ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н P. MENGOZZI
представено на 29 юни 2010 година[1]

1. В рамките на настоящия иск за установяване на неизпълнение на задължения от Съда е поискано да уточни до каква степен правото на Съюза е приложимо за обществена поръчка, по отношение на която съответните директиви налагат прилагането само на някои минимални разпоредби. По-специално, в конкретния случай става дума за обществена поръчка за услуги по писмен превод, за които Директива 2004/18/ЕО[2] предвижда само задължението да се посочат техническите спецификации на услугата, както и задължението да се публикува обявление за възложената поръчка. Комисията обаче поддържа, че с оглед практиката на Съда ирландската администрация е трябвало да спази още някои задължения, чието неспазване е в основата на настоящото производство.

I — Правна уредба

2. Нормативната уредба на Съюза, върху която основно се базира настоящото дело, включва освен Договорите и посочената Директива 2004/18/ЕО (наричана по-нататък „Директивата“).

3. Страните не спорят относно факта, че разглежданите в настоящото дело услуги попадат сред изброените в приложение II Б към Директивата. Услугите по писмен превод всъщност се включват като „други услуги“ в категория 27 от посоченото приложение.

4. Член 21 от Директивата, озаглавен „Поръчки за услуги, включени в приложение II Б“, предвижда:

„Възлагането на поръчки с обект услуги, включени в приложение II Б, се подчинява единствено на член 23 и член 35, параграф 4“.

5. Не се оспорва член 23 от Директивата, озаглавен „Технически спецификации“, и затова неговият пълен текст в случая може да не се цитира. Става дума за много дълга и подробна разпоредба, която задължава образуванията, възлагащи обществени поръчки, да определят ясно и точно условията на изискваната престация, за да се избегне различно третиране на икономическите

1 — Език на оригиналния текст: италиански.

2 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114, Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116, поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282)

операторите, заинтересовани от сключване на договора с администрацията.

6. Член 35, параграф 4 от Директивата обаче предвижда задължението за органите, които са възложили обществена поръчка, да предвидят информативно обявление относно резултатите от процедурата. Комисията не упреква Ирландия и за нарушение тази разпоредба.

II — Факти и досъдебна процедура

7. На 16 май 2006 г. в притурката на *Официален вестник на Европейския съюз* е публикувано обявление[3] относно поръчката на ирландското правителство за предоставянето на услуги по писмен и устен превод на службата, занимаваща се с въпросите на бежанците.

8. Обявлението уточнява категорията търсени услуги и определя краен срок (9 юни 2006 г.) за изразяване на интерес за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Що се отнася до начините на възлагане, се посочва, че ще бъде предпочетена икономически най-изгодната оферта въз основа на следните седем критерия:

1) пълнота на представената документация;

2) деклариран капацитет да се отговори на изискванията;

3) разнообразие на обособени позиции[4], услуги и езици;

4) квалификации, опит в съответната област;

5) цена;

6) адекватност на предложените условия;

7) референтни сайтове.

9. Обявлението уточнява освен това, че изброените критерии за възлагане на поръчката не трябва да се разбират като подредени в низходящ ред по значимост.

3 — ОВ 92, 16.5.2006 г. Референтният номер на обявлението е 2006/S 92-098663.

4 — Обявлението предвижда подразделянето на поръчката на няколко обособени позиции.

10. Дванайсет дружества, три от които не са установени на ирландска територия, изразяват интерес да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка.

11. Веднага след изтичането на предоставения за представяне на офертите срок членовете на комисията за възлагане на обществената поръчка получават таблица, указваща относителната тежест, която да се придаде на критериите за възлагане. Тази тежест варира между 0 % (за критерий № 1 относно пълнотата на документацията) и 30 % (за критерий № 4). Що се отнася до другите критерии, таблицата посочва тежест от 7 % за критерий № 2, 25 % за критерий № 3, 20 % за критерий № 5, 10 % за критерий № 6 и 8 % за критерий № 7.

12. В следващите дни членовете на Комисията за възлагане на обществената поръчка извършват самостоятелно първоначално разглеждане на различните представени оферти.

