Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MICHAL BOBEK
της 28ης Μαΐου 2020 [1]

Υπόθεση C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
κατά
Ministrstvo za notranje zadeve
παρισταμένης της
LEXPERA d.o.o.

[αίτηση της Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (εθνικής επιτροπής επανεξέτασης διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, Σλοβενία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών – Οδηγία 2014/24/ΕΕ – Άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5 – Χαρακτηρισμός σύμβασης ως "δημόσιας σύμβασης" – Έννοια των "συμβάσεων εξ επαχθούς αιτίας" – Υποβολή προσφοράς ποσού μηδέν ευρώ – Εκτίμηση του επαχθούς χαρακτήρα της σύμβασης – Έλλειψη χρηματικής αντιπαροχής σε βάρος της αναθέτουσας αρχής – Απόρριψη της προσφοράς – Νομική βάση – Άρθρο 69 – Ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά»

I. Εισαγωγή

1. Είναι το μηδέν (νούμερο) ασυνήθιστα χαμηλό;

2. Αν αφεθούν κατά μέρος οι παθιασμένες συζητήσεις που η φύση του αριθμού μηδέν έχει προκαλέσει στο πεδίο των μαθηματικών [2], είναι πιθανόν ένα τέτοιο ζήτημα τιθέμενο από τη νομική σκοπιά σε έναν αμύητο να τον κάνει να κοιτάξει τους νομικούς με έκπληκτο βλέμμα στο οποίο αυτοί είναι τόσο συνηθισμένοι όταν προσπαθούν να εξηγήσουν το επάγγελμά τους. Ο αμύητος μάλιστα ίσως παρατηρήσει τότε, όχι χωρίς σαρκασμό, ότι μόνον οι νομικοί είναι ικανοί να πραγματεύονται το τίποτα (κυριολεκτικά) σε σελίδες επί σελίδων.

3. Εντούτοις, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων όπως στα μαθηματικά, το μηδέν φαίνεται να είναι ένας μοναδικός αριθμός, που δύσκολα μπορεί να τοποθετηθεί στα υφιστάμενα συστήματα ανάλυσης. Υποβάλλει ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά αυτός που προσφέρει αγαθά ή υπηρεσίες σε ονομαστική τιμή μηδέν ευρώ; Ή μήπως ο εν λόγω προσφέρων αποκλείεται αυτομάτως από το πεδίο εφαρμογής του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, γράφοντας στην προσφορά του τον μαγικό αριθμό «0» και όχι άλλο ονομαστικό ποσό σημαντικά χαμηλότερο από το πραγματικό κόστος της δημόσιας σύμβασης (όπως, για παράδειγμα, 1,5 ή 101 ευρώ), με τη συλλογιστική ότι, σε αντίθεση με όλους τους άλλους φυσικούς αριθμούς, το «0» δεν μπορεί να περιληφθεί σε δημόσια σύμβαση;

1 Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 Για προσιτή εισαγωγή (φτωχή σε υπολογισμούς και πλούσια σε πολιτιστική ιστορία), βλ., για παράδειγμα, Kaplan, R., *The Nothing that Is*: *A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Οξφόρδη, 1999.

4. Αυτό είναι, εν συντομία, το πρόβλημα που τίθεται στην παρούσα υπόθεση. Στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών την οποία κίνησε το Ministrstvo za notranje zadeve (Υπουργείο Εσωτερικών, Σλοβενία), η επιχείρηση Tax-Fin-Lex d.o.o. υπέβαλε προσφορά ποσού μηδέν ευρώ για την παροχή μιας από τις σχετικές υπηρεσίες. Το Υπουργείο Εσωτερικών απέρριψε την ως άνω προσφορά με την αιτιολογία ότι η προσφορά αυτή δεν καθιστούσε δυνατή τη σύναψη «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ [3] ούτε, κατά συνέπεια, την υπαγωγή στους κανόνες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Αντιθέτως, η Tax-Fin-Lex d.o.o. υποστηρίζει ότι η σύμβαση με την οποία αναλαμβάνει να παρέχει την υπηρεσία έναντι ποσού μηδέν ευρώ πραγματοποιείται «εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια της εν λόγω διάταξης. Συγκεκριμένα, κατ' αυτήν, η εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης θα της παρείχε τη δυνατότητα να αποκομίσει οικονομικό πλεονέκτημα, λόγω των συστάσεων που θα μπορούσε να επικαλεστεί στη συνέχεια για τη σύναψη νέων δημοσίων συμβάσεων.

II. Το νομικό πλαίσιο

5. Η οδηγία 2014/24 θεσπίζει κανόνες που καθιστούν δυνατόν τον συντονισμό των εθνικών διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων που υπερβαίνουν ορισμένο ποσό προκειμένου οι διαδικασίες αυτές να συνάδουν με τις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως η ίση μεταχείριση, η απαγόρευση των δυσμενών διακρίσεων, η αναλογικότητα και η διαφάνεια. Επιδιώκει επίσης να εξασφαλίσει πραγματικό ανταγωνισμό όσον αφορά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

6. Ειδικότερα, οι αιτιολογικές σκέψεις 4 και 103 της οδηγίας 2014/24 αναφέρουν τα εξής:

«(4) Η αυξανόμενη ποικιλομορφία της δημόσιας δράσης έχει καταστήσει αναγκαίο τον σαφέστερο ορισμό της ίδιας της έννοιας των προμηθειών· η διευκρίνιση αυτή δεν θα πρέπει όμως να διευρύνει το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας σε σύγκριση με εκείνο της οδηγίας 2004/18/ΕΚ [4]. Οι κανόνες της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες δεν αποσκοπούν να καλύψουν όλες τις μορφές εκταμίευσης δημόσιου χρήματος, αλλά μόνο όσες στοχεύουν στην απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών θα πρέπει να υπόκειται στην παρούσα οδηγία, είτε γίνεται μέσω αγοράς ή μίσθωσης είτε μέσω άλλων συμβατικών μορφών.

Η απόκτηση θα πρέπει να γίνεται αντιληπτή υπό ευρείαν έννοια, ως απόκτηση των ωφελειών των σχετικών έργων, αγαθών ή υπηρεσιών […]

[…]

(103) Οι προσφορές που φαίνονται αφύσικα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες ενδέχεται να βασίζονται σε τεχνικά, οικονομικά ή νομικά αβάσιμες παραδοχές ή πρακτικές. Σε περίπτωση που ο προσφέρων δεν μπορεί να παράσχει ικανοποιητική εξήγηση, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να δικαιούται να απορρίψει την προσφορά. Η απόρριψη θα πρέπει να είναι υποχρεωτική σε περιπτώσεις όπου η αναθέτουσα αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου, ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου.»

3 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65), όπως τροποποιήθηκε με τον κατ' εξουσιοδότηση κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365 της Επιτροπής, της 18ης Δεκεμβρίου 2017 (ΕΕ 2017, L 337, σ. 19) (στο εξής: οδηγία 2014/24).

4 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων έργων, αγαθών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114, και διορθωτικό ΕΕ 2004, L 351, σ. 44).

7. Στο πλαίσιο του τίτλου Ι της οδηγίας 2014/24, ο οποίος επιγράφεται «Πεδίο εφαρμογής, ορισμοί και γενικές αρχές», το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 2, ορίζει τα εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προμήθειας που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, τόσο για δημόσιες συμβάσεις όσο για διαγωνισμούς μελετών, των οποίων η αξία εκτιμάται ότι δεν υπολείπεται των κατώτατων ορίων που προβλέπονται στο άρθρο 4.

2. Προμήθεια κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, [...] υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον [...] οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος.»

8. Το άρθρο 2 παράγραφος 1 σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 ορίζει ότι ως «δημόσιες συμβάσεις» νοούνται «οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών».

9. Το άρθρο 18 της οδηγίας αυτής καθορίζει τις «[α]ρχές εφαρμοζόμενες στις προμήθειες». Προβλέπει τα εξής:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

Ο σχεδιασμός των προμηθειών δεν γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του διαγωνισμού. Ο διαγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι προμήθειες έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

2. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν ότι, κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις ισχύουσες υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το ενωσιακό δίκαιο, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο παράρτημα Χ.»

10. Το άρθρο 69 της οδηγίας 2014/24 αφορά τις «[α]συνήθιστα χαμηλές προσφορές». Περιλαμβάνεται στον τίτλο ΙΙ, κεφάλαιο ΙΙΙ, τμήμα 3, της εν λόγω οδηγίας, το οποίο φέρει τον τίτλο «Επιλογή των συμμετεχόντων και ανάθεση των συμβάσεων». Το άρθρο αυτό ορίζει τα εξής:

«1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά.

2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να αφορούν ιδίως:

α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών·

β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή των υπηρεσιών ή για την εκτέλεση του έργου·

γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα·

δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 18 παράγραφος 2·

ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 71·

στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα.

3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2.

Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις του άρθρου 18 παράγραφος 2.

