FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 29 juni 2010[1]

1. Inom ramen för förevarande talan om fördragsbrott ska domstolen klargöra i vilken utsträckning unionsrätten är tillämplig på en offentlig upphandling, för vilken de relevanta direktiven fastställer att endast några ytterst begränsade bestämmelser ska tillämpas. Det är närmare bestämt fråga om en upphandling av översättningstjänster, för vilka det i direktiv 2004/18/EG[2] endast föreskrivs en skyldighet att precisera de tekniska specifikationerna för tjänsten och att offentliggöra ett meddelande om att upphandlingen avslutats. Kommissionen anser likväl att den irländska myndigheten, mot bakgrund av domstolens praxis, borde ha uppfyllt ytterligare några skyldigheter, och det är åsidosättandet av dessa som har gett upphov till förevarande talan.

I — Tillämpliga bestämmelser

2. Den unionslagstiftning som utgör den huvudsakliga referensramen i förevarande mål består, förutom av fördragen, av ovannämnda direktiv 2004/18/EG (nedan kallat direktivet).

3. Det är ostridigt mellan parterna att de tjänster som det är fråga om i förevarande mål omfattas av bilaga II B till direktivet. Översättningstjänster ingår, i egenskap av ”övriga tjänster”, i kategori 27 i nämnda bilaga.

4. I artikel 21 i direktivet, som har rubriken ”Tjänstekontrakt förtecknade i bilaga II B”, föreskrivs följande:

”Tilldelning av kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artiklarna 23 och 35.4.”

5. Artikel 23 i direktivet, som har rubriken ”Tekniska specifikationer”, är inte föremål för tvist och dess fullständiga lydelse behöver således inte återges här. Det är fråga om en mycket lång och detaljerad bestämmelse, som ålägger dem som tilldelar offentliga kontrakt att fastställa klara och precisa krav på den efterfrågade tjänsten, i syfte att undvika

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

att de som är intresserade av att ingå avtal med myndigheten behandlas olika.

6. I artikel 35.4 i direktivet föreskrivs däremot en skyldighet för upphandlande myndigheter som har tilldelat ett offentligt kontrakt att upprätta ett meddelande om upphandlingsresultatet. Kommissionen har inte heller påstått att Irland har överträtt denna bestämmelse.

II — Bakgrund och administrativt förfarande

7. Den 16 maj 2006 publicerades i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* ett meddelande [3] angående ett upphandlingsförfarande som inletts av den irländska regeringen. Upphandlingen avsåg tillhandahållandet av översättnings- och tolkningstjänster åt det organ som är ansvarigt för flyktingfrågor.

8. I meddelandet angavs kategorin för de efterfrågade tjänsterna och det sista datum (den 9 juni 2006) som gällde för att anmäla intresse för att delta i upphandlingsförfarandet. Vad beträffar tilldelningskriterierna angavs att man skulle anta det anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt, enligt följande sju kriterier:

1) de insända handlingarnas fullständighet,

2) uppgiven förmåga att uppfylla kraven,

3) antalet delar som anbudet avsåg [4] samt antalet tjänster och språk,

4) meriter, relevant erfarenhet,

5) pris,

6) lämpligheten i de föreslagna tillvägagångssätten,

7) platserna för tillhandahållandet.

9. I meddelandet angavs dessutom att de angivna tilldelningskriterierna inte skulle uppfattas vara angivna i prioritetsordning.

3 — EUT 16, 16.5.2006, s. 92. Meddelandets referensnummer är 2006/S 92-098663.

4 — I meddelandet angavs att upphandlingen omfattade flera olika delar.

10. Tolv företag, varav tre med säte utanför Irland, visade intresse för att delta i upphandlingen.

11. Strax efter det att tidsfristen för att lämna anbud hade löpt ut, erhöll ledamöterna i upphandlingskommittén ett förslag avseende den relativa viktning som skulle göras av tilldelningskriterierna. Denna viktning varierade mellan 0 procent (för kriterium nr 1, avseende handlingarnas fullständighet) och 30 procent (för kriterium nr 4). Beträffande de övriga kriterierna angavs i förslaget en viktning om 7 procent för nr 2, 25 procent för nr 3, 20 procent för nr 5, 10 procent för nr 6 och 8 procent för nr 7.