13. На 22 юни 2006 г. Комисията за възлагане на обществената поръчка се събира за първи път. Преди да разгледа различните оферти, тя решава да промени претеглянето на критериите, като намалява на 25 % тежестта на критерий № 4 (установена първоначално на 30 %) и увеличава на 15 % тежестта на критерий № 6 (установена първоначално на 10 %). Тежестта на другите критерии остава непроменена. След това Комисията за възлагане преминава към оценка на офертите и възлагане на обществената поръчка, като използва новото току-що прието претегляне.

14. Комисията е сезирана с жалба от неуспял оферент. Вследствие на обмен на информация с Ирландия, на 23 октомври 2007 г. Комисията изпраща официално уведомително писмо и след като получава от ирландското правителство отговор, който счита за незадоволителен, на 23 септември 2008 г. тя издава мотивирано становище.

III — Производство пред Съда и искания на страните

15. Тъй като счита за незадоволителен отговора на мотивираното становище, даден от ирландските органи, на 19 юни 2009 г. Комисията предявява настоящия иск.

16. Комисията моли Съда:

— „а установи, че като е определила тежест на критериите за възлагане на обществена поръчка след крайния срок за подаване на оферти и като е изменила тази тежест след първоначално разглеждане на подадените оферти, Ирландия не е изпълнила

задълженията си по силата на принципите на равно третиране и на прозрачност, както се тълкуват от Съда, и

— "да осъди Ирландия да заплати съдебните разноски.

17. Ирландия моли Съда:

— да отхвърли иска,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

IV — Относно неизпълнението на задължения

А — *Правна същност на разглежданата обществена поръчка*

18. Преди да разгледам твърдяното неизпълнение, в самото начало е необходимо да се изясни същността на обявената от ирландските органи поръчка, за да се определи правният режим, приложим към тази поръчка.

19. Както посочих по-горе, страните не спорят относно факта, че възложените от ирландската администрация услуги в рамките на настоящия спор попадат сред изброените в приложение II Б към Директивата. Следователно единствените задължения, които Директивата налага изрично, са тези, свързани с техническите спецификации (член 23 от Директивата) и с обявлението за възложената поръчка (член 35, параграф 4): по тези точки обаче Комисията не отправя никакви твърдения за нарушение срещу Ирландия.

20. Същевременно, както е известно, правото на Съюза, приложимо към обществените поръчки, не се състои само от специфични разпоредби, съдържащи се в директивите в тази област. В частност практиката на Съда винаги е наблягала върху необходимостта да не се пропуска в този контекст значението на първичното право.

21. Следва да се припомни всъщност, че според постоянно утвърждавания от Съда постулат, координирането на равнището на Съюза на процедурите за възлагане на обществени поръчки цели да премахне пречките пред свободното предоставяне на услуги и пред свободното движение на стоки и следователно — да защити интересите на икономическите оператори, установени в една държава членка, които желаят да предлагат стоки или услуги на възлагащи органи, установени в друга държава членка [5].

5 — Вж. например Решение от 18 юни 2002 г. по дело HI (C-92/00, Recueil, стр. I-5553, точка 43) и Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия (C-507/03, Сборник, стр. I-9777, точка 27).

22. Следователно, когато дадена обществена поръчка представлява трансграничен интерес, дори само потенциален, произтичащите от Договора норми трябва да намерят приложение [6]. Разбира се, тези правила се прилагат в допълнение към евентуалните формалности, предвидени изрично в приложимото законодателство: в разглеждания случай например задълженията относно техническите спецификации и обявлението за възложената поръчка.

23. По същество има две задължения, които произтичат в това отношение от първичното право и в частност от принципите на свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги. От една страна, възлагащите органи трябва да спазват принципите за недопускане на дискриминация, основана на гражданство, и за равно третиране. От друга страна, за да се позволи проверка, че тези принципи се спазват, администрацията се подчинява на задължението за прозрачност [7].

24. Страните изглежда наистина не спорят относно наличието на задълженията, посочени в предходните точки, нито относно факта, че разглежданата поръчка представлява трансграничен интерес, за което свидетелства както решението да се публикува обявление за обществена поръчка в притурката към *Официален вестник на Европейския съюз*, така и фактът, че някои от оферентите са предприятия, които не са установени в Ирландия [8]. Спорен е въпросът дали при специфичните обстоятелства в настоящото дело поведението на ирландската администрация съответства или не на посочените правила.

