STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA PAOLA MENGOZZIHO

přednesené dne 29. června 2010[1]

1. V rámci této žaloby pro nesplnění povinnosti má Soudní dvůr upřesnit, v jakém rozsahu je právo Unie použitelné na veřejnou zakázku, pro niž příslušné směrnice stanoví pouze použití některých minimálních pravidel. V projednávaném případě se přesněji jedná o zakázku na překladatelské služby, pro které směrnice 2004/18/ES[2] stanoví pouze povinnost uvést technické specifikace o službě, jakož i povinnost zveřejnit oznámení o zadání zakázky. Komise se však domnívá, že na základě judikatury Soudního dvora měly irské správní orgány splnit některé další povinnosti, jejichž nesplnění vedlo k tomuto řízení.

I – Právní rámec

2. Právní úpravu Unie, která je nezbytným základem pro tuto věc, představují Smlouvy a směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice“).

3. Účastníci řízení se shodují na tom, že dotčené služby spadají v projednávaném případě do služeb uvedených v příloze II B směrnice. Překladatelské služby totiž jako „jiné služby“ náleží do kategorie 27 uvedené přílohy.

4. Článek 21 směrnice nadepsaný „Zakázky na služby uvedené v příloze II B“ stanoví:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze II B, se řídí výhradně článkem 23 a čl. 35 odst. 4“.

5. Článek 23 směrnice nadepsaný „Technické specifikace“ není předmětem sporu a jeho úplné znění tedy není třeba v daném případě na tomto místě uvádět. Jedná se o ustanovení velmi dlouhé a podrobné, které stanoví povinnost zadavatelů veřejných zakázek stanovit jasně a přesně podmínky požadovaného poskytnutí služby, aby se zamezilo rozdílnému zacházení s hospodářskými subjekty,

1 — Původní jazyk: italština.

2 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd 06/07, s. 132. dále jen „směrnice“).

jejichž zájmem je uzavřít dohodu se správním orgánem.

6. Článek 35 odst. 4 směrnice naproti tomu stanoví povinnost veřejných zadavatelů, kteří zadali veřejnou zakázku, zaslat oznámení o výsledcích zadávacího řízení. Komise Irsku nevytýká, že porušilo toto ustanovení.

II – Skutkový stav a postup před zahájením soudního řízení

7. Dne 16. května 2006 bylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení o zakázce [3], kterou vyhlásila irská vláda za účelem poskytnutí překladatelských a tlumočnických služeb úřadu pověřenému otázkami v oblasti uprchlictví.

8. Oznámení o zakázce upřesnilo kategorii požadovaných služeb a stanovilo konečné datum (a to 9. června 2006) pro vyjádření zájmu o účast na zadávacím řízení. Pokud jde o postupy při zadání zakázky, bylo uvedeno, že hospodářsky nejvýhodnější nabídka bude přijata na základě následujících sedmi kritérií:

1) úplnost předloženého spisu;

2) prohlášení o způsobilosti splnit požadavky;

3) počet položek [4], služeb a jazyků;

4) kvalifikace, zkušenost v dotčené oblasti;

5) cena;

6) vhodnost navrhovaných postupů;

7) referenční místa.

9. Oznámení mimo jiné upřesnilo, že uvedená kritéria pro zadání zakázky nelze chápat tak, že jsou stanovena v sestupném pořadí podle důležitosti.

3 — Úř. věst. S 92, referenční číslo oznámení je následující: 2006/S 92-098663.

4 — Oznámení stanovilo další rozdělení zakázky do několika položek.

10. Dvanáct společností, z nichž tři byly usazeny mimo irské území, vyjádřilo zájem účastnit se zadávacího řízení.

11. Okamžitě po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídek obdrželi členové hodnotící komise tabulku uvádějící poměrnou váhu, kterou je třeba přisoudit kritériím pro zadání zakázky. Tato váha se pohybovala mezi 0 % (pro kritérium č. 1 ohledně úplnosti spisu) a 30 % (pro kritérium č. 4). Pokud jde o ostatní kritéria, tabulka stanovila poměrnou váhu 7 % pro kritérium č. 2, 25 % pro kritérium č. 3, 20 % pro kritérium č. 5, 10 % pro kritérium č. 6 a 8 % pro kritérium č. 7.