12. Under dagarna därefter gjorde varje ledamot i upphandlingskommittén en egen inledande granskning av de olika anbuden som lämnats in.

13. Upphandlingskommittén höll sitt första möte den 22 juni 2006. Innan de olika anbuden granskades, beslutade upphandlingskommittén att ändra viktningen genom att minska viktningen av kriterium nr 4 till 25 procent (tidigare värderat till 30 procent) och öka viktningen av kriterium nr 6 till 15 procent (tidigare värderat till 10 procent). Viktningen av de övriga kriterierna behölls. Upphandlingskommittén övergick därefter till att bedöma anbuden och tilldela kontraktet, med användande av den nya viktning som just hade fastställts.

14. Kommissionen har tagit emot ett klagomål från en anbudsgivare som inte vunnit upphandlingen. Efter informationsutbyte med Irland skickade kommissionen den 23 oktober 2007 en formell underrättelse och, med anledning av den irländska regeringens svar som inte ansågs vara tillfredsställande, ett motiverat yttrande den 23 september 2008.

III — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

15. Kommissionen ansåg inte att det svar på det motiverade yttrandet som den mottog av de irländska myndigheterna var tillfredsställande och väckte förevarande talan om fördragsbrott den 19 juni 2009.

16. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— fastställa att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt principerna om likabehandling och insyn, såsom de har tolkats av domstolen, genom att vikta tilldelningskriterierna för ett kontrakt efter det att tidsfristen för att lämna

anbud hade löpt ut och även genom att ändra denna viktning efter en inledande granskning av inkomna anbud, och

— förplikta Irland att ersätta rättegångskostnaderna.

17. Irland har yrkat att domstolen ska

— ogilla talan, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Fördragsbrottet

A — *Den aktuella upphandlingens rättsliga beskaffenhet*

18. Innan det påstådda fördragsbrottet prövas är det nödvändigt att inledningsvis klargöra arten av den upphandling som utlysts av de irländska myndigheterna, för att fastställa vilka rättsregler som är tillämpliga på upphandlingen.

19. Som jag påpekat ovan, är det ostridigt mellan parterna att de tjänster som tilldelats av de irländska myndigheterna inom ramen för förevarande tvist ingår i bilaga II B till direktivet. De enda skyldigheter som uttryckligen föreskrivs i direktivet är följaktligen de som avser tekniska specifikationer (artikel 23 i direktivet) och meddelandet om upphandlade kontrakt (artikel 35.4). Kommissionen har emellertid inte framfört någon invändning mot Irland i dessa avseenden.

20. Som bekant utgörs dock den unionsrätt som är tillämplig på offentliga upphandlingar inte endast av de specifika bestämmelser som finns i upphandlingsdirektiven. I synnerhet har domstolen i sin rättspraxis alltid erinrat om primärrättens betydelse på detta område.

21. Samordningen på unionsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar nämligen, enligt domstolens fasta praxis, till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således till att skydda intressena hos de näringsidkare i en medlemsstat som önskar erbjuda varor eller tjänster till upphandlande myndigheter i en annan medlemsstat. [5]

5 — Se exempelvis dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI (REG 2002, s. I-5553), punkt 43, och av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkt 27.

22. Om en offentlig upphandling har ett gränsöverskridande intresse – även om intresset endast är potentiellt – är följaktligen reglerna i fördraget tillämpliga. [6] Utöver dessa regler måste förstås även eventuella formaliteter som uttryckligen föreskrivs i den tillämpliga lagstiftningen iakttas. Det rör sig exempelvis, såsom i förevarande mål, om de skyldigheter som avser tekniska specifikationer och meddelandet om upphandlade kontrakt.

23. Det är härvid i huvudsak fråga om två skyldigheter som följer av primärrätten, och då i synnerhet av principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. För det första måste myndigheterna iaktta principerna om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om likabehandling. För det andra måste myndigheterna uppfylla skyldigheten att lämna insyn, för att göra det möjligt att kontrollera efterlevnaden av dessa principer. [7]

24. Det förefaller inte finnas någon egentlig oenighet mellan parterna vad beträffar förekomsten av de skyldigheter som nämnts i föregående stycken, och inte heller angående den omständigheten att den aktuella upphandlingen hade ett gränsöverskridande intresse, vilket framgår såväl av valet att informera om den i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* som av den omständigheten att några av konkurrenterna var företag som inte var etablerade i Irland. [8] Det som parterna tvistar om är huruvida den irländska myndighetens agerande, med hänsyn till omständigheterna i målet, är förenligt med ovan nämnda regler.

