

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 14 lipca 2016 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 53 ust. 2 – Kryteria udzielania zamówienia – Najkorzystniejsza ekonomicznie oferta – Metoda oceny – Zasady określania wagi – Obowiązek wskazania przez instytucję zamawiającą w ogłoszeniu o zamówieniu wagi kryteriów zamówienia – Zakres obowiązku

W sprawie C-6/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Raad van State (radę stanu, Belgia) postanowieniem z dnia 6 stycznia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 12 stycznia 2015 r., w postępowaniu:

**TNS Dimarso NV**

przeciwko

**Vlaamse Gewest,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, C. Lycourgos, E. Juhász (sprawozdawca), C. Vajda i K. Jürimäe, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: I. Illéssy, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 stycznia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu TNS Dimarso NV przez P. Flameya, G. Verhelsta i A. Lippens, advocaaten,
- w imieniu rządu belgijskiego przez J.C. Halleux, N. Zimmera i C. Pochet, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez R. Vander Hulst, D. D’Hooghe’a i N. Kiekens, advocaaten,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Manhaeve’a i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 10 marca 2016 r.,

wydaje następujący

**Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 53 ust. 2 dyrektywy 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. 2004, L 134, s. 114) w świetle zasady równości traktowania oferentów i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości.

- 2 Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu pomiędzy TNS Dimarso NV (zwaną dalej „Dimarso” lub „spółką Dimarso”) a Vlaams Gewest (regionem Flandria) dotyczącego zgodności z prawem metody przeprowadzania oceny ofert składanych przez oferentów w ramach zorganizowanego przez ten podmiot przetargu na usługi.

## **Ramy prawne**

### *Prawo Unii*

- 3 Motyw 46 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«.

Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń [trybu], które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Obowiązkiem instytucji zamawiających jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. Instytucje zamawiające mogą odstąpić od określenia wagi kryteriów udzielania zamówień w należycie uzasadnionych przypadkach, których przyczyny muszą być w stanie uzasadnić, gdy waga takich nie można ustalić z góry w szczególności ze względu na złożoność zamówienia. W takich przypadkach muszą one wskazać kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

W przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert.

[...]”.

- 4 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

- 5 Artykuł 53 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących wynagradzania z tytułu niektórych usług, kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są:

- a) w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna,

właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji;

b) wyłącznie najniższa cena.

2. Bez uszczerbku dla akapitu trzeciego, w przypadku, o którym mowa w ust. 1 lit. a), instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym, wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia lub, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego”.

#### *Prawo belgijskie*

6 Artykuł 16 ustawy z dnia 24 grudnia 1993 r. o zamówieniach publicznych i niektórych zamówieniach na roboty budowlane, dostawy i usługi, w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym, stanowi:

„W przetargu otwartym lub ograniczonym zamówienia udziela się oferentowi, który złożył najlepszą prawidłową ofertę, z uwzględnieniem kryteriów udzielenia zamówienia, które należy wskazać w specjalnej specyfikacji warunków zamówienia lub, w odpowiednim razie, w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamówienia udziela się oferentowi, który złożył najkorzystniejszą prawidłową ofertę, w świetle kryteriów udzielenia zamówienia wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia lub, w odpowiednim razie, w ogłoszeniu o zamówieniu. Kryteria udzielenia zamówienia powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia, na przykład do jakości produktów lub świadczeń, ceny, wartości technicznej, właściwości estetycznych i funkcjonalnych, aspektów środowiskowych, kosztów użytkowania, rentowności, serwisu posprzedażnego oraz pomocy technicznej, terminu dostarczenia lub czasu dostarczenia lub realizacji [...]”.

7 Artykuł 115 rozporządzenia królewskiego z dnia 8 stycznia 1996 r. o zamówieniach publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz o koncesjach na roboty publiczne, w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym, stanowi:

„Instytucja zamawiająca wybiera prawidłową ofertę, którą uzna za najlepszą pod względem kryteriów ulegających zmianie w zależności od zamówienia [...]”.

Z zastrzeżeniem przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących wynagrodzenia za określone usługi, instytucja zamawiająca podaje w specjalnej specyfikacji warunków zamówienia oraz ewentualnie, w ogłoszeniu o zamówieniu, wszystkie kryteria udzielenia zamówienia, w miarę możliwości w porządku malejącym według przypisanej im wagi, co w takim wypadku podaje się w specjalnej specyfikacji warunków zamówienia. W przeciwnym razie kryteria udzielenia zamówienia mają tę samą wartość.

