OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PAOLA MENGOZZIEGO przedstawiona w dniu 29 czerwca 2010 r.[1]

1. W ramach niniejszej skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zadaniem Trybunału jest wyjaśnienie, w jakim stopniu prawo unijne znajduje zastosowanie do zamówienia publicznego, w stosunku do którego odpowiednie dyrektywy nakazują stosować tylko niektóre przepisy o minimalnym zakresie. Chodzi tu w szczególności o zamówienie na wykonywanie usług tłumaczeniowych, wobec których dyrektywa 2004/18/WE[2] ustanawia jedynie obowiązek określenia specyfikacji technicznych usługi i opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Komisja uważa jednak, że w świetle orzecznictwa Trybunału irlandzka instytucja zamawiająca powinna spełnić pewne dodatkowe wymogi, uchybienie którym jest przyczyną niniejszej skargi.

I — Ramy prawne

2. W skład przepisów unijnych stanowiących zasadnicze ramy prawne w niniejszej sprawie wchodzi, oprócz traktatów, wspomniana dyrektywa 2004/18/WE (zwana dalej „dyrektywą").

3. Bezsporny jest fakt, że usługi, o których mowa w niniejszej sprawie, należą do usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy. Rzeczywiście usługi tłumaczeniowe jako „inne usługi" są zaklasyfikowane do 27 kategorii wspomnianego załącznika.

4. Artykuł 21 dyrektywy zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II B" stanowi:

„Proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i art. 35 ust. 4".

5. Artykuł 23 dyrektywy zatytułowany „Specyfikacje techniczne" nie jest przedmiotem sporu, zatem cała jego treść może tutaj zostać pominięta. Chodzi tu o bardzo długi i szczegółowy przepis zobowiązujący podmioty udzielające zamówień publicznych do określenia w sposób jasny i dokładny wymagań dotyczących usług będących przedmiotem zamówienia, w celu uniknięcia zróżnicowanego traktowania tych, którzy wyrażają

1 — Język oryginału: włoski.

2 — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

zainteresowanie zawarciem umowy z instytucją zamawiającą.

6. Artykuł 35 ust. 4 dyrektywy przewiduje natomiast w stosunku do instytucji zamawiających, które udzieliły zamówienia publicznego, obowiązek przygotowania ogłoszenia informacyjnego o wyniku postępowania. Komisja nie zarzuca Irlandii naruszenia tego przepisu.

II — Okoliczności faktyczne i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

7. W dniu 16 maja 2006 r. w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* zostało opublikowane ogłoszenie rządu irlandzkiego [3] o przetargu na wykonywanie usług w zakresie tłumaczeń pisemnych i tłumaczeń ustnych na rzecz urzędu do spraw uchodźców.

8. Ogłoszenie określało kategorię żądanych usług oraz ustalało termin do wyrażenia zainteresowania uczestnictwem w przetargu (9 czerwca 2006 r.). Odnośnie do warunków przetargu podano, że na podstawie siedmiu poniższych kryteriów zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie:

1) kompletność dostarczonej dokumentacji;

2) deklarowana zdolność do spełnienia wymagań;

3) ilość części [4], usług i języków;

4) kwalifikacje, odpowiednie doświadczenie;

5) koszt;

6) adekwatność przedstawionych warunków;

7) miejsca odniesienia.

9. Ponadto ogłoszenie precyzowało, że wymienionych kryteriów udzielenia zamówienia nie należy traktować jako podanych w kolejności malejącego przypisanego im znaczenia.

3 — Dz.U. S 92. Numer ogłoszenia 2006/S 92-098663.

4 — Ogłoszenie przewidywało podział przetargu na części.