B — *Parternas argument*

25. Kommissionen har i sin kortfattade ansökan gjort gällande att den irländska myndigheten i två avseenden har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt unionsrätten – i båda fallen genom att åsidosätta principerna

6 — Kravet på ett gränsöverskridande intresse nämns inte alltid uttryckligen i domstolens praxis, som ibland innehåller uttalanden som förefaller innebära en ovillkorlig tillämpning av principerna i fördraget: jämför exempelvis dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkt 60, och beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard (REG 2001, s. I-9505), punkt 20. I andra avgöranden har dock kravet angetts uttryckligen: jämför exempelvis, i fråga om koncessioner, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005), s. I-7287, punkt 20, och av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall (REU 2010, s. I-2815), punkt 34. Se särskilt, beträffande tjänster med ett oprioriterat intresse (med andra ord sådana som anges i bilaga II B till direktiv 2004/18), domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 5), punkt 29. Kommissionen har medgett att det finns ett krav på ett gränsöverskridande intresse i dess tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT 1.8.2006, C 179, s. 2), punkt 1.3.

7 — Rättspraxis är fast i detta avseende: se exempelvis dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkterna 47–49.

8 — Kommissionen har för övrigt argumenterat ganska utförligt i syfte att visa förekomsten av ett gränsöverskridande intresse för den aktuella upphandlingen. Detta har uppenbarligen gjorts för att iaktta principen om att kommissionen har bevisbördan i denna del. Jämför domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 5), punkt 32.

om likabehandling och insyn, som fastställts i domstolens praxis.

26. För det första är de irländska myndigheternas agerande otillåtet på grund av att viktningen av tilldelningskriterierna gjordes först efter det att tidsfristen för att lämna anbud hade löpt ut.

27. För det andra är det otillåtet att ändra denna viktning efter att ha gjort en inledande granskning av inkomna anbud.

28. Kommissionen har vidare påpekat att informationen om att tilldelningskriterierna inte stod angivna i prioritetsordning inte längre fanns kvar i inbjudan att inkomma med anbud, som riktade sig till företagen, efter det att meddelandet publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning*. Deltagarna i upphandlingen kunde därför rimligen förvänta sig att det nu var denna rangordning av kriterierna som gällde. Eftersom kriteriernas placering i förteckningen inte överensstämde med viktningen av dem, vilseleddes anbudsgivarna av de irländska myndigheterna. Kommissionen har dock vid skriftväxlingen anfört att frågan om den särskilda ordning som kriterierna angetts i inte utgör grunden för dess talan, som således grundas endast på de två ovan nämnda aspekterna: fastställandet av den relativa viktningen av kriterierna efter det att tidsfristen för att lämna anbud löpt ut och ändringen av vad som hade fastställts efter det att en inledande granskning av anbuden gjorts av varje ledamot i upphandlingskommittén.

29. Irland har i princip medgett de faktiska omständigheter som kommissionen redogjort för, [9] men har bestritt att dessa utgör en överträdelse av unionsrätten.

30. Den irländska regeringen har särskilt framhållit att den ändring som gjordes avseende kriterierna den 22 juni var ytterst liten (en minskning med 5 procent av viktningen av kriterium nr 4 och en motsvarande ökning med 5 procent av viktningen av kriterium nr 6) och således inte kunde gynna eller missgynna en konkurrent i förhållande till en annan. En efterhandsanalys visar faktiskt att den vinnande anbudsgivaren skulle ha fått kontraktet även på grundval av den ursprungliga viktningen av kriterierna.