[…]»

III. Η διαφορά της κύριας δίκης, τα προδικαστικά ερωτήματα και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

11. Στις 7 Ιουνίου 2018 το Υπουργείο Εσωτερικών (η αναθέτουσα αρχή) κίνησε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών με αντικείμενο την πρόσβαση σε σύστημα νομικών πληροφοριών για διάστημα 24 μηνών. Η εν λόγω σύμβαση αποτελείται από δύο τμήματα. Το Υπουργείο Εσωτερικών εκτίμησε την αξία της σύμβασης αυτής σε 39 959,01 ευρώ.

12. Όσον αφορά το πρώτο τμήμα, με αντικείμενο την πρόσβαση σε σύστημα νομικών πληροφοριών, μόνον δύο επιχειρήσεις εγκατεστημένες στη Λιουμπλιάνα (Σλοβενία) που ειδικεύονται στον τομέα των νομικών πληροφοριών υπέβαλαν προσφορές εντός της ταχθείσας προθεσμίας: η Tax-Fin-Lex d.o.o. (η αιτούσα) και η LEXPERA d.o.o. (η παρεμβαίνουσα).

13. Η αιτούσα πρότεινε να παρέχει την υπηρεσία αυτήν έναντι ποσού μηδέν ευρώ.

14. Με απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2019 το Υπουργείο Εσωτερικών ανέθεσε τη δημόσια σύμβαση που αφορούσε το πρώτο τμήμα στην παρεμβαίνουσα και απέρριψε την προσφορά της αιτούσας με την αιτιολογία ότι η εν λόγω προσφορά αντέβαινε στους κανόνες για τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων.

15. Η αιτούσα κατέθεσε αίτηση επανεξέτασης της εν λόγω απόφασης. Στο πλαίσιο της διαδικασίας που προηγείται της επανεξέτασης, το Υπουργείο Εσωτερικών απέρριψε την εν λόγω αίτηση στις 5 Φεβρουαρίου 2019. Στις 11 Φεβρουαρίου 2019, το Υπουργείο Εσωτερικών έφερε την υπόθεση στην Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (εθνική επιτροπή επανεξέτασης διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, Σλοβενία), ήτοι στο αιτούν δικαστήριο στην υπό κρίση υπόθεση, προκειμένου να αποφανθεί επί της νομιμότητας της εν λόγω απόφασης.

16. Η αιτούσα υποστηρίζει ότι προσφορά όπως η επίμαχη είναι παραδεκτή. Ισχυρίζεται ότι, στο πλαίσιο της σύναψης δημόσιας σύμβασης, ο προσφέρων δικαιούται να καθορίσει ελεύθερα την τιμή της προσφοράς και, κατά συνέπεια, να παρέχει μια υπηρεσία άνευ ανταλλάγματος. Τούτο δεν σημαίνει, ωστόσο, ότι η αιτούσα δεν θα ελάμβανε αντιπαροχή για την εκτέλεση της επίμαχης δημόσιας σύμβασης. Συγκεκριμένα, θεωρεί ότι η σύναψη της σύμβασης θα της παρείχε πλεονέκτημα το οποίο θα συνίστατο στην πρόσβαση σε νέα αγορά και σε νέους χρήστες.

17. Το Υπουργείο Εσωτερικών υποστηρίζει, αντιθέτως, ότι η έννοια «δημόσια σύμβαση» κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 δεν μπορεί να καλύπτει σύμβαση με την οποία ο οικονομικός φορέας πρότεινε στην αναθέτουσα αρχή την παροχή της υπηρεσίας άνευ ανταλλάγματος. Θεωρεί ότι το πλεονέκτημα που ο οικονομικός φορέας αποκομίζει από την ανάθεση

της δημόσιας σύμβασης, δηλαδή η δυνητική πρόσβαση σε νέα αγορά και οι συστάσεις, δεν συνιστά αντιπαροχή για την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι ένα τέτοιο πλεονέκτημα αποτελεί πρόσθετη αξία για κάθε οικονομικό φορέα, η οποία όμως δεν είναι δυνατόν να αποτιμηθεί σε χρήμα και για την οποία επομένως δεν μπορεί ούτε να εκδοθεί τιμολόγιο προς την αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, το Υπουργείο Εσωτερικών θεωρεί ότι σύμβαση στο πλαίσιο της οποίας η υπηρεσία παρέχεται άνευ ανταλλάγματος δεν μπορεί να θεωρηθεί σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας.

18. Στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το Υπουργείο Εσωτερικών εξέτασε την εν λόγω προσφορά υπό το πρίσμα των διατάξεων περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Εντούτοις, απέρριψε την προσφορά αυτή όχι με την αιτιολογία ότι ήταν ασυνήθιστα χαμηλή ή αντίθετη προς τις αρχές που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, αλλά απλώς και μόνο για τον λόγο ότι η προσφορά αυτή ήταν ποσού μηδέν ευρώ.

19. Το αιτούν δικαστήριο διατυπώνει αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία της έννοιας «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» στο πλαίσιο του ορισμού των «δημοσίων συμβάσεων» στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24. Επισημαίνει, ευθύς εξαρχής, ότι ένα από τα βασικά στοιχεία της έννοιας των «δημοσίων συμβάσεων» κατά την εν λόγω διάταξη είναι ο επαχθής χαρακτήρας της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα. Διευκρινίζει, συναφώς, ότι η έννοια της «δημόσιας σύμβασης» είναι κρίσιμη όχι μόνον πριν από τη σύναψη της σύμβασης, δεδομένου ότι επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την τήρηση των κανόνων που ορίζονται στο πλαίσιο της οδηγίας 2014/24, αλλά και μετά τη σύναψή της, προκειμένου να εκτιμηθεί αν η σύμβαση πράγματι συνήφθη σύμφωνα με τους εν λόγω κανόνες.

20. Στη συνέχεια, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν και, εφόσον συντρέχει τέτοια περίπτωση, σε ποιο μέτρο η σύμβαση με την οποία ο οικονομικός φορέας αναλαμβάνει τη δέσμευση να παρέχει άνευ ανταλλάγματος στην αναθέτουσα αρχή την υπηρεσία που αφορά η προκήρυξη του διαγωνισμού, χωρίς άλλο πλεονέκτημα εκτός από την πρόσβαση σε νέα αγορά και τη λήψη συστάσεων, μπορεί να χαρακτηριστεί ως «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24. Το εν λόγω δικαστήριο δέχεται ότι η σύναψη δημόσιας σύμβασης και η χορήγηση συστάσεων μπορούν να συνιστούν, από μόνες τους, πλεονέκτημα για τον εν λόγω φορέα. Το πλεονέκτημα αυτό δεν μπορεί να ποσοτικοποιηθεί, από οικονομικής απόψεως, κατά τον χρόνο της ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης· εντούτοις μπορεί να συνιστά μελλοντικό οικονομικό πλεονέκτημα συνδεόμενο με την εκτέλεση της σύμβασης.

21. Ωστόσο, το αιτούν δικαστήριο αναγνωρίζει επίσης ότι, στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν αμείβει τον οικονομικό φορέα για την παροχή της υπηρεσίας, είναι δυνατόν η συναφθείσα σύμβαση να μην αποτελεί δημόσια σύμβαση, εφόσον πρόκειται για σύμβαση εκ χαριστικής αιτίας, έχουσα, για παράδειγμα, τη μορφή δωρεάς. Τέλος, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται, υπό τις συνθήκες αυτές, αν το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 μπορεί να αποτελέσει τη νομική βάση απόφασης για την απόρριψη της προσφοράς που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας.

22. Στο πλαίσιο αυτό, η Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (εθνική επιτροπή επανεξέτασης διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν της διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Υφίσταται “σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας”, ως στοιχείο δημόσιας σύμβασης κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24, στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να παράσχει καμία αντιπαροχή αλλά ο οικονομικός φορέας αποκτά, εκτελώντας τη σύμβαση, πρόσβαση σε νέα αγορά καθώς και συστάσεις;

2) Δύναται ή πρέπει να ερμηνευθεί το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 κατά τέτοιον τρόπο ώστε να συνιστά νομική βάση για την απόρριψη προσφοράς με τιμή μηδέν ευρώ;»

23. Η αιτούσα, το Υπουργείο Εσωτερικών, η Αυστριακή Κυβέρνηση καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις.

IV. Ανάλυση

24. Οι παρούσες προτάσεις είναι διαρθρωμένες ως ακολούθως. Θα αρχίσω με το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως (Α). Στη συνέχεια, θα εξετάσω το περιεχόμενο της έννοιας «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 και, ιδίως, τη συναφή έννοια της «αντιπαροχής» (Β). Τέλος, θα εξετάσω το ζήτημα αν προσφορά ποσού μηδέν ευρώ δύναται πάντοτε να χαρακτηρίζεται ως «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά» ώστε να εξετάζεται και, ενδεχομένως, να απορρίπτεται υπό το πρίσμα των διατάξεων του άρθρου 69 της εν λόγω οδηγίας (Γ).

Α. Επί του παραδεκτού

25. Φρονώ ότι το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως δεν παρουσιάζει καμία δυσκολία.

