CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 29 juni 2010[1]

1. In dit beroep wegens niet-nakoming is het Hof verzocht te verduidelijken in hoeverre het recht van de Unie van toepassing is op een overheidsopdracht waarvoor de relevante richtlijnen slechts enkele minimale voorschriften bevatten. Het gaat in dit geval om een opdracht voor vertaaldiensten, waarvoor richtlijn 2004/18/EG[2] enkel bepaalt dat de technische specificaties van de dienst moeten worden aangegeven en dat moet worden aangekondigd dat een opdracht is geplaatst. De Commissie meent niettemin dat de Ierse dienst, in het licht van de rechtspraak van het Hof, enkele nadere verplichtingen in acht had moeten nemen. Dat de dienst dat niet heeft gedaan, is de aanleiding tot dit beroep.

I — Rechtskader

2. Het Europees recht dat de grondslag vormt voor deze zaak bestaat, naast de Verdragen, uit de aangehaalde richtlijn 2004/18 (hierna ook: „richtlijn").

3. Tussen partijen staat vast dat de diensten waar het in deze zaak om gaat onder de in bijlage II B bij de richtlijn vermelde diensten vallen. Vertaaldiensten vallen namelijk als „overige diensten" onder categorie 27 van deze bijlage.

4. Artikel 21 van de richtlijn, „Opdrachten voor de in bijlage II B vermelde diensten", bepaalt:

„Voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B vermelde diensten zijn alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing."

5. Artikel 23 van de richtlijn, „Technische specificaties", is niet in geding. De tekst ervan kan dus worden weggelaten. Deze lange, gedetailleerde bepaling verplicht de aanbestedende diensten duidelijk en nauwkeurig te omschrijven aan welke vereisten de gevraagde prestatie moet voldoen, om te voorkomen dat

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

de belangstellenden voor het contract met de dienst ongelijk worden behandeld.

6. Artikel 35, lid 4, van de richtlijn bepaalt daarentegen dat de aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben geplaatst, de resultaten van de procedure moeten aankondigen. De Commissie stelt evenmin dat Ierland dit voorschrift heeft geschonden.

II — Feiten en precontentieuze procedure

7. Op 16 mei 2006 heeft de Ierse regering in het *Publicatieblad van de Europese Unie* de aanbesteding voor vertaal- en tolkdiensten voor het bureau dat verantwoordelijk is voor vluchtelingenzaken aangekondigd. [3]

8. In de aankondiging werd de categorie van de verlangde diensten genoemd en een termijn gesteld (9 juni 2006) om belangstelling te tonen voor deelname aan de aanbesteding. Wat de wijze van gunning betreft, werd aangegeven dat de opdracht zou worden gegund aan de economisch voordeligste aanbieding op basis van de volgende zeven criteria:

1) volledigheid van de geleverde documentatie;

2) verklaard vermogen om aan de vereisten te voldoen;

3) aantal percelen [4], diensten en talen;

4) kwalificaties, relevante ervaring;

5) prijs;

6) geschiktheid van de voorgestelde procedures;

7) referentielocaties.

9. In de aankondiging werd bovendien vermeld dat de volgorde van de gunningscriteria niet moest worden opgevat als een rangschikking naar afnemend belang.

3 — PB S 92. Het referentienummer van de aankondiging is 2006/S 92-098663.

4 — In de aankondiging werd de aanbesteding in meerdere percelen verdeeld.

10. Twaalf bedrijven hebben belangstelling getoond om aan de aanbesteding deel te nemen, waaronder drie buiten Ierland gevestigde bedrijven.

11. Meteen na verloop van de termijn voor de indiening van offertes hebben de leden van het aanbestedingscomité een schema ontvangen waarin het relatieve gewicht voor de gunningscriteria was aangegeven. Dat gewicht schommelde tussen 0 % (voor criterium 1, de volledigheid van de documentatie) en 30 % (voor criterium 4). Aan de andere criteria kende het schema een gewicht toe van 7 % voor nr. 2, 25 % voor nr. 3, 20 % voor nr. 5, 10 % voor nr. 6 en 8 % voor nr. 7.

12. In de daaropvolgende dagen hebben de leden van het aanbestedingscomité ieder voor zich de ingediende offertes aan een eerste onderzoek onderworpen.