31. Eftersom principen om likabehandling av anbudsgivarna följaktligen inte har åsidosatts, är det enligt den irländska regeringen inte heller nödvändigt att pröva huruvida principen

9 — Den irländska regeringen har särskilt insisterat på den omständigheten att viktningen av kriterierna ändrades *före* det att upphandlingskommittén påbörjade granskningen av anbuden. Det råder dock inget tvivel om att de enskilda ledamöterna i denna kommitté dessförinnan redan hade gjort en *egen* inledande granskning av samma anbud. Detta förhållande framgår nämligen klart av de handlingar som kommissionen bifogat sin ansökan.

om insyn har iakttagits. Enligt domstolens praxis är nämligen den sistnämnda principen endast accessorisk till den förstnämnda.

Irland följaktligen onödigt att undersöka huruvida principen om insyn har iakttagits.

34. Irlands resonemang kan inte godtas.

C — *Bedömning*

35. Principen om insyn har en accessorisk funktion i förhållande till principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering, enligt det synsätt som ligger till grund för den fasta rättspraxis som finns på området. Att principen om insyn är accessorisk innebär dock inte att den är underordnad, med den följd som den irländska regeringen har gjort gällande. Skyldigheten att lämna insyn är tvärtom accessorisk, på så sätt att *dess fullgörande gör det möjligt att kontrollera huruvida de två andra "huvudskyldigheterna" har fullgjorts*. Om en myndighet inte agerar på ett sätt som ger insyn, blir det svårt eller rentav omöjligt att undersöka om denna eventuellt har åsidosatt kraven på likabehandling och icke-diskriminering.

32. Av logiska skäl och för att göra framställningen tydlig, kommer jag inledningsvis att undersöka de juridiska aspekterna i målet genom att behandla principen om insyn på området för offentlig upphandling. Därefter kommer jag att undersöka kommissionens två anmärkningar, för att slutligen göra en kort utläggning på en punkt som jag tror parterna felaktigt har bortsett från.

36. Fullgörandet av skyldigheten att lämna insyn är dessutom en oundgänglig förutsättning för säkerställandet av att samtliga potentiella anbudsgivare informeras om upphandlingen på ett korrekt sätt i enlighet med principen om likabehandling. [10]

1. Principen om insyn

33. Irland har, som framgått, gjort gällande att principen om insyn på upphandlingsområdet är subsidiär i förhållande till principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering. Om det fastställs att dessa två principer inte har åsidosatts, är det enligt

37. Om de i rättspraxis fastställda förutsättningarna för tillämpning på offentlig upphandling av de principer som följer av

10 — Se domen i målet Coname (ovan fotnot 6), punkt 17.

unionens primärrätt är uppfyllda, måste följaktligen iakttagandet av principen om insyn alltid prövas. Det skulle till och med kunna hävdas att denna prövning, logiskt sett, snarare ska *föregå* prövningen av iakttagandet av principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering.

2. Kommissionens första anmärkning

38. Kommissionen har, som framgått, genom sin första anmärkning klandrat Irland för att ha bestämt viktningen av de olika tilldelningskriterierna först efter det att tidsfristen för att lämna anbud hade löpt ut. Detta sena beslut påstås strida mot principerna om likabehandling och insyn.

39. Jag anser att det saknas fog för denna anmärkning av följande skäl.

40. Det är, för det första, utrett att direktivet inte innehåller något krav på att viktningen av tilldelningskriterierna ska meddelas i förväg. I enlighet med vad kommissionen har vidgått i ansökan är artikel 40 i direktivet, vari det föreskrivs en skyldighet av detta slag i punkt 5 e, inte tillämplig på den aktuella upphandlingen. Direktivet innehåller i förevarande fall faktiskt inte heller ett krav på att i förväg ange tilldelningskriterierna, vilket de irländska myndigheterna gjorde ändå.

41. En sådan skyldighet kan, för det andra, inte heller härledas från rättspraxis. Det kan särskilt hänvisas till ett avgörande från domstolen i ett analogt fall där den, i en situation som helt föll inom tillämpningsområdet för direktiven för offentlig upphandling, ansåg att en myndighet hade agerat på ett tillåtet sätt när den hade viktat undergrupperna till ett tilldelningskriterium *efter* det att anbuden inkommit, men *före* det att kuverten med anbuden öppnades. [11]

42. Frågan ska här naturligtvis ställas om skyldigheten, att redan i meddelandet ange viktningen av de olika tilldelningskriterierna, kan betraktas som en naturlig konsekvens av skyldigheten att iaktta principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Särskilt mot bakgrund av domstolens praxis, kan detta enligt min mening dock inte vara fallet.