26. Όσον αφορά, πρώτον, την αρμοδιότητα της Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (εθνικής επιτροπής επανεξέτασης διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων) να υποβάλει αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, υπενθυμίζω ότι το Δικαστήριο έκρινε, στην απόφαση της 8ης Ιουνίου 2017, Medisanus[5], ότι το όργανο αυτό πληροί τα κριτήρια ώστε να θεωρηθεί «δικαστήριο κράτους μέλους» κατά την έννοια του άρθρου 267 ΣΛΕΕ[6].

27. Όσον αφορά, δεύτερον, το ποσό της επίμαχης στην κύρια δίκη δημόσιας σύμβασης, είναι αληθές ότι αυτό υπολείπεται του κατώτατου ορίου των 144 000 ευρώ κατά το άρθρο 4, στοιχείο β′, της οδηγίας 2014/24, το οποίο εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που συνάπτονται από κεντρικές δημόσιες αρχές.

28. Εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, κατά τη μεταφορά των διατάξεων της οδηγίας αυτής στο εθνικό δίκαιο, ο Σλοβένος νομοθέτης αποφάσισε ότι η έννοια «δημόσια σύμβαση» που προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 1, του Zakon o javnem naročanju (νόμου περί δημοσίων συμβάσεων)[7], της 30ής Μαΐου 2015, πρέπει να εφαρμόζεται κατά τρόπο άμεσο και ανεπιφύλακτο σε δημόσιες συμβάσεις των οποίων η αξία είναι χαμηλότερη από το κατώτατο όριο του άρθρου 4 της οδηγίας 2014/24, οι οποίες, κατ' αρχήν, αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής.

29. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία αποκαλείται νομολογία Dzodzi, η ερμηνεία των διατάξεων πράξης της Ένωσης σε καταστάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της δικαιολογείται προκειμένου να εξασφαλίζεται ομοιόμορφη αντιμετώπιση των καταστάσεων που εμπίπτουν στο εθνικό δίκαιο και εκείνων που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης, όταν οι διατάξεις αυτές κατέστησαν από το εθνικό δίκαιο ευθέως και ανεπιφυλάκτως εφαρμοστέες σε τέτοιες καταστάσεις[8].

5 C-296/15 (EU:C:2017:431).

6 Βλ. σκέψη 38 της εν λόγω απόφασης.

7 Uradni list RS, αριθ. 91/15.

8 Βλ. αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 1990, Dzodzi (C-297/88 και C-197/89, EU:C:1990:360, στο εξής: απόφαση Dzodzi, σκέψεις 36 έως 42), και, πιο πρόσφατα, της 14ης Φεβρουαρίου 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, μη δημοσιευθείσα, EU:C:2019:116, σκέψη 22 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία), και της 24ης Οκτωβρίου 2019, Belgische Staat (C-469/18 και C-470/18, EU:C:2019:895, σκέψεις 22 και 23 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

30. Εν προκειμένω, τα στοιχεία που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο, τα οποία δεν αμφισβητούνται από κανέναν από τους μετέχοντες στη διαδικασία που κατέθεσαν παρατηρήσεις, επιβεβαιώνουν ότι ο εθνικός νομοθέτης αποφάσισε να επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων στις δημόσιες συμβάσεις μικρής αξίας προκειμένου να διασφαλίσει ακριβώς ότι οι καταστάσεις που εμπίπτουν στο εθνικό δίκαιο και εκείνες που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης υπόκεινται στους ίδιους κανόνες. Επίσης, η λογική στην οποία στηρίζεται η απόφαση Dzodzi είναι πλήρως εφαρμοστέα στην υπό κρίση υπόθεση.

31. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο δύναται να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που του υποβλήθηκαν.

Β. Σύμβαση «εξ επαχθούς αιτίας»;

32. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, από το Δικαστήριο να διευκρινίσει το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24. Το Δικαστήριο καλείται να κρίνει αν και, ενδεχομένως, σε ποιο μέτρο πράξη με την οποία ο προσφέρων αναλαμβάνει τη δέσμευση να παρέχει την υπηρεσία έναντι ποσού μηδέν ευρώ μπορεί να οδηγήσει στη σύναψη σύμβασης «εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της εν λόγω οδηγίας και, ως εκ τούτου, να χαρακτηριστεί ως «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών». Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, «μόνον οι εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες συμβάσεις μπορούν να αποτελούν δημόσιες συμβάσεις υπαγόμενες στην οδηγία 2004/18» [9].

33. Για να δοθεί απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, πρέπει να καθοριστεί, βάσει γραμματικής, συστηματικής και τελολογικής ερμηνείας, αν η έννοια «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» περιλαμβάνει πράξη με την οποία ο προσφέρων υποβάλλει προσφορά ποσού μηδέν ευρώ. Πρέπει επίσης να εξεταστεί αν η νομολογία του Δικαστηρίου δύναται, συναφώς, να διαφωτίσει τη συζήτηση διευκρινίζοντας τα ουσιώδη χαρακτηριστικά μιας τέτοιας σύμβασης.

1. Η «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια των διατάξεων της οδηγίας 2014/24

34. Το γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 δεν αρκεί για να δοθεί σαφής ερμηνεία της έννοιας «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας». Πλέον, το γράμμα της διάταξης αυτής αναδεικνύει την πληθώρα των πιθανών αναγνώσεων και νοημάτων του όρου «εξ επαχθούς αιτίας».

35. Αφενός, ορισμένες γλωσσικές αποδόσεις παραπέμπουν στην προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία [10]. Η συλλογιστική στην οποία βασίζονται είναι απλά ότι κάτι πρέπει να δοθεί ως αντάλλαγμα. Αφετέρου, άλλες γλωσσικές αποδόσεις εμφανίζονται πιο στενές: αυτό το κάτι που πρέπει να δοθεί ως αντάλλαγμα από την αναθέτουσα αρχή φαίνεται να έχει ειδικά χρηματικό χαρακτήρα [11]. Άλλες γλωσσικές αποδόσεις φαίνεται να καταλαμβάνουν ενδιάμεση θέση [12].

9 Βλ. αποφάσεις της 25ης Μαρτίου 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, σκέψη 47), και της 21ης Δεκεμβρίου 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, σκέψη 43). Υπενθυμίζω ότι η οδηγία 2014/24 κατήργησε την οδηγία 2004/18.

10 Ιδίως οι αποδόσεις στην ισπανική γλώσσα («oneroso»), στη γαλλική («à titre onéreux»), στην ιταλική («a titolo oneroso»), στην πορτογαλική («a título oneroso») και στη ρουμανική («cu titlu oneros»).

11 Ιδίως, οι αποδόσεις στην αγγλική γλώσσα («for pecuniary interest») και στην κροατική («financijski interes»).

12 Όπως οι αποδόσεις στην τσεχική και στη σλοβακική γλώσσα (στις οποίες η έννοια «úplatné smlouvy» ή οι όροι «odplatné zmluvy» σημαίνουν κυρίως πληρωμή ως αντάλλαγμα, αλλά μπορούν επίσης να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι περιλαμβάνουν και μη χρηματικά ανταλλάγματα) ή ακόμη η απόδοση στη σουηδική γλώσσα η οποία χρησιμοποιεί την έκφραση «kontrakt med ekonomiska villkor», παραπέμποντας στην οικονομική αξία της συμβάσεως.

36. Εντούτοις, θα πρέπει ίσως να μην δοθεί υπερβολική σημασία, εν προκειμένω, στο γράμμα της οδηγίας 2014/24, στο μέτρο που ορισμένες γλωσσικές αποδόσεις της εν λόγω οδηγίας χρησιμοποιούν ακόμη και διαφορετικούς όρους για να αποδώσουν την έννοια «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας», αναλόγως του αν αυτή περιλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 4 και 70 ή στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της εν λόγω οδηγίας.

37. Δυστυχώς, ούτε τα *ενδοσυστημικά επιχειρήματα* (υπό το πρίσμα της οδηγίας 2014/24) δίνουν μεγάλη βοήθεια. Στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής, ο νομοθέτης της Ένωσης διευκρίνισε ότι «προμήθεια είναι η *απόκτηση*, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, […] υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον […] οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος» [13].

38. Η εν λόγω διάταξη πρέπει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα της αιτιολογικής σκέψης 4 της οδηγίας 2014/24, στην οποία ο νομοθέτης της Ένωσης αναφέρει ότι «[ο]ι κανόνες της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες δεν αποσκοπούν να καλύψουν όλες τις μορφές εκταμίευσης δημόσιου χρήματος, αλλά μόνον όσες στοχεύουν στην *απόκτηση* […] υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης» [14]. Ο νομοθέτης αυτός προσέθεσε, εξάλλου, ότι «η απόκτηση […] υπηρεσιών θα πρέπει να υπόκειται στην οδηγία [αυτή], είτε γίνεται μέσω αγοράς ή μίσθωσης είτε μέσω άλλων συμβατικών μορφών». Είναι σημαντικό να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι η έννοια «απόκτηση» πρέπει, κατά τον νομοθέτη της Ένωσης, «να γίνεται αντιληπτή υπό ευρείαν έννοια, ως απόκτηση των ωφελειών των σχετικών […] υπηρεσιών».