Б — *Доводи на страните*

25. В своята кратка искова молба Комисията изтъква, че ирландската администрация не изпълнява задълженията, наложени от правото на Съюза в две различни насоки, като нарушава и в двата случая принципите на равно третиране и на

6 — Необходимостта от трансграничен интерес невинаги е посочена ясно в практиката на Съда, която понякога съдържа твърдения, които изглежда предполагат, че принципите, които произтичат от Договора, се прилагат безусловно: вж. например Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 60) и Определение от 3 декември 2001 г. по дело Vestergaard (C-59/00, Recueil, стр. I-9505, точка 20). В други решения това изискване се посочва изрично: вж. например в областта на концесиите Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точка 20) и Решение от 13 април 2010 г. по дело Wall (C-91/08, Сборник, стр. I-2815, точка 34). Поспециално относно неприоритетните услуги (т.е. тези, които са посочени в приложение II Б към Директива 2004/18) вж. Решение по дело Комисия/Ирландия, посочено по-горе в бележка под линия 5 (точка 29). Самата Комисия признава необходимостта от трансграничен интерес в нейното тълкувателно съобщение във връзка с правото на Общността за възлагане на поръчки, към които не се прилагат или се прилагат частично разпоредбите на директивите за обществените поръчки (ОВ C 179, 1.8.2006 г., стр. 2, точка 1.3).

7 — Съдебната практика по този въпрос е постоянна: вж. например Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 47—49).

8 — Освен това Комисията излага по-изчерпателни доводи, за да установи наличието на трансграничен интерес във връзка с разглежданата поръчка: и очевидно прави това, за да спази принципа, че по този въпрос тежестта на доказване се възлага на нея. (вж. Решение по дело Комисия/Ирландия, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 32).

прозрачност, установени от практиката на Съда.

26. На първо място, поведението на ирландските органи било неправомерно, поради факта че претеглянето на критериите за възлагане на поръчката е извършено едва след изтичането на указания срок за представяне на офертите.

27. На второ място, незаконосъобразно било и да се променя претеглянето на критериите, след като е извършено първоначално разглеждане на представените оферти.

28. Комисията освен това отбелязва, че в поканата за представяне на оферти, изпратена до дружествата след публикуваното в Официален вестник обявление, вече не е присъствало указанието, че критериите за възлагане не са посочени в низходящ ред по значимост, така че участниците в процедурата за възлагане на обществената поръчка са могли разумно да очакват, че на този етап редът на изброяване на критериите е именно такъв. Тъй като обаче претеглянето не определя тежест на критериите, пропорционална на тяхната поредност в списъка, ирландските органи били въвели в заблуждение оферентите. С писмената реплика Комисията същевременно уточнява, че въпросът за специфичната поредност на посочването на критериите не представлява основанието на нейния иск, който затова се базира само на двата посочени елемента: определянето на относителната тежест на критериите, извършено след изтичане на срока за представяне на офертите и изменението на това претегляне след първоначално разглеждане на офертите от отделните членове на Комисията за възлагане на обществената поръчка.

29. От своя страна Ирландия признава по същество фактите, както са изложени от Комисията [9], въпреки че отрича те да съставляват нарушение на правото на Съюза.

30. Ирландското правителство подчертава в частност, че изменението на критериите, извършено на 22 юни, е минимално (намаляване с 5 % на тежестта, определена за критерий № 4 и съответно увеличаване с 5 % на тежестта, определена за критерий № 6) и далеч не е достатъчно, за да постави в по-благоприятно или по-неблагоприятно положение един оферент спрямо друг. Всъщност ретроспективният анализ потвърждавал, че избраният оферент щял да получи поръчката и въз основа на критериите, както са били претеглени първоначално.

31. Следователно това правителство счита, че тъй като няма нарушение на принципа на равно третиране на оферентите, не е необходимо да се разглежда дали е спазен

9 — Ирландското правителство настоятелно подчертава факта, че определянето на тежестта на критериите е променено, *преди* Комисията за възлагане на обществената поръчка да започне разглеждането на офертите, и не поставя под съмнение факта, че отделните членове на тази комисия междувременно вече са направили *самостоятелно* първоначален преглед на тези оферти. Това обстоятелство всъщност е ясно установено от документите, които Комисията е приложила към своята искова молба.