13. Op 22 juni 2006 is het aanbestedingscomité voor het eerst bijeengekomen. Alvorens de offertes te onderzoeken, heeft het besloten de weging van de criteria aan te passen. Het gewicht van criterium 4 (aanvankelijk 30 %) werd verlaagd tot 25 % en het gewicht van criterium 6 (aanvankelijk 10 %) verhoogd tot 15 %. Het gewicht van de andere criteria bleef onveranderd. Het aanbestedingscomité heeft vervolgens aan de hand van de zojuist goedgekeurde nieuwe weging de offertes gewaardeerd en de opdracht gegund.

14. De Commissie heeft een klacht ontvangen van een deelnemer aan wie de opdracht niet is gegund. Na een uitwisseling van informatie met Ierland heeft de Commissie op 23 oktober 2007 een aanmaningsbrief gestuurd en op 23 september 2008, volgend op de antwoorden van de Ierse regering, die zij niet bevredigend achtte, een met redenen omkleed advies.

III — Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

15. Omdat zij geen genoegen kon nemen met het antwoord van de Ierse autoriteiten op het met redenen omkleed advies, heeft de Commissie op 19 juni 2009 het onderhavige beroep wegens niet-nakoming ingesteld.

16. De Commissie verzoekt het Hof:

— te verklaren dat Ierland de krachtens de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen door de gunningscriteria van een aanbesteding na verloop van de termijn voor het indienen

van offertes een gewicht toe te kennen en dat gewicht na een eerste onderzoek van de ingediende offertes te wijzigen;

— Ierland te verwijzen in de kosten.

17. Ierland verzoekt het Hof:

— het beroep te verwerpen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

IV — De niet-nakoming

A — *De kwalificatie van de betrokken opdracht*

18. Alvorens de gestelde niet-nakoming te onderzoeken dient de aard van de door de Ierse autoriteiten aangekondigde aanbesteding te worden verduidelijkt, om te bepalen welke juridische regeling van toepassing is.

19. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, staat tussen partijen vast dat de door de Ierse dienst gegunde diensten in dit geding onder bijlage II B bij de richtlijn vallen. De enige verplichtingen die de richtlijn uitdrukkelijk oplegde, waren derhalve die in verband met de technische specificaties (artikel 23 van de richtlijn) en de aankondiging dat de opdracht is geplaatst (artikel 35, lid 4). Op die punten heeft de Commissie Ierland echter niets verweten.

20. Het is niettemin bekend dat het op overheidsopdrachten toepasselijke recht van de Unie niet enkel bestaat uit de specifieke bepalingen in de richtlijnen daarover. Met name in zijn rechtspraak heeft het Hof er steeds op gewezen dat het belang van het primaire recht op dit gebied niet uit het oog mag worden verloren.

21. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof zijn de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op het niveau van de Unie gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. [5]

5 — Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 43), en 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 27).

22. Wanneer een overheidsopdracht dus een grensoverschrijdend belang vertoont, ook al is dat enkel potentieel, moeten de voorschriften die uit het Verdrag kunnen worden afgeleid, worden toegepast. [6] Deze voorschriften komen vanzelfsprekend naast de eventuele vormvereisten die uitdrukkelijk zijn voorzien in de toepasselijke wetgeving: in het onderhavige geval bijvoorbeeld de verplichtingen in verband met de technische specificaties en de aankondiging dat de opdracht is geplaatst.

23. Uit het primair recht, en met name de beginselen van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, vloeien in wezen twee verplichtingen voort. Enerzijds moeten de diensten de beginselen van non-discriminatie op grond van nationaliteit en gelijke behandeling in acht nemen. Anderzijds heeft de dienst een transparantieverplichting, zodat kan worden nagegaan of hij deze beginselen in acht neemt. [7]

24. Partijen lijken niet werkelijk van mening te verschillen over het bestaan van de in de vorige punten beschreven verplichtingen en evenmin over het feit dat de litigieuze aanbesteding van grensoverschrijdend belang was. Dat blijkt zowel uit de keuze om haar in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend te maken als uit het feit dat enkele deelnemende ondernemingen niet gevestigd waren in Ierland. [8] Wat partijen verdeeld houdt, is of de Ierse dienst in de omstandigheden van het geval de hierboven genoemde regels in acht heeft genomen.