39. Μολονότι ο κύριος *σκοπός* του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων είναι η ρύθμιση της απόκτησης αγαθών ή υπηρεσιών από τις δημόσιες αρχές, η οικονομία και ο σκοπός της οδηγίας 2014/24 δεν καθιστούν, στην πραγματικότητα, δυνατό τον προσδιορισμό των χαρακτηριστικών της προϋπόθεσης να υπάρχει επαχθής αιτία όπως αναφέρει το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας αυτής. Η έννοια «απόκτηση» είναι αρκούντως ευρεία ώστε να είναι αδιάφορος ο τρόπος απόκτησης, καθόσον το ουσιώδες είναι τα αγαθά ή οι υπηρεσίες να αποκτηθούν τελικά από τις αναθέτουσες αρχές. Πάντως, τα αγαθά και οι υπηρεσίες μπορούν να αποκτηθούν νομίμως με διάφορους τρόπους.

40. Επομένως, μια απλώς και μόνον γραμματική και συστηματική ερμηνεία δεν αρκεί για να γίνει αντιληπτό το νόημα της έννοιας «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» και ιδίως της βασικής έννοιας «αντιπαροχή» που κρύβεται πίσω από την ίδια την έννοια της σύμβασης: ποια είναι συγκεκριμένα η φύση της αντιπαροχής που πρέπει να παράσχει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να μπορεί να θεωρηθεί έγκυρη η δημόσια σύμβαση;

2. Η νομολογιακή ερμηνεία της έννοιας «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας»

41. Το Δικαστήριο κρίνει ότι, σύμφωνα με τη συνήθη νομική έννοια του όρου «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» που χρησιμοποιείται για τον ορισμό των δημοσίων συμβάσεων, ο όρος αυτός δηλώνει μια σύμβαση με την οποία κάθε ένα εκ των μερών αναλαμβάνει τη δέσμευση να προβεί σε μια παροχή έναντι μιας άλλης παροχής [15]. Η ύπαρξη «ανταλλάγματος» ή «αντιπαροχής» σε βάρος της αναθέτουσας αρχής και συνεπώς η ύπαρξη αμφοτεροβαρούς σχέσεως αποτελούν για το Δικαστήριο καθοριστικά στοιχεία προκειμένου να εκτιμήσει την ύπαρξη συμβάσεως εξ επαχθούς αιτίας [16].

13 Η υπογράμμιση δική μου.

14 Η υπογράμμιση δική μου.

15 Βλ., ιδίως, αποφάσεις της 18ης Ιανουαρίου 2007, Auroux κ.λπ. (C-220/05, EU:C:2007:31, σκέψη 45), και της 18ης Οκτωβρίου 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, σκέψη 28).

16 Πρβλ. απόφαση της 21ης Δεκεμβρίου 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, σκέψη 43 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία), σχετικά με την ερμηνεία της έννοιας «δημόσια σύμβαση» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/18.

42. Η νομολογία αυτή εντάσσεται στο πλαίσιο της προσέγγισης την οποία ακολουθεί το Δικαστήριο σε άλλους τομείς του δικαίου, ιδίως όσον αφορά τις πράξεις που υπόκεινται στον φόρο προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ). Συναφώς, στην απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 2017, SAWP[17], το Δικαστήριο υπενθύμισε ότι παροχή υπηρεσιών πραγματοποιείται εξ επαχθούς αιτίας, κατά την έννοια της οδηγίας 2006/112/ΕΚ[18], μόνον αν μεταξύ του παρόχου και του αποδέκτη υφίσταται έννομη σχέση στο πλαίσιο της οποίας ανταλλάσσονται αμοιβαίες παροχές, η δε αμοιβή που λαμβάνει ο πάροχος συνιστά την πραγματική αντιπαροχή για την υπηρεσία που παρέχεται στον αποδέκτη[19]. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι «τούτο ισχύει σε περίπτωση που υφίσταται άμεσος σύνδεσμος μεταξύ της παρεχόμενης υπηρεσίας και του εισπραττόμενου αντιτίμου, οπότε το ποσό που καταβάλλεται συνιστά την πραγματική αντιπαροχή μιας δυνάμενης να διαχωρισθεί υπηρεσίας παρεχόμενης στο πλαίσιο μιας τέτοιας έννομης σχέσεως»[20].

43. Εντούτοις, πρέπει να αναγνωριστεί ότι συνυπάρχουν δύο νομολογιακές τάσεις όσον αφορά τη φύση της αντιπαροχής που απαιτείται για να τηρηθεί η προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία. Οι δύο αυτές τάσεις αντικατοπτρίζουν, σε ορισμένο βαθμό, τις αποκλίσεις στο γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24[21].

44. Η πρώτη νομολογιακή τάση προκρίνει στενή ερμηνεία του κριτηρίου της επαχθούς αιτίας της σύμβασης, απαιτώντας την καταβολή αμοιβής ή χρηματικού τιμήματος από την αναθέτουσα αρχή.

45. Συναφώς, στην απόφαση της 13ης Ιουλίου 2017, Malpensa Logistica Europa[22], το Δικαστήριο δεν δέχθηκε τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως «σύμβασης υπηρεσιών» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, στοιχείο α′, της οδηγίας 2004/17 και την εφαρμογή των σχετικών κανόνων σε σύμβαση με την οποία ο φορέας διαχείρισης του αεροδρομίου Milano Malpensa (Ιταλία) δεν έλαβε την υπηρεσία του παρόχου έναντι αμοιβής[23]. Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο αναφέρθηκε ρητώς στην προσέγγιση της Επιτροπής, κατά την οποία ο επαχθής χαρακτήρας της συμβατικής σχέσης η οποία δημιουργείται με τη δημόσια σύμβαση υπηρεσιών συνεπάγεται σαφώς ότι η σύμβαση πρέπει να περιλαμβάνει αμοιβή η οποία καταβάλλεται απευθείας από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να «αποκτήσει» μια υπηρεσία απευθείας από τον πάροχο.

46. Η δεύτερη νομολογιακή προσέγγιση τείνει, αντιθέτως, προς μια ευρύτερη ερμηνεία της προϋπόθεσης να υπάρχει επαχθής αιτία κατά την έννοια του «ανταλλάγματος»[24] ή της «αντιπαροχής»[25]. Πρόκειται για την κρατούσα τάση, την οποία συμμερίζεται η Επιτροπή στο πράσινο βιβλίο σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, της 30ής Απριλίου 2004[26].

17 C-37/16 (EU:C:2017:22).

18 Οδηγία του Συμβουλίου, της 28ης Νοεμβρίου 2006, σχετικά με το κοινό σύστημα φόρου προστιθέμενης αξίας (ΕΕ 2006, L 347, σ. 1).

19 Βλ. απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, σκέψη 25 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

20 Απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, σκέψη 26 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

21 Βλ. σημείο 35 των παρουσών προτάσεων.

22 C-701/15 (EU:C:2017:545). Η απόφαση αυτή αφορά την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 1, στοιχείο α′, της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1). Δυνάμει του άρθρου αυτού, ως «συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών» νοούνται «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς».

23 Βλ. σκέψη 29 της εν λόγω αποφάσεως.

24 Βλ., συναφώς, αποφάσεις της 25ης Μαρτίου 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, σκέψεις 47 έως 52), και της 21ης Δεκεμβρίου 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, σκέψη 43).

25 Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, Ordine degli Architetti κ.λπ (C-399/98, EU:C:2001:401, σκέψεις 77 έως 86).

26 COM(2004) 327 τελικό. Στο σημείο 10 του εν λόγω πράσινου βιβλίου, η Επιτροπή επισημαίνει ότι «η επαχθής αιτία της εν λόγω σύμβασης δεν σημαίνει υποχρεωτικά την άμεση καταβολή ενός τιμήματος από τον εταίρο του δημοσίου τομέα, αλλά είναι δυνατόν να απορρέει από οποιαδήποτε άλλη μορφή οικονομικής αντιπαροχής έχει λάβει ο εταίρος του ιδιωτικού τομέα».

47. Κατά τη νομολογιακή αυτή τάση, η έννοια της «επαχθούς αιτίας» δεν συνεπάγεται οπωσδήποτε την καταβολή χρηματικού ποσού από την αναθέτουσα αρχή. Το Δικαστήριο θεωρεί, συνεπώς, ότι μπορούν να συναφθούν εξ επαχθούς αιτίας και να χαρακτηριστούν ως «δημόσιες συμβάσεις» οι συμβάσεις στις οποίες η παροχή αντισταθμίζεται με άλλες μορφές αντιπαροχής, όπως η απόδοση των εξόδων που πραγματοποιήθηκαν για την παροχή της συμφωνηθείσας υπηρεσίας ή ακόμη η απαλλαγή από επιβαρύνσεις. Το ίδιο συμβαίνει ακόμη και όταν οι παρασχεθείσες αντιπαροχές δεν καθιστούν δυνατό να αντισταθμιστούν τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε ο προσφέρων [27].

48. Δύο αποφάσεις είναι, συναφώς, ιδιαιτέρως ενδεικτικές.

