket, at det ifølge EU-retten som fortolket af Domstolen gælder, at enhver ændring af tildelingskriterierne under proceduren er uforenelig med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling [19]. Det er netop det, der er sket i denne sag.

59. Den omstændighed, at udbudskommissionen som kollegium først indledte sit arbejde efter den endelige ændring af tildelingskriterierne, rejser ikke tvivl om denne konstatering. Den effektive virkning af princippet om

18 — Jf. herom ligeledes nedenfor, punkt 64 ff.

19 — Jf. punkt 43 ovenfor.

ikke at ændre kriterierne under proceduren ville nemlig udviskes fuldstændigt, såfremt man ikke fandt, at en fase, hvorunder medlemmerne af en udbudskommission, inden denne mødtes, gennemser de af tilbudsgiverne afgivne bud, på alle måder er en del af proceduren.

60. Også den omstændighed, at den første fastsættelse af kriteriernes vægt ikke var en officiel handling, men en slags »foreløbigt forslag«, betyder ikke, at myndighedernes handling ikke er ulovlig. Det er for at sikre, at tilbudsgiverne ligebehandles, efter min opfattelse nødvendigt, at tildelingskriteriernes vægt fastsættes, *inden buddene undersøges,* også selv om det udelukkende sker individuelt af udbudskommissionens medlemmer. Vægtningen af kriterierne og vurderingen af buddene skal holdes strengt adskilt. Udbudskommissionens medlemmers eventuelle »fælles overvejelse« af de forskellige kriteriers vægt skulle, for at være lovlig, være sket inden enhver form for undersøgelse af buddene.

61. Man må også tilbagevise Irlands argumenter, som støttes på, at tilslagsmodtageren ikke ville have været en anden, uanset om de forskellige kriterier var tillagt den oprindeligt eller den senere fastsatte vægt.

62. Det skal nemlig bemærkes, at der ifølge fast retspraksis vedrørende traktatbrud ikke findes en betingelse om retlig interesse [20]. Retssagens formål er at afgøre, om EU-retten er blevet tilsidesat, ikke at undersøge følgerne af en sådan tilsidesættelse. Den omstændighed, at udbudsproceduren ville have haft det samme resultat under anvendelse af tildelingskriteriernes oprindeligt tillagte vægte, har dermed ingen betydning for vurderingen af, om traktatbruddet foreligger.

63. Følgelig har Kommissionens andet klagepunkt fornødent grundlag og skal tiltrædes.

4. Den mulige retsstridighed af at tillægge et kriterium en nulvægt

64. Det sidste punkt, det er værd at opholde sig ved, selv om parterne ikke har givet det særlig opmærksomhed, vedrører muligheden for at antage, at den omstændighed, at de irske myndigheder på tidspunktet for vægtningen af de forskellige tildelingskriterier har tillagt det ene af disse en nulvægt (0%),

20 — Jf. f.eks. dom af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 14-16 og den deri nævnte retspraksis.

er i strid med EU-retten. Jeg tænker naturligvis på kriteriet om »dokumentationens fuldstændighed«.

65. Efter min opfattelse er angivelsen af et tildelingskriterium i bekendtgørelsen og en senere fastsættelse af vægten heraf til 0%, efter udløbet af fristen for at afgive bud, på alle måder ensbetydende med en ændring af kriterierne. Det praktiske resultat svarer nemlig til det resultat, man ville opnå ved at fjerne kriteriet fra listen: Et kriterium, der er angivet i bekendtgørelsen, anvendes efterfølgende ikke til at tildele kontrakten. Med andre ord har de irske myndigheder sandsynligvis tilsidesat EU-retten ved at tillægge kriteriet om dokumentationens fuldstændighed en nulvægt.

66. Domstolen kan imidlertid ikke her afsige fældende dom for traktatbrud.

67. For det første kan man, som jeg har bemærket ovenfor, rejse spørgsmålet, om »tildelingskriteriet« om dokumentationens fuldstændighed ikke i virkeligheden skal anses for blot at være en betingelse for at deltage i udbuddet. Pr. definition er dokumentationen enten fuldstændig, dvs. opfylder kravene fastsat i udbudsbekendtgørelsen, eller den er det ikke. Det er vanskeligt at forestille sig en mellemliggende situation. Også selv om man skulle fastslå, at dokumentationens fuldstændighed ikke er et tildelingskriterium, består dog fortsat den omstændighed, at det i bekendtgørelsen blev fremlagt som et sådant, og der kan dermed alligevel være tvivl om foreneligheden med traktatens principper.

68. For det andet består imidlertid stadig den omstændighed, at Kommissionen ikke har gjort dette traktatbrud gældende. Det er nemlig ikke udtrykkeligt angivet, og det kan heller ikke fastslås, at det på nogen måde ligger implicit i påstanden, der som nævnt blot kritiserer fastsættelsen af kriteriernes vægt efter udløbet af fristen for at afgive bud og ændringen af denne vægt efter udbudskommissionens medlemmers individuelle undersøgelse af buddene. Tilsvarende har Irland ikke haft mulighed for at tage stilling til dette aspekt.

V — Forslag til afgørelse

69. Som afslutning på min analyse foreslår jeg således Domstolen at tiltræde Kommissionens andet klagepunkt. Hvad angår sagens omkostninger foreslår jeg, at Irland i henhold til artikel 69, stk. 3, i Domstolens procesreglement tilpligtes at betale halvdelen af Kommissionens omkostninger, eftersom medlemsstaten kun delvist har tabt sagen.

70. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— »Irland har, ved under et udbud at ændre tildelingskriteriernes vægt efter en indledende undersøgelse af de afgivne bud, tilsidesat sine forpligtelser i henhold til ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet.

— I øvrigt frifindes Irland.

— Irland betaler halvdelen af sagens omkostninger.

— Europa-Kommissionen bærer halvdelen af sine egne omkostninger«.