10. Dwanaście spółek wykazało zainteresowanie uczestnictwem w przetargu, w tym trzy spoza terytorium Irlandii.

11. Po upływie terminu do składania ofert członkowie komisji przetargowej otrzymali dokument określający przypisaną względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia. Oscylowała ona między 0% (dla kryterium nr 1 dotyczącego kompletności dokumentacji) a 30% (dla kryterium nr 4). W odniesieniu do pozostałych kryteriów schemat wskazywał wagę: 7% dla kryterium nr 2, 25% dla kryterium nr 3, 20% dla kryterium nr 5, 10% dla kryterium nr 6 i 8% dla kryterium nr 7.

12. W kolejnych dniach poszczególni członkowie komisji przetargowej dokonali indywidualnie wstępnego badania przedłożonych ofert.

13. W dniu 22 czerwca 2006 r. komisja przetargowa zebrała się po raz pierwszy. Przed przystąpieniem do badania ofert zdecydowała ona o zmianie znaczenia kryteriów, zmniejszając do 25% wagę kryterium nr 4 (ocenionego poprzednio na 30%) oraz zwiększając do 15% wagę kryterium nr 6 (ocenionego poprzednio na 10%). Waga pozostałych kryteriów nie uległa zmianie. Komisja przetargowa dokonała zatem oceny ofert i udzieliła zamówienia przy zastosowaniu nowo przyjętej wagi kryteriów.

14. Do Komisji wpłynęła skarga ze strony odrzuconego oferenta. Po wymianie informacji z Irlandią Komisja wystosowała w dniu 23 października 2007 r. wezwanie do usunięcia uchybienia, a wobec niesatysfakcjonujących odpowiedzi rządu irlandzkiego w dniu 23 września 2008 r. – uzasadnioną opinię.

III — Postępowanie przed Trybunałem oraz żądania stron

15. Ponieważ odpowiedź władz irlandzkich na uzasadnioną opinię nie usatysfakcjonowała Komisji, wniosła ona niniejszą skargę o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w dniu 19 czerwca 2009 r.

16. Komisja wnosi do Trybunału o:

— stwierdzenie, że przypisując wagę kryteriom udzielenia zamówienia po upływie terminu do składania ofert, jak też zmieniając ją następnie po wstępnym zbadaniu ofert, Irlandia uchybiła ciążącym na niej zobowiązaniom, wynikającym

z zasad równego traktowania oraz przejrzystości w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości;

— obciążenie Irlandii kosztami postępowania.

17. Irlandia wnosi do Trybunału o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

IV — W przedmiocie uchybienia zobowiązaniom

A — *Charakter prawny rozpatrywanego zamówienia*

18. Na wstępie, przed przystąpieniem do rozpatrzenia zarzuconego uchybienia, konieczne jest wyjaśnienie charakteru zamówienia opublikowanego przez rząd irlandzki w celu ustalenia systemu prawnego mającego w tym przypadku zastosowanie.

19. Jak zauważyłem powyżej, bezsporny w sprawie jest fakt, że usługi, na które irlandzka instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia w ramach niniejszego sporu, należą do usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy. W konsekwencji jedyne zobowiązania nałożone w sposób wyraźny dyrektywą dotyczyły specyfikacji technicznych (art. 23 dyrektywy) i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (art. 35 ust. 4): jednak pod tym względem Komisja nie zarzuciła Irlandii naruszenia prawa.

20. Wiadomo jednak, że prawo unijne znajdujące zastosowanie do zamówień publicznych nie składa się jedynie ze szczególnych przepisów zawartych w dyrektywach z tej dziedziny. W szczególności orzecznictwo Trybunału kładło zawsze nacisk na to, żeby nie pomijać w tym zakresie znaczenia prawa pierwotnego.

21. Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem koordynacja na szczeblu Unii procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów, a zatem ochronę interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w jednym państwie członkowskim, pragnących oferować towary lub usługi instytucjom zamawiającym z siedzibą w innym państwie członkowskim [5].

5 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. s. I-5553, pkt 43; z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 27.