принципът на прозрачност, защото съдебната практика приема последния принцип само като допълнителен спрямо първия.

В — *Съображения*

32. От съображения за логичност и яснота на обосновката, ще започна своя анализ на правните аспекти на настоящото дело с няколко бележки, свързани с принципа на прозрачност в рамките на обществените поръчки. След това ще премина към разглеждане на двете твърдения за нарушение, изложени от Комисията, като накрая ще се спра на аспект, който, струва ми се, страните неправилно са пропуснали.

1. Относно принципа на прозрачност

33. Ирландия поддържа, както видяхме, че принципът на прозрачност в областта на обществените поръчки има субсидиарен характер по отношение на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация: в резултат тя смята, че щом бъде установено, че тези два принципа не са били нарушени, преценката за спазване на принципа на прозрачност е излишна.

34. Обосновката на Ирландия не може да се приеме.

35. Наистина според логиката, която дава тласък на постоянната съдебна практика в областта, принципът на прозрачност има допълнително действие спрямо принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация. Този допълнителен характер обаче не означава субординация с предвидената от ирландското правителство последица. Напротив, задължението за прозрачност е допълнително в смисъл, че *неговото спазване позволява да се гарантира, че двете други „главни" задължения са били спазени.* Ако администрацията не действа по прозрачен начин, става трудно и дори невъзможно да се провери дали тя евентуално е нарушила задълженията за равно третиране и за недопускане на дискриминация.

36. Освен това спазването на задължението за прозрачност е абсолютно необходимо предварително условие за гарантиране, че всички потенциални оференти са информирани по подходящ начин за обществената поръчка, като по този начин се осигурява спазване на равното третиране [10].

37. Следователно, ако са изпълнени установените от съдебната практика условия за прилагането към дадена обществена

10 — Вж. Решение по дело Coname (посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 17).

поръчка на принципите, които произтичат от първичното право на Съюза, спазването на принципа на прозрачност винаги трябва да бъде проверявано. Всъщност от логическа гледна точка би могло дори да се приеме при необходимост, че проверката за спазването на този принцип трябва да *предшества* тази за спазването на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация.

2. По първото твърдение за нарушение на Комисията

38. С първото твърдение за нарушение Комисията упреква Ирландия, както видяхме, в това, че е определила тежестта на различните критерии за възлагане едва след изтичането на предоставения за представяне на офертите срок. Това късно определяне нарушавало принципите на равно третиране и на прозрачност.

39. Смятам, че това първо твърдение за нарушение не може да бъде уважено по следните причини.

40. На първо място, безспорно е, че Директивата не налага да се посочва предварително тежестта на критериите за възлагане. Както всъщност самата Комисия признава в своята искова молба, член 40 от Директивата, който предвижда задължение от този вид в своя параграф 5, буква д), не е приложим към разглежданата поръчка. Впрочем, ако трябва да бъдем точни, въпросната директива не налага и предварително посочване на критериите за възлагане, което обаче е направено от ирландските органи.

41. На второ място, такова задължение не би могло да се изведе и от съдебната практика. По-специално, би могло да се извърши позоваване по аналогия на решение на Съда, което — при фактически обстоятелства, изцяло попадащи в приложното поле на директивите относно обществените поръчки, признава законосъобразността на поведението на възлагащ орган, който е претеглил подточките на критерий за възлагане *след* представянето на офертите, но *преди* да бъдат отворени пликовете, съдържащи офертите [11].

42. На този етап, разбира се, следва да се постави въпросът дали задължението да се посочи тежестта на различните критерии за възлагане в обявлението за обществената поръчка може да се разглежда като естествена последица от задължението за спазване на принципите на равно третиране, прозрачност и недопускане на дискриминация. Не смятам обаче, по-специално с оглед практиката на Съда, че това може да бъде така.

43. В съдебната практика относно поръчките, към които се прилагат всички

11 — Решение от 24 ноември 2005 г. по дело ATI EAC и др. (C-331/04, Recueil, стр. I-10109, точка 32).

