Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 28 maja 2020 r.[1]

Sprawa C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
przeciwko
Ministrstvo za notranje zadeve
przy udziale:
LEXPERA d.o.o.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję odwoławczą w zakresie zamówień publicznych, Słowenia)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 – Pojęcie „zamówienia publicznego" – Pojęcie „umów o charakterze odpłatnym" – Oferta oferenta w wysokości 0 EUR – Ocena odpłatnego charakteru transakcji – Brak świadczenia pieniężnego po stronie instytucji zamawiającej – Odrzucenie oferty – Podstawa prawna – Artykuł 69 – Oferta rażąco niska

I. Wprowadzenie

1. Czy zero jest rażąco niską liczbą?

2. Pozostawiając na boku pasjonującą debatę, jaką charakter liczby zero mógłby wywołać w dziedzinie matematyki[2] – jest prawdopodobne, że takie pytanie zadane z prawnego punktu widzenia laikowi wywołałoby u niego pełne zdumienia spojrzenia w kierunku prawników, do jakiego prawnicy ci są przyzwyczajeni, gdy zamierzają wyjaśnić swój zawód. Podobnie zachowa się laik, gdy można będzie zauważyć nie bez sarkazmu, że tylko prawnicy będą mogli wypowiadać się o niczym (dosłownie) na niekończących się stronach.

3. Nie zmienia to faktu, że w dziedzinie zamówień publicznych, podobnie jak w matematyce, zero wydaje się być szczególną liczbą, którą trudno umiejscowić w istniejących już ramach ocen. Czy oferent proponujący towary lub usługi po cenie nominalnej równej 0 EUR przedstawia rażąco niską ofertę? Czy też dochodzi do automatycznego wyłączenia tego oferenta z zakresu prawa o zamówieniach publicznych poprzez wpisanie magicznej cyfry „zero" w ofercie zamiast innej kwoty nominalnej znacznie niższej niż rzeczywiste koszty zamówienia (takiej jak np. 1,5 EUR lub 101 EUR), a uzasadnieniem tego jest to, że w odróżnieniu od wszystkich liczb naturalnych „0" nie może znajdować się w umowie o udzielenie zamówienia publicznego?

1 Język oryginału: francuski.

2 W celu zrozumiałego wprowadzenia (ubogiego w obliczenia i bogatego w historię kulturową) zob. na przykład R. Kaplan, *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. W skrócie to taki problem pojawia się w niniejszej sprawie. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi wszczętego przez Ministrstvo za notranje zadeve (ministerstwo spraw wewnętrznych, Słowenia) przedsiębiorstwo Tax-Fin-Lex d.o.o. złożyło ofertę w wysokości 0 EUR w celu świadczenia wskazanych usług. Ministerstwo spraw wewnętrznych odrzuciło tę ofertę z tego względu, że nie pozwalała ona na zawarcie „umowy o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE [3] ani, w konsekwencji, na objęcie jej zasadami udzielania zamówień publicznych. Z kolei spółka Tax-Fin-Lex d. o.o. twierdzi, że transakcja, w ramach której zobowiązuje się ona do świadczenia usługi za kwotę 0 EUR, byłaby realizowana „odpłatnie" w rozumieniu tego przepisu. Jej zdaniem bowiem wykonanie zamówienia umożliwiłoby jej skorzystanie z korzyści gospodarczej ze względu na referencje, na które mogłaby się następnie powołać w celu udzielenia jej nowych zamówień publicznych.

II. Ramy prawne

5. Dyrektywa 2014/24 ustanawia zasady umożliwiające koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych powyżej określonej kwoty, tak aby były one zgodne z zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, a także z wynikającymi z nich zasadami, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości. Dyrektywa zmierza również do zagwarantowania skutecznej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych.

6. W szczególności motywy 4 i 103 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(4) Coraz bardziej zróżnicowane formy działań publicznych spowodowały konieczność bardziej precyzyjnego zdefiniowania pojęcia samych zamówień publicznych; doprecyzowanie to nie powinno jednak rozszerzać zakresu stosowania niniejszej dyrektywy w porównaniu do zakresu dyrektywy 2004/18/WE[4]. Unijne przepisy o zamówieniach publicznych nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które mają na celu nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego. Należy doprecyzować, że takie przypadki nabycia robót budowlanych, dostaw lub usług powinny podlegać niniejszej dyrektywie bez względu na to, czy są one realizowane w drodze zakupu, dzierżawy czy za pomocą innych form umownych.

Termin »nabycie« należy rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług […].

[…]

(103) Oferty, które wydają się rażąco tanie w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, mogą opierać się na błędnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach. W przypadku gdy oferent nie jest w stanie przedstawić wystarczającego wyjaśnienia, instytucji zamawiającej powinno przysługiwać prawo do odrzucenia oferty. Oferta powinna być obowiązkowo odrzucana w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że proponowana rażąco niska cena lub takież koszty są wynikiem niezgodności z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska, bądź z przepisami międzynarodowego prawa pracy".

3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), zmieniona rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 19) (zwana dalej „dyrektywą 2014/24").

4 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114; sprostowanie Dz.U. 2016, L 24, s. 14).

7. W ramach tytułu I dyrektywy 2014/24, zatytułowanego „Zakres stosowania, definicje i zasady ogólne", art. 1 ust. 1 i 2 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – […] usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy […] usługi przeznaczone są do celów publicznych".

8. Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 definiuje „zamówienia publiczne" jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług".

9. Artykuł 18 tej dyrektywy określa „[z]asady udzielania zamówień". Stanowi on, co następuje:

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

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

2. Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X".

10. Artykuł 69 dyrektywy 2014/24 jest z kolei poświęcony „[r]ażąco niski[m] ofert[om]". Został on zawarty w tytule II tej dyrektywy, w sekcji 3 rozdziału III, zatytułowanej „Wybór uczestników i udzielanie zamówień". Artykuł ten stanowi:

„1. Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.

2. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą w szczególności dotyczyć:

a) ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy;

b) wybranych rozwiązań technicznych lub dostępnych dla oferenta wyjątkowo korzystnych warunków dostawy produktów lub usług bądź realizacji obiektu budowlanego;

c) oryginalności obiektu budowlanego, dostaw lub usług, proponowanych przez oferenta;

d) zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2;

e) zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 71;

f) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.

3. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.

Instytucje zamawiające odrzucają ofertę, jeżeli stwierdzą, że jest ona rażąco niska, ponieważ jest niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2.

[…]".

III. Postępowanie główne, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

11. W dniu 7 czerwca 2018 r. ministerstwo spraw wewnętrznych (instytucja zamawiająca) wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi dotyczące dostępu do systemu informacji prawnej na okres 24 miesięcy. Zamówienie to składa się z dwóch części. Ministerstwo spraw wewnętrznych oszacowało wartość tego zamówienia na 39 959,01 EUR.

