NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
PAOLO MENGOZZI
prednesené 29. júna 2010[1]

1. Súdny dvor má v rámci tejto žaloby o nesplnenie povinnosti objasniť, v akom rozsahu možno uplatniť právo Únie na verejnú zákazku, na ktorú sa podľa relevantných smerníc vzťahujú len niektoré minimálne pravidlá. Konkrétne v tomto prípade ide o verejnú zákazku na prekladateľské služby, v súvislosti s ktorými smernica 2004/18/ES[2] stanovuje iba povinnosť uviesť technické špecifikácie služby a uverejniť oznámenie o výsledkoch zadávacieho konania. Komisia sa však domnieva, že so zreteľom na judikatúru Súdneho dvora írsky verejný orgán mal dodržať niektoré ďalšie povinnosti, ktorých nedodržanie viedlo k tomuto konaniu.

I — Právny rámec

2. Právna úprava Únie predstavujúca základný referenčný právny rámec v tejto veci zahŕňa Zmluvy, ako aj citovanú smernicu 2004/18/ES (ďalej len „smernica“).

3. Účastníci konania sa zhodli na tom, že služby, o ktoré ide v tejto veci, spadajú pod služby uvedené v prílohe II B smernice. Prekladateľské služby totiž ako „ostatné služby“ patria do kategórie 27 citovanej prílohy.

4. Článok 21 smernice s názvom „Zákazky na služby uvedené v prílohe II B“ stanovuje:

„Na zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe II B, sa vzťahujú len článok 23 a článok 35 ods. 4“.

5. Článok 23 smernice s názvom „Technické špecifikácie“ nie je predmetom sporu, a preto nie je potrebné uvádzať na tomto mieste celé jeho znenie. Ustanovenie tohto článku, ktoré je veľmi dlhé a podrobné, ukladá obstarávateľom verejných zákaziek, aby jasne a presne vymedzili podmienky požadovanej služby, aby sa zamedzilo rozdielnemu

1 — Jazyk prednesu: taliančina.

2 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

zaobchádzaniu s hospodárskymi subjektmi, ktoré majú záujem o uzatvorenie zmluvy s verejným orgánom.

6. Článok 35 ods. 4 smernice naopak verejným obstarávateľom, ktorí zadali verejnú zákazku, ukladá povinnosť poslať oznámenie o výsledkoch zadávacieho konania. Komisia Írsku nevytýka ani porušenie tohto ustanovenia.

II — Okolnosti predchádzajúce sporu a konanie pred podaním žaloby

7. Dňa 16. mája 2006 bolo v dodatku k *Úradnému vestníku Európskej únie*[3] uverejnené oznámenie o zadávacom konaní, ktoré vyhlásila írska vláda na prekladateľské a tlmočnícke služby pre úrad príslušný pre otázky týkajúce sa utečencov.

8. V oznámení o vyhlásení zadávacieho konania bola uvedená kategória požadovaných služieb a bol v ňom stanovený konečný dátum (9. jún 2006) na vyjadrenie záujmu zúčastniť sa zadávacieho konania. Pokiaľ ide o postupy pre zadanie zákazky, bolo uvedené, že bude vybraná ekonomicky najvýhodnejšia ponuka, a to na základe týchto siedmich kritérií:

1. úplnosť predloženej dokumentácie;

2. vyhlásenie o schopnosti splniť požiadavky;

3. počet častí[4], služieb a jazykov;

4. kvalifikácie a pracovné skúsenosti v príslušnej oblasti;

5. cena;

6. vhodnosť navrhovaných podmienok;

7. referenčné miesta.

9. V oznámení bolo ďalej spresnené, že uvádzané kritériá na zadanie zákazky netreba chápať tak, že sú uvedené v klesajúcom poradí podľa významu.

3 — Ú. v. EÚ 92, 16.5.2006. Referenčné číslo oznámenia je 2006/S 92-098663.

4 — V oznámení bolo stanovené, že verejná zákazka je rozdelená na viac častí.

10. Záujem o účasť na zadávacom konaní vyjadrilo 12 spoločností, z ktorých tri boli spoločnosti so sídlom mimo územia Írska.