разпоредби на различните директиви в областта, задължението за предварително информиране на оферентите за критериите за възлагане (задължение, което, да припомня, е изрично предвидено от нормите в тези случаи), всъщност се разглежда като изражение на принципите на равно третиране и на прозрачност [12]. Освен това отново съгласно тази съдебна практика от посочените принципи произтича задължението критериите за възлагане да се тълкуват по еднакъв начин във всички етапи на процедурата [13] и забраната те да се променят в течение на тази процедура за възлагане на обществена поръчка [14].

44. Ясно е, че в Директива 2004/18 задължението да се посочи предварително тежестта на критериите за възлагане във връзка с поръчките, към които тази директива се прилага изцяло, също отговаря на изискването да се осигури спазването на принципите на равно третиране и на прозрачност. Според мен обаче е необходимо да не се разглежда автоматично като идентичен обхватът, който имат въпросните принципи относно поръчките, за които се прилага Директивата и относно поръчките, за които тя не се прилага (или, както е в случая, за които тя се прилага само частично). Всъщност, ако се приеме, че прозрачността, наложена за поръчките, които са изключени от приложното поле на Директивата, е непременно идентична с прозрачността, наложена за поръчките, които попадат в нейното приложно поле, това би отворило път за превратно прилагане на Директивата към цяла поредица случаи, за които законодателят *изрично* е приел, че тя не трябва да се прилага. До някаква степен всъщност цялата директива има за цел да приложи основните принципи на Договора [15]: ако единственият начин да се изпълнят тези принципи в областта на обществените поръчки бе предвиденият в Директивата, не би трябвало да се прави друго освен тя да се приложи към всички случаи, в които съществува трансграничен интерес.

45. Като цяло практическите условия за осигуряване спазването на принципите на Договора в областите на неприлагане или само на частично прилагане на Директивата не биха могли да бъдат определени веднъж завинаги, а трябва да бъдат преценявани във всеки конкретен случай [16].

46. Впрочем в разглежданото дело ирландската администрация е публикувала обявление за обществена поръчка и в него е посочила критериите за възлагане, без обаче да уточни относителната им тежест. Считам, че с оглед на съображенията,

12 — Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия (C-87/94, Recueil, стр. I-2043, точка 88) и Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 98). Интересно е да се отбележи, че в директивите, които са приложими към делата, по които са постановени споменатите решения, от администрацията се е изисквало да посочи предварително тежестта на критериите за възлагане само „ако е възможно“, като ги изброи в низходящ ред по значимост (вж. член 30, параграф 2 от Директива 93/37/ЕИО и член 27, параграф 2 от Директива 90/531/ЕИО).

13 — Решение от 18 октомври 2001 г. по дело SIAC Construction (C-19/00, Recueil, стр. I-7725, точка 43).

14 — Решение от 4 декември 2003 г. по дело EVN и Wienstrom (C-448/01, Recueil, стр. I-14527, точка 93).

15 — Вж. по аналогия Решение от 22 юни 1993 г. по дело Комисия/Дания (C-243/89, Recueil, стр. I-3353, точка 33).

16 — Вж. например Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 63) и Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 7, точка 50).

изтъкнати в предходните точки, не е имало нарушение на принципите на недопускане на дискриминация, на равно третиране и на прозрачност. Възлагащият орган е дал повече информация от тази, която Директивата е изисквала от него да предостави, и не е създал неравенство между потенциалните оференти.

47. Както всъщност се подчертава в съдебната практика, задължението за прозрачност по принцип има за цел да гарантира на всеки потенциален оферент достатъчно равнище на публичност, което да позволи ефективни условия за конкуренция, както и контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане [17]. В настоящия случай изборът да се използва притурката на *Официален вестник на Европейския съюз* без съмнение трябва да се приеме като подходящ за осигуряване на достатъчна публичност на конкурентната процедура за възлагане на обществената поръчка.

48. Що се отнася по-нататък до принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, фактът, че критериите са претеглени едва след представянето на офертите, сам по себе си не води до никаква разлика в третирането на оферентите, които са били равнопоставени.