12. W odniesieniu do pierwszej części, dotyczącej dostępu do systemu informacji prawnej, oferty złożone zostały w wyznaczonych terminach tylko przez dwóch wykonawców mających siedzibę w Lublanie (Słowenia) i wyspecjalizowanych w dziedzinie informacji prawnej: spółkę Tax-Fin-Lex d.o.o. (skarżącą) i spółkę LEXPERA d.o.o. (interwenienta).

13. Skarżąca zaproponowała zaoferowanie tej usługi za kwotę 0 EUR.

14. Decyzją z dnia 11 stycznia 2019 r. ministerstwo spraw wewnętrznych udzieliło zamówienia publicznego składającego się z pierwszej części interwenientowi i odrzuciło ofertę złożoną przez skarżącą, uzasadniając to tym, że oferta ta była sprzeczna z zasadami udzielania zamówień publicznych.

15. Skarżąca wniosła o zmianę tej decyzji. W ramach postępowania poprzedzającego wznowienie postępowania ministerstwo spraw wewnętrznych oddaliło ten wniosek w dniu 5 lutego 2019 r. W dniu 11 lutego 2019 r. ministerstwo to zwróciło się do Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowej komisji ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, Słowenia), sądu odsyłającego w niniejszej sprawie, aby orzekła w przedmiocie zgodności z prawem wspomnianej decyzji.

16. Skarżąca utrzymuje, że oferta taka jak w niniejszej sprawie jest dopuszczalna. Podnosi ona, że w ramach udzielania zamówienia publicznego oferent ma prawo do swobodnego ustalania proponowanej ceny, a w konsekwencji do oferowania usługi nieodpłatnie. Nie oznacza to jednak, że skarżąca jest pozbawiona wynagrodzenia za wykonanie rozpatrywanego zamówienia publicznego. Uważa ona bowiem, że zawarcie umowy przyniosłoby jej korzyść polegającą na dostępie do nowego rynku i do nowych użytkowników.

17. Ministerstwo spraw wewnętrznych twierdzi natomiast, że pojęcie „zamówienia publicznego", o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, nie może obejmować umowy, w ramach której wykonawca zaproponował nieodpłatne świadczenie usługi na rzecz instytucji zamawiającej. Uważa on, że korzyść, jaką czerpie wykonawca z uzyskania zamówienia, a mianowicie potencjalny dostęp do nowego zamówienia i referencje, nie stanowi świadczenia wzajemnego za realizację zamówienia publicznego. Utrzymuje on bowiem, że taka korzyść stanowi dla wszystkich wykonawców

wartość dodaną, której nie można jednak wyrazić za pomocą wartości pieniężnej, a zatem fakturować instytucji zamawiającej. W konsekwencji ministerstwo spraw wewnętrznych uważa, że transakcja, w której usługa byłaby świadczona nieodpłatnie, nie może prowadzić do zawarcia umowy o charakterze odpłatnym.

18. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający wskazuje, że ministerstwo spraw wewnętrznych zbadało tę ofertę w świetle przepisów dotyczących rażąco niskich ofert. Niemniej jednak odrzucił on tę ofertę nie ze względu na to, że była ona rażąco niska lub sprzeczna z zasadami rządzącymi udzielaniem zamówień publicznych, lecz jedynie na tej podstawie, że wynosiła ona 0 EUR.

19. Sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do wykładni pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym", o którym mowa w ramach definicji „zamówień publicznych" w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24. Podnosi on w pierwszej kolejności, że jednym z istotnych elementów przewidzianego w tym przepisie „zamówienia publicznego" jest odpłatny charakter umowy zawartej pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą. Wyjaśnia on w tym względzie, że pojęcie „zamówienia publicznego" ma znaczenie nie tylko przed zawarciem umowy, ponieważ nakłada ono na instytucję zamawiającą obowiązek przestrzegania zasad określonych w ramach dyrektywy 2014/24, lecz również po jej zawarciu, w celu dokonania oceny, czy umowa rzeczywiście została zawarta z poszanowaniem wspomnianych zasad.

20. Sąd odsyłający zastanawia się następnie, czy – a jeśli tak, to w jakim zakresie – umowa, w ramach której wykonawca zobowiązuje się do nieodpłatnego świadczenia na rzecz instytucji zamawiającej usługi, o której mowa w ogłoszeniu o zamówieniu, bez innej korzyści niż dostęp do nowego zamówienia i uzyskanie referencji, może zostać zakwalifikowana jako „umowa o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24. Sąd ten przyznaje, że uzyskanie zamówienia publicznego i udzielenie referencji mogą same w sobie stanowić korzyść dla wspomnianego operatora. Chociaż korzyść ta nie jest z gospodarczego punktu widzenia możliwa do oszacowania w momencie udzielenia zamówienia, to może ona jednak stanowić przyszłą korzyść gospodarczą związaną z wykonaniem umowy.

21. Jednakże sąd odsyłający przyznaje również, że w sytuacji gdy instytucja zamawiająca nie płaci wykonawcy wynagrodzenia za świadczenie usługi, możliwe jest, że zawarta umowa nie jest umową o wykonanie zamówienia publicznego, ponieważ chodzi o umowę zawartą nieodpłatnie, przybierającą na przykład formę darowizny. Wreszcie sąd ten zastanawia się w tych okolicznościach, czy art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 może stanowić podstawę prawną decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę.

22. W tych okolicznościach Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja odwoławcza w zakresie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy mamy do czynienia z »umową o charakterze odpłatnym« jako z elementem zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie jest wprawdzie zobowiązana do żadnego świadczenia wzajemnego, ale wykonawca poprzez wykonanie zamówienia uzyskuje dostęp do nowego rynku i referencji?

2) Czy jest możliwe lub konieczne dokonanie wykładni art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 w taki sposób, że stanowi on podstawę do odrzucenia oferty o cenie równej 0 EUR?".

23. Skarżąca, ministerstwo spraw wewnętrznych, rząd austriacki oraz Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie.

IV. Analiza

24. Struktura niniejszej opinii jest następująca. Rozpocznę od kwestii dopuszczalności niniejszego odesłania (część A). Następnie zbadam zakres pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym", o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, a przede wszystkim związane z nim pojęcie „świadczenia wzajemnego" (część B). Na koniec zajmę się kwestią, czy oferta w wysokości 0 EUR może zawsze zostać zakwalifikowana jako „rażąco niska oferta" w celu zbadania i, w razie potrzeby, odrzucenia jej w świetle przepisów art. 69 tej dyrektywy (część C).

A. W przedmiocie dopuszczalności

25. Dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie nasuwa moim zdaniem żadnych trudności.

26. Jeżeli chodzi w pierwszej kolejności o kompetencję Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowej komisji kontroli postępowań o udzielanie zamówień publicznych) do złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, przypominam, że Trybunał orzekł w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r., Medisanus [5], że komisja ta spełnia kryteria uznania jej za „sąd krajowy" w rozumieniu art. 267 TFUE [6].