22. W konsekwencji, jeżeli zamówienie publiczne ma choćby tylko potencjalnie transgraniczne znaczenie, muszą mieć zastosowanie normy wynikające z traktatu [6]. Jest jasne, że takie zastosowanie ma charakter dodatkowy w stosunku do regulacji przewidzianych w sposób wyraźny przez prawo znajdujące zastosowanie: na przykład w rozważanym przypadku zobowiązania dotyczące specyfikacji technicznych oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

23. Z prawa pierwotnego, a w szczególności z zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, wynikają w tym zakresie zasadniczo dwa obowiązki. Po pierwsze, instytucje zamawiające muszą zachowywać zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasadę równego traktowania. Po drugie, celem umożliwienia zbadania przestrzegania tych zasad instytucja zamawiająca musi zachowywać obowiązek przejrzystości [7].

24. Wydaje się, że strony nie różnią się w kwestii istnienia wyżej wymienionych obowiązków ani co do faktu, że badane zamówienie posiadało transgraniczne znaczenie, czego dowodem jest zarówno umieszczenie informacji o nim w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej*, jak i fakt, że niektórzy oferenci posiadali siedziby poza terytorium Irlandii [8]. Przedmiotem sporu jest kwestia, czy w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy irlandzka instytucja zamawiająca zachowała, czy też nie powyższe zasady.

B — *Argumenty stron*

25. Komisja w swojej krótkiej skardze podtrzymuje, że irlandzka instytucja zamawiająca nie wykonała zobowiązań nałożonych prawem unijnym z dwóch różnych względów – naruszając w obu przypadkach zasady

6 — Konieczność wystąpienia znaczenia transgranicznego nie zawsze jest jasno wyrażona w orzecznictwie Trybunału, zawierającym niejednokrotnie twierdzenia, które wskazują na bezwarunkowe stosowanie zasad wynikających z traktatu: zob. w szczególności wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60; postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505, pkt 20. W pozostałych orzeczeniach jednak wymóg ten jest wyraźnie wskazany: zob. w szczególności w zakresie koncesji: wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 20; z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 34. W szczególności w odniesieniu do usług nieprioryteto wych (tych, o których innymi słowy mowa w załączniku II B do dyrektywy 2004/18), zob. ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 29. Sama Komisja uznała konieczność zaistnienia transgranicznego znaczenia w komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. 2006, C 179, s. 2, pkt 1.3).

7 — W tym zakresie orzecznictwo jest utrwalone: zob. w szczególności wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 47–49.

8 — Komisja szczegółowo uzasadniała istnienie transgranicznego znaczenia w rozważanym przypadku: jest jasne, że miało to na celu zachowanie zasady nakładającej na nią ciężar dowodu. Zobacz ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 32.

równego traktowania i przejrzystości wynikające z orzecznictwa Trybunału.

26. Po pierwsze, podejście władz irlandzkich jest niezgodne z prawem ze względu na fakt, że waga kryteriów udzielenia zamówienia została przypisana dopiero po upływie terminu do składania ofert.

27. Po drugie, za bezprawną należy uznać również zmianę wagi kryteriów po wstępnym zbadaniu przedłożonych ofert.

28. Ponadto Komisja zauważa, że w zaproszeniu do składania ofert wysłanym do przedsiębiorstw po opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym nie było już wskazówki, że kryteria udzielenia zamówienia nie są podane w kolejności malejącego przyznanego im znaczenia, tak że uczestnicy przetargu mogli racjonalnie oczekiwać, iż jest to dokładnie kolejność podania kryteriów. Ponieważ natomiast nie przypisano kryteriom wagi w zależności od ich położenia na wykazie, władze irlandzkie wprowadziły oferentów w błąd. Komisja w replice stwierdziła jednak, że kwestia szczególnej kolejności podania kryteriów nie stanowi podstawy skargi, która oparta jest jedynie na dwóch wymienionych aspektach: określeniu względnej wagi kryteriów po upływie terminu do składania ofert i jej zmianie po wstępnym zbadaniu ofert przez poszczególnych członków komisji przetargowej.