[...]”.

#### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

8 W drodze ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 31 stycznia 2012 r. region Flandria ogłosił przetarg na usługi, zatytułowany „Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen”, którego celem było przeprowadzenie badania na dużą skalę na temat mieszkalnictwa i konsumentów rynku mieszkaniowego we Flandrii (Belgia). Szacowany koszt tego zamówienia wynosił 1 400 000 EUR, z uwzględnieniem podatku od wartości dodanej (VAT).



1	Ipsos Belgium	Ipsos Belgium	Bardzo dobra	Bardzo dobra	913 570,00 EUR	913 570,00 EUR	55 457,00 EUR	55 457,00 EUR	
2	2	Significant GfK	Significant GfK	Bardzo dobra	Bardzo dobra	975 520,15 EUR	975 520,15 EUR	57 765,40 EUR	57 765,40 EUR
3	3	[Dimarso]	[Dimarso]	Bardzo dobra	Bardzo dobra	987 360,00 EUR	987 360,00 EUR	69 575,00 EUR	69 575,00 EUR
4	4	New Information & Data	New Information & Data	Niska	Niska	842 607,70 EUR	842 607,70 EUR	53 240,00 EUR"	53 240,00 EUR"

- 13 W drodze decyzji regionu Flandria z dnia 11 kwietnia 2012 r. zamówienie udzielone zostało przez flamandzkiego ministra ds. energetyki, mieszkalnictwa, miast i gospodarki społecznej spółce Ipsos Belgium. Skarga spółki Dimarso, wniesiona w dniu 14 czerwca 2012 r., zmierza do stwierdzenia nieważności tej decyzji. Zdaniem skarżącej z zaskarżonej decyzji zdaje się wynikać, że oferty zostały zbadane na podstawie skali „bardzo dobra – zadowolająca – niska”, która to skala nie była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w odniesieniu do kryterium jakości ofert, oraz na podstawie podanych składników „cena” w odniesieniu do kryterium ceny. Nie przeprowadzono natomiast adekwatnego badania, porównania i adekwatnej końcowej oceny ofert z uwzględnieniem kryteriów udzielenia zamówienia, określonych w specyfikacji warunków zamówienia, włącznie ze wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu ważeniem w skali „50/100”, znajdującym zastosowanie do każdego z kryteriów udzielenia zamówienia.
- 14 Raad van State (rada stanu, Belgia) zwraca uwagę, że zarówno w motywie 46, jak i w art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 mowa jest jedynie o „kryteriach” i ich „wadze”, a metoda przeprowadzania oceny oraz reguły dotyczące ważenia nie zostały nigdzie wyraźnie wymienione. Sąd odsyłający podkreśla, że metoda oceny nie jest neutralna, ale przeciwnie, może być decydująca dla wyniku oceny ofert z punktu widzenia kryteriów udzielenia zamówienia. Jako przykład podaje on kryterium ceny, w ramach którego instytucja zamawiająca może na przykład wybrać albo zastosowanie zasady proporcjonalności, albo przyznanie maksymalnej punktacji najtańszej ofercie lub zera punktów najdroższej ofercie i zastosowanie interpolacji liniowej w stosunku do ofert mieszczących się pomiędzy nimi, lub też maksymalne uprzywilejowanie oferty zawierającej środkową cenę.
- 15 W wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 44, 45), Trybunał orzekł, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1), czyli przepis, który w istocie ma tę samą treść co art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustalała po opublikowaniu specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu współczynniki wagi i zasady jej określania, a także podkryteria w zakresie określonych w którymś z tych dokumentów kryteriów udzielenia zamówienia, jeżeli te reguły lub współczynniki wagi oraz podkryteria nie zostały podane uprzednio do wiadomości oferentów. Trybunał uznał tym samym, że ustalenie ex post nie tylko „współczynników wagi”, lecz również „podkryteriów” jest niezgodne z przepisami prawa Unii.
- 16 Sąd odsyłający zwraca uwagę, że w niniejszym przypadku chodzi o ustalenie, czy w tym dodatkowym odniesieniu do „podkryteriów” Trybunał miał na myśli również sposób

dokonywania oceny kryteriów udzielenia zamówienia, co przypominałoby zasady określania wagi. W konsekwencji nie można z łatwością odrzucić argumentacji, że poprzez użycie pojęcia „podkryteriów” Trybunał odnosił się również do metody oceny. Jednak nie jest też wcale oczywiste, że z wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40), wynika, iż sama metoda oceny również powinna zostać podana do wiadomości oferentów, a tym bardziej, czy ta metoda zawsze powinna zostać ustalona z wyprzedzeniem. W każdym razie można uznać, że pytanie przedstawione w sprawie zakończonej przytoczonym wyrokiem nie dotyczyło wprost ustalania a posteriori metody oceny i że w związku z tym nie miało tego samego zakresu co pytanie, które pojawia się w niniejszej sprawie.

17 W ocenie sądu odsyłającego Trybunał nie zajął się wyraźnie tą kwestią w wyroku z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaiki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, niepublikowanym, EU:C:2011:512), w którym, odnosząc się do wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40), podkreślał fakt, że zgodność z prawem stosowania podkryteriów i ich odpowiedniej wagi należy zawsze oceniać w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości. Zatem w opinii sądu odsyłającego powyższe wyroki nie udzielają odpowiedzi, a w każdym razie rozstrzygającej odpowiedzi, na pytanie powstałe w postępowaniu głównym, w którym chodzi o to, czy metoda oceny ofert, czyli konkretna metoda stosowana przez instytucję zamawiającą do nadania punktacji ofertom, również powinna zostać uprzednio podana do wiadomości oferentów.

18 W tych okolicznościach Raad van State (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18[...], samodzielnie oraz w związku z zakresem – obowiązujących w kontekście zamówień publicznych i wynikających z prawa europejskiego – zasad równości traktowania i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nawet w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej instytucja ta jest wciąż zobowiązana do określenia i do zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody przeprowadzania oceny lub reguł dotyczących ważenia, na podstawie których oferty będą oceniane w świetle kryteriów lub podkryteriów udzielenia zamówienia, niezależnie od ich przewidywalności, powszechności stosowania i zakresu,

lub

jeżeli taki ogólny obowiązek nie istnieje: czy istnieją okoliczności, takie jak między innymi zakres, nieprzewidywalność lub nietypowość tychże reguł dotyczących ważenia, w których taki obowiązek jednak istnieje?”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

19 W pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja musi zawsze podać do wiadomości potencjalnych oferentów, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie, metodę oceny lub zasady określania wagi, na podstawie których oceniane będą oferty zgodnie z kryteriami udzielenia zamówienia opublikowanymi w tych dokumentach, lub, w braku takiego ogólnego obowiązku, czy okoliczności właściwe rozpatrywanemu zamówieniu mogą sprawiać, że taki obowiązek istnieje.

20 Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy wskazać, że gdy instytucja zamawiająca decyduje się na udzielenie zamówienia według oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, iż instytucja ta powinna określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Waga ta może być wyrażona za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej określenie wagi nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia,

lub, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

- 21 Wymogi te mają na celu, jak wyjaśnia motyw 46 dyrektywy 2004/18, umożliwienie uzyskania przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i trybu, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ponadto stanowią wyraz określonego w art. 2 tej dyrektywy obowiązku, aby instytucje zamawiające traktowały oferentów w sposób zapewniający równe i niedyskryminacyjne traktowanie oraz działały w sposób przejrzysty.
- 22 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 listopada 2005 r., ATI EAC e Viaggi di Maio i in., C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 22; a także z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 I tak, Trybunał orzekł, że przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego powinny być jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury w przedmiocie jego udzielenia (wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56) oraz że instytucja zamawiająca może stosować podkryteria w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia, wyłącznie gdy podała je wcześniej do wiadomości oferentów (wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 31). Instytucja zamawiająca powinna również posługiwać się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania (wyrok z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Wymogi te mają w zasadzie odpowiednio zastosowanie do obowiązku wskazania przez instytucje zamawiające w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia „wagi” przypisywanej poszczególnym kryteriom udzielenia zamówienia. Trybunał orzekł więc, że instytucja zamawiająca nie może co do zasady stosować reguł dotyczących ważenia, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 42).
- 25 W szczególności waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia powinna, z zastrzeżeniem przepisów art. 53 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2004/18, zostać jasno ustalona od samego początku przetargu, aby w ten sposób umożliwić oferentom obiektywne ustalenie faktycznego znaczenia danego kryterium udzielenia zamówienia w stosunku do innych podczas późniejszej oceny dokonywanej przez instytucję zamawiającą. Także stosunkowa waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia nie powinna ulegać zmianie przez cały czas trwania przetargu.
- 26 Jednakże Trybunał dopuścił możliwość, aby instytucja zamawiająca określiła po upływie terminu do składania ofert współczynniki wagi podkryteriów odpowiadających w istocie kryteriom, o których poinformowano uprzednio oferentów, pod trzema warunkami, a mianowicie pod warunkiem, że takie określenie podkryteriów, po pierwsze, nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia, po drugie, nie zawiera elementów, które gdyby były znane podczas przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na to przygotowanie, i po trzecie, nie zostało przyjęte z uwzględnieniem elementów, które mogą mieć skutek dyskryminujący wobec jednego z oferentów (zob. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Jednak ani art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, ani inny jej przepis nie ustanawia obowiązku, by instytucja zamawiająca podała do wiadomości potencjalnych oferentów, w drodze publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, metodę oceny stosowaną przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich wagi, ustalonych uprzednio w dokumentacji przetargowej.
- 28 Taki ogólny obowiązek nie wynika też z orzecznictwa Trybunału.