27. W drugiej kolejności, jeśli chodzi o wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, to prawdą jest, że jest ona niższa od przewidzianego w art. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24 progu 144 000 EUR mającego zastosowanie do zamówień publicznych na usługi udzielane przez centralne organy administracji publicznej.

28. Jednakże sąd odsyłający wskazuje, że przy transpozycji przepisów tej dyrektywy do prawa krajowego słoweński ustawodawca postanowił, iż pojęcie „zamówienia publicznego", o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 Zakon o javnem naročanju (ustawy o zamówieniach publicznych) [7] z dnia 30 maja 2015 r., stosuje się w sposób bezpośredni i bezwarunkowy do zamówień, których wartość jest niższa od progu określonego w art. 4 dyrektywy 2014/24, co do zasady wyłączonego z zakresu stosowania tej dyrektywy.

29. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału (wyrok zwany „wyrokiem Dzodzi") wykładnia przepisów aktu Unii w sytuacjach nieobjętych zakresem stosowania tego aktu jest uzasadniona celem zapewnienia identycznego traktowania sytuacji objętych prawem krajowym i sytuacji regulowanych prawem Unii, gdy przepisy te znalazły zastosowanie do takich sytuacji poprzez prawo krajowe w sposób bezpośredni i bezwarunkowy [8].

30. W niniejszej sprawie dostarczone przez sąd odsyłający informacje, które nie zostały zakwestionowane przez żadną ze stron, które przedstawiły uwagi, potwierdzają, że ustawodawca krajowy postanowił rozszerzyć zakres stosowania przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych na zamówienia publiczne o małej wartości właśnie w celu zagwarantowania, że sytuacje podlegające prawu krajowemu i sytuacje regulowane prawem Unii będą podlegały tym samym zasadom. Tym samym wydaje się, że logika leżąca u podstaw wyroku Dzodzi znajduje w pełni zastosowanie w niniejszej sprawie.

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Zobacz pkt 38 tego wyroku.

7 Uradni list RS, nr 91/15.

8 Zobacz wyrok z dnia 18 października 1990 r., Dzodzi (C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 36–42); a także niedawne wyroki: z dnia 14 lutego 2019 r., CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, niepublikowany, EU:C:2019:116, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 24 października 2019 r., Belgische Staat (C-469/18 i C-470/18, EU:C:2019:895, pkt 22, 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

31. W tych okolicznościach Trybunał może udzielić odpowiedzi na skierowane do niego pytania prejudycjalne.

B. Czy mamy do czynienia z „umową o charakterze odpłatnym”?

32. Sąd odsyłający zasadniczo wnosi do Trybunału o dookreślenie przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 2014/24. Trybunał został wezwany o ustalenie, czy, a w razie odpowiedzi twierdzącej – w jakim zakresie, transakcja, poprzez którą oferent zobowiązuje się świadczyć usługę za kwotę 0 EUR, może prowadzić do zawarcia umowy „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy, a tym samym czy może ona zostać zakwalifikowana jako „zamówienie publiczne na usługi”. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału „jedynie umowa o charakterze odpłatnym może stanowić zamówienie publiczne objęte zakresem dyrektywy 2004/18” [9].

33. Aby odpowiedzieć na pierwsze pytanie prejudycjalne, należy ustalić, czy pojęcie „umowy o charakterze odpłatnym” może zgodnie z wykładnią literalną, systemową i celowościową obejmować transakcję, za pomocą której oferent składa ofertę w wysokości 0 EUR. Należy również zbadać, czy orzecznictwo Trybunału pozwala w tym względzie na wyjaśnienie sporu poprzez wskazanie podstawowych cech takiej umowy.

1. „Umowa o charakterze odpłatnym” w rozumieniu postanowień dyrektywy 2014/24

34. Dosłowne brzmienie art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 nie wystarcza dla dokonania jasnej wykładni pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym”. Płaszczyzna tekstowa uwidacznia raczej wielość możliwych interpretacji i znaczeń wyrażenia „o charakterze odpłatnym”.

35. Z jednej strony niektóre wersje językowe odwołują się do pojęcia odpłatności [10]. Leżącym u tego podstaw rozumowaniem jest po prostu to, że należy dać w zamian jakąś rzecz. Z drugiej strony inne wersje okazują się bardziej restrykcyjne: to, co powinno zostać dane w zamian przez instytucję zamawiającą, wydaje się mieć szczególnie finansowy charakter [11], to znaczy pieniężny. Z kolei inne jeszcze wersje językowe wydają się zajmować stanowisko pośrednie [12].

36. Jednakże nie należy być może przypisywać zbyt dużego znaczenia literalnemu brzmieniu dyrektywy 2014/24, ponieważ niektóre wersje językowe tej dyrektywy posługują się nawet odmiennymi terminami w celu przetłumaczenia pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym”, w zależności od tego, czy znajduje się ono w motywach 4 i 70, czy też w art. 2 ust. 1 pkt 5 wspomnianej dyrektywy.

37. Niestety argumenty *wewnątrzsystemowe* (w świetle dyrektywy 2014/24) również nie stanowią dużej pomocy. W art. 1 ust. 2 tej dyrektywy prawodawca unijny wyjaśnia, że „zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi *nabycie* – w drodze zamówienia publicznego – […] usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy […] usługi przeznaczone są do celów publicznych” [13].

9 Zobacz wyroki: z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller, (C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 47); z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis, (C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43). Przypominam, że dyrektywa 2014/24 uchyliła dyrektywę 2004/18.

10 W szczególności wersje w językach: hiszpańskim („oneroso”), francuskim („à titre onéreux”), włoskim („a titolo oneroso”), portugalskim („a título oneroso”) i rumuńskim („cu titlu oneros”).

11 W szczególności wersje językach angielskim („for pecuniary interest”) i chorwackim („financijski interes”).

12 W szczególności wersje w językach czeskim i słowackim (w których pojęcie „úplatné smlouvy” lub „odplatné zmluvy” oznaczają przede wszystkim zapłatę jako świadczenie wzajemne, lecz mogą również być interpretowane jako obejmujące wynagrodzenie niemające charakteru pieniężnego), czy też wersja w języku szwedzkim, w której użyto wyrażenia „kontrakt med ekonomiska villkor”, które odsyła do wartości ekonomicznej umowy.