43. I rättspraxis avseende sådana upphandlingar på vilka de olika direktiven på området

11 — Dom av den 24 november 2005 i mål C-331/04, ATI EAC m.fl. (REG 2005 s. I-10109), punkt 32.

är tillämpliga fullt ut anses nämligen skyldigheten att i förväg informera anbudsgivarna om tilldelningskriterierna vara ett uttryck för principerna om likabehandling och insyn (det bör erinras om att skyldigheten uttryckligen föreskrivs i bestämmelserna för dessa fall). [12] Vidare härrör, enligt samma rättspraxis, skyldigheten att tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet [13] och förbudet mot att ändra tilldelningskriterierna under upphandlingens gång [14] från ovan nämnda principer.

44. Det står klart att även skyldigheten i direktiv 2004/18 att i förväg ange viktningen av tilldelningskriterierna i de upphandlingar på vilka nämnda direktiv är tillämpligt syftar till att säkerställa att principerna om likabehandling och insyn iakttas. Enligt min mening kan man dock inte automatiskt anse att de aktuella principerna har en lika stor bäring på de upphandlingar som omfattas av direktivet som på de upphandlingar som inte omfattas (eller som här, endast delvis omfattas). Om kravet på insyn i upphandlingar som faller utanför tillämpningsområdet för direktivet alltid skulle anses vara identiskt med det krav som gäller i upphandlingar som faller inom tillämpningsområdet, skulle direktivet indirekt bli tillämpligt på en mängd situationer på vilka lagstiftaren *uttryckligen* har ansett att det inte ska tillämpas. Hela direktivet syftar i viss utsträckning till att genomföra de grundläggande principerna i fördraget. [15] Om det enda sättet att genomföra dessa principer på upphandlingsområdet vore att använda sig av direktivet, skulle det inte finnas något annat val än att tillämpa direktivet i alla fall där det finns ett gränsöverskridande intresse.

45. Det praktiska tillvägagångssättet för att säkerställa att principerna i fördraget iakttas på områden där direktivet inte är tillämpligt, eller endast delvis är tillämpligt, kan inte fastställas en gång för alla, utan måste bedömas i varje enskilt fall. [16]

46. I förevarande fall har den irländska myndigheten publicerat ett meddelande och i det angett tilldelningskriterierna utan att specificera den relativa viktningen. Mot bakgrund

12 — Dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkt 88, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 98. Det är intressant att notera att man i de direktiv som var tillämpliga i de nyss nämnda domarna begärde att myndigheten endast ”om möjligt” i förväg skulle ange viktningen av tilldelningskriterierna, genom att rangordna dem efter deras betydelse (jämför artikel 30.2 i direktiv 93/37/EEG och artikel 27.2 i direktiv 90/531/EEG).

13 — Dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725), punkt 43.

14 — Dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom (REG 2003, s. I-14527), punkt 93.

15 — Se, analogt, dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353), punkt 33.

16 — Se, exempelvis, domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 6), punkt 63, och domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 50.

av de överväganden som gjorts i föregående punkter, anser jag inte att principerna om icke-diskriminering, likabehandling och insyn har åsidosatts. Den upphandlande myndigheten har lämnat mer information än vad direktivet kräver och den har inte behandlat de potentiella anbudsgivarna olika.

47. Det följer av rättspraxis att syftet med skyldigheten att lämna insyn i princip är att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att den *de facto* är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. [17] I förevarande fall måste valet att använda tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* utan tvekan betraktas som lämpligt för att på ett tillfredsställande sätt offentliggöra anbudsinfordran inom ramen för upphandlingsförfarandet.

48. När det sedan gäller principerna om icke-diskriminering och likabehandling, har den omständigheten att kriterierna viktats först efter det att anbuden inkommit, inte i sig skapat någon skillnad i behandlingen av anbudsgivarna, vilka befunnit sig på en likställd nivå.