49. Στην απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, Ordine degli Architetti κ.λπ. [28], το Δικαστήριο έκρινε ότι η εκτίμηση των στοιχείων που συνθέτουν τον ορισμό της έννοιας «συμβάσεις δημοσίων έργων» κατά την οδηγία 93/37/ΕΟΚ [29] πρέπει να γίνεται κατά τέτοιον τρόπο ώστε να διασφαλίζεται η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας αυτής και ιδίως να προωθείται ο πραγματικός ανταγωνισμός με τη δημοσιότητα των προκηρύξεων δημόσιων συμβάσεων [30]. Επομένως, δέχθηκε τον επαχθή χαρακτήρα της σύμβασης και τον χαρακτηρισμό της ως «σύμβασης δημοσίων έργων» σε μια κατάσταση όπου ο οικονομικός φορέας, κάτοχος οικοδομικής άδειας, πραγματοποιεί το έργο *απαλλασσόμενος από το τέλος δαπανών υποδομής* που του επιβάλλει η εθνική νομοθεσία. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο έκρινε ότι το στοιχείο που ανάγεται στον επαχθή χαρακτήρα της σύμβασης πρέπει να θεωρηθεί ότι πληρούται στο μέτρο που, κατά την εκτέλεση των επίμαχων έργων, ο οικονομικός φορέας απαλλασσόταν από χρέος ίσης αξίας, το οποίο ανέκυπτε υπέρ του Δήμου [31].

50. Στην απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2018, IBA Molecular Italy [32], το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι «σύμβαση η οποία προβλέπει ανταλλαγή παροχών εμπίπτει στην έννοια της δημόσιας συμβάσεως ακόμη και όταν η προβλεπόμενη αμοιβή περιορίζεται στη *μερική απόδοση των δαπανών που πραγματοποιήθηκαν για την παροχή της συμφωνηθείσας υπηρεσίας*» [33]. Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο υπογράμμισε ότι σύμβαση με την οποία οικονομικός φορέας αναλαμβάνει τη δέσμευση να παρασκευάσει και να προμηθεύσει ένα προϊόν σε διάφορες αρχές έναντι χρηματοδότησης η οποία προορίζεται εξ ολοκλήρου για την υλοποίηση του σκοπού αυτού, εμπίπτει στην κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α′, της οδηγίας 2004/18 έννοια της «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας», και αυτό «*έστω και αν το κόστος παρασκευής και διανομής του εν λόγω προϊόντος δεν αντισταθμίζεται πλήρως* από την ως άνω επιδότηση ή από τις μεταφορικές δαπάνες που μπορούν να χρεωθούν στις εν λόγω αρχές» [34].

51. Πρέπει να σημειωθεί ότι ακριβώς την ίδια προσέγγιση ακολούθησε ο γενικός εισαγγελέας M. Campos Sánchez-Bordona στις προτάσεις του στην υπόθεση Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. Πράγματι, η υπόθεση αυτή θέτει, μεταξύ άλλων, το ζήτημα αν η γραπτώς συμφωνηθείσα μεταξύ δύο αναθετουσών αρχών διάθεση λογισμικού έχει επαχθή χαρακτήρα κατά την

27 Βλ. εκτιμήσεις του Δικαστηρίου στην απόφαση της 25ης Μαρτίου 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), κατά τις οποίες σύμβαση πωλήσεως οικοπέδου μπορεί να συνιστά σύμβαση δημοσίων έργων, μολονότι, πέραν της παραχωρήσεως του εν λόγω οικοπέδου, η αναθέτουσα αρχή δεν παρέχει καμία αντιπαροχή στον αντισυμβαλλόμενο.

28 C-399/98 (EU:C:2001:401).

29 Οδηγία του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ 1993, L 199, σ. 54).

30 Σκέψη 52 της αποφάσεως αυτής.

31 Πρέπει να σημειωθεί ότι το Δικαστήριο δεν ακολούθησε την προσέγγιση που ο γενικός εισαγγελέας Ph. Léger είχε υποστηρίξει με τις προτάσεις του στην υπόθεση Ordine degli Architetti κ.λπ (C-399/98, EU:C:2000:671), όπου αυτός είχε εκτιμήσει ότι δεν πληρούται το κριτήριο να υπάρχει επαχθής αιτία.

32 C-606/17 (EU:C:2018:843).

33 Σκέψη 29 της εν λόγω απόφασης και εκεί μνημονευόμενη νομολογία. Η υπογράμμιση δική μου. Βλ., επίσης, αποφάσεις της 19ης Δεκεμβρίου 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ. (C-159/11, EU:C:2012:817, σκέψη 29), της 13ης Ιουνίου 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, σκέψη 31), και της 11ης Δεκεμβρίου 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» κ.λπ. (C-113/13, EU:C:2014:2440, σκέψη 37).

34 Σκέψη 31 της εν λόγω αποφάσεως. Η υπογράμμιση δική μου.

35 C-796/18 (EU:C:2020:47).

έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24, όταν ο φορέας που λαμβάνει το λογισμικό δεν οφείλει να καταβάλει τίμημα ούτε να αντισταθμίσει το κόστος του λογισμικού, αλλά υποχρεούται, κατ' αρχήν, να θέτει άνευ ανταλλάγματος στη διάθεση του άλλου τις διαδοχικές εξελίξεις και προσαρμογές του λογισμικού αυτού.

52. Στις προτάσεις του, ο γενικός εισαγγελέας εκτίμησε ότι πληρούται η προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία. Αφενός, επισήμανε ότι η αντιπαροχή, ήτοι οι μελλοντικές προσαρμογές και αναπτύξεις του λογισμικού, έχει οικονομική αξία. Αφετέρου, θεώρησε ότι η αντιπαροχή αυτή συνιστά απαιτητή υποχρέωση, καθόσον είναι απαραίτητη για την παροχή της δημόσιας υπηρεσίας που βαρύνει τους εν λόγω φορείς[36].

3. Η ευρεία έννοια της «αντιπαροχής» και τα όριά της

53. Αυτό που αντιλαμβάνομαι ως την κυρίαρχη τάση της νομολογίας (τάση με την οποία συντάσσομαι πλήρως) μπορεί να συνοψισθεί με τον ακόλουθο τρόπο.

54. Πρώτον, η φύση της αντιπαροχής, η οποία είναι σύμφυτη με την προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία, την οποία παρέχει η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να έχει μορφές άλλες από την τιμή που καταβάλλεται σε χρήμα. Επομένως, δεν υφίσταται απαραιτήτως ανάγκη καταβολής χρηματικού ποσού. Άλλα είδη πληρωμών, συμπεριλαμβανομένων των μη χρηματικών, είναι δυνατά.

55. Δεύτερον, η αντιπαροχή πρέπει να έχει ορισμένη οικονομική αξία, χωρίς ωστόσο να χρειάζεται να αντιστοιχεί ακριβώς στην αξία των παρεχόμενων αγαθών ή υπηρεσιών. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή και ο προσφέρων μπορούν να συμφωνήσουν ως προς τη δυνατότητα πραγματοποίησης της πληρωμής με διάφορες μορφές, υπό την προϋπόθεση ότι οι μορφές αυτές έχουν σαφή οικονομική αξία.

56. Τρίτον, η φύση και το περιεχόμενο της αντιπαροχής που πρέπει να καταβάλει η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προκύπτουν από τη σύμβαση ως άμεση και εκτελεστή νομική υποχρέωση απορρέουσα από τη σύμβαση αυτή. Σε αυτό ακριβώς το πλαίσιο αντιλαμβάνομαι την αναφορά του Δικαστηρίου καθώς και του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην *αμφοτεροβαρή φύση* της δημόσιας σύμβασης, η οποία συνίσταται στη *δημιουργία νομικώς δεσμευτικών υποχρεώσεων* για τα δύο μέρη της σύμβασης[37].

57. Επίσης, προκειμένου να καθοριστεί αν η σύμβαση περιλαμβάνει αντιπαροχή (και, ακολούθως, αν πληρούται η προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία όπως προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24), είμαι της γνώμης ότι το κεντρικό σημείο της ανάλυσης δεν είναι το ακριβές χρηματικό ποσό που αναγράφεται στη σύμβαση. Πρόκειται μάλλον για το ζήτημα αν, βάσει της σύμβασης αυτής, τα δύο συμβαλλόμενα μέρη αποκτούν αμοιβαίες νομικές υποχρεώσεις, τις οποίες μπορούν να εκπληρώσουν το ένα έναντι του άλλου και στο πλαίσιο των οποίων η αναθέτουσα αρχή παρέχει τουλάχιστον μια σαφή και συγκεκριμένη αντιπαροχή οικονομικής φύσεως.

58. Μια τέτοια προσέγγιση μετατοπίζει, σκοπίμως, τους όρους της συζήτησης σχετικά με τη συγκεκριμένη φύση της απαιτούμενης «αντιπαροχής» στο ευρύτερο ζήτημα του ορισμού του ακριβούς περιεχομένου των αμοιβαίων υποχρεώσεων που βαρύνουν κάθε συμβαλλόμενο μέρος. Ενώ είναι δυνατόν η έννοια της «αντιπαροχής» να ποικίλλει από χώρα σε χώρα στην Ευρώπη[38], φαίνεται να υπάρχει σε αυτές ευρεία συναίνεση ως προς το ότι η σύναψη της σύμβασης απαιτεί να υπάρχει

36 Βλ., συναφώς, τις αναπτύξεις στα σημεία 52 έως 63 των προτάσεων αυτών.