13 Podkreślenie moje.

38. Przepis ten należy interpretować w świetle motywu 4 dyrektywy 2014/24, w którym prawodawca Unii wskazał, że „[u]nijne przepisy o zamówieniach publicznych nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które mają na celu *nabycie* […] usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego”[14]. Prawodawca ten dodał ponadto, że „takie przypadki nabycia […] usług powinny podlegać niniejszej dyrektywie bez względu na to, czy są one realizowane w drodze zakupu, dzierżawy, czy za pomocą innych form umownych”. W tym miejscu koniecznie trzeba zauważyć, że pojęcie „nabycia” należy zdaniem prawodawcy Unii „rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych […] usług”.

39. O ile głównym *celem* prawa zamówień publicznych powinno być uregulowanie nabywania towarów lub usług przez organy administracji publicznej, to jednak systematyka i cel dyrektywy 2014/24 rzeczywiście nie pozwalają na określenie cech charakterystycznych warunku odpłatności, do którego odnosi się art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy. Pojęcie „nabycia” jest wystarczająco szerokie, aby zająć agnostyczne stanowisko co do sposobów tego nabycia, ponieważ istotne jest to, że towary lub usługi zostają ostatecznie pozyskane przez instytucje zamawiające. Tymczasem towary i usługi mogą być nabywane zgodnie z prawem w różny sposób.

40. Tym samym zwykła wykładnia językowa i systemowa nie wystarcza do zrozumienia znaczenia „umowy o charakterze odpłatnym”, a w szczególności kluczowego pojęcia „świadczenia wzajemnego”, które kryje się za samą koncepcją umowy: jaki konkretnie ma charakter świadczenie wzajemne, które ma spełnić instytucja zamawiająca, aby dane zamówienie publiczne można było uznać za ważne?

2. Dokonywana w orzecznictwie wykładnia pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym”

41. Trybunał orzeka, że zgodnie ze zwykłym prawnym znaczeniem pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym”, zastosowanym dla celów zdefiniowania zamówień publicznych, pojęcie to oznacza umowę, przez którą każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie[15]. Istnienie „wynagrodzenia” lub „świadczenia wzajemnego”, do którego zobowiązana jest instytucja zamawiająca, a zatem stosunku wzajemności, stanowi dla Trybunału decydujący element przy ocenie istnienia umowy zawartej odpłatnie[16].

42. Orzecznictwo to wpisuje się w linię bronioną przez Trybunał w innych dziedzinach prawa, w szczególności w dziedzinie transakcji podlegającej opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej (VAT). I tak w wyroku z dnia 18 stycznia 2017 r., SAWP[17] Trybunał przypomniał, że świadczenie usług jest dokonywane odpłatnie w rozumieniu dyrektywy 2006/112/WE[18] tylko wtedy, gdy pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą istnieje stosunek prawny, w ramach którego następuje wymiana świadczeń wzajemnych, a wynagrodzenie otrzymane przez usługodawcę stanowi faktyczne odzwierciedlenie wartości usługi świadczonej na rzecz usługobiorcy[19]. Trybunał orzekł, że „ma to miejsce, gdy istnieje bezpośredni związek pomiędzy świadczoną usługą a otrzymanym świadczeniem wzajemnym w ten sposób, że zapłacone kwoty stanowią rzeczywiste wynagrodzenie za możliwą do wyodrębnienia usługę świadczoną w ramach takiego stosunku prawnego”[20].

14 Podkreślenie moje.

15 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 stycznia 2007 r., Auroux i in., (C-220/05, EU:C:2007:31, pkt 45); z dnia 18 października 2018 r., IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, pkt 28).

16 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo), dotyczący wykładni pojęcia „zamówienia publicznego”, o którym mowa w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Dyrektywa Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. 2006, L 347, s. 1).

19 Zobacz wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r., SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).

20 Wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r., SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

43. Niemniej jednak należy przyznać, że istnieją jednocześnie dwie linie orzecznictwa w odniesieniu do charakteru świadczenia wzajemnego wymaganego w celu spełnienia warunku odpłatności. Te dwie linie w pewnym stopniu odzwierciedlają literalne rozbieżności art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 [21].

44. Pierwsza linia daje pierwszeństwo ścisłej wykładni kryterium odpłatności umowy, wymagając zapłaty przez instytucję zamawiającą wynagrodzenia lub ceny wyrażonych w pieniądzu.

45. W ten sposób w wyroku z dnia 13 lipca 2017 r., Malpensa Logistica Europa [22], Trybunał wykluczył zakwalifikowanie jako „zamówienia na usługi" w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17 i zastosowanie związanych z tym przepisów w przypadku umowy, przez którą podmiot zarządzający lotniskiem Mediolan Malpensa (Włochy) nie nabył usługi świadczonej przez usługodawcę za wynagrodzeniem [23]. W wyroku tym Trybunał wyraźnie powołał się na popierane przez Komisję podejście, zgodnie z którym odpłatny charakter danego stosunku umownego powstałego na podstawie zamówienia publicznego oznaczał wyraźnie, że owo zamówienie publiczne powinno zawierać wynagrodzenie wypłacane bezpośrednio przez instytucję zamawiającą w celu „nabycia" danej usługi bezpośrednio od usługodawcy.

46. Druga linia orzecznictwa z kolei skłania się ku popieraniu szerszej wykładni warunku odpłatności w znaczeniu „wynagrodzenia" [24] lub „świadczenia wzajemnego" [25]. Chodzi o nurt większościowy, podzielany również przez Komisję w zielonej księdze w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji z dnia 30 kwietnia 2004 r. [26]

47. Zgodnie z tą linią orzecznictwa pojęcie „odpłatności" niekoniecznie oznacza zapłatę kwoty pieniężnej przez instytucję zamawiającą. Trybunał uważa zatem, że mogą być zawierane odpłatnie i zostać zakwalifikowane jako „zamówienie publiczne" te umowy, w których świadczenie jest wynagradzane poprzez inne formy świadczenia wzajemnego, takie jak zwrot kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi lub zwolnienie z opłat. Tak jest również w przypadku, gdy wypłacone wynagrodzenie nie pozwala na zrekompensowanie kosztów poniesionych przez oferenta [27].

48. W tym względzie dwa wyroki mogą stanowić szczególnie dobrą ilustrację.

49. Tak więc w wyroku z dnia 12 lipca 2001 r., Ordine degli Architetti i in. [28] Trybunał orzekł, że ocena elementów składających się na definicję pojęcia „zamówień publicznych na roboty budowlane" w rozumieniu dyrektywy 93/37/CEE [29] powinna być dokonywana w taki sposób, aby zagwarantować skuteczność tego aktu, a w szczególności promowanie skutecznej konkurencji poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu [30]. W ten sposób Trybunał dopuścił odpłatny charakter umowy i kwalifikację jako „zamówienia publicznego na roboty budowlane" w sytuacji, w której wykonawca posiadający

21 Zobacz pkt 35 niniejszej opinii.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Wyrok ten dotyczył wykładni art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1). Zgodnie z tym artykułem „zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi" oznaczają „umowy o charakterze odpłatnym zawarte na piśmie".