29. Irlandia ze swojej strony uznaje w istocie fakty przedstawione przez Komisję, pomimo iż zaprzecza, by stanowiły one naruszenie prawa unijnego [9].

30. W szczególności rząd irlandzki podkreśla, że wprowadzona w dniu 22 czerwca zmiana kryteriów była niewielka (zmniejszenie o 5% wagi przypisanej kryterium nr 4 i odpowiedni wzrost o 5% wagi przypisanej kryterium nr 6) i niewystarczająca do uprzywilejowania jednego oferenta względem drugiego lub mniej korzystnego potraktowania go. Rzeczywiście retrospektywna analiza dowodzi, że oferent, który wygrał przetarg, zostałby zwycięzcą również przy zachowaniu poprzednio wyznaczonej wagi kryteriów.

31. Niemniej jednak, ponieważ nie doszło do jakiegokolwiek naruszenia zasady równości traktowania oferentów, analiza z punktu widzenia zachowania zasady przejrzystości nie

9 — Szczególny nacisk rządu irlandzkiego na fakt, że waga kryteriów uległa zmianie *zanim* komisja przetargowa przystąpiła do badania ofert, nie podaje jednak w wątpliwość faktu, że poszczególni członkowie tej komisji dokonali w międzyczasie badania tych ofert w *sposób indywidualny*. Okoliczność ta została w istocie wyraźnie udowodniona w dokumentacji załączonej przez Komisję do skargi.

jest konieczna, gdyż w orzecznictwie Trybunału ta druga zasada jest uznawana wyłącznie za pomocniczą względem pierwszej.

C — *Ocena*

32. Z uwagi na logikę i jasność argumentacji rozpocznę swoją analizę prawnych aspektów sprawy od kilku uwag dotyczących stosowania zasady przejrzystości w zamówieniach publicznych. Zbadam następnie dwa zarzuty Komisji, by wreszcie poświęcić kilka słów kwestii moim zdaniem niesłusznie pominiętej przez strony.

1. W przedmiocie zasady przejrzystości

33. Jak zostało przedstawione, Irlandia podtrzymuje, że zasada przejrzystości w zakresie zamówień ma charakter subsydiarny w stosunku do zasad równego traktowania i niedyskryminacji: w konsekwencji, jej zdaniem, uznawszy, że te zasady nie zostały naruszone, badanie zachowania zasady przejrzystości jest zbędne.

34. Sposób rozumowania Irlandii jest nie do przyjęcia.

35. Wprawdzie w świetle logiki, jaka przyświeca utrwalonej w tej materii linii orzeczniczej, zasada przejrzystości pełni funkcję pomocniczą względem zasad równego traktowania i niedyskryminacji. Niemniej jednak ten pomocniczy charakter nie oznacza podporządkowania ze skutkiem przedstawionym przez rząd irlandzki. Odwrotnie, obowiązek przejrzystości jest obowiązkiem pomocniczym w tym znaczeniu, że *jego przestrzeganie umożliwia przyjęcie, że pozostałe dwa „główne" obowiązki zostały spełnione.* Jeżeli instytucja zamawiająca nie działa w sposób przejrzysty, zbadanie, czy naruszyła ona ewentualnie obowiązki równego traktowania i niedyskryminacji jest trudne, by nie rzec – niemożliwe.

36. Ponadto przestrzeganie obowiązku przejrzystości jest wstępnym, niezbędnym warunkiem do zapewnienia, że wszyscy potencjalni oferenci są informowani w odpowiedni sposób o zmówieniu, z zachowaniem zasady równego traktowania [10].