11. Hneď po uplynutí lehoty na predloženie ponúk členovia hodnotiacej komisie dostali prehľad relatívnych váh, ktoré treba prideliť kritériám na zadanie zákazky. Váha kritérií sa pohybovala medzi 0 % (v prípade kritéria uvedeného pod č. 1 týkajúceho sa úplnosti dokumentácie) a 30 % (v prípade kritéria uvedeného pod č. 4). Čo sa týka ostatných kritérií, prehľad uvádzal váhu 7 % pre kritérium uvedené pod č. 2, 25 % pre kritérium uvedené pod č. 3, 20 % pre kritérium uvedené pod č. 5, 10 % pre kritérium uvedené pod č. 6 a 8 % pre kritérium uvedené pod č. 7.

12. V nasledujúcich dňoch jednotliví členovia hodnotiacej komisie individuálne predbežne preskúmali predložené ponuky.

13. Hodnotiaca komisia zasadala po prvýkrát 22. júna 2006. Pred preskúmaním jednotlivých predložených ponúk rozhodla o zmene váhy kritérií tak, že váhu pridelenú kritériu uvedenému pod č. 4 znížila na 25 % (predtým bola stanovená na 30 %) a váhu pridelenú kritériu uvedenému pod č. 6 zvýšila na 15 % (predtým bola stanovená na 10 %). Váha ostatných kritérií zostala nezmenená. Hodnotiaca komisia teda pri posudzovaní ponúk a pri zadávaní zákazky uplatnila túto novú váhu kritérií, ktorú práve schválila.

14. Komisia dostala sťažnosť od neúspešného uchádzača. Po výmene informácií s Írskom Komisia 23. októbra 2007 zaslala tomuto členskému štátu listom výzvu a po odpovediach írskej vlády, ktoré považovala za nedostatočné, vydala 23. septembra 2008 odôvodnené stanovisko.

III — Konanie na Súdnom dvore a návrhy účastníkov konania

15. Keďže Komisiu neuspokojila odpoveď írskych orgánov na odôvodnené stanovisko, podala 19. júna 2009 túto žalobu o nesplnenie povinnosti.

16. Komisia navrhuje, aby Súdny dvor:

— určil, že Írsko si tým, že pridelilo váhu kritériám na zadanie zákazky po uplynutí lehoty na predloženie ponúk, ako aj tým, že zmenilo túto váhu po úvodnom preskúmaní predložených ponúk, nesplnilo svoje povinnosti, pokiaľ ide

o zásadu rovnosti zaobchádzania a zásadu transparentnosti, tak, ako ich vykladá Súdny dvor,

— zaviazal Írsko na náhradu trov konania.

17. Írsko navrhuje, aby Súdny dvor:

— zamietol žalobu,

— zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

IV — O nesplnení povinnosti

A — *Právna povaha dotknutého zadávacieho konania*

18. Pred preskúmaním vytýkaného nesplnenia povinnosti je potrebné na úvod objasniť povahu zadávacieho konania vyhláseného írskymi orgánmi na účely určenia právneho režimu, ktorý naňho možno uplatniť.

19. Ako som uviedol vyššie, účastníci konania sa zhodli na tom, že služby zadávané írskym verejným orgánom v rámci tohto sporu spadajú pod prílohu II B smernice. Z toho dôvodu smernica ukladala výslovne iba povinnosti týkajúce sa technických špecifikácií (článok 23 smernice) a oznámenia o výsledkoch zadávacieho konania (článok 35 ods. 4): z tohto hľadiska však Komisia neuplatňovala voči Írsku nijakú výhradu.

20. Je však známe, že právo Únie uplatniteľné na verejné zákazky nepredstavujú len osobitné ustanovenia obsiahnuté v smerniciach týkajúcich sa danej oblasti. Najmä judikatúra Súdneho dvora vždy zdôrazňovala, že v tejto oblasti treba mať na zreteli význam primárneho práva.

21. Treba totiž pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora má koordinácia zadávacích konaní na úrovni Únie za cieľ odstrániť prekážky voľného pohybu tovarov a služieb a tým chrániť záujmy hospodárskych subjektov so sídlom v jednom členskom štáte, ktoré si želajú ponúknuť svoje výrobky alebo služby verejným obstarávateľom so sídlom v inom členskom štáte. [5]

5 — Pozri napríklad rozsudky z 18. júna 2002, HI, C-92/00, Zb. s. I-5553, bod 43, a z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko, C-507/03, Zb. s. I-9777, bod 27.