B — *Argumenten van partijen*

25. De Commissie stelt in haar korte beroepschrift dat de Ierse dienst de krachtens het recht van de Unie op hem rustende verplichtingen in twee opzichten heeft geschonden, en in beide gevallen de krachtens de rechtspraak van het Hof op hem rustende

6 — Dat een grensoverschrijdend belang vereist is, blijkt niet altijd duidelijk uit de rechtspraak van het Hof. Sommige vaststellingen daarin lijken te impliceren dat de beginselen die uit het Verdrag kunnen worden afgeleid, onvoorwaardelijk van toepassing zijn: zie bijvoorbeeld arrest van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60), en beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punt 20). In andere uitspraken wordt het vereiste wel uitdrukkelijk genoemd: zie bijvoorbeeld met betrekking tot concessies arresten van 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 20), en 13 april 2010, Wall (C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 34). Zie inzonderheid over de diensten van niet-prioritair belang (met andere woorden, de diensten uit bijlage II B bij richtlijn 2004/18) arrest Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 5, punt 29. De Commissie heeft in haar interpretatieve mededeling over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zelf erkend dat een grensoverschrijdend belang vereist is (PB 2006 C 179, blz. 2, punt 1.3).

7 — Zie voor de vaste rechtspraak op dit punt bijvoorbeeld arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 47-49).

8 — De Commissie heeft bovendien vrij uitvoerig betoogd dat de betrokken aanbesteding van grensoverschrijdend belang was, dit natuurlijk omdat de bewijslast op dit punt op haar rust. Zie arrest Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 5, punt 32.

beginselen van gelijke behandeling en transparantie heeft geschonden.

26. In de eerste plaats zou de handelwijze van de Ierse autoriteiten onrechtmatig zijn doordat de criteria voor de gunning van de opdracht pas na verloop van de termijn voor de indiening van offertes zijn gewogen.

27. In de tweede plaats zou het ook onrechtmatig zijn deze weging na een eerste onderzoek van de ingediende offertes te wijzigen.

28. De Commissie merkt bovendien op dat in de uitnodiging tot inschrijving die na de aankondiging in het Publicatieblad aan de ondernemingen werd gestuurd, niet langer werd vermeld dat de criteria niet waren opgesomd in afnemende volgorde van belangrijkheid, zodat de deelnemers aan de aanbesteding er redelijkerwijs van uit konden gaan dat de criteria nu inderdaad in deze volgorde waren opgesomd. Omdat aan de criteria niet een gewicht was toegekend dat overeenkwam met hun plaats in de lijst, zouden de Ierse autoriteiten de deelnemers hebben misleid. In haar repliek heeft de Commissie evenwel verduidelijkt dat de kwestie van de volgorde waarin de criteria waren opgesomd niet de grondslag van haar beroep vormt. Dat is derhalve slechts op de twee aangegeven grieven gegrond: vaststelling van het relatieve gewicht van de criteria na verloop van de termijn voor het indienen van offertes en wijziging van deze weging na een eerste onderzoek van de offertes door de individuele leden van het aanbestedingscomité.

29. Ierland van zijn kant erkent in wezen de door de Commissie gereconstrueerde feiten [9], zij het dat het ontkent dat deze een schending van het recht van de Unie vormen.

30. De Ierse regering onderstreept met name dat de op 22 juni aangebrachte wijziging van de criteria gering is (een verlaging van 5 % van het gewicht van criterium 4 en een verhoging van 5 % van het gewicht van criterium 6), hetgeen volstrekt niet volstaat om een deelnemer te bevoor- of benadelen ten opzichte van een andere. Achteraf kan inderdaad worden vastgesteld dat de winnende deelnemer de opdracht ook zou hebben gekregen op basis van de criteria zoals aanvankelijk gewogen.

31. Aangezien het beginsel van gelijke behandeling van de deelnemers derhalve niet geschonden is, is een onderzoek of het transparantiebeginsel in acht is genomen niet eens

9 — Dat de Ierse regering er in het bijzonder in volhardt dat het aan de criteria toegekende gewicht is gewijzigd *voordat* het aanbestedingscomité is begonnen met het onderzoek van de offertes doet er echter niet aan af dat de individuele leden van dat comité ondertussen al *ieder voor zich* een eerste onderzoek van de offertes hadden verricht. Deze omstandigheid blijkt duidelijk uit de documentatie die de Commissie aan haar beroepschrift heeft gehecht.

noodzakelijk, omdat dat tweede beginsel in de rechtspraak van het Hof gezien wordt als zuiver accessoir aan het eerste.

