SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PAOLA MENGOZZIJA,

predstavljeni 29. junija 2010[1]

I – Pravni okvir

2. Zakonodaja Unije, ki je temeljnega pomena za obravnavano zadevo, poleg Pogodb obsega zgoraj navedeno Direktivo 2004/18/ES (v nadaljevanju tudi: Direktiva).

1. Sodišče je v okviru te tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti pozvano, naj pojasni, koliko se pravo Unije uporablja za javno naročilo, za katero upoštevne direktive določajo, da se zanj uporablja samo minimalni obseg njihovih določb. Podrobneje, gre za naročilo storitev prevajanja, za katere sta v Direktivi 2004/18/ES[2] določeni samo obveznosti podrobne navedbe tehničnih specifikacij storitve in objave obvestila o oddanem naročilu. Vendar Komisija meni, da bi moral irski naročnik ob upoštevanju sodne prakse Sodišča spoštovati nekatere dodatne obveznosti, katerih neizpolnitev je razlog za zadevno tožbo.

3. Med strankama ni sporno, da spadajo storitve, ki so predmet tega postopka, med storitve, naštete v Prilogi II B k Direktivi. Storitve prevajanja so namreč kot „druge storitve“ vključene v skupino 27 iz te priloge.

4. Člen 21 Direktive, naslovljenem „Javna naročila storitev s seznama v Prilogi II B“, določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi II B, se morajo oddati samo v skladu s členom 23 in členom 35(4)“.

5. Člen 23 Direktive, naslovljen „Tehnične specifikacije“, ni predmet spora, zato lahko na tem mestu njegovo celotno besedilo izpustimo. Gre za zelo dolgo in podrobno določbo, ki subjektom, pristojnim za oddajo javnih naročil, nalaga obveznost, da jasno in natančno določijo zahteve v zvezi s predmetom naročila, tako da se prepreči različna

1 – Jezik izvirnika: italijanščina.

2 – Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

obravnava tistih, ki bi želeli skleniti pogodbo z naročnikom.

6. Člen 35(4) Direktive pa določa, da morajo naročniki, ki so oddali javno naročilo, sestaviti informativno obvestilo o izidih postopka oddaje naročila. Vendar Komisija Irski ne očita niti kršitve tega predpisa.

II – Dejansko stanje in predhodni postopek

7. V Dodatku k *Uradnemu listu Evropske unije* je bilo 16. maja 2006 objavljeno obvestilo [3] o javnem naročilu irske vlade za storitve prevajanja in tolmačenja, ki bi se opravljale za urad, pristojen za zadeve v zvezi z begunci.

8. V obvestilu sta bila opredeljena skupina zahtevanih storitev in rok (9. junij 2006) za predložitev izjav o interesu za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila. Glede postopkov za oddajo naročila je bilo navedeno, da bo izbrana ekonomsko najugodnejša ponudba na podlagi teh sedmih meril:

(1) popolnost predložene dokumentacije;

(2) izjava o sposobnosti izpolnjevanja zahtev;

(3) število sklopov, [4] storitev in jezikov;

(4) strokovna kvalifikacija, upoštevne izkušnje;

(5) cena;

(6) primernost predlaganih postopkov;

(7) referenčna mesta.

9. V obvestilu je bilo poleg tega pojasnjeno, da se za našteta merila za oddajo naročila ne šteje, da so navedena v padajočem zaporedju pomembnosti.

3 – UL 16, 16.5.2006, S 92. Številka obvestila je 2006/S 92-098663.

4 – V obvestilu je bila predvidena razdelitev naročila na več sklopov.

10. Dvanajst družb je izrazilo interes za sodelovanje v postopku za oddajo naročila, pri čemer so imele tri od teh sedež zunaj irskega ozemlja.