12. Následující dny provedli jednotliví členové hodnotící komise individuálně první posouzení nabídek, které byly podány.

13. Dne 22. června 2006 zasedala poprvé hodnotící komise. Před posouzením jednotlivých nabídek se rozhodla změnit poměrnou váhu kritérií tak, že snížila váhu kritéria č. 4 na 25 % (dříve stanovenou na 30 %) a zvýšila váhu kritéria č. 6 na 15 % (dříve stanovenou na 10 %). Poměrná váha přidělená dalším kritériím zůstala nezměněna. Hodnotící komise přistoupila následně k hodnocení nabídek a udělení zakázky na základě nové poměrné váhy, kterou právě přijala.

14. Komise obdržela stížnost neúspěšného uchazeče. Po výměně informací s Irskem zaslala Komise dne 23. října 2007 výzvu a po odpovědi irské vlády na výzvu, kterou považovala za neuspokojivou, vydala Komise dne 23. září 2008 odůvodněné stanovisko.

III – Řízení před Soudním dvorem a návrhová žádání účastníků řízení

15. Jelikož Komise nepovažovala odpověď irských orgánů na výzvu za uspokojivou, podala dne 19. června 2009 tuto žalobu pro nesplnění povinnosti.

16. Komise navrhuje, aby Soudní dvůr

– určil, že Irsko tím, že stanovilo poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky po uplynutí lhůty pro podání nabídek a tuto poměrnou váhu změnilo po úvodním posouzení podaných nabídek, nesplnilo povinnosti, které pro něj

vyplývají ze zásady rovného zacházení a zásady transparentnosti tak, jak je vykládá Soudní dvůr;

– uložil Irsku náhradu nákladů řízení.

17. Irsko navrhuje, aby Soudní dvůr:

– žalobu zamítl;

– uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

IV – K nesplnění povinnosti

A – *Právní povaha dotčené zakázky*

18. Před přezkumem vytýkaného nesplnění povinnosti je třeba úvodem objasnit povahu zakázky vyhlášené irskými orgány, aby byl určen právní režim, který je použitelný na tuto zakázku.

19. Jak jsem uvedl výše, účastníci řízení se shodují na tom, že služby zadané irskými správními orgány v rámci tohoto sporu spadají do přílohy II B směrnice. V důsledku toho směrnice ukládala výslovně pouze povinnosti týkající se technických specifikací (článek 23 směrnice) a oznámení o výsledku zadávacího řízení (čl. 35 odst. 4): ohledně těchto bodů však Komise neuplatnila vůči Irsku žádnou výtku.

20. Jak je však všeobecně známo, právo Unie použitelné na veřejné zakázky netvoří pouze zvláštní ustanovení uvedená ve směrnicích přijatých v této oblasti. Judikatura Soudního dvora zvláště vždy zdůrazňovala, že je nutné v tomto kontextu nezapomínat na význam primárního práva.

21. Je totiž třeba připomenout, že podle ustálené judikatury Soudního dvora je účelem koordinace postupů zadávání veřejných zakázek na úrovni Unie odstranění překážek volného pohybu služeb a zboží, a tedy ochrana zájmů hospodářských subjektů usazených v členském státě, které si přejí nabízet zboží nebo služby zadavatelům usazeným v jiném členském státě [5].

5 — Viz zejména rozsudky ze dne 18. června 2002, HI (C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 43) a ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko (C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, bod 27).

22. V důsledku toho, pokud má veřejná zakázka přeshraniční význam, i když pouze potenciální, musí být použita ustanovení Smlouvy [6]. Toto použití přistupuje samozřejmě k použití případných formálních požadavků, které výslovně stanoví použitelná právní úprava: např. v projednávaném případě povinnosti týkající se technických specifikací a oznámení o výsledku zadávacího řízení.