37 Βλ. απόφαση της 21ης Δεκεμβρίου 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, σκέψη 43), η οποία ακολούθησε τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην υπόθεση Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, σημείο 36). Βλ. υποσημείωση 16 των παρουσών προτάσεων.

38 Με αποτέλεσμα τα νομικά καθεστώτα των συμβάσεων να έχουν σημαντική ποικιλία, βλ., ιδίως, Kötz, H., «Comparative Contract Law» σε Reimann, M., και Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2η έκδ., Oxford University Press, Οξφόρδη, 2019, σ. 902 έως 932, ειδικότερα σ. 910 έως 912, ή Chloros, A., G., «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, Λονδίνο, 1968, τόμος 17, αριθ. 1, σ. 137 έως 166.

αρκούντως ακριβής συμφωνία των μερών ως προς τους όρους της σύμβασης, πράγμα που προϋποθέτει ότι είναι σαφή τα αμοιβαία δικαιώματα και οι αμοιβαίες υποχρεώσεις των μερών προκειμένου να καταστεί δυνατή η εκτέλεση της σύμβασης[39]. Από μια σκοπιά, η συζήτηση αυτή οδηγεί στο ρωμαϊκό δίκαιο καταγωγής και στη βασική διάκριση, που είναι πάντοτε σε ισχύ στα νομικά συστήματα αστικού δικαίου, μεταξύ αμφοτεροβαρών εννόμων σχέσεων (για παράδειγμα, των συμβάσεων) και ετεροβαρών εννόμων σχέσεων (για παράδειγμα, των δωρεών και άλλων παροχών εκ χαριστικής αιτίας).

59. Επομένως, σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας είναι, πρωτίστως, αμφοτεροβαρής σύμβαση η οποία προϋποθέτει ότι οι συμβαλλόμενοι αναλαμβάνουν ο ένας έναντι του άλλου τη δέσμευση να παράσχουν συγκεκριμένες και αμοιβαίες παροχές. Η φύση των παροχών αυτών πρέπει να καθορίζεται ήδη από τότε που καταρτίστηκε η σύμβαση. Οι εν λόγω παροχές πρέπει να είναι εκτελεστές βάσει της σύμβασης αυτής. Αντιθέτως, η απαιτητή αντιπαροχή είναι πιο ευέλικτη. Δεν πρέπει οπωσδήποτε να αποτελεί αντιστάθμιση χρηματικού χαρακτήρα. Αυτό που έχει σημασία είναι η αντιπαροχή αυτή να είναι σαφής, συγκεκριμένη και εκτελεστή βάσει της συναφθείσας σύμβασης.

4. Εφαρμογή στην υπό κρίση υπόθεση

60. Σε αντίθεση με τις υποθέσεις που ανήκουν στην προμνησθείσα με τις παρούσες προτάσεις νομολογία, πρέπει να σημειωθεί, προκαταρκτικά, ότι, εν προκειμένω, δεν υφίσταται σύμβαση συναφθείσα μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του προσφέροντος, δεδομένου ότι η υπόθεση ήχθη ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου στο στάδιο κατά το οποίο είχε απορριφθεί η προσφορά του. Επομένως, σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας, δεν υπάρχει συμβατικός όρος που να δείχνει ενδεχομένως την ύπαρξη αντιπαροχής σε βάρος της αναθέτουσας αρχής, υπό οποιαδήποτε μορφή.

61. Επομένως, το ερώτημα στο οποίο πρέπει να απαντήσει το Δικαστήριο είναι αν, σε περίπτωση κατά την οποία η προσφορά του προσφέροντος συνεπάγεται την έλλειψη οποιασδήποτε άμεσης αμοιβής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής για την παροχή της υπηρεσίας, το πλεονέκτημα που ο προσφέρων μπορεί να προσδοκά από την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης μπορεί να θεωρηθεί «αντιπαροχή» ικανή να καταστήσει δυνατή τη σύναψη σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24.

62. Λαμβανομένων υπόψη των πραγματικών περιστάσεων της υπό κρίση υπόθεσης, όπως αυτές εκτέθηκαν από το αιτούν δικαστήριο, δεν αντιλαμβάνομαι σε τι θα μπορούσε να συνίσταται μια τέτοια αντιπαροχή, ακόμη και αν υιοθετηθεί η πολύ ευρεία ερμηνεία της εν λόγω έννοιας, όπως αυτή έγινε δεκτή στο προηγούμενο τμήμα των παρουσών προτάσεων. Τρία δυνητικά πλεονεκτήματα θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη στο πλαίσιο της παρούσας υπόθεσης: κατ' αρχάς, η απόκτηση σχετικής πείρας· εν συνεχεία, η λήψη συστάσεων για μελλοντικές συμβάσεις· τέλος, η απόκτηση φήμης για μελλοντικούς διαγωνισμούς που μπορεί να προκηρυχθούν από την ίδια αναθέτουσα αρχή για άλλα τμήματα της σχετικής σύμβασης.

63. Πρώτον, η απόκτηση σχετικής πείρας είναι ασφαλώς σημαντική για τους νεοεισερχόμενους ή τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις που επιθυμούν να αναπτυχθούν. Ωστόσο, σαφώς δεν πρόκειται για αντιπαροχή την οποία η αναθέτουσα αρχή παρέχει ως αντάλλαγμα. Πρόκειται για ένα απλό νομικό γεγονός που απορρέει από την ανάθεση της σύμβασης.

39 Βλ., ιδίως, άρθρα 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) και 2:103 (Sufficient Agreement) σε «Principles of European Contract Law» (Αρχές του ευρωπαϊκού δικαίου των συμβάσεων) (βλ. Lando, O., και Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Χάγη, 2000)· ή άρθρα II.–I:101(I) (ορισμός της σύμβασης) και III.–I:102(4) (όσον αφορά τον αμοιβαίο χαρακτήρα των υποχρεώσεων) του *Draft Common Frame of Reference* (σχεδίου κοινού πλαισίου αναφοράς) (βλ. von Bar, C., κ.λπ., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, Μόναχο, 2009). Πρβλ., επίσης, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, συλλογή «Droit comparé et européen», Παρίσι, 2008, τόμος 6, σ. 25, που πραγματοποιήθηκε από την Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française και τη Société de législation comparée.

64. Δεύτερον, είναι αναμφισβήτητο επίσης ότι η λήψη συστάσεων μπορεί να συνιστά πλεονέκτημα. Οι συστάσεις αυτές μπορούν να διαδραματίσουν στρατηγικό ρόλο για τη μελλοντική σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η χορήγηση συστάσεων δεν αρκεί για να αποδειχθεί ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας της επιδιωκόμενης σύμβασης. Πράγματι, δεν συνιστά υποχρέωση σε βάρος της αναθέτουσας αρχής, οπότε δεν αποτελεί αντιπαροχή απαιτητή έναντι της αρχής αυτής. Το εν λόγω πλεονέκτημα αποτελεί αίρεση η πλήρωση της οποίας είναι τυχαία και αβέβαιη, δεδομένου ότι οι συστάσεις που η επιχείρηση θα μπορέσει στο μέλλον να επικαλεστεί εξαρτώνται στην πραγματικότητα από πραγματικά περιστατικά που συνδέονται με την ορθή εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης. Επομένως, δεν υπάρχει καμία εγγύηση ως προς τις συστάσεις τις οποίες θα μπορεί να επικαλεστεί ο προσφέρων. Πρόκειται απλώς και μόνο για εικασία σχετικά με τη σύμβαση.

65. Τρίτον, η απόφαση περί παραπομπής αναφέρει ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, η δημόσια σύμβαση αποτελούνταν από δύο τμήματα [40]. Η επίμαχη εν προκειμένω πρόσκληση προς υποβολή προσφορών αφορούσε μόνον το πρώτο τμήμα. Δεν παρασχέθηκε καμία πρόσθετη πληροφορία όσον αφορά την ενδεχόμενη σχέση μεταξύ του πρώτου και του δεύτερου τμήματος. Ωστόσο, είναι αδιανόητο μια τέτοια κατάσταση να διαδραματίσει ρόλο κατά τον καθορισμό της αντιπαροχής υπό την έννοια της νομικής υποχρέωσης που η αναθέτουσα αρχή έχει έναντι του προσφέροντος αναφορικά με τα δύο τμήματα. Ασφαλώς, δεν είναι επιθυμητό ούτε να γίνει δεκτή ούτε να προαχθεί μια πολιτική, ρητή ή σιωπηρή, με την οποία μια επιχείρηση υποβάλλει προσφορά σαφώς κατώτερη από το κόστος, συμπεριλαμβανομένου του ποσού μηδέν ευρώ, για ένα τμήμα ελπίζοντας να αντισταθμίσει αργότερα το κόστος αυτό κατά την ανάθεση του δεύτερου τμήματος της δημόσιας σύμβασης.