22. Preto ak má verejná zákazka cezhraničný význam, hoci len potenciálny, musia sa uplatniť pravidlá vplývajúce zo Zmluvy.[6] Je jasné, že tieto pravidlá sa uplatňujú popri uplatňovaní prípadných formálnych požiadaviek, ktoré sú výslovne stanovené príslušnou právnou úpravou: napríklad v prejednávanej veci sú to povinnosti týkajúce sa technických špecifikácií a oznámenia o výsledkoch zadávacieho konania.

23. Z primárneho práva a najmä zo zásady slobody usadiť sa a zo zásady slobodného poskytovania služieb vyplývajú v tejto súvislosti najmä dve povinnosti. Na jednej strane sú verejné orgány povinné dodržiavať zásadu zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a zásadu rovnosti zaobchádzania. Na druhej strane, aby bolo možné preveriť dodržiavanie týchto zásad, verejné orgány musia podliehať povinnosti transparentnosti.[7]

24. Nie je zrejmé, že by sa účastníci konania naozaj nezhodovali v otázke týkajúcej sa existencie povinností uvedených v predchádzajúcich bodoch, alebo v tom, že sporné zadávacie konanie má cezhraničný význam, čo preukazuje jednak rozhodnutie uverejniť oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania v dodatku k *Úradnému vestníku Európskej únie* a jednak skutočnosť, že medzi uchádzačmi boli aj podniky, ktoré nemajú sídlo na území Írska.[8] Predmetom sporu medzi účastníkmi konania je otázka, či správanie írskeho verejného orgánu za konkrétnych okolností tohto prípadu bolo v súlade s vyššie uvedenými pravidlami.

B — *Tvrdenia účastníkov konania*

25. Komisia v rámci svojej stručnej žaloby tvrdí, že írsky verejný orgán si nesplnil povinnosti, ktoré mu vyplývajú z práva Únie z dvoch rozličných hľadísk, pričom v obidvoch prípadoch porušil zásadu rovnosti

6 — Požiadavka cezhraničného záujmu nie je vždy jasne vyjadrená v judikatúre Súdneho dvora, ktorá niekedy obsahuje tvrdenia, podľa ktorých by sa zásady vyplývajúce zo Zmluvy mali zrejme uplatňovať bezpodmienečne: pozri napríklad rozsudok zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Zb. s. I-10745, bod 60), a uznesenie z 3. decembra 2001, Vestergaard (C-59/00, Zb. s. I-9505, bod 20). V iných rozsudkoch je však táto podmienka uvedená výslovne: pozri napríklad v oblasti koncesií rozsudky z 21. júla 2005, Coname (C-231/03, Zb. s. I-7287, bod 20), a z 13. apríla 2010, Wall (C-91/08, Zb. s. I-2815, bod 34). Osobitne pokiaľ ide o neprioritné služby (inými slovami služby podľa prílohy II B smernice 2004/18), pozri rozsudok Komisia/Írsko (už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 29). Komisia vo svojom výkladovom oznámení týkajúcom sa právnych predpisov Spoločenstva uplatniteľných na zadávanie zákaziek, na ktoré sa úplne alebo čiastočne nevzťahujú smernice o verejných zákazkách (Ú. v. ES C 179, 2006, s. 2, bod 1.3) sama uznala potrebu cezhraničného záujmu.

7 — Judikatúra je v tejto súvislosti ustálená: pozri napríklad rozsudok z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 47 až 49.

8 — Navyše na účely preukázania, že sporné zadávacie konanie má cezhraničný význam, Komisia použila skôr širšiu argumentáciu: nepochybne preto, aby dodržala zásadu, na základe ktorej má v tejto súvislosti dôkazné bremeno. Pozri rozsudok Komisia/Írsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 32.

zaobchádzania a zásadu transparentnosti stanovené judikatúrou Súdneho dvora.

26. Po prvé správanie írskych verejných orgánov je nezákonné z dôvodu, že kritériám na zadanie zákazky pridelili váhu až po uplynutí lehoty na predloženie ponúk.

27. Po druhé nezákonnosť ich správania spočíva aj v tom, že túto pridelenú váhu zmenili po úvodnom preskúmaní predložených ponúk.