11. Takoj po izteku roka za predložitev ponudb so člani razpisne komisije prejeli tabelo, v kateri je bil za vsako merilo za ocenjevanje naveden relativni ponder, ki ga je treba upoštevati. Vrednost ponderja je segala od 0 % (za merilo št. 1, ki se nanaša na popolnost dokumentacije) do 30 % (za merilo št. 4). Glede drugih meril je bilo v tabeli navedeno, da ponderji znašajo 7 % za merilo št. 2, 25 % za merilo št. 3, 20 % za merilo št. 5, 10 % za merilo št. 6 in 8 % za merilo št. 7.

12. V naslednjih dneh so člani razpisne komisije posamično opravili začetni pregled predloženih ponudb.

13. Razpisna komisija se je prvič sestala 22. junija 2006. Pred preučitvijo ponudb je sklenila, da bo tehtanje meril spremenila, tako da bo ponder merila št. (4) zmanjšala na 25 % (prej je bil ocenjen na 30 %), ponder merila št. (6) pa povečala na 15 % (prej je bil ocenjen na 10 %). Ponderji, določeni za druga merila, so ostali nespremenjeni. Nato je razpisna komisija na podlagi pravkar sprejetih novih vrednosti za meril preučila ponudbe in izbrala ponudnika.

14. Eden od ponudnikov, ki ni bil izbran, je Komisiji poslal prijavo. Komisija je po izmenjavi informacij z Irsko 23. oktobra 2007 izdala pisni opomin, 23. septembra 2008 pa – ker je menila, da odgovori irske vlade niso zadovoljivi – še obrazloženo mnenje.

III – Postopek pred Sodiščem in predlogi strank

15. Komisija, ki je menila, da irski organi tudi na obrazloženo mnenje niso odgovorili zadovoljivo, je 19. junija 2009 vložila to tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti.

16. Komisija Sodišču predlaga, naj:

– ugotovi, da Irska s tem, da je za merila za oddajo naročila določila ponderje po izteku roka za oddajo ponudb, in s tem, da jih je spremenila po začetnem pregledu oddanih ponudb, ni izpolnila obveznosti,

ki jih ima na podlagi načel enakega obravnavanja in preglednosti, kakor ju razlaga Sodišče;

– Irski naloži plačilo stroškov.

17. Irska Sodišču predlaga, naj:

– tožbo zavrne;

– Komisiji naloži plačilo stroškov.

IV – Neizpolnitev obveznosti

A – *Pravna narava obravnavanega javnega naročila*

18. Pred preučitvijo očitane neizpolnitve obveznosti je treba predhodno pojasniti, kakšna so značilnosti javnega naročila irskih organov, da bi lahko določili pravni red, ki se zanj uporablja.

19. Kot sem navedel zgoraj, med strankama ni sporno, da spadajo storitve, izvajanje katerih je irski naročnik oddal v okviru obravnavane zadeve, med storitve iz Priloge II B Direktive. Zato sta v Direktivi naročniku izrecno naloženi samo obveznosti, ki se nanašata na tehnične specifikacije (člen 23 Direktive) in na obvestilo o izidu postopka oddaje (člen 35(4)): vendar Komisija s tega vidika Irski ni očitala ničesar.

20. Znano pa je, da pravo Unije, ki se uporablja za javna naročila, ne obsega samo posebnih določb, vsebovanih v direktivah s tega področja. Sodišče je v sodni praksi vedno poudarjalo, da se v tem okviru ne sme zanemariti pomen primarnega prava.

21. Spomniti je namreč treba, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča namen usklajevanja postopkov za oddajo javnih naročil na ravni Unije odstraniti ovire za prosti pretok storitev in proizvodov ter tako zavarovati interese gospodarskih subjektov s sedežem v državi članici, ki želijo naročnikom s sedežem v drugi državi članici ponuditi blago ali storitve. [5]

5 – Glej na primer sodbi z dne 18. junija 2002 v zadevi HI (C-92/00, Recueil, str. I-5553, točka 43) in z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točka 27).

22. Zato je treba, če je javno naročilo v čezmejnem interesu, pa čeprav samo potencialno, uporabiti pravila, ki so razvidna iz Pogodbe. [6] Seveda je uporaba teh dodatna glede na morebitne formalnosti, ki so izrecno določene v upoštevni zakonodaji: v obravnavani zadevi sta to na primer obveznosti v zvezi s tehničnimi specifikacijami in obvestilom o izidu postopka oddaje naročila.