66. Για να συνοψίσω, κανένα από τα τρία σενάρια που αντιστοιχούν στα δυνητικά «πλεονεκτήματα» που μπορούν να προβληθούν ως αντιπαροχή που λαμβάνει ο προσφέρων, ο οποίος προτείνει την παροχή ορισμένων υπηρεσιών άνευ ανταλλάγματος, δεν εμπίπτει στην έννοια της «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας» κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24. Σε καμία από τις περιπτώσεις αυτές δεν υφίσταται αντιπαροχή της οποίας η εκτέλεση θα μπορούσε να απαιτηθεί νομίμως σε βάρος της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της σύμβασης. Ο κοινός παρονομαστής των εν λόγω πλεονεκτημάτων συνοψίζεται στο ότι όλα αποτελούν στοίχημα για το μέλλον.

67. Εν κατακλείδι, θα μπορούσε να προστεθεί ότι το τελευταίο αυτό πραγματικό στοιχείο καθιστά δυνατή τη σαφή διάκριση της υπό κρίση υπόθεσης από την ακόμη πιο ευέλικτη προσέγγιση, σχετικά με την αντιπαροχή και την ύπαρξη επαχθούς αιτίας, την οποία υιοθέτησε, για παράδειγμα, ο γενικός εισαγγελέας M. Campos Sánchez-Bordona στις προτάσεις του στην υπόθεση Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [41]. Συγκεκριμένα, ιδίως σε έναν μάλλον δυναμικό τομέα, όπως είναι ο τομέας της ανάπτυξης λογισμικών, είναι δυνατόν να νοηθεί ορισμένος αριθμός αρκετά ασυνήθιστων αντιπαροχών. Συναφώς, το πρώτο λογισμικό θα μπορούσε να παρασχεθεί χωρίς αντάλλαγμα, σε αντίθεση με τις μελλοντικές αναβαθμίσεις του· η αναθέτουσα αρχή μπορεί να πληρώσει σε είδος μεταβιβάζοντας σε αντάλλαγμα τα δικά της δεδομένα, προκειμένου ο προγραμματιστής να μπορέσει να τα χρησιμοποιήσει σε μεταγενέστερες εφαρμογές· η αναθέτουσα αρχή μπορεί να υποσχεθεί ότι θα παρέχει εκ νέου πληροφορίες σε τακτά χρονικά διαστήματα, δίνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο σε εκείνον που αναπτύσσει τέτοια προγράμματα τη δυνατότητα να τελειοποιήσει το προϊόν του και να αυξήσει την εμπορία του κ.λπ. Το σύνολο των καταστάσεων αυτών θα μπορεί να οδηγήσει στη σύναψη συμβάσεων εξ επαχθούς αιτίας, όταν οι υποχρεώσεις αυτές προκύπτουν καθαρά από τη συναφθείσα σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή και ορίζουν μια νομικώς εκτελεστή αντιπαροχή, ακόμη και αν δεν είναι πάντοτε εύκολο να καθορισθεί μια τιμή για κάθε συγκεκριμένη αντιπαροχή.

40 Βλ. σημείο 11 των παρουσών προτάσεων.

41 C-796/18 (EU:C:2020:47). Βλ. σημεία 51 και 52 των παρουσών προτάσεων.

68. Αντιθέτως, στην υπό κρίση υπόθεση, ουδεμία διακριτή αντιπαροχή σε βάρος της αναθέτουσας αρχής προκύπτει από σαφή και εκτελεστή υποχρέωση απορρέουσα από τη σύμβαση της οποίας επιδιώκεται η σύναψη. Το πρώτο «πλεονέκτημα» είναι απλώς και μόνον ένα αυτόματο νομικό γεγονός. Το δεύτερο είναι καθαρά υποθετικό και αβέβαιο. Όσον αφορά το τρίτο, ακόμη και αν έπρεπε να ληφθεί υπόψη, θα ήταν σε μεγάλο βαθμό προβληματικό. Επομένως, ελλείψει αντιπαροχής σε βάρος της αναθέτουσας αρχής, η επιδιωκόμενη σύμβαση δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί ως «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24.

Γ. Αποτελεί μια προσφορά ποσού μηδέν ευρώ ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά;

69. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα απαιτεί να καθοριστεί η νομική βάση στην οποία στηρίζεται η απόρριψη προσφοράς ποσού μηδέν ευρώ όπως η επίμαχη.

70. Μολονότι το αιτούν δικαστήριο επικεντρώνει το ερώτημά του στις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24, υπενθυμίζω ωστόσο ότι, κατά τα στοιχεία που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο, το Υπουργείο Εσωτερικών εξέτασε την επίμαχη προσφορά υπό το πρίσμα των διατάξεων που αφορούν τις «ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» οι οποίες προβλέπονται στο άρθρο 69 της εν λόγω οδηγίας. Εντούτοις, απέρριψε την προσφορά της αιτούσας όχι επειδή ήταν ασυνήθιστα χαμηλή ή επειδή δεν καθιστούσε δυνατή την τήρηση των απαιτήσεων και υποχρεώσεων που περιλαμβάνονταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού, αλλά επειδή η προσφορά αυτή ήταν ποσού μηδέν ευρώ.

71. Συνεπώς, το δεύτερο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου είναι διαδικαστικής φύσεως: αν αναθέτουσα αρχή λάβει προσφορά όπου στο τετραγωνίδιο «τιμή» αναγράφεται ποσό μηδέν ευρώ, (i) πρέπει η αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει αυτομάτως την προσφορά απευθείας βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24, καθόσον καμία τέτοια προσφορά δεν μπορεί ποτέ να οδηγήσει στη σύναψη έγκυρης δημόσιας σύμβασης· ή μήπως (ii) πρέπει επίσης μια τέτοια προσφορά να εξεταστεί σύμφωνα με τη διαδικασία σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που προβλέπεται στο άρθρο 69 της οδηγίας 2014/24;

72. Λαμβανομένης υπόψη της απάντησης που προτείνεται για το πρώτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου (η αντιπαροχή που απαιτείται στο πλαίσιο δημόσιας σύμβασης δεν συνεπάγεται οπωσδήποτε άμεση καταβολή χρημάτων, αλλά μπορεί να αποτελεί αντιπαροχή σε είδος, εφόσον έχει τουλάχιστον κάποια συγκεκριμένη οικονομική αξία), η λογική απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα είναι η υπό (ii): προσφορά με την οποία προτείνεται ονομαστική τιμή μηδέν ευρώ πρέπει και αυτή να αντιμετωπίζεται ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά.

73. Πρώτον, η διαδικασία του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24 αφορά τα στάδια της προσφοράς και της διαπραγμάτευσης. Με το εν λόγω άρθρο, ο νομοθέτης της Ένωσης απαιτεί, στην πραγματικότητα, από την αναθέτουσα αρχή να παράσχει στον υποβαλόντα προσφορά τη δυνατότητα να εξηγήσει το ποσό της προσφοράς του και να δικαιολογήσει τη σοβαρότητά της. Απαιτεί, στη συνέχεια, από την αναθέτουσα αρχή να λάβει υπόψη όχι μόνον τις παρασχεθείσες εξηγήσεις, ιδίως αυτές που αναφέρονται στα οικονομικά χαρακτηριστικά της παροχής, στις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή ακόμη στις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή της συμφωνηθείσας υπηρεσίας[42], αλλά και όλα τα κρίσιμα στοιχεία όσον αφορά την επίμαχη παροχή και τις υποχρεώσεις που σχετίζονται με την εκτέλεσή της[43].

42 Οι εξηγήσεις αυτές προβλέπονται στο άρθρο 69, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24.

43 Βλ. απόφαση της 16ης Μαΐου 2019, Transtec κατά Επιτροπής (T-228/18, EU:T:2019:336, σκέψη 69 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

74. Επομένως, εκτός αν η φύση της δημόσιας σύμβασης ή η ίδια η προσφορά δείχνουν σαφώς ότι δεν μπορεί να υπάρχει άλλη πιθανή αντιπαροχή και ότι, στη συνέχεια, είναι περιττό να επιτραπεί στον προσφέροντα να παράσχει εξηγήσεις σχετικά με την προσφορά του, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η επιδιωκόμενη σύμβαση μπορεί, τελικά, να αποτελεί σύμβαση «εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24.

75. Όλα αυτά θυμίζουν το παράδοξο της γάτας του Schrödinger. Όσο το κιβώτιο είναι κλειστό και το περιεχόμενό του δεν έχει εξεταστεί, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η γάτα που βρίσκεται στο εσωτερικό του είναι ζωντανή. Ομοίως, όσο η αναθέτουσα αρχή δεν παρέχει στον προσφέροντα, βάσει του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24, την ευκαιρία να εξηγήσει τη λογική και τη διάρθρωση του κόστους που διέπει την προσφορά του, δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο η εν λόγω προσφορά να μπορέσει να οδηγήσει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης, με την επιφύλαξη, τελικά, της απόρριψης της προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή. Εντούτοις, μια τέτοια απόρριψη δεν μπορεί να στηρίζεται απλώς και μόνο στο γεγονός ότι μια ονομαστική προσφορά μηδέν ευρώ δεν πληροί την προϋπόθεση να υπάρχει επαχθής αιτία όπως προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της εν λόγω οδηγίας.