- 29 Trybunał uznał bowiem, że komisja przetargowa powinna posiadać pewną swobodę realizacji swego zadania, a tym samym może, nie zmieniając kryteriów udzielenia zamówienia określonych w specyfikacji warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, organizować swoją własną pracę w zakresie oceny i analizy przedstawionych ofert (zob. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 35).
- 30 Swoboda ta jest uzasadniona z praktycznych względów. Instytucja zamawiająca powinna móc dostosować metodę oceny, którą będzie stosować w celu oceny i klasyfikacji ofert, w zależności od okoliczności danego postępowania.
- 31 Zgodnie z zasadami rządzącymi udzielaniem zamówień publicznych określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz aby uniknąć ryzyka faworyzowania kogokolwiek, metoda oceny stosowana przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert nie może co do zasady zostać określona po otwarciu ofert przez instytucję zamawiającą. Jednak jeżeli określenie tej metody przed otwarciem nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, jak wskazuje rząd belgijski, nie można zarzucać instytucji zamawiającej, że określiła ją dopiero po tym, jak instytucja zamawiająca lub jej komisja przetargowa zapoznała się treścią tych ofert.
- 32 W każdym razie, zgodnie ze wspomnianymi zasadami rządzącymi udzielaniem zamówień publicznych i z tym, co stwierdzono w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku, ustanowienie przez instytucję zamawiającą metody oceny po publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia nie może skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.
- 33 W niniejszym przypadku należy się zastanowić, czy przetarg rozpatrywany w postępowaniu głównym był prowadzony z poszanowaniem obowiązków wynikających z art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, mając na uwadze fakt, że po pierwsze, instytucja zamawiająca wskazała jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu dwa kryteria udzielenia zamówienia, czyli jakość i cenę, z punktacją „(50/100)” dla każdego z nich, i że po drugie, komisja przetargowa zastosowała skalę od oceny „bardzo dobrej” do „słabej”, między którymi mieściła się „zadowolająca”, w celu oceny kryterium jakości ofert, zaś nie zastosowała skali do kryterium cenowego udzielenia zamówienia.
- 34 W tym względzie należy wskazać, że dwie oceny „(50/100)” oznaczają, wedle wskazań sądu odsyłającego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oba kryteria udzielenia zamówienia mają takie samo znaczenie.
- 35 Okazuje się zaś, że takie postępowanie nie umożliwiałoby odzwierciedlenia – przy klasyfikacji oferentów mającej na celu wskazanie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różnic jakościowych ofert w stosunku do ich ceny, z poszanowaniem wagi tych kryteriów udzielenia zamówienia przewidzianej w ocenie „(50/100)”. W szczególności wygląda na to, że takie postępowanie mogło mieć wpływ na kryterium ceny, nadając mu rozstrzygającą wagę w odniesieniu do ofert sklasyfikowanych w skali jakości, o której mowa w pkt 33 niniejszego wyroku. Sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanych w ogłoszeniu o zamówieniu była faktycznie przestrzegana przez instytucję zamawiającą przy ocenie ofert.
- 36 O ile instytucja zamawiająca może stosować skalę do oceny jednego z kryteriów udzielenia zamówienia bez jej publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, o tyle nie może to, jak już stwierdzono w pkt 32 niniejszego wyroku, skutkować zmianą stosunkowej wagi kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanej w dokumentacji przetargowej.
- 37 W związku z tym z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na pytanie prejudycjalne powinna brzmieć, iż art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu



lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie metody oceny stosowanej przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert. Metoda ta nie może natomiast skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.

### **W przedmiocie kosztów**

- 38 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

**Artykuł 53 ust. 2 dyrektywy 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 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie metody oceny stosowanej przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert. Metoda ta nie może natomiast skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.**

Podpisy