23. Za to področje iz primarnega prava in zlasti iz načel svobode ustanavljanja ter svobode opravljanja storitev izhajata v bistvu dve obveznosti. Prvič, naročniki morajo spoštovati načeli prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva in enakega obravnavanja. Drugič, naročnik mora zato, da bi omogočil preizkus, ali sta bili navedeni načeli spoštovani, izpolniti obveznost preglednosti. [7]

24. Zdi se, da med strankama ni sporen obstoj obveznosti, opisanih v zgornjih točkah, in niti to, da ima obravnavano javno naročilo čezmejni interes, kar dokazuje tako odločitev države članice, da bo obvestilo o naročilu objavila v Dodatku k *Uradnemu listu Evropske unije*, kot dejstvo, da so bile med ponudniki tudi družbe, ki nimajo sedeža na Irskem. [8] Sporno pa je, ali je irski naročnik v posebnih okoliščinah obravnavane zadeve navedena pravila spoštoval.

B – *Trditve strank*

25. Komisija v kratki tožbi zatrjuje, da je irski naročnik kršil obveznosti, ki izhajajo iz prava Unije, in sicer z dveh različnih vidikov, pri čemer naj bi v obeh primerih kršil načeli

6 – Sodišče v sodni praksi ni vselej jasno poudarilo, da je nujen obstoj čezmejnega interesa, saj se zdi, da včasih iz njegovih navedb izhaja, da nalaga brezpogojno uporabo načel iz Pogodbe: glej na primer sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 60) in sklep z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard (C-59/00, Recueil, str. I-9505, točka 20). Vendar je v drugih sodbah ta pogoj izrecno naveden: glej na primer sodbi s področja koncesij z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točka 20) in z dne 13. aprila 2010 v zadevi Wall (C-91/08, ZOdl., str. I-2815, točka 34). Posebej glede storitev, katerih interes ni prednosten (povedano drugače, storitev iz Priloge II B Direktive 2004/18/ES), glej v opombi 5 navedeno sodbo Komisija proti Irski (točka 29). Tudi Komisija je potrdila nujnost čezmejnega interesa v Razlagalnem sporočilu o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih (UL C 179, 1.8.2006, str. 2, točka 1.3).

7 – V zvezi s tem je sodna praksa ustaljena: glej na primer sodbo z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točke od 47 do 49).

8 – Komisija je poleg tega v zvezi z obravnavanim javnim naročilom razmeroma obširno utemeljevala obstoj čezmejnega interesa: jasno je, da zato, da bi spoštovala načelo, ki ji glede tega nalaga dokazno breme. Glej v opombi 5 navedeno sodbo Komisija proti Irski (točka 32).

enakega obravnavanja in preglednosti, ki ju nalaga sodna praksa Sodišča.

26. Prvič, ravnanje irskih organov naj ne bi bilo zakonito, ker je bilo tehtanje meril za oddajo javnega naročila določeno šele po izteku roka za predložitev ponudb.

27. Drugič, nezakonito naj bi bilo tudi to, da so navedeno tehtanje spremenili po tem, ko so že opravili prvi pregled predloženih ponudb.

28. Komisija poleg tega navaja, da je bila v povabilu k predložitvi ponudb, ki je bilo družbam poslano po objavi obvestila v Uradnem listu, izpuščena predhodna navedba, da merila za ocenjevanje niso razvrščena v padajočem zaporedju pomembnosti, tako da so lahko ponudniki upravičeno domnevali, da je vrstni red, po katerem so merila navedena, prav tak. Ker pa v okviru tehtanja meril niso bili določeni ponderji, ki bi bili sorazmerni glede na njihov položaj na seznamu, naj bi irski naročnik ponudnike zavedel. Komisija je v repliki kljub temu pojasnila, da vprašanje vrstnega reda, po katerem so bila navedena merila, ni podlaga za njeno tožbo, ki naj bi torej temeljila samo na dveh navedenih dejavnikih: določitev relativnih ponderjev meril po izteku roka za predložitev ponudb in sprememba teh, sprejeta po prvem pregledu ponudb, ki so ga posamično opravili člani razpisne komisije.