23 Zobacz pkt 29 tego wyroku.

24 Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 47–52); a także z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43).

25 Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. Ordine degli Architetti i in. (C-399/98, EU:C:2001:401, pkt 77–86).

26 COM(2004) 327 wersja ostateczna. W pkt 10 owej zielonej księgi Komisja wskazuje, że „odpłatny charakter spornej umowy nie musi oznaczać bezpośredniej zapłaty ceny przez partnera publicznego, lecz może wynikać z każdej innej formy świadczenia gospodarczego otrzymanego przez prywatnego partnera".

27 Zobacz rozważania przedstawione przez Trybunał w wyroku z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), zgodnie z którymi umowa sprzedaży terenu może stanowić zamówienie publiczne na roboty budowlane nawet wówczas, gdy poza zbyciem rzeczonego gruntu instytucja zamawiająca nie spełnia na rzecz kontrahenta żadnego świadczenia wzajemnego.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1993, L 199, s. 54).

30 Punkt 52 tego wyroku.

pozwolenie budowlane wykonuje obiekt budowlany z wykorzystaniem *zwolnienia z udziału w kosztach wyposażenia*, który na niego nakłada prawo krajowe. W niniejszej sprawie Trybunał orzekł, że element dotyczący odpłatnego charakteru umowy należy uznać za spełniony, ponieważ wykonując sporne roboty budowlane, wykonawca wywiązywał się z długu o tej samej wartości, który miał wobec gminy [31].

50. W wyroku z dnia 18 października 2018 r., IBA Molecular Italy [32] Trybunał również orzekł, że „umowa przewidująca wymianę świadczeń wchodzi w zakres pojęcia zamówienia publicznego, nawet gdy przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do *częściowego zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi*" [33]. W wyroku tym Trybunał podkreślił, że umowa, w której wykonawca zobowiązuje się do wytwarzania i dostarczania produktu różnym jednostkom administracji publicznej w zamian za przyznanie mu finansowania w całości przeznaczanego na ten cel, mieści się w pojęciu „umowy o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, i to *nawet jeśli koszty wytworzenia i dystrybucji tego produktu nie zostaną w całości pokryte* z tej dotacji lub przez koszty dostawy, które mogą zostać naliczone tym jednostkom [34].

51. Należy zauważyć, że jest to to samo podejście co podejście bronione przez rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordonę w opinii w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. W sprawie tej pojawia się bowiem w szczególności pytanie, czy udostępnienie oprogramowania uzgodnionego na piśmie przez dwie instytucje zamawiające ma charakter odpłatny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, jeżeli podmiot otrzymujący oprogramowanie nie musi płacić ceny ani rekompensować jego kosztów, lecz jest co do zasady zobowiązany do nieodpłatnego udostępnienia drugiemu podmiotowi zmian i kolejnych adaptacji tego oprogramowania.

52. W swej opinii rzecznik generalny uznał, że warunek odpłatności został spełniony. Z jednej strony wskazał on, że świadczenie wzajemne, czyli dostosowania i przyszłe adaptacje oprogramowania, ma wartość gospodarczą. Z drugiej strony uznał on, że owo świadczenie wzajemne stanowi wymagalne zobowiązanie, ponieważ jest ono niezbędne do świadczenia usług publicznych spoczywających na tych podmiotach [36].

3. Szerokie pojęcie „świadczenia wzajemnego" i jego granice

53. Podsumowanie tego, co rozumiem przez dominującą linię orzecznictwa (z którą w pełni się zgadzam), można streścić w poniższy sposób.

54. Po pierwsze, charakter świadczenia wzajemnego, nierozerwalnie związany z warunkiem odpłatności, które to świadczenie wzajemne jest udzielane przez instytucję zamawiającą, może przybierać inną formę niż cena płacona w pieniądzu. Nie ma zatem konieczności przeniesienia własności środków pieniężnych. Możliwe są inne rodzaje zapłaty, w tym o charakterze niepieniężnym.

55. Po drugie, wynagrodzenie powinno mieć pewną wartość gospodarczą, nie musi jednak odpowiadać dokładnie wartości dostarczanych towarów lub usług. Instytucja zamawiająca i oferent mogą zatem uzgodnić możliwość dokonania płatności w różnych formach, pod warunkiem że mają one oczywistą wartość ekonomiczną.

31 Należy zauważyć, że Trybunał nie przyjął podejścia bronionego przez rzecznika generalnego P. Légera w opinii w sprawie Ordine degli Architetti i in. (C-399/98, EU:C:2000:671), uznając, że kryterium odpłatności nie zostało spełnione.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Punkt 29 tego wyroku i przytoczone tam orzecznictwo. Wyróżnienie moje. Zobacz również wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. (C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 29); z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 31), oraz z dnia 11 grudnia 2014 r. Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 37).

34 Punkt 31 tego wyroku. Podkreślenie moje.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Zobacz w tym względzie rozważania zawarte w pkt 52–63 tej opinii.

56. Po trzecie, charakter i treść wynagrodzenia, które musi zapłacić instytucja zamawiająca, musi wynikać z umowy jako bezpośrednie i wykonalne zobowiązanie prawne wynikające z tej umowy. To właśnie w tych ramach rozumiem odniesienie Trybunału oraz rzecznika generalnego P. Mengozziego do *wzajemnego charakteru* zamówienia publicznego, przekładającego się na „*tworzenie prawnie wiążących zobowiązań prawnych*" dla obu stron umowy [37].

57. Tak więc uważam, że dla celów ustalenia, czy umowa zawiera świadczenie wzajemne (a w konsekwencji czy został spełniony przewidziany w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 warunek odpłatności), centralnym punktem analizy nie jest dokładna kwota pieniężna wpisana w umowie. Chodzi raczej o ustalenie, czy na podstawie tej umowy umawiające się strony pozostają w stosunku wzajemnych zobowiązań prawnych, które każda z nich może wyegzekwować od drugiej i w ramach których instytucja zamawiająca zapewnia co najmniej jasne i precyzyjne świadczenie wzajemne o charakterze gospodarczym.

58. Takie podejście celowo poszerza ramy debaty dotyczącej wymaganego dokładnego charakteru „świadczenia wzajemnego" o szerszą kwestię określenia dokładnej treści zobowiązań wzajemnych ciążących na każdej ze stron. O ile możliwe jest, że pojęcie „świadczenia wzajemnego" jest różne w poszczególnych państwach europejskich [38], o tyle wydaje się, że istnieje duża zgodność co do tego, że zawarcie umowy wymaga, aby strony doszły do porozumienia co do warunków umowy w sposób wystarczająco precyzyjny, co zakłada jasność wzajemnych praw i obowiązków każdej z nich, tak aby umowa mogła zostać wykonana [39]. Z pewnego punktu widzenia dyskusja ta prowadzi do nadal obowiązujących w systemach prawa cywilnego a wywodzących się z prawa rzymskiego źródeł i podstawowego rozróżnienia pomiędzy wzajemnymi stosunkami (czynnościami) prawnymi (np. umowami) i jednostronnymi (np. darowizny i zwolnienia).