28. Komisia okrem toho uvádza, že výzva na predloženie ponuky zaslaná podnikom po uverejnení oznámenia v úradnom vestníku už neobsahovala údaj o tom, že kritériá na zadanie zákazky nie sú uvedené v klesajúcom poradí podľa významu, takže uchádzači mohli rozumne očakávať, že za týchto okolností sa uplatňuje práve toto poradie významu kritérií. Keďže kritériám bola naopak pridelená váha, ktorá nezodpovedala poradiu, v akom boli uvedené, írske orgány uviedli uchádzačov do omylu. Komisia však vo svojej replike spresnila, že otázka osobitného poradia, v akom boli kritériá uvedené, nie je predmetom jej žaloby, ktorá sa teda opiera len o dva dôvody: určenie relatívnej váhy kritérií po uplynutí lehoty na predloženie ponúk a zmena takto určenej váhy po úvodnom preskúmaní ponúk jednotlivými členmi hodnotiacej komisie.

29. Samotné Írsko v podstate uznáva skutkové zistenia tak, ako ich uvádza Komisia, [9] ale odmieta, že by mohli predstavovať porušenie práva Únie.

30. Írska vláda najmä zdôrazňuje, že minimálna zmena kritérií vykonaná 22. júna (zníženie váhy pridelenej kritériu uvedenému pod č. 4 o 5 % a zodpovedajúce zvýšenie váhy pridelenej kritériu uvedenému pod č. 6 o 5 %) v žiadnom prípade nestačí na to, aby určitý uchádzač mohol byť oproti inému uchádzačovi zvýhodnený alebo znevýhodnený. Spätné preskúmanie by totiž ukázalo, že úspešný uchádzač by získal zákazku aj vtedy, keby sa použili kritériá s pôvodne pridelenou váhou.

31. Táto vláda sa preto domnieva, že ak neexistuje nijaké porušenie zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, nie je potrebné posudzovať ani zásadu transparentnosti, pretože judikatúra Súdneho dvora túto druhú

9 — Tým, že írska vláda osobitne trvá na tom, že váha pridelená kritériám bola zmenená *predtým*, ako hodnotiaca komisia pristúpila k preskúmaniu ponúk, však nie je spochybnená skutočnosť, že jednotliví členovia tejto komisie už medzitým tieto ponuky predbežne *individuálne* preskúmali. Táto okolnosť totiž jasne vyplýva z dokumentácie, ktorú Komisia priložila k svojej žalobe.

uvedenú zásadu považuje iba za doplňujúcu k zásade uvedenej ako prvej.

C — *Posúdenie*

32. Z logických dôvodov a z dôvodov prehľadnosti tvrdení na začiatku preskúmam právne hľadiská tejto veci a uvediem niekoľko pripomienok k uplatňovaniu zásady transparentnosti v rámci verejných zákaziek. Následne sa budem zaoberať dvomi výhradami Komisie a nakoniec stručne uvediem jeden aspekt, ktorý účastníci konania, podľa všetkého, nesprávne nevzali do úvahy.

1. O zásade transparentnosti

33. Írsko tvrdí, ako bolo uvedené, že zásada transparentnosti v oblasti verejných zákaziek má subsidiárnu povahu vo vzťahu k zásade rovnosti zaobchádzania a k zásade zákazu diskriminácie: preto zastáva názor, že ak je preukázané, že tieto dve zásady neboli porušené, je zbytočné skúmať dodržanie zásady transparentnosti.

34. Toto tvrdenie Írska nemožno prijať.

35. Je pravda, že z ustálenej judikatúry logicky vyplýva, že zásada transparentnosti má vo vzťahu k zásade rovnosti zaobchádzania a k zásade zákazu diskriminácie doplňujúcu povahu. To však neznamená, že je im podriadená s takými dôsledkami, aké uviedla írska vláda. Naopak povinnosť transparentnosti je doplňujúcou povinnosťou v tom zmysle, že *jej dodržiavanie umožňuje určiť, či boli dodržané ostatné dve „hlavné" povinnosti*. Ak verejný orgán nekoná transparentne, je ťažké, až nemožné preveriť, či prípadne neporušil povinnosti rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie.