76. Δεύτερον, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η οδηγία 2014/24 δεν ορίζει την έννοια της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» ούτε διευκρινίζει το χρηματικό ποσό στο οποίο αυτή αντιστοιχεί[44]. Οι όροι που χρησιμοποιούνται από τον νομοθέτη της Ένωσης είναι γενικοί, ενώ το Δικαστήριο χρησιμοποίησε επίσης τον όρο «χαμηλή προσφερόμενη τιμή»[45].

77. Εντούτοις, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι αυτό αντιτίθεται στη θέσπιση μαθηματικού κριτηρίου αποκλεισμού. Το Δικαστήριο έχει την τάση να ευνοεί τον πραγματικό ανταγωνισμό σύμφωνα με τους σκοπούς των κανόνων για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Στην απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, Costanzo[46], το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα μαθηματικό κριτήριο αποκλεισμού αφαιρούσε από τους προσφέροντες που υπέβαλαν ιδιαίτερα χαμηλές προσφορές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι οι προσφορές αυτές ήταν σοβαρές και, κατά συνέπεια, ήταν αντίθετο προς τον σκοπό της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ[47], που ήταν να διευκολύνει την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

78. Λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων αυτών, φαίνεται ότι τίποτε δεν εμποδίζει να περιληφθεί στην έννοια της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» μια προσφορά ποσού μηδέν ευρώ. Βεβαίως, ένα ποσό «μηδέν ευρώ» μοιάζει με ένα είδος ψυχολογικού φράγματος. Εντούτοις, από οικονομικής απόψεως, τίποτα δεν δικαιολογεί τον διαχωρισμό της από μια προσφορά ποσού 10 ευρώ ή 100 ευρώ, από τη στιγμή που όλες οι προσφορές αυτές είναι κάτω από το κόστος της δημόσιας σύμβασης.

79. Τρίτον και τελευταίον, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι ορισμένα συμπληρωματικά επιχειρήματα θα μπορούσαν να συνηγορήσουν υπέρ της άρνησης να εξεταστούν προσφορές ποσού μηδέν ευρώ. Το να επιτραπεί η υποβολή τέτοιων προσφορών θα μπορούσε όντως να αντιβαίνει στον σκοπό *διαφάνειας* στον τομέα των δημοσίων εσόδων και καταπολέμησης της διαφθοράς: το πραγματικό κόστος και οι μεταγενέστερες πληρωμές απλώς θα μετακινούνταν και θα κρύβονταν πίσω από άλλες παράλληλες συναλλαγές. Ομοίως, ενώ μια τέτοια ενέργεια θα φαινόταν, εκ πρώτης όψεως, επωφελής για τους *δημόσιους προϋπολογισμούς*, δημόσια σύμβαση που συνάπτεται με ονομαστική τιμή μηδέν ευρώ θα μπορούσε, τελικά, να αποβεί περισσότερο δαπανηρή και δυσεφάρμοστη από την αναθέτουσα αρχή

44 Στην απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), το Δικαστήριο υπενθύμισε ότι στα κράτη μέλη και, ειδικότερα, στις αναθέτουσες αρχές εναπόκειται να καθορίσουν τον τρόπο υπολογισμού ενός ορίου κάτω από το οποίο πρόκειται για «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά» (σκέψη 49 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

45 Βλ., συναφώς, απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, σκέψη 46).

46 103/88 (EU:C:1989:256, σκέψη 18).

47 Οδηγία του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7).

και, επομένως, να οδηγήσει σε μεγαλύτερο κόστος σε σχέση με αυτό που θα υπήρχε αν εξαρχής είχε καταβληθεί η κατάλληλη τιμή. Επιπλέον, η υπό την αιγίδα των αναθετουσών αρχών εφαρμογή επιθετικής πολιτικής τιμών θα μπορούσε να δημιουργήσει κάποιες ανησυχίες από πλευράς *δικαίου του ανταγωνισμού*.

80. Εν πάση περιπτώσει, ανεξαρτήτως του θεμιτού των εν λόγω ανησυχιών, τα ίδια επιχειρήματα θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν προς την αντίθετη κατεύθυνση, δηλαδή υπέρ της εξέτασης τέτοιων προσφορών [48]. Εντούτοις προ πάντων, όλα αυτά τα επιχειρήματα θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν ακόμη και κατά κάθε εξέτασης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Οι ίδιες εκτιμήσεις με αυτές που σκιαγραφήθηκαν στο προηγούμενο σημείο των παρουσών προτάσεων ισχύουν αδιακρίτως για κάθε ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά: τούτο συμβαίνει, για παράδειγμα, στην περίπτωση προσφοράς 1 000 ευρώ, 101 ευρώ ή 1 συμβολικού ευρώ για δημόσια σύμβαση εκτιμώμενης αξίας 150 000 ευρώ. Μολονότι όλες αυτές οι προσφορές υπολείπονται κατά πολύ του πραγματικού κόστους, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να τις απορρίψει αυτομάτως. Πρέπει να τις εξετάσει ακολουθώντας τη διαδικασία την οποία προβλέπει ειδικά προς τούτο το άρθρο 69 της οδηγίας 2014/24.

81. Εφόσον η νομοθετική αυτή επιλογή έγινε από τον νομοθέτη της Ένωσης στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αφότου στάθμισε όλα τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα που είναι σύμφυτα με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, δεν βρίσκω λογικό επιχείρημα βάσει του οποίου οι προσφορές ποσού μηδέν ευρώ πρέπει να αποκλείονται από το εν λόγω πλαίσιο. Οι προσφορές αυτές θα πρέπει, επομένως, να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο. Συνεπώς, αν το Δικαστήριο δεχθεί την πρότασή μου ως προς το πρώτο ερώτημα («σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24 δεν απαιτεί οπωσδήποτε την καταβολή χρηματικού ποσού, αλλά μπορεί να συνεπάγεται αντιπαροχή σε είδος σε βάρος της αναθέτουσας αρχής), τότε το ύψος του ονομαστικού ποσού που αναγράφεται στην προσφορά σύμβασης δεν είναι καθοριστικό.

82. Κατά συνέπεια, εκτιμώ ότι, ακριβώς υπό το πρίσμα των προϋποθέσεων του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να εξετάσει προσφορά ποσού μηδέν ευρώ, προκειμένου, ενδεχομένως, να την απορρίψει με την αιτιολογία ειδικά ότι δεν μπορεί να οδηγήσει στη σύναψη σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας κατά την έννοια του άρθρου 2 παράγραφος 1, σημείο 5, της εν λόγω οδηγίας, για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή δεν παρέχει καμία αντιπαροχή οικονομικής φύσεως στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού.

V. Πρόταση

83. Προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα της Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (εθνικής επιτροπής επανεξέτασης διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, Σλοβενία) ως εξής:

1) Ο όρος «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας» κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε με τον κατ' εξουσιοδότηση κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365 της Επιτροπής, της 18ης Δεκεμβρίου 2017, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν καθιστά δυνατό να χαρακτηρισθεί ως «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών» μια πράξη με την οποία ο προσφέρων προτείνει

48 Ιδίως, όσον αφορά τον ανταγωνισμό, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι οι εν λόγω κανόνες ευνοούν στην πραγματικότητα τον ανταγωνισμό: είναι πιθανόν οι μικρομεσαίες επιχειρήσεις καθώς και οι νεοπαγείς επιχειρήσεις να έχουν χαμηλότερα πάγια έξοδα και να μπορούν να ενσωματώσουν μηδενικά περιθώρια κέρδους από συγκεκριμένη σύμβαση. Υπό τις συνθήκες αυτές, προσφορές ποσού μηδέν ευρώ μπορούν να αποδειχθούν ανταγωνιστικές παρέχοντας στις εν λόγω μικρές επιχειρήσεις τη δυνατότητα να εισέλθουν στην αγορά.

στην αναθέτουσα αρχή να παρέχει την υπηρεσία έναντι ποσού μηδέν ευρώ, στο μέτρο που τα συμβαλλόμενα μέρη δεν προβλέπουν μια έχουσα οικονομική αξία αντιπαροχή σε βάρος της αναθέτουσας αρχής.

2) Προσφορά σε τιμή μηδέν ευρώ πρέπει να εξετάζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24, όπως τροποποιήθηκε με τον κατ' εξουσιοδότηση κανονισμό 2017/2365, σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, αφότου, ενδεχομένως, ληφθούν από τον προσφέροντα πρόσθετες πληροφορίες ως προς την ακριβή φύση της έχουσας οικονομική αξία αντιπαροχής που βαρύνει την αναθέτουσα αρχή. Μια τέτοια προσφορά πρέπει να απορριφθεί στην περίπτωση που δεν καθιστά δυνατή τη σύναψη, στο ειδικό πλαίσιο του διαγωνισμού, «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της εν λόγω οδηγίας.