23. Povinnosti vyplývající v tomto ohledu z primárního práva, a zejména ze zásad svobody usazování a volného pohybu služeb, jsou v zásadě dvě. Jednak veřejní zadavatelé musí dodržet zásadu nediskriminace z důvodu státní příslušnosti a zásadu rovného zacházení. Krom toho správní orgány podléhají povinnosti transparentnosti, aby bylo možné ověřit, zda jsou zásady dodržovány [7].

24. Nezdá se, že by se účastníci řízení skutečně neshodovali ohledně existence povinností připomenutých v předchozím bodě, ani ohledně skutečnosti, že dotčená zakázka má přeshraniční význam, což potvrzuje jak rozhodnutí zveřejnit oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, tak i skutečnost, že některými uchazeči byly podniky, které nebyly usazeny v Irsku [8]. Předmětem sporu je otázka, zda za zvláštních okolností projednávaného případu bylo jednání irských správních orgánů v souladu s výše uvedenými pravidly či nikoli.

B – *Argumenty účastníků řízení*

25. Ve své stručné žalobě Komise uplatňuje, že irské správní orgány nesplnily povinnosti, které jim ukládá právo Unie ze dvou hledisek, přičemž v obou případech porušily zásadu

6 — Nezbytnost přeshraničního významu není vždy uvedena jasně judikaturou Soudního dvora, která obsahuje někdy tvrzení, která se jeví tak, jako by znamenala bezpodmínečné použití zásad uvedených ve Smlouvě: viz zejména rozsudek ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, bod 60), a usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard (C-59/00, Recueil, s. I-9505, bod 20). V dalších rozhodnutích je tento požadavek výslovně uveden: viz zejména v oblasti koncesí, rozsudky ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb.rozh. s. I-7287, bod 20), a ze dne 13. dubna 2010, Wall (C-91/08, Sb. rozh. s. I-2815, bod 34). Zejména ohledně neprioritních služeb (tedy služeb uvedených v příloze II B směrnice) viz rozsudek Komise v. Irsko (uvedený výše v poznámce pod čarou č. 5, bod 29). Komise sama uznala nezbytnost přeshraničního významu ve svém Interpretačním sdělení o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. 2006, C 179, s. 2, bod 1.3).

7 — Ustálená judikatura v této oblasti: viz zejména rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, body 47 až 49).

8 — Komise argumentovala velmi obsáhle, aby prokázala existenci přeshraničního významu dotčené zakázky: a to samozřejmě, aby vyhověla zásadě, která jí ukládá důkazní břemeno v tomto bodě (viz rozsudek Komise v. Irsko, uvedený výše v poznámce pod čarou č. 5, bod 32).

rovného zacházení a zásadu transparentnosti, které stanoví judikatura Soudního dvora.

26. Zaprvé jednání irských orgánů je nepřípustné, jelikož poměrná váha kritérií pro zadání zakázky byla stanovena teprve po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídek.

27. Zadruhé bylo rovněž protiprávní změnit tuto poměrnou váhu poté, co se uskutečnilo první posouzení podaných nabídek.

28. Komise krom toho poznamenává, že ve výzvě k podání nabídek, která byla zaslána podnikům po oznámení zveřejněném v Úředním věstníku, již není obsažen údaj, podle něhož kritéria pro zadání zakázky nebyla stanovena v sestupném pořadí podle důležitosti, takže účastníci zadávacího řízení mohli rozumně očekávat, že právě takové pořadí uvedených kritérií je rozhodující. Jelikož naproti tomu poměrná váha nebyla kritériím udělena podle jejich pořadí na seznamu, irské orgány uvedly uchazeče v omyl. V replice však Komise upřesnila, že otázka zvláštního pořadí, v jakém byla kritéria uvedena, nepředstavuje základ její žaloby, která se v důsledku toho opírá pouze o dvě uvedené skutečnosti: stanovení poměrné váhy kritérií, které bylo provedeno po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídek a změna této poměrné váhy po prvním posouzení nabídek jednotlivými členy hodnotící komise.

29. Irsko uznává v podstatě skutkový stav tak, jak jej uvádí Komise [9], i když popírá, že by mohl představovat porušení práva Unie.

30. Irská vláda zvláště zdůrazňuje, že změna kritérií provedená dne 22. června byla minimální (snížení poměrné váhy kritéria č. 4 o 5 % a zvýšení poměrné váhy kritéria č. 6 o 5 %) a nemůže stačit k tomu, aby byl určitý kandidát zvýhodněn vůči jinému či nikoli. Retrospektivní analýza totiž potvrzuje, že úspěšný uchazeč by získal zakázku i tehdy, kdyby se použila kritéria s původním poměrnou váhou.

31. Tato vláda má v důsledku toho za to, že jelikož nebyla porušena zásada rovného zacházení s uchazeči, přezkum, zda byla dodržena zásada transparentnosti, není nezbytný, jelikož judikatura Soudního dvora považuje

9 — Zvláštní důraz, který klade irská vláda na skutečnost, že přidělení poměrné váhy kritériím pro zadání zakázky bylo změněno před tím, než hodnotící komise zahájila posouzení nabídek, však nezpochybňuje skutečnost, že jednotliví členové této komise již mezitím provedli první posouzení uvedených nabídek individuálně. Tuto okolnost totiž jasně prokazují dokumenty, které Komise připojila v příloze ke své žalobě.

posledně uvedenou zásadu pouze za vedlejší vůči prvně uvedené zásadě.

C – *Posouzení*

32. Z logických důvodů a kvůli přehlednosti úvah zahájím svou analýzu právními aspekty této věci a uvedu několik poznámek, které se týkají zásady transparentnosti v oblasti veřejných zakázek. Poté přistoupím k přezkumu dvou žalobních důvodů předložených Komisí, abych se konečně zabýval aspektem, který podle mého názoru účastníci řízení nesprávně opominuli.

1. K zásadě transparentnosti

33. Irsko tvrdí, jak již bylo uvedeno výše, že zásada transparentnosti v oblasti veřejných zakázek má podpůrnou povahu vůči zásadě rovného zacházení a zásadě nediskriminace: v důsledku toho podle jeho názoru, pokud je prokázáno, že tyto dvě zásady nebyly porušeny, je zbytečné přezkoumávat dodržení zásady transparentnosti.

34. S úvahami Irska nelze souhlasit.

35. Z ustálené judikatury v této oblasti sice logicky vyplývá, že zásada transparentnosti má vůči zásadě rovného zacházení a zásadě nediskriminace vedlejší povahu. Tato vedlejší povaha však neznamená, že jim je podřízená s účinkem, který naznačuje irská vláda. Naopak, povinnost transparentnosti je vedlejší v tom smyslu, že *její splnění umožňuje zjistit, zda další dvě „hlavní" povinnosti byly splněny*. Pokud správní orgány nejednají transparentně, je obtížné, či přímo nemožné ověřit, zda případně nesplnily povinnosti rovného zacházení a nediskriminace.

36. Krom toho, splnění povinnosti transparentnosti je předběžnou podmínkou, která je nezbytná pro zajištění toho, aby všichni potenciální uchazeči byli o zakázce patřičně informováni tak, aby bylo dodrženo rovné zacházení [10].

37. V důsledku toho, pokud jsou podmínky stanovené judikaturou pro použití zásad vyplývajících z primárního práva Unie na

10 — Viz rozsudek Coname (uvedený výše v poznámce pod čarou č. 6, bod 17).

veřejnou zakázku splněny, musí být dodržení zásady transparentnosti vždy ověřeno. Z logického hlediska je dokonce možné se domnívat, že přezkum dodržení této zásady musí *předcházet* přezkumu zásady rovného zacházení a zásady nediskriminace.

2. K prvnímu žalobnímu důvodu Komise

38. Svým prvním žalobním důvodem Komise vytýká Irsku, jak již bylo uvedeno výše, že stanovilo poměrnou váhu jednotlivých kritérií pro zadání zakázky teprve po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídek. Toto opožděné stanovení porušilo zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti.