49. Det ska för övrigt påpekas att prövningen av kommissionens första anmärkning skulle bli annorlunda om den upphandlande myndigheten hade angett tilldelningskriterierna i meddelandet och räknat upp dessa i prioritetsordning. I så fall skulle myndigheten ha ändrat viktningen av kriterierna under förfarandets gång. Som framgått ovan, hade viktningen av kriterierna i själva verket inget samband med ordningen vari de förtecknats i meddelandet, och de kriterier som hade störst betydelse vid tilldelningen var de som angavs på tredje och fjärde plats.

50. Även om kommissionen i sin ansökan har påstått att förteckningen av kriterierna i meddelandet och i den efterföljande inbjudan utgjorde en prioritetsordning, finns det åtskilliga omständigheter som talar emot en sådan slutsats.

51. För det första angavs det uttryckligen i meddelandet, som publicerades i *Europeiska unionens officiella tidning*, att den ordning som kriterierna angetts i inte återspeglade deras relativa viktning.

52. För det andra gällde det första kriteriet som angavs de insända handlingarnas fullständighet. Men ingen, något så när förståndig, anbudsgivare skulle ha kunnat betrakta det som det viktigaste tilldelningskriteriet. I

17 — Se, exempelvis, domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 6), punkt 62. Se även, analogt, i fråga om tjänstekoncessioner, dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-8457), punkt 25, och av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange (REU 2010, s. I-4695), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

själva verket tycks det snarare ha karaktären av ett villkor för att få tillträde till upphandlingen, än ett tilldelningskriterium, och det är ingen tillfällighet att det följaktligen fick en viktning om 0 procent. [18]

53. För det tredje verkar kommissionen vid skriftväxlingen ha, om inte övergett, i vart fall omvärderat sin ståndpunkt när det gäller prioritetsordningen för tilldelningskriterierna. Kommissionens val härvid anser jag vara helt riktigt, men samtidigt fråntas den första anmärkningen sin enda möjliga substantiella grund.

54. Jag anser följaktligen att talan inte kan bifallas såvitt avser kommissionens första anmärkning.

3. Kommissionens andra anmärkning

55. Som anförts ovan, gör kommissionen med sin andra anmärkning gällande att Irland har åsidosatt principerna om likabehandling och insyn genom att ändra viktningen av tilldelningskriterierna efter en inledande summarisk granskning av inkomna anbud.

56. De faktiska omständigheterna är, som jag påpekat ovan, ostridiga och har lämnats utan invändningar. Viktningen av kriterierna ändrades några dagar efter det att den först hade fastställts. När ändringen gjordes hade upphandlingskommittén ännu inte påbörjat sitt arbete, men ledamöterna i kommittén hade på egen hand kunnat ta del av de inkomna anbuden.

57. Till skillnad från vad som var fallet med den första anmärkningen, kan talan vinna bifall såvitt avser den andra anmärkningen.

58. Som anförts ovan är enligt unionsrätten, såsom den tolkats av domstolen, alla ändringar av tilldelningskriterierna som görs under förfarandets gång oförenliga med principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering. [19] Det var just detta som inträffade i förevarande fall.

59. Den omständigheten att upphandlingskommittén hade påbörjat sitt arbete som kollegialt organ först efter det att tilldelningskriterierna slutgiltigt hade ändrats, föranleder inte någon annan bedömning. Principen, att kriterierna inte får ändras under förfarandets

18 — Se i det avseendet även nedan, punkt 64 och följande punkter.

19 — Se punkt 43 ovan.

gång, skulle i själva verket helt förlora sin ändamålsenliga verkan om man ansåg att en fas, där ledamöterna i upphandlingskommittén som en förberedelse inför kommitténs möte tar del av de inkomna anbuden, inte i alla avseenden utgjorde en del av förfarandet.

60. Inte heller den omständigheten att det första fastställandet av viktningen av kriterierna inte utgjorde någon officiell åtgärd, utan endast ett slags ”preliminärt förslag”, gör myndighetens agerande tillåtet. Enligt min åsikt är det nödvändigt, för att kunna säkerställa att anbudsgivarna behandlas lika, att viktningen av tilldelningskriterierna fastställs *före det att anbuden granskas*, även om granskningen endast görs på egen hand av upphandlingskommitténs ledamöter. Viktningen av kriterierna och bedömningen av anbuden måste hållas strikt åtskilda. Ett eventuellt ”gemensamt övervägande” från upphandlingskommitténs ledamöter angående viktningen av de olika kriterierna skulle, för att vara tillåtet, ha gjorts innan någon som helst granskning av anbuden gjordes.