29. Irska v bistvu priznava, da je dejansko stanje tako, kot ga je opisala Komisija, [9] čeprav zanika, da bi ga bilo mogoče obravnavati kot kršitev prava Unije.

30. Podrobneje, irska vlada poudarja, da je bila sprememba, sprejeta 22. junija, minimalna (zmanjšanje ponderja merila št. 4 za 5 % in ustrezno povečanje ponderja merila št. 6) in nezadostna, da bi lahko vplivala na prednost ali poslabšanje položaja določenega udeleženca glede na drugega ponudnika. Dejansko naj bi bilo iz preučitve, opravljene za nazaj, razvidno, da bi bilo naročilo oddano izbranemu ponudniku tudi na podlagi prvotno določenih ponderjev za merila.

31. Ker naj torej ne bi bilo nikakršne kršitve načela enakega obravnavanja ponudnikov, preučitev načela preglednosti sploh ni

9 – Vendar vztrajno poudarjanje irske vlade, da je bila določitev ponderjev za merila spremenjena, *preden* je razpisna komisija začela preučevati ponudbe, ne spremeni dejstva, da so posamezni člani komisije medtem *posamično* že opravili prvi pregled ponudb. Ta okoliščina je dokazana, saj jasno izhaja iz dokumentacije, ki jo je Komisija priložila k tožbi.

potrebna, saj iz sodne prakse Sodišča izhaja, da je to načelo obravnavano zgolj kot dodatno glede na prvo.

C – *Presoja*

32. Iz logičnih razlogov in zaradi jasnosti razlage bom preučitev pravnih dejavnikov obravnavane zadeve začel z nekaj ugotovitvami glede načela preglednosti v okviru javnih naročil. Nato bom preučil očitka Komisije, nazadnje pa bom na kratko obravnaval še en vidik, za katerega menim, da sta ga stranki neupravičeno spregledali.

1. Načelo preglednosti

33. Kot sem že navedel, Irska trdi, da je vloga načela preglednosti na področju javnih naročil samo pomožna glede na načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije: zato meni, da bi bila preučitev načela preglednosti odveč, če bi bilo ugotovljeno, da drugi navedeni načeli nista bili kršeni.

34. Razlage Irske ni mogoče sprejeti.

35. Res je sicer, da ima v logičnem sistemu, ki izhaja iz ustaljene sodne prakse Sodišča s tega področja, načelo preglednosti vlogo, ki je dodatna glede na načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije. Vendar ta dodatna lastnost ni podredna, zato nima posledice, ki jo je izpeljala irska vlada. Nasprotno, obveznost preglednosti je dodatna v smislu, da *njeno spoštovanje omogoči preizkus, ali sta bili drugi dve „glavni" obveznosti izpolnjeni.* Če naročnik ne ravna pregledno, je težko ali celo nemogoče preveriti, ali je morebiti kršil obveznosti enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije.

36. Poleg tega je obveznost preglednosti predhoden pogoj, ki je nujen za zagotovitev, da bodo vsi potencialni ponudniki ustrezno obveščeni o javnem naročilu, tako da bo spoštovano načelo enakega obravnavanja. [10]

37. Če so torej podani pogoji, ki so v sodni praksi določeni za uporabo načel, ki izhajajo iz primarnega prava Unije, za javno naročilo,

10 – Glej v opombi 6 navedeno sodbo Coname (točka 17).

je treba vedno preveriti, ali je spoštovano načelo preglednosti. Z logičnega vidika bi lahko kvečjemu trdili, da mora biti preizkus glede preglednosti *predhoden* glede na preverjanje načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije.

2. Prvi očitek Komisije

38. Kot že navedeno, Komisija s prvim očitkom zoper Irsko zatrjuje, da je ta določila ponderje meril za oddajo naročila šele po izteku roka za predložitev ponudb. S to prepozno določitvijo naj bi kršila načeli enakega obravnavanja in preglednosti.