39. Zdá se, že tento první žalobní důvod nemůže obstát, a to z následujících důvodů.

40. Zaprvé je nezpochybnitelné, že směrnice neukládala povinnost uvést předem poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky. Jak totiž sama Komise připouští ve své žalobě, článek 40 směrnice, který stanoví povinnost tohoto typu v odst. 5 písm. e), nebyl na dotčenou zakázku použitelný. Krom toho, přesněji řečeno, směrnice v projednávaném případě nevyžadovala ani předběžné uvedení kritérií pro zadání zakázky, které irské orgány nicméně poskytly.

41. Zadruhé takovou povinnost nelze vyvodit ani z judikatury. V tomto ohledu lze zejména odkázat *per analogiam* na rozsudek Soudního dvora, který v situaci, která spadá zcela do působnosti směrnic o veřejných zakázkách, uznal legalitu postupu veřejného zadavatele, který stanovil poměrnou váhu podpoložek kritéria pro zadání zakázky po podání nabídek, avšak před otevřením obálek s nabídkami [11].

42. V této fázi vyvstává samozřejmě otázka, zda může být povinnost uvést poměrnou váhu jednotlivých kritérií pro zadání zakázky již v oznámení o zakázce považována za přirozený důsledek povinnosti dodržovat zásady rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti. Nezdá se mi však, zejména s ohledem na judikaturu Soudního dvora, že by tomu tak mohlo být v tomto případě.

43. V judikatuře týkající se zakázek, na něž se použijí všechna ustanovení jednotlivých

11 — Rozsudek ze dne 24. listopadu 2005, ATI EAC a další (C-331/04, Sb. rozh. s. I-10109, bod 32).

směrnic v této oblasti, se považuje povinnost informovat uchazeče předem o kritériích pro zadání zakázky (připomeňme si, tato povinnost je v ustanoveních těchto předpisů v takových případech výslovně stanovena) za výraz zásady rovného zacházení a transparentnosti [12]. Krom toho, stále podle této judikatury, uvedené zásady implikují povinnost vykládat kritéria pro zadání zakázky jednotně během celého řízení [13] a zákaz změnit během nabídkového řízení kritéria pro zadání zakázky [14].

44. Je jasné, že povinnost, stanovená ve směrnici, uvést předem poměrnou váhu kritérií pro zadání u zakázek, na které se v plném rozsahu použije tato směrnice, odpovídá rovněž požadavku zaručit dodržování zásady rovného zacházení a zásady transparentnosti. Podle mého názoru je však třeba zamezit tomu, aby se rozsah, který mají tyto dotčené zásady v případě zakázek, na které se vztahuje směrnice, považoval automaticky za identický s jejich rozsahem v případě zakázek, na které se směrnice nevztahuje (nebo na které se jako v projednávaném případě vztahuje pouze částečně). Pokud bychom totiž měli za to, že transparentnost, která se vztahuje na zakázky vyloučené z použití směrnice, je nezbytně totožná s transparentností, která se vztahuje na zakázky, které do směrnice spadají, otevřela by se možnost pro neoprávněné použití směrnice na celou řadu případů, pro které zákonodárce *výslovně* stanovil, že se na ně použít nemá. V určité míře je totiž funkcí celé směrnice uskutečnění základních zásad Smlouvy [15]: pokud by tyto zásady v oblasti zadávání zakázek mohly být uplatněny pouze způsobem, který je stanoven ve směrnici, musela by být použita na všechny případy, v nichž existuje přeshraniční význam.

45. Obecně platí, že konkrétní podmínky pro zajištění dodržování zásad, které jsou stanoveny ve Smlouvě, v situacích, kdy se směrnice nepoužije nebo se použije pouze částečně, nelze definovat pro všechny případy stejně a musí být posouzeny případ od případu [16].