36. Navyše dodržiavanie povinnosti transparentnosti je nevyhnutnou predbežnou podmienkou na zabezpečenie toho, aby všetci potenciálni uchádzači boli o zadávacom konaní riadne informovaní tak, aby bola dodržaná rovnosť zaobchádzania. [10]

37. Preto, ak sú splnené podmienky stanovené judikatúrou pre uplatnenie zásad vyplývajúcich z primárneho práva Únie na verejnú

10 — Pozri rozsudok Coname, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 17.

zákazku, musí byť vždy preskúmané, či bola dodržaná zásada transparentnosti. Z logického hľadiska sa teda dokonca možno domnievať, že preskúmanie tejto zásady musí *predchádzať* preskúmaniu dodržania zásady rovnosti zaobchádzania a zásady zákazu diskriminácie.

aby som bol presný, v tomto prípade smernica nevyžadovala ani to, aby boli vopred uvedené kritériá na zadanie zákazky, ktoré však írske orgány uviedli.

2. O prvej výhrade Komisie

41. Po druhé takáto povinnosť nevyplýva ani z judikatúry. Analogicky možno odkázať najmä na rozsudok Súdneho dvora, ktorý v prípade, ktorý v plnom rozsahu spadal do pôsobnosti smerníc o verejných zákazkách, uznal zákonnosť postupu verejného orgánu, ktorý pridelil váhu čiastkovým prvkom určitého kritéria na zadanie zákazky *po* ich predložení, ale *pred* otvorením obálok obsahujúcich ponuky. [11]

38. Komisia v rámci prvej výhrady, ako bolo uvedené, vytýka Írsku, že stanovilo váhu rôznych kritérií na zadanie zákazky až po uplynutí lehoty na predloženie ponúk. Týmto oneskoreným určením váhy kritérií porušilo zásadu rovnosti zaobchádzania a zásadu transparentnosti.

42. Je samozrejme potrebné položiť si otázku, či by sa povinnosť uvádzať váhu rôznych kritérií na zadanie zákazky už v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania nemohla považovať za prirodzený dôsledok povinnosti dodržiavať zásadu rovnosti zaobchádzania, zásadu zákazu diskriminácie a zásadu transparentnosti. Najmä so zreteľom na judikatúru Súdneho dvora si však nemyslím, že by to tak mohlo byť.

39. Domnievam sa, že táto prvá výhrada nemôže obstáť z nasledujúcich dôvodov.

40. Po prvé je nepochybné, že smernica nevyžadovala uvádzať vopred váhu kritérií na zadanie zákazky. Komisia totiž vo svojej žalobe sama uznáva, že článok 40 smernice, ktorý vo svojom odseku 5 písm. e) stanovuje túto povinnosť, nebol v prípade dotknutého zadávacieho konania uplatniteľný. Okrem toho,

43. Judikatúra týkajúca sa verejných zákaziek, na ktoré sa v plnom rozsahu vzťahuje

11 — Rozsudok z 24. novembra 2005, ATI EAC a i., C-331/04, Zb. s. I-10109, bod 32.

systém právnej úpravy rôznych smerníc v danej oblasti, totiž považuje povinnosť vopred informovať uchádzačov o kritériách na zadanie zákazky (je potrebné pripomenúť, že táto povinnosť je v ustanoveniach týchto predpisov výslovne stanovená) za výraz zásady rovnosti zaobchádzania a zásady transparentnosti. [12] Navyše tá istá judikatúra uvádza, že z vyššie uvedených zásad vyplýva jednak povinnosť, že kritériá na zadanie zákazky sa musia počas celého konania vykladať jednotne, [13] ako aj zákaz meniť v priebehu zadávacieho konania kritériá na zadanie zákazky. [14]

44. Je nepochybné, že povinnosť, ktorá je stanovená v smernici 2004/18 týkajúca sa predchádzajúceho uvádzania váhy kritérií na zadanie zákazky v rámci zadávacích konaní, ktoré v plnom rozsahu spadajú do pôsobnosti tejto smernice, tiež zodpovedá potrebe zabezpečiť dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania a zásady transparentnosti. Zastávam však názor, že je potrebné zabrániť tomu, aby sa dosah týchto zásad v prípade zadávacích konaní podliehajúcich smernici považoval automaticky za rovnaký ako v prípade zadávacích konaní, na ktoré sa táto smernica nevzťahuje (alebo ako v tomto prípade, keď sa na nich vzťahuje len čiastočne). Ak by sa totiž predpokladalo, že pri zadávacích konaniach, ktoré sú vyňaté z pôsobnosti smernice, sa vyžaduje nevyhnutne rovnaká transparentnosť ako pri zadávacích konaniach spadajúcich do jej pôsobnosti, otvoril by sa priestor pre skryté uplatňovanie smernice na celý rad prípadov, na ktoré sa podľa *výslovného* názoru normotvorcu nemá uplatňovať. Do určitej miery má totiž celá smernica zabezpečiť účinnosť základných zásad Zmluvy: [15] pokiaľ by sa tieto zásady mohli v oblasti zadávacieho konania uplatňovať len spôsobom, ktorý je stanovený smernicou, potom by bolo potrebné uplatňovať ju na všetky prípady, v ktorých existuje cezhraničný záujem.