C — *Beoordeling*

32. Omwille van de logica en de duidelijkheid van mijn betoog begin ik mijn onderzoek van de juridische aspecten van de zaak met enkele opmerkingen over het transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten. Vervolgens zal ik de twee grieven van de Commissie onderzoeken en tot slot kort aandacht besteden aan een aspect dat door de partijen mijns inziens ten onrechte is genegeerd.

1. Het transparantiebeginsel

33. Ierland stelt, zoals gezegd, dat het transparantiebeginsel bij aanbestedingen ondergeschikt is aan de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. Zijns inziens is het overbodig het transparantiebeginsel te onderzoeken als eenmaal is vastgesteld dat deze twee beginselen niet zijn geschonden.

34. Het betoog van Ierland kan niet slagen.

35. Weliswaar heeft het transparantiebeginsel in de redenering die ten grondslag ligt aan de vaste rechtspraak op dit punt een accessoire functie ten opzichte van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, maar deze accessoire status betekent niet dat het ondergeschikt is, met het gevolg dat de Ierse regering eraan toekent. Integendeel, de transparantieverplichting is accessoir in de zin dat *door middel van de inachtneming ervan kan worden gecontroleerd of de andere twee „hoofd"-verplichtingen in acht zijn genomen.* Als de dienst niet transparant te werk gaat, wordt het moeilijk, zo niet onmogelijk na te gaan of hij mogelijk de verplichtingen van gelijke behandeling en non-discriminatie heeft geschonden.

36. Bovendien is de inachtneming van de transparantieplicht een conditio sine qua non om te waarborgen dat alle potentiële inschrijvers adequaat geïnformeerd worden over de opdracht, zodat zij gelijk behandeld worden. [10]

37. Als de in de rechtspraak neergelegde voorwaarden voor de toepassing van de beginselen die voortvloeien uit het primair

10 — Zie arrest Coname, aangehaald in voetnoot 6, punt 17.

recht van de Unie verenigd zijn, moet dus steeds worden nagegaan of het transparantiebeginsel in acht is genomen. Vanuit logisch oogpunt zou de controle daarvan dus eerder *vooraf* moeten gaan aan die van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

2. De eerste grief van de Commissie

38. Met haar eerste grief verwijt de Commissie Ierland, zoals gezegd, het gewicht van de verschillende gunningscriteria pas na verloop van de termijn voor het indienen van offertes te hebben vastgesteld. Door deze criteria zo laat vast te stellen, heeft het de beginselen van gelijke behandeling en transparantie geschonden.

39. Deze eerste grief kan volgens mij niet slagen, en wel om de volgende redenen.

40. In de eerste plaats is het duidelijk dat de richtlijn niet voorschreef vooraf het gewicht van de gunningscriteria aan te geven. Zoals de Commissie in haar beroepschrift inderdaad zelf erkent, was artikel 40, lid 5, sub e, van de richtlijn, dat een dergelijke plicht bevat, niet van toepassing op deze opdracht. Om precies te zijn schreef de richtlijn in dit geval niet eens voor dat de gunningscriteria vooraf moesten worden aangegeven, wat de Ierse autoriteiten wel hebben gedaan.

41. In de tweede plaats kan een dergelijke plicht evenmin uit de rechtspraak worden afgeleid. Naar analogie kan met name een uitspraak van het Hof worden genoemd, in een zaak die volledig onder de werkingssfeer van de richtlijnen over overheidsopdrachten viel, waarin het Hof heeft erkend dat de handelwijze van een dienst die de onderdelen van een gunningscriterium *na* de indiening van de offertes, maar *voor* de opening van de enveloppen met de offertes had gewogen, rechtmatig was. [11]

42. Natuurlijk moeten we ons afvragen of de plicht om al in de aankondiging het gewicht van de gunningscriteria aan te geven, gezien kan worden als een logisch voortvloeisel van de plicht de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie in acht te nemen. Dat lijkt mij echter niet het geval, vooral in het licht van de rechtspraak van het Hof.