46. V projednávaném případě přitom irské správní orgány zveřejnily oznámení o zakázce a oznámily v tomto oznámení kritéria pro zadání zakázky, aniž však uvedly jejich poměrnou váhu. Mám za to, že s ohledem na úvahy,

12 — Rozsudky ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie (C-87/94, Recueil, s. I-2043, bod 88), a ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 98). Je zajímavé poznamenat, že ve směrnicích použitelných ve věcech, které vedly k rozsudkům citovaným výše, se po správních orgánech vyžaduje, aby uvedly předem poměrnou váhu kritérií pro zadání pouze „pokud je to možné" a uvedly je v sestupném pořadí podle důležitosti, kterou jim přikládají (viz čl. 30, odst. 2, směrnice 93/37/EHS a čl. 27, odst. 2, směrnice 90/531/EHS).

13 — Rozsudek ze dne 18. října 2001, SIAC Construction (C-19/00, Recueil, s. I-7725, bod 43).

14 — Rozsudek ze dne 4. prosince 2003, EVN a Wienstrom (C-448/01, Recueil, s. I-14527, bod 93).

15 — Viz obdobně rozsudek ze dne 22. června 1993, Komise v. Dánsko (C-243/89, Recueil, s. I-3353, bod 33).

16 — Viz zejména rozsudek Telaustria a Telefonadress (uvedený výše v poznámce pod čarou č. 6, bod 63), jakož i Parking Brixen (uvedený výše v poznámce pod čarou č. 7, bod 50).

které jsou uvedeny v předchozím bodě, nebyly porušeny zásady nediskriminace, rovného zacházení a transparentnosti. Zadavatel poskytl více informací, než mu ukládá tato směrnice, a jeho jednání nezpůsobilo nerovné zacházení s potenciálními uchazeči.

47. Jak zdůraznila judikatura, cílem povinnosti transparentnosti je v zásadě zaručit každému potenciálnímu uchazeči přiměřený stupeň zveřejnění, který umožňuje skutečné zpřístupnění konkurentům, jakož i přezkum nestrannosti zadávacího řízení [17]. V projednávaném případě volba využít *Úřední věstník Evropské unie* musí být bezpochyby považována za dostatečně přiměřené zveřejnění postupu vyhlášení soutěže za účelem zadání zakázky.

48. Co se týče dále zásady nediskriminace a zásady rovného zacházení, stanovení poměrné váhy kritérií teprve po podání nabídek nezpůsobilo jako takové žádné rozdílné zacházení s uchazeči, kteří se nacházeli nadále v rovném postavení.

17 — Viz zejména rozsudek Telaustria a Telefonadress (uvedený výše v poznámce pod čarou č. 6, bod 62); viz rovněž, obdobně, v oblasti koncesí na služby, rozsudky ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Sb. rozh. s. I-8457, bod 25), a ze dne 3. června 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Sb. rozh. s. I-4695, bod 41 a citovaná judikatura).

49. Je třeba mimoto poznamenat, že přezkum prvního žalobního důvodu předloženého Komisí by musel být odlišný, pokud by zadavatel v oznámení o zakázce uvedl kritéria pro zadání zakázky tak, že by je vyjmenoval v sestupném pořadí podle důležitosti. V tomto případě by správní orgán změnil poměrnou váhu kritérií během řízení: jak již bylo uvedeno výše, poměrná váha přidělená kritériím totiž v daném případě nesouvisí s pořadím při jejich výčtu v oznámení a nejvýznamnější kritéria pro zadání zakázky byla uvedena na třetím a čtvrtém místě.

50. Komise sice v žalobě uvedla, že ze seznamu kritérií uvedeného v oznámení o zakázce a z pozdější výzvy na podání nabídek lze vyvodit, že jsou uvedena v sestupném pořadí podle důležitosti, avšak toto tvrzení je v rozporu s několika skutečnostmi.

51. Zaprvé v oznámení zveřejněném v Úředním věstníku bylo výslovně uvedeno, že pořadí kritérií neodpovídá jejich poměrné váze.