45. Vo všeobecnosti nemôžu byť konkrétne spôsoby na zabezpečenie dodržiavania zásad Zmluvy v oblastiach, v ktorých sa smernica neuplatňuje alebo sa uplatňuje len čiastočne, stanovené jednotne pre všetky prípady a každý jednotlivý prípad sa musí posudzovať osobitne. [16]

46. V prejednávanej veci írsky verejný orgán uverejnil oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania a uviedol v ňom kritériá na zadanie zákazky, no bez stanovenia ich relatívnej váhy. Domnievam sa, že so zreteľom na úvahy

12 — Rozsudky z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, C-87/94, Zb. s. I-2043, bod 88, a z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, Zb. s. I-11617, bod 98. Je zaujímavé si všimnúť, že smernice uplatniteľné na veci, v ktorých boli vyhlásené tieto citované rozsudky, vyžadovali, aby verejný orgán uviedol vopred váhu kritérií na zadanie zákaziek, len „ak je to možné“, v zostupnom poradí podľa dôležitosti (pozri článok 30 ods. 2 smernice 93/37/EHS a článok 27 ods. 2 smernice 90/531/EHS).

13 — Rozsudok z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, Zb. s. I-7725, bod 43.

14 — Rozsudok zo 4. decembra 2003, EVN a Wienstrom, C-448/01, Zb. s. I-14527, bod 93.

15 — Pozri analogicky rozsudok z 22. júna 1993, Komisia/Dánsko, C-243/89, Zb. s. I-3353, bod 33.

16 — Pozri napríklad rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 63, ako aj Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 50.

uvedené v predchádzajúcich bodoch neporušil zásadu zákazu diskriminácie, zásadu rovnosti zaobchádzania, ani zásadu transparentnosti. Verejný obstarávateľ poskytol viac informácií, ako vyžaduje smernica a jeho správanie neviedlo k rozdielnemu zaobchádzaniu s potenciálnymi uchádzačmi.

47. Judikatúra totiž zdôraznila, že cieľom povinnosti transparentnosti je v zásade zabezpečiť pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci sprístupnenie trhu konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti zadávacieho konania.[17] V prejednávanej veci sa rozhodnutie o použití dodatku k *Úradnému vestníku Európskej únie* musí nepochybne považovať za dostatočne adekvátne vytvorenie súťažného prostredia na účely zadania zákazky.

48. Čo sa ďalej týka zásady zákazu diskriminácie a zásady rovnosti zaobchádzania, skutočnosť, že kritériám bola pridelená váha až po predložení ponúk, nemala ako taká za následok rozdielne zaobchádzanie s uchádzačmi, keďže títo mali naďalej rovnaké postavenie.

17 — Pozri napríklad rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 62; pozri tiež analogicky v oblasti koncesií na služby rozsudky z 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Zb. s. I-8457, bod 25, a z 3. júna 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Zb. s. I-4695, bod 41 a tam citovanú judikatúru.

49. Okrem iného treba uviesť, že prvú výhradu Komisie by bolo treba posudzovať odlišne, ak by verejný obstarávateľ uviedol v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania kritériá na zadanie zákazky v klesajúcom poradí podľa významu. V takom prípade by verejný orgán zmenil váhu kritérií v priebehu konania: ako bolo totiž uvedené vyššie, váha pridelená kritériám nie je v tomto prípade nijako viazaná na poradie, v akom boli uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania, a najdôležitejšie kritériá na zadanie zákazky boli uvedené na treťom a na štvrtom mieste.

50. Tvrdenie, ktoré uviedla Komisia vo svojej žalobe, že kritériá obsiahnuté v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a v neskoršej výzve na predloženie ponuky boli uvedené v klesajúcom poradí podľa významu, je však v rozpore s niekoľkými skutočnosťami.

51. Po prvé v oznámení uverejnenom v úradnom vestníku bolo výslovne uvedené, že poradie, v akom sú kritériá uvedené, nezodpovedá ich relatívnej váhe.