39. Zdi se mi, da tega očitka ni mogoče sprejeti, in sicer iz spodaj navedenih razlogov.

40. Prvič, ni sporno, da Direktiva ne nalaga predhodne določitve ponderjev meril za oddajo naročila. Kot je namreč prav Komisija priznala v svoji tožbi, se člen 40 Direktive, v katerem je določena obveznost te vrste, in sicer v njegovem odstavku (5)(e), za zadevno javno naročilo ne uporablja. Natančneje, v tem primeru Direktiva dejansko ne nalaga niti predhodne navedbe meril za oddajo naročila, kar pa so irski organi kljub temu storili.

41. Drugič, ta obveznost ne izhaja niti iz sodne prakse. Po analogiji se je v zvezi s tem mogoče sklicevati na sodbo Sodišča, ki je v primeru, za katerega so v celoti veljale direktive o javnih naročilih, potrdilo zakonitost ravnanja naročnika, ki je določil tehtanje podelementov merila za oddajo *po* predložitvi ponudb, vendar *pred* odpiranjem kuvert s ponudbami. [11]

42. Seveda se je treba vprašati, ali lahko za obveznost, da se že v obvestilu o naročilu navedejo različna merila za oddajo, štejemo, da je naravna posledica dolžnosti spoštovanja načel enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije in preglednosti. Vendar zlasti ob upoštevanju sodne prakse Sodišča menim, da v obravnavanem primeru ni tako.

43. Iz sodne prakse, ki se nanaša na javna naročila, za katera velja celotna zakonodaja

11 – Sodba z dne 24. novembra 2005 v zadevi ATI EAC in drugi (C-331/04, ZOdl., str. I-10109, točka 32).

direktiv s tega področja, namreč izhaja, da je obveznost predhodnega obveščanja ponudnikov o merilih za oddajo naročila izraz načel enakega obravnavanja in preglednosti (naj spomnim, da je taka obveznost izrecno določena v pravilih, ki se uporabljajo v navedenih okoliščinah). [12] Poleg tega v skladu s to sodno prakso iz zadevnih načel izhajata obveznost enotne razlage meril za oddajo v vseh fazah postopka [13] in prepoved spreminjanja meril za oddajo med razpisnim postopkom. [14]

44. Jasno je, da tudi v Direktivi 2004/18/ES določena obveznost predhodne navedbe ponderjev za merila ocenjevanja, ki velja za javna naročila, za katera se ta direktiva uporablja v celoti, prav tako izhaja iz potrebe, da se zagotovi spoštovanje načel enakega obravnavanja in preglednosti. Vendar se mi zdi, da je treba preprečiti samodejno izenačevanje obsega, ki ga imata zadevni načeli za javna naročila, za katera se Direktiva uporablja, z obsegom, ki ga imata ti načeli za javna naročila, za katera se Direktiva ne uporablja (ali, kot v obravnavani zadevi, za katera se uporablja le delno). Če bi namreč menili, da je preglednost, ki se nalaga za javna naročila, izključena s področja uporabe Direktive, nujno enaka preglednosti, katere spoštovanje je obvezno za javna naročila, za katera se Direktiva uporablja, bi se odprle možnosti za neupravičeno uporabo Direktive v številnih primerih, za katere je zakonodajalec *izrecno* menil, da je zanje ni treba uporabljati. Do neke mere je namreč celotna Direktiva namenjena uresničevanju temeljnih načel Pogodbe: [15] če bi bil edini način za uresničitev teh načel na področju javnih naročil ta, ki ga določa Direktiva, ne bi bilo druge možnosti, kot da jo uporabimo v vseh primerih, v katerih obstaja čezmejni interes.