37. W konsekwencji jeżeli występują warunki ustalone przez orzecznictwo w celu stosowania do zamówień publicznych zasad

10 — Zobacz ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Coname, pkt 17.

wynikających z pierwotnego prawa wspólnotowego, przestrzeganie zasady przejrzystości powinno być zawsze weryfikowane. Z logicznego punktu widzenia można by nawet ewentualnie stwierdzić, że badanie to powinno mieć charakter *wstępny* w stosunku do badania przestrzegania zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

2. W przedmiocie pierwszego zarzutu Komisji

38. Podnosząc pierwszy zarzut wobec Irlandii, Komisja kwestionuje, jak zostało przedstawione, fakt określenia wagi kryteriów udzielenia zamówienia dopiero po upływie terminu do składania ofert. Taka spóźniona decyzja narusza zasady równego traktowania i przejrzystości.

39. Zarzut ten nie zasługuje moim zdaniem na uwzględnienie z następujących powodów.

40. Po pierwsze, jest jasne, że dyrektywa nie nakazywała uprzedniego wskazania wagi kryteriów udzielenia zamówienia. Jak w istocie uznała Komisja w swojej skardze, art. 40 dyrektywy ustanawiający obowiązek tego rodzaju w ust. 5 lit. e) nie znajdował zastosowania w rozważanym przetargu. Dokładniej rzecz ujmując, w niniejszej sprawie dyrektywa nie nakładała nawet obowiązku uprzedniego podania kryteriów udzielenia zamówienia, które jednak zostały określone przez władze irlandzkie.

41. Po drugie, obowiązek ten nie wynika z orzecznictwa. W szczególności można przywołać podobne orzeczenie Trybunału, który przy stanie faktycznym całkowicie podlegającym przepisom dyrektyw dotyczących zamówień publicznych uznał zgodność z prawem podejścia instytucji zamawiającej, która nadała znaczenie częściom składowym kryteriów udzielenia zamówienia *po* złożeniu ofert, ale *przed* otwarciem kopert z ofertami [11].

42. Należy naturalnie zadać sobie pytanie, czy obowiązek wskazania już w ogłoszeniu kryteriów udzielenia zamówienia może być uważany za zwykłą konsekwencję obowiązku przestrzegania zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Nie wydaje mi się, by tak było, w szczególności w świetle orzecznictwa Trybunału.

43. W orzecznictwie z zakresu zamówień wchodzących całkowicie w zakres przepisów

11 — Wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC i Viaggi di Maio i in., Zb.Orz. s. I-10109, pkt 32.

dyrektyw w tej dziedzinie, pod pojęciami zasad równego traktowania i przejrzystości rozumie się obowiązek uprzedniego informowania oferentów o kryteriach udzielenia zamówienia (obowiązek, należy to przypomnieć, wyraźnie w takich przypadkach przewidziany w przepisach) [12]. Ponadto w świetle tej linii orzeczniczej z powyższych zasad wynikają zawsze: obowiązek dokonywania wykładni kryteriów udzielania zamówień w sposób jednolity w toku całego postępowania [13] oraz zakaz wprowadzania zmian kryteriów udzielania zamówień w toku postępowania przetargowego [14].

44. Jest jasne, że w dyrektywie 2004/18 obowiązek uprzedniego podania wagi kryteriów udzielenia zamówień wchodzących całkowicie w zakres zastosowania przepisów tej dyrektywy pokrywa się z koniecznością zapewnienia przestrzegania zasad równego traktowania i przejrzystości. Niemniej jednak wydaje mi się, że należy unikać automatycznego i jednakowego podejścia do zakresu zastosowania powyższych zasad w zamówieniach objętych przepisami dyrektywy oraz pozostających poza jej unormowaniami (lub, jak tutaj, objętych jedynie częściowo jej przepisami). Jeżeli uzna się, że obowiązek przejrzystości obowiązujący w przypadku zamówień wyłączonych ze stosowania dyrektywy musi być tożsamy z tym, który znajduje zastosowanie w przypadku zamówień objętych przepisami dyrektywy, powstanie możliwość stosowania w błędny sposób dyrektywy w różnego rodzaju stanach faktycznych, w których prawodawca *wyraźnie* uznał, iż nie należy jej stosować. W pewnym zakresie bowiem cała dyrektywa ma wdrażać podstawowe zasady traktatu [15]: jeżeli jedynym sposobem wdrożenia tych zasad w zakresie zamówień byłby sposób przewidziany dyrektywą, nie pozostawałoby nic innego, jak stosować ją do wszystkich przypadków, w których zamówienie ma transgraniczne znaczenie.