59. Umowa o charakterze odpłatnym jest zatem przede wszystkim umową wzajemną, co oznacza, że strony zobowiązują się wzajemnie do wykonania konkretnych i wzajemnych świadczeń. Charakter tych świadczeń należy określić w chwili zawierania umowy. Świadczenia te powinny być wykonalne na podstawie tej umowy. Z kolei „wymagalne świadczenie wzajemne" jest bardziej elastyczne. Nie musi ono koniecznie polegać na kompensacie o charakterze pieniężnym. Istotne jest to, czy owo świadczenie wzajemne jest jasne, precyzyjne i wykonalne na podstawie zawartej umowy.

4. Zastosowanie w niniejszej sprawie

60. W przeciwieństwie do spraw, o których mowa w orzecznictwie przytoczonym w niniejszej opinii, należy na wstępie zauważyć, że w niniejszej sprawie brak jest umowy zawartej między instytucją zamawiającą a oferentem, ponieważ sprawa została wniesiona do sądu krajowego na etapie, na którym złożona przez oferenta oferta została odrzucona. Na tym etapie postępowania brak jest zatem postanowień umownych, które ewentualnie świadczyłyby o istnieniu świadczenia wzajemnego w jakiejkolwiek formie po stronie instytucji zamawiającej.

37 Zobacz wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43), który potwierdził opinię rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, pkt 36). Zobacz przypis 16 do niniejszej opinii.

38 Odnośnie do wykazania, że systemy prawne umów cechują się znaczną różnorodnością, zob. na przykład H. Kötz „Comparative Contract Law" w: M. Reimann i R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 902–932, w szczególności s. 910–912, lub A.G. Chloros, „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, London 1968, vol. 17, nr 1, s. 137–166

39 Zobacz w szczególności art. 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) i 2:103 (Sufficient Agreement) w „Principles of European Contract Law" (zasady europejskiego prawa umów) (zob. O. Lando i H. Beale, *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Den Haag, 2000); lub art. II.–I: 101(I) (definicja umowy) i III.–I: 102(4) (o wzajemnym charakterze zobowiązań) *Draft Common Frame of Reference* (projektu wspólnych ram odniesienia) (zob. C. von Bar i in., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, Münich, 2009) Zobacz podobnie również *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collection „Droit comparé et européen", Paris, 2008, vol. 6, s. 25, sporządzony przez Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française i Société de législation comparée.

61. Pytanie, na które Trybunał powinien odpowiedzieć, dotyczy zatem tego, czy w sytuacji, w której oferta oferenta oznacza brak jakiegokolwiek bezpośredniego wynagrodzenia za usługę od instytucji zamawiającą, korzyść, jaką oferent może osiągnąć z samego powodu udzielenia zamówienia, może stanowić „świadczenie wzajemne", które może umożliwić zawarcie umowy o charakterze odpłatnym w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24.

62. W świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, takich jakie zostały przedstawione przez sąd odsyłający, nie widzę, na czym miałoby polegać takie świadczenie wzajemne, nawet gdyby przyjąć bardzo otwarte znaczenie tego pojęcia, takie jakie zostało przyjęte w poprzedniej części niniejszej opinii. Trzy potencjalne korzyści mogłyby wchodzić w grę w kontekście niniejszej sprawy: w pierwszej kolejności – uzyskanie odpowiedniego doświadczenia; następnie – uzyskanie referencji dla przyszłych zamówień; wreszcie – uzyskanie renomy dla przyszłych przetargów, które mogą zostać ogłoszone przez tę samą instytucję zamawiającą w odniesieniu do innych części zamówienia.

63. Po pierwsze, zdobycie odpowiedniego doświadczenia ma niewątpliwie znaczenie dla nowych podmiotów wchodzących na rynek lub dla pragnących rozwijać się małych i średnich przedsiębiorstw. Nie chodzi jednak wyraźnie o świadczenie wzajemne, które instytucja zamawiająca wykonuje w zamian. Jest to zwykła okoliczność prawna wynikająca z udzielenia zamówienia.

64. Po drugie, niezaprzeczalne jest również to, że uzyskanie referencji może stanowić korzyść. Referencje te mogą odgrywać strategiczną rolę przy udzielaniu zamówień publicznych w przyszłości. Należy jednak stwierdzić, że udzielenie referencji nie wystarcza dla wykazania wzajemnego charakteru zamierzonej umowy. Nie stanowi ono bowiem zobowiązania po stronie instytucji zamawiającej, a zatem nie stanowi wymagalnego względem tej instytucji świadczenia wzajemnego. Korzyść ta jest warunkiem, którego realizacja jest przypadkowa i niepewna, ponieważ referencje, na które przedsiębiorstwo będzie mogło się powołać w przyszłości, zależą w rzeczywistości od okoliczności faktycznych związanych z prawidłową realizacją zamówienia. Nie ma zatem żadnej gwarancji co do referencji, na które oferent będzie mógł się powołać. Chodzi tu o zwykłą spekulację dotyczącą umowy.

65. Po trzecie, postanowienie odsyłające wskazuje, że w niniejszym przypadku zamówienie składało się z dwóch części [40]. Rozpatrywane tu zaproszenie do składania ofert dotyczyło jedynie pierwszej części. Nie przedstawiono żadnych dodatkowych informacji na temat ewentualnego związku pomiędzy pierwszą a drugą częścią. Jednakże nie można sobie wyobrazić, aby taka sytuacja odgrywała rolę w definicji świadczenia wzajemnego w rozumieniu zobowiązania prawnego, jaki instytucja zamawiająca miałaby względem oferenta w odniesieniu do obu części zamówienia. Z pewnością nie jest pożądane ani akceptowanie, ani też promowanie polityki – czy to celowej, czy przypadkowej – zgodnie z którą przedsiębiorstwo składa ofertę znacznie niższą od kosztów, na przykład kwotę 0 EUR, w ramach jednej części zamówienia z jednoczesnym zamiarem późniejszego przerzucenia tych kosztów przy udzieleniu jej drugiej części zamówienia.

66. Reasumując: żaden z trzech scenariuszy odpowiadających potencjalnym „korzyściom", jakie można przedstawić z tytułu świadczenia wzajemnego otrzymanego przez oferenta oferującego nieodpłatne świadczenie określonych usług, nie jest objęte zakresem pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24. W żadnej z tych sytuacji nie istnieje świadczenie wzajemne, którego wykonania można byłoby zgodnie z prawem wymagać od instytucji zamawiającej w ramach umowy. Wspólny mianownik tych korzyści sprowadza się do tego, że wszystkie one są zakładami dotyczącymi przyszłości.