45. Na splošno postopkov, ki naj v praksi zagotavljajo spoštovanje načel Pogodbe v primerih, v katerih se Direktiva ne uporablja ali se uporablja samo delno, ni mogoče vnaprej in v celoti opredeliti ter je treba o njih presoditi za vsak posamezen primer posebej. [16]

46. V obravnavani zadevi je irski naročnik objavil obvestilo in v njem navedel merila za oddajo, čeprav zanje ni določil relativnih ponderjev. Menim, da je treba ob upoštevanju ugotovitev, navedenih v zgornjih točkah,

12 – Sodbi z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-87/94, Recueil, str. I-2043, točka 88) in z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 98). Zanimivo je, da je v direktivah, upoštevnih za zadevi, končani z navedenima sodbama, določeno, da naročnik samo „po možnosti“ predhodno navede ponderje meril, ki jih bo uporabil pri oddaji naročila, in sicer tako, da jih našteje od bolj pomembnega k manj pomembnemu (glej člen 30(2) Direktive 93/37/EGS in člen 27(2) Direktive 90/531/EGS).

13 – Sodba z dne 18. oktobra 2001 v zadevi SIAC Construction (C-19/00, Recueil, str. I-7725, točka 43).

14 – Sodba z dne 4. decembra 2003 v zadevi EVN in Wienstrom (C-448/01, Recueil, str. I-14527, točka 93).

15 – Glej po analogiji sodbo z dne 22. junija 1993 v zadevi Komisija proti Danski (C-243/89, Recueil, str. I-3353, točka 33).

16 – Glej na primer v opombi 6 navedeno sodbo Telaustria in Telefonadress (točka 63) ter v opombi 7 navedeno sodbo Parking Brixen (točka 50).

skleniti, da irski organi niso kršili načel prepovedi diskriminacije, enakega obravnavanja in preglednosti. Naročnik je zagotovil celo več informacij od tistih, ki jih v zvezi z obveščanjem nalaga Direktiva, in ni ustvaril položaja neenakosti med potencialnimi ponudniki.

47. Kot je namreč ugotovljeno v sodni praksi, je cilj obveznosti preglednosti načeloma ta, da se vsakemu potencialnemu ponudniku zagotovi ustrezna raven obveščanja, ki omogoči dejansko odpiranje trga za konkurenco ter nadzor nad tem, ali so bili postopki oddaje naročila izvedeni nepristransko. [17] V obravnavani zadevi je treba za odločitev naročnika, da bo obvestilo objavil v Dodatku k *Uradnemu listu Evropske unije*, nedvomno šteti, da je primerna za zadostno obveščanje javnosti o razpisnem postopku za oddajo javnega naročila.

48. Glede načel prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja ugotavljam, da dejstvo, da so bili ponderji za merila določeni šele po predložitvi ponudb, samo po sebi ni povzročilo nikakršnega razlikovanja pri obravnavi ponudnikov, katerih položaj je bil enakopraven.

17 – Glej na primer v opombi 6 navedeno sodbo Telaustria in Telefonadress (točka 62); glej po analogiji tudi sodbi s področja koncesij za storitve z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 25) in z dne 3. junija 2010 v zadevi Sporting Exchange (C-203/08, ZOdl., str. I-4695, točka 41 in navedena sodna praksa).

49. Poleg tega je treba ugotoviti, da bi morala biti presoja v zvezi s prvim očitkom Komisije drugačna, če bi naročnik v razpisni dokumentaciji merila za oddajo naročila razvrstil v padajočem zaporedju glede na njihov ponder. V takem primeru bi bilo treba šteti, da je naročnik spremenil ponderje meril med postopkom: vendar kot sem opozoril zgoraj, ponderji, ki so bili določeni za merila, nimajo nobene povezave z vrstnim redom, po katerem so bila merila našteta v obvestilu, najpomembnejši merili za oddajo naročila sta bili v obravnavanem primeru uvrščeni na tretje in četrto mesto.

50. Čeprav je Komisija v tožbi navedla, da je bil seznam meril, vsebovan v obvestilu in v poznejšem pozivu k predložitvi ponudb, tak, da so bila merila razvrščena padajoče po pomembnosti, pa več dejavnikov nasprotuje tej trditvi.