45. W ogólnym ujęciu, praktyczne sposoby zapewniające przestrzeganie zasad traktatu w sytuacjach niestosowania lub tylko częściowego stosowania dyrektywy nie mogą odnosić się do wszystkich przypadków i muszą być poddawane każdorazowej ocenie [16].

46. W rozpatrywanym przypadku irlandzka instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie, wskazując w nim kryteria udzielenia zamówienia bez określenia ich względnej wagi. Twierdzę, że w świetle przedstawionych

12 — Wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 88; z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 98. Warto zauważyć, że w dyrektywach znajdujących zastosowanie w sprawach zakończonych wyżej wymienionymi wyrokami wymagano od instytucji zamawiającej uprzedniego podania wagi kryteriów udzielenia zamówienia jedynie „w miarę możliwości", wymieniając je w kolejności malejącego przypisanego im znaczenia (zob. art. 30 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG i art. 27 ust. 2 dyrektywy 90/531/EWG).

13 — Wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 43.

14 — Wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. s. I-14527, pkt 93.

15 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. s. I-3353, pkt 33.

16 — Zobacz w szczególności wyroki: ww. w przypisie 6 w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 63; ww. w przypisie 7 w sprawie Parking Brixen, pkt 50.

powyżej rozważań nie miało tu miejsca naruszenie zasad niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości. Instytucja zamawiająca zawarła więcej informacji, niż wymaga tego dyrektywa, nie powodując odmiennego traktowania potencjalnych oferentów.

47. Jak podkreślono bowiem w orzecznictwie, obowiązek przejrzystości ma zasadniczo zapewnić każdemu potencjalnemu oferentowi odpowiedni poziomu jawności, umożliwiający skuteczne otwarcie na konkurencję i kontrolę bezstronności w postępowaniach przetargowych [17]. W niniejszym przypadku wybór posłużenia się Suplementem do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* musi być bez wątpienia uznany za właściwą formę zapewnienia wystarczającej jawności postępowania przetargowego w celu udzielenia zamówienia.

48. W odniesieniu zaś do zasad niedyskryminacji i równego traktowania fakt przypisania wagi kryteriom po upływie terminu do składania ofert nie stworzył, sam z siebie, żadnego zróżnicowania w podejściu do oferentów, którzy zostali potraktowani jednakowo.

49. Należy zresztą zauważyć, że ocena pierwszego zarzutu Komisji powinna być inna, gdyby instytucja zamawiająca podała w ogłoszeniu kryteria udzielenia zamówienia, wymieniając je w kolejności malejącego przypisanego im znaczenia. W takim przypadku instytucja zamawiająca dokonałaby zmiany wagi kryteriów w toku postępowania: jak przedstawiono powyżej, waga przypisana kryteriom nie ma w istocie żadnego związku z kolejnością ich umieszczenia w ogłoszeniu, a najważniejszymi kryteriami udzielenia zamówienia były kryteria wskazane na miejscu trzecim i czwartym.

50. Niemniej chociaż Komisja sugerowała w swojej skardze, że wykaz kryteriów zawartych w ogłoszeniu i w zaproszeniu do składnia ofert wskazywał na umieszczenie ich w kolejności malejącego przypisanego im znaczenia, różne elementy zaprzeczają takiemu twierdzeniu.

51. Po pierwsze, w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym zostało wyraźnie podane, że kolejność kryteriów nie odzwierciedla ich względnej wagi.

52. Po drugie, pierwszym z podanych kryteriów było kryterium kompletności dostarczonej dokumentacji. Żaden oferent, wykazujący najmniejszy stopień ostrożności, nie mógłby go uważać za główne kryterium udzielenia

17 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 62; zob. analogicznie także w zakresie koncesji na usługi wyroki: z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25; z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, Zb.Orz. s. I-4695, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo.

zamówienia: w istocie jego charakter przypomina bardziej warunek dopuszczenia do przetargu aniżeli kryterium udzielenia zamówienia, nieprzypadkowo została mu więc przypisana waga równa 0% [18].

53. Po trzecie, wydaje się, że Komisja w replice może nie tyle odstąpiła, ile z pewnością złagodziła stanowisko dotyczące kolejności malejącego znaczenia kryteriów udzielenia zamówienia. To podejście Komisji wydaje mi się całkowicie prawidłowe, jednakże pozbawia ono jednocześnie pierwszy zarzut jedynego możliwego solidnego argumentu.

54. W konsekwencji uważam, że pierwszy zarzut Komisji winien zostać oddalony.

3. W przedmiocie drugiego zarzutu Komisji

55. Przypomnę, że podnosząc swój drugi zarzut, Komisja podtrzymuje, że Irlandia naruszyła zasady równego traktowania i przejrzystości, zmieniając wagę kryteriów udzielenia zamówienia po przeprowadzeniu pierwszego wstępnego badania przedłożonych ofert.

56. Fakty, jak zauważono powyżej, są jasne i niepodważalne. Zmiana wagi kryteriów rzeczywiście miała miejsce kilka dni po ich pierwszym określeniu. W momencie zmiany komisja przetargowa nie przystąpiła jeszcze do pracy, jednakże jej członkowie dokonali indywidualnego przeglądu przedłożonych ofert.

57. Drugi zarzut, w odróżnieniu od pierwszego, zasługuje na uwzględnienie.

58. Przypomniałem już powyżej, że prawo Unii w świetle orzecznictwa Trybunału uważa za niezgodną z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji wszelką zmianę kryteriów udzielania zamówień, mającą miejsce w toku postępowania przetargowego [19]. Mowa tu dokładnie o sytuacji, jaka miała miejsce w niniejszym przypadku.

59. Nie podważa tego twierdzenia fakt, że komisja przetargowa przystąpiła do pracy jako organ kolegialny, dopiero po ostatecznej zmianie kryteriów udzielenia zamówienia. Właściwy skutek działania zasady zakazującej

18 — Zobacz w tym względzie pkt 64 i nast. niniejszej opinii.

19 — Zobacz pkt 43 powyżej.

zmiany kryteriów w toku postępowania nie zostałby osiągnięty, gdyby etap, na którym przed zebraniem komisji przetargowej jej członkowie dokonują przeglądu przedłożonych przez uczestników ofert, nie był uważany za część postępowania.

60. Również okoliczność, że pierwsze określenie wagi kryteriów nie było czynnością oficjalną, lecz jedynie działaniem w rodzaju „wstępnej propozycji", nie zmienia faktu, że działanie instytucji zamawiającej było niezgodne z prawem. Moim zdaniem, aby zapewnić równe traktowanie oferentów, niezbędne jest, by waga kryteriów udzielenia zamówienia była określana *przed zbadaniem ofert*, choćby w sposób indywidualny, przez członków komisji przetargowej. Należy stanowczo oddzielić przypisanie wagi kryteriom z jednej strony i ocenę ofert z drugiej strony. Ewentualna „wspólna refleksja" członków komisji przetargowej na temat wagi kryteriów mogłaby mieć miejsce zgodnie z prawem przed jakimkolwiek badaniem ofert.

61. Muszą zostać oddalone również argumenty rządu irlandzkiego wynikające z faktu, że zwycięzcą przetargu zostałby ten sam oferent, nawet gdyby zastosowano pierwotnie ustaloną wagę kryteriów, a nie wagę kryteriów wynikającą z późniejszej zmiany.

62. Należy bowiem przypomnieć, że w świetle utrwalonego orzecznictwa w ramach skarg o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie ma żadnego warunku związanego z wykazaniem interesu prawnego [20]. Celem postępowania jest ustalenie naruszenia lub braku naruszenia prawa unijnego, nie zaś badanie konsekwencji wynikających z takiego naruszenia. W związku z powyższym fakt, że postępowanie zakończyłoby się w ten sam sposób przy zastosowaniu do kryteriów udzielenia zamówienia przypisanej im początkowo wagi, nie ma żadnego wpływu na ocenę zasadności naruszenia.

63. Reasumując, drugi zarzut podniesiony przez Komisję jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

4. W przedmiocie możliwej bezprawności przypisania kryterium wagi zerowej

64. Ostatnią kwestią, nad którą warto się zatrzymać, pomimo iż strony nie poświęciły jej szczególnej uwagi, jest możliwość uznania, że fakt, iż irlandzka instytucja zamawiająca w momencie nadawania wagi kryteriom udzielenia zamówienia przypisała jednemu z nich wagę zerową (0%), jest sprzeczny

20 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-4713, pkt 14–16 i przytoczone tam orzecznictwo.

z prawem Unii. Jak widać, odnoszę się tutaj do kryterium „kompletności dostarczonej dokumentacji".

65. Moim zdaniem wskazanie w ogłoszeniu kryterium udzielenia zamówienia, a następnie przypisanie mu, po upływie terminu do składania ofert, wagi równej 0%, jest równoważne w skutkach ze zmianą kryteriów. W praktyce bowiem wynik takiego działania jest taki sam jak w przypadku usunięcia kryterium z wykazu: wskazane w ogłoszeniu kryterium nie zostaje już więcej użyte przy udzielaniu zamówienia. Innymi słowy, władze irlandzkie prawdopodobnie naruszyły prawo Unii, przypisując wagę zerową kryterium kompletności dokumentacji.

66. Trybunał nie może jednak w tym przypadku wydać orzeczenia stwierdzającego takie naruszenie.

67. Po pierwsze, można by, jak podniesiono wyżej, zadać sobie pytanie, czy „kryterium udzielenia zamówienia" obejmujące kompletny charakter dokumentacji nie powinno być uznane w rzeczywistości za zwykły warunek uczestnictwa w przetargu. Z definicji dokumentacja albo jest kompletna, to znaczy spełnia wymagania przetargowe, albo nie. Trudno jest wyobrazić sobie sytuację pośrednią. Jednakże zakładając nawet, że kompletność dokumentacji nie jest kryterium udzielenia zamówienia, faktem jest, iż w ogłoszeniu została ona w ten sposób przedstawiona, tak że mogą pojawić się wątpliwości co do zgodności z zasadami traktatu.

68. Po drugie, zarzut takiego naruszenia nie został podniesiony przez Komisję. Nie został on bowiem wyraźnie podniesiony ani też w żaden sposób nie można uznać, że wynika z żądań skargi, która jak zauważono, ogranicza się do zakwestionowania ustalenia wagi kryteriów po upływie terminu do składania ofert i zmiany tej wagi po zbadaniu ofert przeprowadzonym indywidualnie przez członków komisji przetargowej. Jednocześnie rząd irlandzki nie miał okazji zająć w tej kwestii stanowiska.

V — Wnioski

69. Podsumowując moją analizę, proponuję, aby Trybunał uwzględnił drugi z podniesionych przez Komisję zarzutów. W zakresie kosztów, ponieważ żądania Irlandii zostały uwzględnione tylko częściowo, proponuję obciążyć ją, zgodnie z art. 69 § 3 regulaminu postępowania przed Trybunałem, połową kosztów poniesionych przez Komisję.

70. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał orzekł, co następuje:

1) Zmieniając wagę przypisaną kryteriom udzielenia zamówienia po wstępnym zbadaniu przedłożonych ofert, Irlandia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

2) W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

3) Irlandia zostaje obciążona połową kosztów postępowania.

4) Komisja ponosi połowę własnych kosztów postępowania.