52. Po druhé ako prvé bolo uvedené kritérium úplnosti poskytnutej dokumentácie. Pritom ani najmenej obozretný uchádzač ho nemohol považovať za hlavné kritérium na zadanie zákazky: svojou samotnou povahou

sa v skutočnosti zdá byť skôr podmienkou pripustenia do súťaže ako kritériom na zadanie zákazky, a nie náhodou mu bola neskôr pridelená váha 0 %. [18]

53. Po tretie sa zdá, že sama Komisia v štádiu repliky svoje stanovisko, pokiaľ ide o klesajúce poradie podľa významu kritérií na zadanie zákazky, určite zmierila, hoci od neho neupustila. Toto rozhodnutie Komisie sa mi zdá byť úplne správne, no zároveň vedie k tomu, že prvá výhrada Komisie stráca svoj jediný pevný základ, o ktorý sa opierala.

54. Preto sa domnievam, že prvú výhradu Komisie treba zamietnuť.

3. O druhej výhrade Komisie

55. Pripomínam, že vo svojej druhej výhrade Komisia tvrdí, že Írsko tým, že zmenilo váhu kritérií na zadanie zákazky po úvodnom preskúmaní predložených ponúk, porušilo zásadu rovnosti zaobchádzania a zásadu transparentnosti.

56. Ako bolo uvedené vyššie, skutkové okolnosti sú jasné a nesporné. Váha kritérií bola skutočne zmenená niekoľko dní po tom, ako bola po prvýkrát určená. Táto zmena bola uskutočnená v čase, keď hodnotiaca komisia ešte nezačala posudzovať predložené ponuky, no jej členovia mali možnosť preskúmať ich individuálne.

57. Na rozdiel od prvej výhrady druhú výhradu treba prijať.

58. Ako som už spomenul vyššie, právo Únie podľa výkladu Súdneho dvora považuje každú zmenu kritérií na zadanie zákazky uskutočnenú v priebehu konania za nezlučiteľnú so zásadou rovnosti zaobchádzania a so zásadou zákazu diskriminácie. [19] A to sa stalo práve v prejednávanej veci.

59. Okolnosť, že hodnotiaca komisia začala posudzovať predložené ponuky ako kolektívny orgán až po poslednej zmene kritérií na zadanie zákazky, nemá na toto konštatovanie vplyv. Zásada, ktorá vyžaduje, aby kritériá

18 — Pozri tiež v tejto súvislosti bod 64 a nasl. nižšie.

19 — Pozri bod 43 vyššie.

neboli v priebehu konania menené, by bola totiž úplne pozbavená potrebného účinku, keby sa určité štádium konania, v ktorom jednotliví členovia hodnotiacej komisie pred jej zasadnutím preskúmajú ponuky predložené uchádzačmi, nepovažovalo v plnom rozsahu za súčasť konania.

60. Okolnosť, že prvé stanovenie váhy kritérií nebolo oficiálnym aktom, ale že išlo len o určitý „predbežný návrh" nemení nič na tom, že správanie verejného orgánu bolo nezákonné. Zastávam totiž názor, že je nevyhnutné, aby na účely zabezpečenia rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi bola váha kritérií na zadanie zákazky určená *pred preskúmaním ponúk*, aj keby išlo len o individuálne preskúmanie členmi hodnotiacej komisie. Prideľovanie váhy kritériám musí byť striktne oddelené od posudzovania ponúk. Aby bolo prípadné „spoločné rozhodnutie" členov hodnotiacej komisie týkajúce sa váhy, ktorú treba prideliť rôznym kritériám zákonné, musí byť prijaté predtým, ako sa pristúpi k akémukoľvek posudzovaniu ponúk.

61. Tvrdenia írskej vlády, ktoré sa opierajú o okolnosť, že úspešný uchádzač by bol úspešným aj vtedy, keby sa jednotlivým kritériám pridelila pôvodne stanovená váha namiesto váhy určenej po jej neskoršej zmene, musia byť tiež zamietnuté.

62. Treba totiž pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry v rámci žalôb o nesplnenie povinnosti nemusí byť preukázaná existencia záujmu na konaní. [20] Cieľom tohto konania je určiť, či došlo k porušeniu práva Únie, a nie skúmať dôsledky vyplývajúce z tohto porušenia. Preto okolnosť, že výsledok zadávacieho konania by bol rovnaký, keby sa uplatnila váha, ktorá bola kritériám na zadanie zákazky pridelená pôvodne, je pre posúdenie existencie nesplnenia povinnosti irelevantná.