40 Zobacz pkt 11 niniejszej opinii.

67. W podsumowaniu można dodać, że ta ostatnia okoliczność faktyczna pozwala wyraźnie odróżnić niniejszą sprawę od jeszcze bardziej elastycznego podejścia do świadczenia wzajemnego i kosztu transportu, które przyjął na przykład rzecznik generalny M. Campos Sánchez-Bordona w opinii w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41]. W szczególności bowiem w raczej dynamicznym sektorze, jakim jest sektor opracowywania oprogramowania, można wyobrazić sobie pewną liczbę dość nietypowych świadczeń wzajemnych. Tak więc pierwsze oprogramowanie może zostać dostarczone nieodpłatnie w przeciwieństwie do jego przyszłych adaptacji; instytucja zamawiająca może dokonać zapłaty w naturze poprzez przekazanie w zamian swych własnych danych, tak aby programista mógł je wykorzystać w późniejszych aplikacjach; instytucja zamawiająca może przyrzec udostępnienie danych w regularnych odstępach czasowych, pozwalając w ten sposób dostawcy oprogramowania na udoskonalenia jego produktu i na wzrost sprzedaży itp. Ogół tych sytuacji mógłby prowadzić do zawarcia umów o odpłatnym charakterze, ponieważ takie obowiązki wynikałyby w szczególności z porozumienia zawartego z instytucją zamawiającą i określałyby prawnie wykonalne świadczenie wzajemne, pomimo że nadal nie byłoby łatwo określić ceny każdego konkretnego świadczenia wzajemnego.

68. Natomiast w niniejszej sprawie nie istnieje żadne odrębne świadczenie wzajemne ciążące na instytucji zamawiającej, które wynikałoby z jasnego i wykonalnego zobowiązania określonego w umowie, którą zamierza się zawrzeć. Pierwsza „korzyść" jest po prostu automatycznym zdarzeniem prawnym. Druga korzyść jest czysto spekulacyjna i niepewna. Jeżeli chodzi o trzecią korzyść, to nawet gdyby miała być zamierzona, to i tak byłaby ona bardzo problematyczna. W związku z tym, w braku świadczenia wzajemnego ze strony instytucji zamawiającej, przyszła umowa nie może zostać zakwalifikowana jako „umowa o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24.

C. Czy oferta w wysokości 0 EUR jest rażąco niską ofertą?

69. Drugie pytanie prejudycjalne wymaga z kolei określenia podstawy prawnej odrzucenia oferty takiej jak w niniejszej sprawie – w wysokości 0 EUR.

70. Chociaż sąd odsyłający koncentruje swoje pytanie na przepisach art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, przypominam jednak, że według przedstawionych przez niego informacji ministerstwo spraw wewnętrznych zbadało rozpatrywaną ofertę w świetle przepisów poświęconych „rażąco niskim ofertom", o których mowa w art. 69 tej dyrektywy. Odrzuciło ono jednak ofertę skarżącej nie dlatego, że była rażąco niska lub nie pozwalała na spełnienie wymogów i obowiązków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, lecz dlatego, że wynosiła ona 0 EUR.

71. Tak więc drugie pytanie przedstawione przez sąd odsyłający ma charakter proceduralny: jeżeli instytucja zamawiająca otrzymuje ofertę proponującą 0 EUR w rubryce „cena", to (i) czy instytucja zamawiająca powinna automatycznie wykluczyć ofertę bezpośrednio na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, ponieważ żadna oferta tego rodzaju nigdy nie może prowadzić do ważnego udzielenia zamówienia publicznego; czy też (ii) tego rodzaju oferta powinna zostać rozpatrzona również zgodnie z procedurą dotyczącą rażąco niskich ofert przewidzianą w art. 69 dyrektywy 2014/24?

72. Z uwagi na odpowiedź zaproponowaną na pierwsze pytanie sądu odsyłającego (świadczenie wzajemne wymagalne w ramach zamówienia publicznego niekoniecznie oznacza bezpośrednie przekazania pieniędzy, lecz może stanowić świadczenie wzajemne w naturze, jeżeli ma przynajmniej pewną wartość gospodarczą), logiczną odpowiedzią na drugie pytanie prejudycjalne jest odpowiedź sugerowana w ppkt (ii): oferta proponująca cenę nominalną 0 EUR powinna również być traktowana jako rażąco niska oferta.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Zobacz pkt 51 i 52 niniejszej opinii.

73. Po pierwsze, procedura z art. 69 dyrektywy 2014/24 dotyczy etapów oferty i negocjacji. W artykule tym prawodawca Unii wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca dała oferentowi możliwość wyjaśnienia ceny jego oferty i uzasadnienia jej rzetelnego charakteru. Wymaga on następnie, aby instytucja zamawiająca brała pod uwagę nie tylko przedstawione wyjaśnienia, w szczególności odnoszące się do ekonomiczności świadczenia, przyjętych rozwiązań technicznych lub też wyjątkowo korzystnych warunków, jakimi dysponuje ona w celu świadczenia uzgodnionej usługi [42], ale również wszystkie istotne elementy w odniesieniu do danego świadczenia oraz obowiązków związanych z jego realizacją [43].

74. Tak więc o ile charakter zamówienia lub sama oferta nie wskazują jednoznacznie, że nie może być mowy o innym dopuszczalnym świadczeniu wzajemnym, a tym samym że nie ma potrzeby umożliwienia oferentowi przedstawienia wyjaśnień na temat jego oferty, nie można wykluczyć, że przyszła umowa może ostatecznie stanowić umowę „o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24.

75. Nie można przy tym pominąć paradoksu kota Schrödingera. Dopóki pudło nie zostanie otwarte i nie zostanie zbadana jego zawartość, nie można wykluczyć, że znajdujący się w środku kot jest żywy. Podobnie dopóki instytucja zamawiająca nie da oferentowi na podstawie art. 69 dyrektywy 2014/24 możliwości wyjaśnienia logiki i struktury kosztów przyświecających jego ofercie, nie można będzie wykluczyć, że dana oferta może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego, bez uszczerbku dla ostatecznego odrzucenia oferty przez instytucję zamawiającą. Jednakże takie odrzucenie nie może jedynie i wyłącznie opierać się na fakcie, że nominalna cena oferty 0 EUR nie spełnia warunku odpłatności przewidzianego w art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy.

76. Po drugie, należy stwierdzić, że dyrektywa 2014/24 nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej oferty" ani nie określa cyfrowo kwoty, jaką ono obejmuje [44]. Ponieważ wyrażenia zastosowane przez prawodawcę Unii są ogólne, Trybunał posługuje się również pojęciem „niskiej ceny zaproponowanej w ofercie" [45].