49. Освен това следва да се отбележи, че преценката на първото твърдение за нарушение на Комисията би трябвало да бъде различна, ако възлагащият орган бе посочил в обявлението за обществена поръчка критериите за възлагане, изброявайки ги в низходящ ред по важност. В този случай администрацията е щяла да измени тежестта на критериите в течение на процедурата: всъщност, както видяхме по-горе, определената за критериите тежест в случая няма никаква връзка с реда на изброяването им в обявлението, като най-важните критерии за възлагането на поръчката са посочените на трето и четвърто място.

50. Макар Комисията да предполага в своята искова молба, че списъкът на критериите, който се съдържа в обявлението за поръчката и в последващото писмо с покана за представяне на оферти е представлявал изброяване в низходящ ред по важност, няколко обстоятелства противоречат на това твърдение.

51. На първо място, в публикуваното в Официален вестник обявление изрично е посочено, че поредността на критериите не отразява тяхната тежест.

52. На второ място, първият от посочените критерии е този относно пълнотата на представената документация. Впрочем дори най-непрозорливият оферент не би могъл да го приеме за основния критерий за възлагане: действително, по естеството

17 — Вж. например Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 62); вж. също по аналогия в областта на концесиите за услуги Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant (C-324/07, Recueil, стр. I-8457, точка 25) и Решение от 3 юни 2010 г. по дело Sporting Exchange (C-203/08, Сборник, стр. I-4695, точка 41 и цитираната съдебна практика).

си той прилича повече на условие за допускане до участие в процедурата, отколкото на критерий за възлагане на поръчката и не е случайно, че след това му е определена тежест от 0 %[18].

53. На трето място, с писмената реплика самата Комисия изглежда, че ако не изоставя, то със сигурност поне смекчава своята позиция относно низходящия ред по значимост на критериите за възлагане. Този избор на Комисията ми изглежда напълно правилен, но в същото време лишава първото твърдение за нарушение от единствената солидна подкрепа.

54. Следователно смятам, че първото твърдение за нарушение на Комисията трябва да се отхвърли.

3. По второто твърдение за нарушение на Комисията

55. Припомням, че със своето второ твърдение за нарушение Комисията поддържа, че Ирландия е нарушила принципите на равно третиране и на прозрачност, като е изменила претеглянето на критериите за възлагане след първоначално обобщено разглеждане на представените оферти.

56. Както посочих по-горе, всъщност фактите са установени и не са оспорени. Изменението на тежестта на критериите действително е извършено няколко дни след първото определяне на тази тежест. Към момента на изменението комисията за възлагане на обществата поръчка още не е започнала своята работа, но членовете на тази комисия са могли да разгледат самостоятелно представените оферти.

57. За разлика от първото твърдение за нарушение, второто твърдение за нарушение трябва да се приеме.

58. Вече припомних по-горе, че правото на Съюза според неговото тълкуване от Съда приема за несъвместима с принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация всяко изменение на критериите за възлагане, което се извършва в течение на процедурата за възлагане на обществена поръчка[19]. Точно това се е случило в настоящото дело.

59. Обстоятелството, че Комисията за възлагане започва своята работа като колективен орган едва след последното изменение на критериите за възлагане, не променя тази констатация. Полезното

18 — Вж. в това отношение и точки 64 и сл. по-нататък

19 — Вж. точка 43 по-горе.

действие на принципа, който налага да не се изменят критериите в течение на процедурата за възлагане, всъщност би било напълно заличено, ако фаза, в която, преди да се събере Комисията за възлагане, нейните членове разглеждат офертите, представени от оферентите, не се разглежда като част от процедурата във всяко отношение.

60. Обстоятелството, че първото определяне на тежестта на критериите не е било официален акт, а само вид „предварително предложение“, не намалява незаконосъобразността на поведението на възлагащия орган. Според мен, за да се гарантира равното третиране на оферентите, всъщност е абсолютно необходимо тежестта на критериите за възлагане да се определя *преди разглеждането на офертите*, включително и само самостоятелно от членовете на Комисията за възлагане. Процесът по претегляне на критериите, от една страна, и по оценяване на офертите, от друга страна, трябва да останат стриктно разделени. За да бъде правомерно, евентуалното „общо разсъждение“ относно тежестта, която следва да се определи от членовете на Комисията за възлагане на различните критерии, то би трябвало да се проведе преди каквото и да е разглеждане на офертите.

61. Трябва да се отхвърлят и доводите на ирландското правителство, съсредоточени върху факта, че избраният оферент не би бил различен, ако към различните критерии бе приложена първоначално определената тежест, вместо тежестта, определена в резултат на последващото изменение.

62. Следва всъщност да се припомни, че според постоянната съдебна практика в рамките на исковете за установяване на неизпълнение на задължения не съществува никакво условие, свързано с правния интерес [20]. Това производство има за цел да установи дали съществува, или не нарушение на правото на Съюза, а не да разглежда последиците, произтичащи от това нарушение. Следователно обстоятелството, че процедурата би имала еднакъв резултат, ако към критериите за възлагане бе приложена тежестта, която им е била определена първоначално, не влияе върху преценката на основателността или неоснователността на иска за установяване на неизпълнение.

63. В заключение, второто твърдение за нарушение, изтъкнато от Комисията, е основателно и трябва да бъде уважено.

4. Относно евентуалната незаконосъобразност на определянето на нулева тежест на даден критерий

64. Един последен въпрос, който заслужава да бъде разгледан, въпреки че страните не са му отделили особено внимание, засяга възможността да се разгледа като противоречащ на правото на Съюза фактът, че при претеглянето на различните критерии за възлагане ирландската администрация е

20 — Вж. например Решение от 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Гърция (C-394/02, Recueil, стр. I-4713, точки 14—16 и цитираната съдебна практика).

определила нулева тежест (0 %) на един от тях. Това очевидно се отнася за критерия „пълнота на представената документация".

65. Според мен посочването в обявлението за обществената поръчка на критерий за възлагане и определянето по отношение на него, след изтичането на срока за представяне на оферти, на тежест равна на 0 %, е напълно равносилно на изменение на критериите. Всъщност практическият резултат е същият като този, който би се постигнал при премахване на критерий от списъка: критерий, посочен в обявлението, впоследствие не е използван за възлагане на поръчката. С други думи, ирландските органи вероятно са нарушили правото на Съюза, като са определили нулева тежест на критерия за пълнота на представената документация.

66. В конкретния случай Съдът обаче не може да постанови решение, осъждащо това неизпълнение.

67. На първо място, бихме могли да се запитаме, както изтъкнах по-горе, дали „критерият за възлагане", свързан с пълнотата на документацията, не трябва в действителност да се разглежда само като условие за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка. По дефиниция документацията или е пълна, т.е. отговаря на изискванията, посочени в обявлението за обществена поръчка, или не е. Трудно може да си представим междинно положение. Дори обаче да е трябвало да се приеме, че пълнотата на документацията не е критерий за възлагане, това не променя факта, че в обявлението за обществена поръчка тя е била представена като такъв критерий, така че във всеки случай биха могли да възникнат съмнения за съвместимост с принципите на Договора.

68. На второ място, остава обаче фактът, че това неизпълнение не е било оспорено от Комисията. То всъщност не е посочено изрично и не може да бъде разглеждано по никакъв начин като имплицитно в исковата молба, която се ограничава да критикува, както видяхме, определянето на тежестта на критериите след изтичането на предоставения за представяне на офертите срок и промяната на тази тежест след разглеждането на офертите, извършено самостоятелно от членовете на Комисията за възлагане на обществената поръчка. По същия начин ирландското правителство не е имало възможност да се произнесе по този въпрос.

V — Заключение

69. В края на моя анализ предлагам на Съда да приеме второто от двете твърдения за нарушение, изтъкнати от Комисията. Що се отнася до разноските, тъй като Ирландия губи само отчасти, предлагам тя да бъде осъдена в съответствие с член 69, параграф 3 от Процедурния правилник на Съда да понесе половината от съдебните разноски, направени от Комисията.

70. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

— „Като е изменила тежестта, определена на критериите за възлагане на обществена поръчка, след първоначално разглеждане на подадените оферти, Ирландия не е изпълнила задълженията си по силата на принципите на равно третиране, на прозрачност и на недопускане на дискриминация.

— Отхвърля иска в останалата му част.

— Осъжда Ирландия да понесе половината от съдебните разноски.

Комисията понася половината от направените от нея съдебни разноски“.