63. Z predchádzajúceho vyplýva, že druhá výhrada Komisie je dôvodná, a preto ju treba prijať.

4. O možnej nezákonnosti pridelenia nulovej váhy určitému kritériu

64. Posledný bod, pri ktorom je vhodné sa pozastaviť, napriek tomu, že mu účastníci konania nevenovali osobitnú pozornosť, súvisí s otázkou, či okolnosť, že írsky verejný orgán pri prideľovaní váhy rôznym kritériám na zadanie zákazky pridelil jednému kritériu nulovú váhu (0 %), možno považovať za

20 — Pozri napríklad rozsudok z 2. júna 2005, Komisia/Grécko, C-394/02, Zb. s. I-4713, body 14 až 16 a citovanú judikatúru.

nezlučiteľnú s právom Únie. Tým samozrejme odkazujem na kritérium týkajúce sa „poskytnutia úplnej dokumentácie“.

65. Zastávam názor, že uvedenie určitého kritéria v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania a neskoršie pridelenie tomuto kritériu, po uplynutí lehoty na predloženie ponúk, váhy rovnajúcej sa 0 %, predstavuje v každom prípade zmenu kritérií. Praktický výsledok je totiž rovnaký ako výsledok, ktorý by sa dosiahol, keby bolo toto kritérium vyčiarknuté zo zoznamu: kritérium uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania sa neskôr na účely zadania zákazky nepoužije. Inými slovami írske orgány tým, že pridelili kritériu týkajúcemu sa úplnosti dokumentácie nulovú váhu, pravdepodobne porušili právo Únie.

66. Súdny dvor však v tomto prípade nemôže vydať rozsudok vo veci tohto nesplnenia povinnosti.

67. Po prvé by bolo možné položiť si otázku, ako som uviedol vyššie, či „kritérium na zadanie zákazky“ týkajúce sa úplnosti dokumentácie nemá byť v skutočnosti považované za jednoduchú podmienku pre účasť v zadávacom konaní. Z podstaty veci je dokumentácia buď úplná, to znamená, že spĺňa podmienky požadované v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania, alebo nie je úplná. Je ťažké predstaviť si situáciu medzi týmito dvomi možnosťami. Skutočnosťou však zostáva, že aj keby bolo potrebné sa domnievať, že úplnosť dokumentácie nie je kritériom na zadanie zákazky, v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania bola uvedená ako kritérium, a preto možno v každom prípade pochybovať o existencii súladu so zásadami Zmluvy.

68. Po druhé pravdou tiež zostáva, že Komisia nevytýka toto nesplnenie povinnosti. Nie je to totiž výslovne uvedené a v každom prípade sa nemožno ani domnievať, že by implicitne vyplývalo z návrhu, v ktorom sa Komisia, ako bolo uvedené, obmedzuje len na to, že vytýka verejnému orgánu stanovenie váhy kritérií po uplynutí lehoty na predloženie ponúk a ich zmenu po individuálnom posúdení ponúk zo strany jednotlivých členov hodnotiacej komisie. Rovnako ani Írska vláda nemala možnosť vyjadriť sa k tejto otázke.

V — Návrh

69. Na záver mojej analýzy preto navrhujem, aby Súdny dvor prijal druhú z dvoch výhrad predložených Komisiou. Čo sa týka trov konania, keďže Írsko nemalo úspech len v časti predmetu konania, navrhujem, aby bolo zaviazané podľa článku 69 ods. 3 Rokovacieho poriadku Súdneho dvora znášať polovicu trov konania, ktoré vznikli Komisii.

70. So zreteľom na predchádzajúce úvahy navrhujem Súdnemu dvoru, aby rozhodol takto:

Írsko si tým, že zmenilo pridelenú váhu kritérií na zadanie zákazky po úvodnom preskúmaní predložených ponúk, nesplnilo povinnosti, pokiaľ ide o zásadu rovnosti zaobchádzania, zásadu zákazu diskriminácie a zásadu transparentnosti,

v zostávajúcej časti sa žaloba zamieta,

Írsko je povinné nahradiť polovicu trov konania,

Komisia znáša polovicu svojich vlastných trov konania.