51. Prvič, v obvestilu, ki je bilo objavljeno v Uradnem listu, je bilo izrecno navedeno, da vrstni red razvrstitve meril ne sovpada z njihovim relativnim ponderjem.

52. Drugič, prvo od naštetih meril se je nanašalo na popolnost predložene dokumentacije. Noben vsaj minimalno skrben ponudnik ga ne bi mogel obravnavati kot glavno merilo za oddajo naročila: dejansko se njegova narava

zdi bolj podobna pogoju za sodelovanje na razpisu kot merilu za oddajo naročila, zato ni naključje, da je bil nato zanj določen ponder 0 %. [18]

53. Tretjič, zdi se, da je tudi Komisija v repliki gotovo spremenila, če že ne opustila, stališče v zvezi z razvrstitvijo meril v padajočem zaporedju po pomembnosti. Menim, da je ta odločitev Komisije povsem pravilna, vendar hkrati prvemu očitku odvzema edini trdni temelj, na katerega se je lahko opiral.

54. Zato menim, da je treba prvi očitek Komisije zavrniti.

3. Drugi očitek Komisije

55. Kot sem že navedel, z drugim očitkom Komisija zatrjuje, da je Irska kršila načeli enakega obravnavanja in preglednosti, ker je spremenila tehtanje meril za oddajo naročila po tem, ko je bila že opravljena prva nedokončna preučitev predloženih ponudb.

56. Dejansko stanje, kot sem že navedel, ni sporno in glede tega ni ugovorov. Sprememba ponderirnih razmerij med merili je bila dejansko sprejeta nekaj dni po prvi določitvi ponderja za posamezna merila. V času spremembe razpisna komisija še ni začela dela, vendar so imeli njeni člani že možnost, da posamično pregledajo predložene ponudbe.

57. Drugi očitek je treba v nasprotju s prvim sprejeti.

58. Zgoraj sem že spomnil, da so v skladu s pravom Unije, kot ga razlaga Sodišče, vse spremembe meril za oddajo naročila, ki se sprejmejo med postopkom, v nasprotju z načeloma enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije. [19] Prav to se je zgodilo v obravnavani zadevi.

59. Te ugotovitve ne more spremeniti dejstvo, da je razpisna komisija kot kolegijski organ začela delati šele po zadnji spremembi glede meril za oddajo naročila. Polni učinek načela, po katerem se merila med postopkom ne smejo spreminjati, bi bil namreč povsem onemogočen, če ne bi šteli, da je del postopka

18 – V zvezi s tem glej tudi točko 64 in naslednje spodaj.

19 – Glej točko 43 zgoraj.

dejansko tudi tista faza, v kateri člani razpisne komisije, preden se ta sestane, pregledajo ponudbe, ki so jih predložili ponudniki.

60. Tudi dejstvo, da prva določitev ponderjev za posamezna merila ni bila sprejeta z uradnim aktom, saj naj bi šlo za neke vrste „predhodni predlog“, ne more omajati sklepa, da je bilo ravnanje naročnika nezakonito. Menim namreč, da je zaradi zagotavljanja enakega obravnavanja ponudnikov nujno, da se ponderji za merila opredelijo *pred preučitvijo ponudb*, čeprav gre za preučitev, ki jo posamično opravijo člani razpisne komisije. Postopek tehtanja meril po eni strani in postopek preučitve ponudb po drugi strani morata ostati strogo ločena. Morebitni „skupni razmislek“ članov razpisne komisije glede ponderja, ki naj se upošteva za posamezno merilo, bi moral biti – da bi lahko zanj šteli, da je zakonit – opravljen pred kakršno koli preučitvijo ponudb.

61. Zavrniti je treba tudi trditve irske vlade, ki se opirajo na dejstvo, da bi bil izbran isti ponudnik, čeprav bi bili namesto tehtanja, določenega na podlagi naknadne spremembe, upoštevani prvotno opredeljeni ponderji meril.