43. In de rechtspraak over aanbestedingen waarop de gehele regeling van de betrokken

11 — Arrest van 24 november 2005, ATI EAC e.a. (C-331/04, Jurispr. blz. I-10109, punt 32).

richtlijnen van toepassing is, wordt de plicht om de deelnemers vooraf op de hoogte te stellen van de gunningscriteria (een plicht die voor deze gevallen uitdrukkelijk is voorzien in de regeling) gezien als een uitdrukking van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. [12] Volgens deze rechtspraak vloeien uit deze beginselen bovendien de plicht voort om de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen [13] en het verbod de gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure te wijzigen [14].

44. Het is duidelijk dat de plicht in richtlijn 2004/18 om vooraf het gewicht van de gunningscriteria aan te geven bij de aanbestedingen waarop de richtlijn in zijn geheel van toepassing is, eveneens beantwoordt aan het vereiste te garanderen dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Niettemin mag er mijns inziens niet automatisch van uit worden gegaan dat de strekking van beide beginselen bij de aanbestedingen waarop de richtlijn van toepassing is, hetzelfde is als bij de aanbestedingen waarop de richtlijn niet (of, zoals hier, slechts gedeeltelijk) van toepassing is. Als de transparantieplicht bij de aanbestedingen waarop de richtlijn niet van toepassing is noodzakelijkerwijs hetzelfde was als bij de aanbestedingen waarop de richtlijn wel van toepassing is, zou de deur worden geopend voor de heimelijke toepassing van de richtlijn op een hele serie casusposities die de wetgever *uitdrukkelijk* heeft willen uitsluiten. In zekere zin heeft de hele richtlijn de functie uitvoering te geven aan de fundamentele beginselen van het Verdrag [15]: als aan deze beginselen bij aanbestedingen enkel op de in de richtlijn neergelegde wijze uitvoering kon worden gegeven, zou er geen andere mogelijkheid overblijven dan de richtlijn in alle gevallen van grensoverschrijdend belang toe te passen.

45. In het algemeen kunnen de middelen om te garanderen dat de beginselen uit het Verdrag bij de niet-toepassing of gedeeltelijke toepassing van de richtlijn in de praktijk in acht worden genomen, niet voor eens en altijd worden vastgelegd, maar moeten zij van geval tot geval worden beoordeeld. [16]

46. In het onderhavige geval heeft de Ierse dienst een aankondiging gepubliceerd waarin hij de gunningscriteria heeft aangegeven, zij het zonder het relatieve gewicht. Gelet op de overwegingen in de voorgaande punten zijn

12 — Arresten van 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 88), en 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 98). Het is interessant dat in de richtlijnen die van toepassing waren in de zaken waarin de aangehaalde arresten zijn gewezen, aan de dienst werd gevraagd vooraf het gewicht van de gunningscriteria aan te geven, en ze enkel „zo mogelijk" op te sommen in de volgorde van het belang dat eraan werd gehecht (zie artikel 30, lid 2, van richtlijn 93/37/EEG en artikel 27, lid 2, van richtlijn 90/531/EEG).

13 — Arrest van 18 oktober 2001, SIAC Construction (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 43).

14 — Arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 93).

15 — Zie naar analogie arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33).

16 — Zie bijvoorbeeld arresten Telaustria en Telefonadress, aangehaald in voetnoot 6, punt 63, en Parking Brixen, aangehaald in voetnoot 7, punt 50.

het verbod van discriminatie en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie volgens mij niet geschonden. De aanbestedende dienst heeft meer informatie gegeven dan de richtlijn voorschreef en heeft de potentiële deelnemers niet ongelijk behandeld.

47. Zoals immers blijkt uit de rechtspraak strekt de transparantieplicht er in beginsel niet alleen toe een controle van de onpartijdigheid van de gunningsprocedure mogelijk te maken, maar ook om alle potentiële deelnemers een adequaat publiciteitsniveau te garanderen, zodat de opdracht daadwerkelijk voor mededinging wordt opengesteld. [17] In dit geval moet de publicatie van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* zonder twijfel afdoende worden geacht om de mededingingsprocedure voor de gunning van de opdracht bekend te maken.

48. Wat de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling betreft, heeft de omstandigheid dat de criteria pas na de indiening van de offertes zijn gewogen op zich niet geleid tot enig verschil in behandeling van de inschrijvers, die op één lijn zijn gesteld.

17 — Zie bijvoorbeeld arrest Telaustria en Telefonadress, aangehaald in voetnoot 6, punt 62; zie ook naar analogie, over concessie van diensten, arresten van 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 25), en 3 juni 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Jurispr. blz. I-4695, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49. Daarnaast verdient vermelding dat de beoordeling van de eerste grief van de Commissie anders zou moeten zijn als de aanbestedende dienst in de aankondiging de gunningscriteria in volgorde van afnemend gewicht had opgesomd. In dat geval zou de dienst het gewicht van de criteria gedurende de procedure gewijzigd hebben: zoals hierboven uiteengezet, is er hier echter geen enkel verband tussen het aan de criteria toegekende gewicht en de volgorde op de lijst in de aankondiging, en waren de als derde en vierde genoemde criteria de belangrijkste voor de gunning.

50. Hoewel de Commissie in haar beroepschrift suggereerde dat de lijst met criteria in de aankondiging en de daaropvolgende uitnodiging per brief zo was opgesteld dat zij in volgorde van afnemend gewicht waren aangegeven, wordt deze stelling door verschillende elementen weersproken.

51. In de eerste plaats was in de aankondiging in het Publicatieblad uitdrukkelijk aangegeven dat de volgorde van de criteria niet hun relatieve gewicht weerspiegelde.

52. In de tweede plaats was het eerste criterium in de lijst de volledigheid van de geleverde documentatie. Geen enkele ook maar enigszins redelijk denkende deelnemer had dat kunnen opvatten als het belangrijkste

gunningscriterium: uit de aard der zaak lijkt dat eerder een voorwaarde voor toelating tot de aanbesteding dan een gunningscriterium, en niet toevallig is er naderhand een gewicht van 0 % aan toegekend. [18]

53. In de derde plaats lijkt de Commissie het standpunt dat de gunningscriteria in volgorde van afnemend belang waren opgesomd in haar memorie van repliek zo niet te hebben opgegeven, dan toch herzien. Dat lijkt mij een juiste keuze van de Commissie, maar daardoor wordt de enig mogelijke solide pijler onder haar eerste grief weggeslagen.

54. Ik ben derhalve van mening dat de eerste grief van de Commissie moet worden verworpen.

3. De tweede grief van de Commissie

55. Met haar tweede grief stelt de Commissie dat Ierland de beginselen van gelijke behandeling en transparantie heeft geschonden door de weging van de gunningscriteria na een eerste summier onderzoek van de ingediende offertes te wijzigen.

56. De feiten, zoals ik hierboven heb opgemerkt, zijn erkend en onbetwist. Het gewicht van de criteria is daadwerkelijk enkele dagen na de eerste vaststelling ervan gewijzigd. Ten tijde van de wijziging had het aanbestedingscomité zijn werkzaamheden nog niet opgenomen, maar de leden hadden ieder voor zich de ingediende offertes kunnen inzien.

57. Anders dan de eerste dient de tweede grief te worden aanvaard.

58. Hierboven heb ik er al op gewezen dat elke wijziging van de gunningscriteria gedurende de procedure in het recht van de Unie, zoals uitgelegd door het Hof, wordt beschouwd als onverenigbaar met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. [19] Dat is precies wat in dit geval is gebeurd.

59. Dat het aanbestedingscomité pas na de laatste wijziging van de gunningscriteria met zijn werkzaamheden als college is begonnen, doet daaraan niet af. Het nuttig effect van het beginsel dat meebrengt dat de criteria

18 — Zie daartoe ook punten 64 e.v. hierna.

19 — Zie hierboven punt 43.

gedurende de procedure niet gewijzigd mogen worden, zou namelijk volledig teniet worden gedaan als een fase voorafgaand aan de bijeenkomst van het aanbestedingscomité, waarin de leden daarvan de door de deelnemers ingediende offertes inzien, niet in alle opzichten als onderdeel van de procedure zou worden beschouwd.

60. Ook het feit dat de eerste vaststelling van het gewicht van de criteria geen officiële handeling was, maar enkel een soort „preliminair voorstel", neemt niet weg dat de handelwijze van de dienst onrechtmatig was. Mijns inziens is het voor de gelijke behandeling van de deelnemers namelijk onontbeerlijk dat het gewicht van de gunningscriteria wordt bepaald *voordat de offertes worden onderzocht*, ook al is dat enkel op persoonlijke titel door de leden van het aanbestedingscomité. De weging van de criteria enerzijds en de beoordeling van de offertes anderzijds moeten strikt gescheiden blijven. Een eventuele „gemeenschappelijke reflectie" van de leden van het aanbestedingscomité over het gewicht dat aan de verschillende criteria moet worden toegekend zou, om rechtmatig te zijn, vóór elk onderzoek van de offertes moeten plaatsvinden.