52. Zadruhé prvním z uvedených kritérií bylo kritérium úplnosti předloženého spisu. Žádný uchazeč, i kdyby byl pouze málo obezřetný, jej nemohl považovat za hlavní kritérium pro zadání zakázky: zdá se totiž, že je spíše podmínkou pro přijetí do řízení než

kritériem pro zadání zakázky, a nikoli náhodou bylo tomuto kritériu později přidělena váha ve výši 0 % [18].

53. Zatřetí se zdá, že v replice Komise sama od svého názoru ohledně sestupného pořadí kritérií pro zadání zakázky podle důležitosti upustila, nebo jej alespoň zmírnila. Zdá se mi, že toto rozhodnutí Komise bylo zcela správné, avšak zbavuje první žalobní důvod jediného spolehlivého základu, o nějž se mohl opírat.

54. V důsledku toho se domnívám, že první žalobní důvod předložený Komisí musí být zamítnut.

3. K druhému žalobnímu důvodu Komise

55. Svým druhým žalobním důvodem Komise tvrdí, že Irsko porušilo zásadu rovného zacházení a transparentnosti tím, že změnilo poměrnou váhu kritérií pro zadání po prvním souhrnném posouzení podaných nabídek.

56. Jak již bylo uvedeno výše, skutkový stav je nesporný a není zpochybněn. Změna poměrné váhy kritérií nastala skutečně několik dní po jejím prvním stanovení. V okamžiku změny hodnotící komise ještě nezahájila svou činnost, ale členové této komise mohli individuálně posoudit podané nabídky.

57. Druhému žalobnímu důvodu musí být, na rozdíl od prvního žalobního důvodu, vyhověno.

58. Již jsem uvedl výše, právo Unie tak, jak jej vykládá Soudní dvůr, považuje jakoukoli změnu kritérií pro zadání zakázky, která nastane během zadávacího řízení, za neslučitelnou se zásadami rovného zacházení a nediskriminace [19]. Přitom k tomu právě došlo v projednávaném případě.

59. Skutečnost, že hodnotící komise zahájila svou činnost jako kolegiální orgán teprve po poslední změně kritérií pro zadání zakázky na tomto zjištění nic nemění. Užitečný účinek zásady, která nařizuje neměnit kritéria během

18 — Viz rovněž v tomto ohledu body 64 a násl. tohoto stanoviska.

19 — Viz bod 43 výše.

zadávacího řízení, by totiž byl zcela zmařen, pokud by část řízení, během níž členové hodnotící komise posuzují před jejím zasedáním nabídky podané uchazeči, nebyla považována ve všech ohledech za součást tohoto řízení.

60. Skutečnost, že první definice poměrné váhy kritérií nebyla oficiálním aktem, avšak pouze svého druhu „prvním návrhem“, nemění nic na tom, že postup zadavatele je protiprávní. Podle mého názoru je totiž za účelem dodržení rovného zacházení s uchazeči důležité, aby váha kritérií pro zadání zakázky byla určena před tím, než jsou nabídky přezkoumány, i když pouze individuálně členy hodnotící komise. Přidělování poměrné váhy kritériím na jedné straně a hodnocení nabídek na straně druhé musí zůstat přísně odděleny. Aby bylo případné „společné rozhodnutí“ členů hodnotící komise týkající se váhy, kterou je třeba přiznat jednotlivým kritériím, přípustné, musí být přijato před jakýmkoli posouzením nabídek.

61. Je nutno rovněž odmítnout argument irské vlády založený na skutečnosti, že vítězem nabídkového řízení by nebyl nikdo jiný i tehdy, kdyby se na jednotlivá kritéria použila původně stanovená poměrná váha místo poměrné váhy určené na základě pozdější změny.

62. Je totiž třeba připomenout, že podle ustálené judikatury neexistuje v rámci žaloby pro nesplnění povinnosti žádná podmínka týkající se právního zájmu na zahájení řízení [20]. Předmětem tohoto řízení je určení, zda bylo porušeno právo Unie či nikoli, a nikoli přezkum důsledků vyplývajících z takového porušení. V důsledku toho skutečnost, že výsledek řízení by byl stejný, kdyby se na kritéria pro zadání použila poměrná váha, která jim byla původně přiznána, nemá vliv na posouzení, zda došlo k nesplnění povinnosti či nikoli.