62. Spomniti je namreč treba, da v skladu z ustaljeno sodno prakso v okviru tožb zaradi neizpolnitve obveznosti ne obstaja nikakršen pogoj v zvezi s pravnim interesom.[20] Cilj postopka je ugotoviti, ali kršitev prava Unije obstaja ali ne, in ne preučiti posledice, ki izhajajo iz morebitne kršitve. Zato dejstvo, da bi bil izid postopka enak, tudi če bi bili za merila ocenjevanja uporabljeni sprva določeni ponderji, nima nobenega učinka na presojo o tem, ali je očitek o neizpolnitvi obveznosti utemeljen ali ne.

63. Zato menim, da je drugi očitek Komisije utemeljen in da ga je treba sprejeti.

4. Morebitna nezakonitost določitve ničnе vrednosti ponderja za merilo

64. Zadnji problem, ki ga je treba obravnavati, čeprav mu stranki nista posvetili posebne pozornosti, se nanaša na vprašanje, ali je odločitev irskega naročnika, da v okviru določitve ponderirnih razmerij med merili enemu od teh dodeli nično vrednost ponderja (0 %),

20 – Glej na primer sodbo z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-394/02, ZOdl., str. I-4713, točke od 14 do 16 in navedena sodna praksa).

v nasprotju s pravom Unije. V mislih imam, kot je očitno, merilo „popolnosti predložene dokumentacije“.

65. To, da je v obvestilu navedeno neko merilo za oddajo naročila in da je pozneje – po izteku roka za predložitev ponudb – za to merilo določeno, da znaša vrednost njegovega ponderja 0 %, je treba po mojem mnenju v celoti in za vse namene obravnavati enako kot spremembo meril. Izid, ki ga povzroči v praksi, je namreč enak tistemu, do katerega bi pripeljal izbris merila s seznama: merilo, navedeno v obvestilu, se nato za oddajo naročila dejansko sploh ne uporabi. Povedano drugače, irski organi so najverjetneje kršili pravo Unije, ker so za merilo v zvezi s popolnostjo predložene dokumentacije določili, da je vrednost njegovega ponderja nična.

66. Vendar Sodišče v obravnavani zadevi ne more izdati obsodilne sodbe zaradi te neizpolnitve.

67. Prvič, lahko bi se vprašali, kot sem že navedel, ali ni treba glede „merila za oddajo“, ki se nanaša na popolnost predložene dokumentacije, v resnici šteti, da gre le za pogoj za sodelovanje na razpisu. Dokumentacija je po definiciji ali popolna, to je izpolnjuje vse razpisne pogoje, ali pa ni taka. Težko bi si zamislili vmesni položaj. Vendar – čeprav bi bilo treba šteti, da popolnost dokumentacije ni merilo za oddajo naročila – je treba ugotoviti, da je bila ta zahteva v razpisni dokumentaciji predstavljena kot merilo, zato bi lahko dvomili o tem, ali je tak položaj združljiv z načeli Pogodbe.

68. Drugič, dejstvo je, da Komisija take neizpolnitve obveznosti Irski ni očitala. V tožbi namreč to niti ni izrecno navedeno niti nikakor drugače ni razvidno iz njenega besedila, ki se omejuje na očitke v zvezi z določitvijo ponderjev za merila po izteku roka za predložitev ponudb in s spremembo teh, sprejeto po preučitvi ponudb, ki so jo posamično opravili člani razpisne komisije. Zato irska vlada niti ni imela priložnosti, da se izreče glede tega vprašanja.

V – Predlog

69. Presojo končujem s predlogom Sodišču, naj ugodi drugemu očitku Komisije. Ker Irska ni uspela samo deloma, glede stroškov predlagam, da se ji v skladu s členom 69(3) Poslovnika Sodišča naloži, naj plača polovico stroškov, ki jih je imela Komisija.

70. Na podlagi zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj presodi tako:

– Irska s tem, da je ponderje, določene za merila oddaje naročila, spremenila po začetnem pregledu oddanih ponudb, ni izpolnila obveznosti, ki jih ima na podlagi načel enakega obravnavanja in preglednosti;

– tožba se v preostalem zavrne;

– Irski se naloži plačilo polovice stroškov;

Komisija nosi polovico svojih stroškov.