61. Ook de argumenten van de Ierse regering gebaseerd op het feit dat de winnaar van de aanbesteding niet anders zou zijn geweest als aan de criteria het oorspronkelijk vastgestelde gewicht zou zijn toegekend in plaats van dat na de wijziging, moeten worden verworpen.

62. Volgens vaste rechtspraak is procesbelang bij een beroep wegens niet-nakoming immers geen voorwaarde. [20] Het doel van de procedure is vast te stellen of het recht van de Unie is geschonden, en niet de gevolgen te onderzoeken die uit een dergelijke schending voortvloeien. Dat de procedure hetzelfde resultaat zou hebben gehad als aan de criteria het oorspronkelijk vastgestelde gewicht zou zijn toegekend, heeft dus geen enkel gevolg voor de beoordeling of het beroep wegens niet-nakoming gegrond is.

63. De tweede grief van de Commissie is dus gegrond en dient te worden aanvaard.

4. De mogelijke onrechtmatigheid van de toekenning van een gewicht van nul aan een criterium

64. Een laatste punt waarbij ik graag wil stilstaan — hoewel partijen er geen aandacht aan hebben besteed — is de vraag of het mogelijk in strijd met het recht van de Unie is dat de Ierse dienst bij het wegen van de gunningscriteria aan een van de criteria een gewicht van

20 — Zie bijvoorbeeld arrest van 2 juni 2005, Commissie/Griekenland (C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punten 14-16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

nul (0 %) heeft toegekend. Ik doel natuurlijk op het criterium van de „volledigheid van de geleverde documentatie".

65. In de aankondiging een gunningscriterium opnemen en daaraan na verloop van de termijn voor het indienen van offertes een gewicht van 0 % toekennen, is volgens mij niets minder dan de criteria wijzigen. Het resultaat is immers in de praktijk gelijk aan het schrappen van een criterium van de lijst: een criterium dat in de aankondiging is opgenomen, wordt vervolgens niet gebruikt om de opdracht te plaatsen. Met andere woorden, de Ierse autoriteiten hebben waarschijnlijk het recht van de Unie geschonden door een gewicht van nul toe te kennen aan het criterium van de volledigheid van de documentatie.

66. Het Hof kan deze niet-nakoming in dit geval echter niet vaststellen.

67. In de eerste plaats is het, zoals ik hierboven heb opgemerkt, de vraag of het „gunningscriterium" van de volledigheid van de documentatie in werkelijkheid niet moet worden opgevat als een voorwaarde voor toelating tot de aanbesteding. De documentatie is per definitie volledig, dat wil zeggen voldoet aan de in de aankondiging genoemde voorwaarden, of niet. Een tussenoplossing is moeilijk voorstelbaar. Ook als we het standpunt innemen dat de volledigheid van de documentatie geen gunningscriterium is, is het in de aankondiging wel als zodanig gepresenteerd. Er zouden dus hoe dan ook twijfels kunnen rijzen over de verenigbaarheid met de beginselen van het Verdrag.

68. In de tweede plaats wordt deze niet-nakoming door de Commissie niet gesteld. Ze wordt immers niet uitdrukkelijk genoemd, noch kan ze op welke wijze dan ook worden opgevat als impliciet in de vordering. Daarin wordt enkel kritiek geuit op de vaststelling van het gewicht van de criteria na verloop van de termijn voor het indienen van offertes en de wijziging van dat gewicht na het onderzoek van de offertes door de individuele leden van het aanbestedingscomité. De Ierse regering heeft dus geen gelegenheid gehad zich over dit aspect uit te spreken.

V — Conclusie

69. Derhalve geef ik het Hof in overweging de tweede van de door de Commissie aangevoerde grieven gegrond te verklaren. Nu Ierland slechts gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld, geef ik het Hof in overweging haar krachtens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in de helft van de kosten van de Commissie te verwijzen.

70. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Door het aan de criteria voor de gunning van een opdracht toegekende gewicht na een eerste onderzoek van de ingediende offertes te wijzigen, is Ierland de krachtens de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Ierland wordt verwezen in de helft van de kosten.

4) De Commissie draagt de helft van haar eigen kosten."