61. Den irländska regeringens argument, att vinnaren av upphandlingen inte skulle ha blivit någon annan ens om den ursprungligen fastställda viktningen av kriterierna skulle ha använts i stället för den som fastställts genom den efterföljande ändringen, måste också underkännas.

62. Det ska erinras om att det, enligt fast rättspraxis, vid talan om fördragsbrott inte finns något villkor om ett berättigat intresse av att få saken prövad. [20] Syftet med förfarandet är att undersöka huruvida unionsrätten har överträtts, och inte att granska de konsekvenser som en överträdelse har medfört. Den omständigheten att förfarandet skulle ha fått samma resultat om tilldelningskriterierna haft den ursprungligen fastställda viktningen saknar följaktligen betydelse för prövningen av huruvida ett fördragsbrott ägt rum.

63. Mot bakgrund av det ovan anförda är kommissionens andra anmärkning välgrundad och talan ska således bifallas i denna del.

4. Eventuell otillåtlighet av att vikta ett kriterium till noll

64. En sista punkt som förtjänar uppmärksamhet, även om parterna inte har ägnat den något särskilt intresse, rör frågan huruvida det står i strid med unionsrätten att den irländska myndigheten vid viktningen av de olika tilldelningskriterierna fastställde viktningen

20 — Se, exempelvis, dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkterna 14–16 och där angiven rättspraxis.

till 0 procent för ett av dessa. Jag syftar naturligtvis på kriteriet ”de insända handlingarnas fullständighet”.

65. Enligt min uppfattning innebär det i alla avseenden en ändring av kriterierna att i meddelandet ange ett tilldelningskriterium och, efter det att tidsfristen för att lämna anbud löpt ut, vikta det till 0 procent. I själva verket blir resultatet i praktiken detsamma som om kriteriet skulle ha strukits från listan: ett kriterium som angetts i meddelandet används sedan inte vid tilldelningen av kontraktet. De irländska myndigheterna har alltså förmodligen överträtt unionsrätten genom att vikta kriteriet avseende handlingarnas fullständighet till noll.

66. Domstolen kan dock i förevarande situation inte fälla Irland för detta fördragsbrott.

67. För det första skulle man, som jag påpekat ovan, härvid kunna ställa frågan om ”tilldelningskriteriet” handlingarnas fullständighet i själva verket borde betraktas endast som ett villkor för att få delta i upphandlingen. Handlingarna är, per definition, antingen fullständiga, det vill säga att de uppfyller kraven som anges i meddelandet, eller ofullständiga. Det är svårt att föreställa sig en situation däremellan. Faktum kvarstår dock att handlingarnas fullständighet framställdes som ett tilldelningskriterium i meddelandet, även om man skulle anse att det inte är ett sådant. I vilket fall som helst skulle det således kunna uppstå tvivel om förenligheten med principerna i fördraget.

68. För det andra kvarstår dock faktum att kommissionen inte har framfört någon kritik angående detta fördragsbrott. Det har inte uttryckligen påståtts av kommissionen och kan inte heller betraktas som underförstått i ansökan, som inskränker sig, som framgått, till att kritisera att viktningen av kriterierna fastställts efter det att tidsfristen för att lämna anbud hade löpt ut och att denna viktning ändrats efter det att ledamöterna i upphandlingskommittén individuellt tagit del av anbuden. Den irländska regeringen har följaktligen inte fått tillfälle att uttala sig på denna punkt.

V — Förslag till avgörande

69. Jag föreslår således sammanfattningsvis att domstolen ska bifalla kommissionens talan såvitt avser den andra anmärkningen. När det gäller rättegångskostnaderna, är Irland endast delvis tappande part och jag föreslår således att Irland, i enlighet med artikel 69.3 i domstolens rättegångsregler, ska bära hälften av kommissionens rättegångskostnader.

70. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

— Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn, genom att ändra viktningen av kriterierna för tilldelningen av ett kontrakt efter en inledande granskning av inkomna anbud.

— Talan ogillas i övrigt.

— Irland ska ersätta hälften av rättegångskostnaderna.

— Kommissionen ska bära hälften av sina rättegångskostnader.