63. Závěrem, druhý žalobní důvod předložený Komisí je opodstatněný a musí být přijat.

4. K případné protiprávnosti přidělení nulové váhy některému kritériu

64. Poslední bod, kterým je třeba se zabývat, i když mu účastníci řízení nevěnovali zvláštní pozornost, se týká otázky, zda lze mít za to, že skutečnost, že irské správní orgány při stanovení poměrné váhy jednotlivých kritérií pro

20 — Viz zejména rozsudek ze dne 2. června 2005, Komise v. Řecko (C-394/02, Sb. rozh. s. I-4713, body 14 až 16 a citovaná judikatura).

zadání zakázky přidělily nulovou váhu (0 %) jednomu z kritérií, je v rozporu s právem Unie. Odkazuji ovšem na kritérium „úplnosti předloženého spisu".

65. Uvedení kritéria pro zadání v oznámení o zakázce a pozdější přidělení tomuto kritériu, po uplynutí lhůty pro podání nabídek, poměrné váhy ve výši 0 %, znamená podle mého názoru každopádně změnu kritérií. Skutečný výsledek je zde totiž stejný jako ten, který by nastal v případě, kdyby toto kritérium bylo vyřazené ze seznamu: kritérium uvedené v oznámení o zakázce není následně použito pro udělení zakázky. Jinak řečeno, irské orgány pravděpodobně porušily právo Unie tím, že kritériu úplnosti spisu přidělily nulovou váhu.

66. V projednávaném případě nicméně Soudní dvůr nemůže rozhodnout o tomto nesplnění povinnosti.

67. Zaprvé může vzniknout otázka, jak bylo uvedeno výše, zda „kritérium pro zadání zakázky" týkající se úplnosti spisu nemá být ve skutečnosti považováno pouze za podmínku účasti na zadávacím řízení. Z podstaty věci je buď dokumentace úplná, tj. splňuje požadavky stanovené v zadávacím řízení, nebo není. Situace mezi těmito dvěma možnostmi je stěží představitelná. Nicméně, i kdyby bylo třeba se domnívat, že úplnost dokumentace nepředstavuje kritérium pro zadání zakázky, nemění to nic na tom, že v oznámení o zakázce byla uvedena jako kritérium, takže je možné pochybovat v každém případě o slučitelnosti se zásadami Smlouvy.

68. Zadruhé, skutečností nicméně zůstává, že Komise toto nesplnění povinnosti nevytýkala. Není totiž výslovně uvedeno a nelze se v žádném případě domnívat, že je uvedeno implicitně v petitu, který vytýká, jak již bylo uvedeno výše, pouze stanovení poměrné váhy kritérií po uplynutí lhůty stanovené pro podání nabídek a změnu této váhy provedenou po posouzení nabídek provedeném individuálně členy hodnotící komise. Stejně tak, irská vláda neměla možnost vyjádřit se k této otázce.

V – Závěry

69. Na závěr své analýzy navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby vyhověl druhému žalobnímu důvodu, který Komise předložila. Pokud jde o náhradu nákladů řízení, jelikož Irsko mělo ve věci pouze částečně neúspěch, navrhuji určit podle čl. 69 odst. 3 jednacího řádu Soudního dvora, že nahradí polovinu nákladů řízení vynaložených Komisí.

70. S ohledem na výše uvedené navrhuji Soudnímu dvoru, aby rozhodl takto:

– „Irsko tím, že změnilo poměrnou váhu přidělenou kritériím pro zadání zakázky po prvním posouzení nabídek, nesplnilo povinnosti, které pro něj vyplývají ze zásad rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti;

– ve zbývající části se žaloba zamítá;

– Irsko nahradí polovinu nákladů řízení;

Evropská komise ponese polovinu vlastních nákladů řízení.“