77. Z orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że sprzeciwia się on ustanowieniu matematycznego kryterium wykluczenia. Trybunał zmierza do wspierania skutecznej konkurencji zgodnie z celami przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. W wyroku z dnia 22 czerwca 1989 r., Costanzo [46] Trybunał orzekł, że matematyczne kryterium wykluczenia pozbawiało oferentów, którzy złożyli szczególnie niskie oferty, możliwości wykazania, iż oferty te są rzetelne, i w konsekwencji że było ono sprzeczne z celem dyrektywy 71/305/EWG [47], jakim było sprzyjanie rozwojowi skutecznej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych.

78. Z uwagi na te elementy wydaje się zatem, że nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby pojęcie „rażąco niskiej oferty" mogło obejmować ofertę w wysokości 0 EUR. Prawdą jest, że kwota „0 EUR" wydaje się pewnego rodzaju barierą psychologiczną. Niemniej jednak z ekonomicznego punktu widzenia nic nie uzasadnia odróżnienia jej od oferty w kwocie 10 EUR lub 100 EUR, gdy wszystkie te oferty są niższe od kosztów zamówienia.

42 Owe wyjaśnienia zostały wymienione w art 69 ust. 2 dyrektywy 2014/24.

43 Zobacz wyrok z dnia 16 maja 2019 r., Transtec/Komisja (T-228/18, EU:T:2019:336, pkt 69 i przytoczone tam orzecznictwo).

44 W wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466) Trybunał przypomniał, że do państw członkowskich, a w szczególności do instytucji zamawiających należy określenie metody obliczania progu odchylenia stanowiącego „rażąco niską ofertę" (pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo).

45 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, pkt 46).

46 103/88, EU:C:1989:256, pkt 18.

47 Dyrektywa Rady z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1971, L 185, s. 5).

79. Po trzecie i ostatnie, nie ulega wątpliwości, że pewna liczba dodatkowych argumentów mogłaby przemawiać za odmową zbadania ofert w wysokości 0 EUR. Dopuszczenie takich ofert mogłoby bowiem być sprzeczne z celem *przejrzystości* w dziedzinie funduszy publicznych i zwalczania korupcji: rzeczywiste koszty i późniejsze płatności zostałyby po prostu przesunięte i ukryte w innych równoległych transakcjach. Podobnie podczas gdy takie podejście wydawałoby się prima facie korzystne dla *budżetów publicznych*, to jednak zamówienie publiczne udzielone za nominalną cenę 0 EUR mogłoby ostatecznie okazać się raczej kosztowne i trudne do wykonania dla instytucji zamawiającej i w ten sposób prowadzić raczej do zwiększenia kosztów, a nie jedynie i wyłącznie do zapłaty od początku stosownej ceny. Ponadto sponsorowana przez instytucje zamawiające praktyka drapieżnych cen mogłaby wywołać pewne obawy ze strony *prawa konkurencji*.

80. W każdym razie, niezależnie od zasadności tych obaw, tymi samymi argumentami można by posłużyć się w przeciwnym kierunku, to znaczy na korzyść badania takich ofert [48]. Niemniej jednak, przede wszystkim, wszystkie te argumenty mogłyby zostać wykorzystane przeciwko samemu badaniu rażąco niskich ofert. Te same rozważania co rozważania przedstawione w poprzednim punkcie niniejszej opinii mają zastosowanie bez rozróżnienia do każdej rażąco niskiej oferty: tak byłoby w przypadku na przykład zamówienia oszacowanego na 150 000 EUR, oferty w wysokości 1000 EUR, 101 EUR lub w symbolicznej wysokości 1 EUR. Nawet gdyby wszystkie te oferty były znacznie niższe od rzeczywistych kosztów, instytucja zamawiająca nie może ich automatycznie odrzucić. Musi ona je zbadać zgodnie z procedurą szczególną przewidzianą w tym celu w art. 69 dyrektywy 2014/24.

81. Skoro taki wybór legislacyjny został dokonany przez prawodawcę Unii w kontekście prawa zamówień publicznych po rozważeniu wszystkich zalet i niedogodności nieodłącznie związanych z rażąco niskimi ofertami, to nie widzę logicznego argumentu pozwalającego na wykluczenie ofert w wysokości 0 EUR z takiego schematu. Powinny one być zatem traktowane w ten sam sposób. A zatem gdyby Trybunał przyjął moją propozycję dotyczącą pytania pierwszego (że „umowa o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 niekoniecznie wymaga zapłaty kwoty pieniężnej, lecz może wiązać się z świadczeniem wzajemnym w naturze obciążającym instytucję zamawiającą), to kwota nominalna wskazana w ofercie umowy nie byłaby decydująca.

82. W konsekwencji uważam, że to właśnie przez pryzmat warunków określonych w art. 69 dyrektywy 2014/24 instytucja zamawiająca powinna zbadać ofertę w wysokości 0 EUR, aby w odpowiednim przypadku, odrzucić ją, w szczególności ze względu na to, że nie może ona doprowadzić do zawarcia umowy o charakterze odpłatnym w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy z tego powodu, że instytucja zamawiająca nie spełnia żadnego świadczenia wzajemnego o charakterze gospodarczym w ramach postępowania przetargowego.

V. Wnioski

83. Proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję odwoławczą w zakresie zamówień publicznych, Słowenia) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

1) Pojęcie „umowy o charakterze odpłatnym", o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r., należy interpretować w ten sposób, że nie

48 Na przykład, jeśli chodzi o konkurencję, można by twierdzić, że zasady te są w rzeczywistości korzystne dla konkurencji: jest prawdopodobne, że małe i średnie przedsiębiorstwa oraz startup-y będą miały niższe koszty stałe i będą mogły uwzględniać zerowe marże dla niektórych umów. W takich okolicznościach oferty w wysokości 0 EUR mogą okazać się konkurencyjne, pozwalając tym małym przedsiębiorstwom na wejście na rynek.

pozwala ono na zakwalifikowanie jako „zamówienia publicznego na usługi" transakcji, przez którą oferent proponuje instytucji zamawiającej świadczenie usługi za kwotę 0 EUR, jeśli strony umowy nie uzgodniły ciążącego na instytucji zamawiającej wynagrodzenia o wartości gospodarczej.

2) Ofertę za cenę 0 EUR należy badać zgodnie z przepisami art. 69 dyrektywy 2014/24, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2017/2365, dotyczącymi rażąco niskich ofert, w razie potrzeby po uzyskaniu od oferenta dodatkowych informacji co do dokładnego charakteru ciążącego na instytucji zamawiającej świadczenia wzajemnego o wartości gospodarczej. Ofertę taką należy odrzucić, w przypadku gdyby nie umożliwiała ona zawarcia w szczególnych ramach postępowania przetargowego „umowy o charakterze odpłatnym" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy.