Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MICHALA BOBKA,
predstavljeni 28. maja 2020[1]

Zadeva C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
proti
Ministrstvu za notranje zadeve,
ob udeležbi
LEXPERA d.o.o.

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložila Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slovenija))

„Predhodno odločanje – Javna naročila storitev – Direktiva 2014/24/EU – Člen 2(1), točka 5 – Opredelitev za ‚javno naročilo' – Pojem ‚odplačna pogodba' – Ponudba ponudnika v višini 0 EUR – Presoja odplačnosti posla – Neobstoj denarne protidajatve javnega naročnika – Zavrnitev ponudbe – Pravna podlaga – Člen 69 – Neobičajno nizka ponudba"

I. Uvod

1. Ali je nič neobičajno nizko (število)?

2. Če odmislimo živahne razprave o naravi števila nič na področju matematike,[2] bo verjetno laik, ki mu bo to vprašanje zastavljeno s pravnega vidika, pravnikom namenil začuden pogled, ki so ga ti tako zelo vajeni, ko poskušajo pojasniti svoj poklic. Laik jim bo tako morda celo sarkastično očital, da lahko samo pravniki na toliko straneh razpravljajo o (dobesedno) ničemer.

3. Vseeno pa drži, da je nič tako na področju javnih naročil kot v matematiki nenavadno število, ki ga je težko vključiti v obstoječe mreže analiz. Ali ponudnik, ki blago ali storitve ponudi za nominalno ceno 0 EUR, odda neobičajno nizko ponudbo? Ali pa se ta ponudnik s tem, da v svoji ponudbi navede magično število „0", in ne kakega drugega nominalnega zneska, ki bi bil precej nižji od dejanskih stroškov naročila (na primer 1,5 ali 101 EUR), samodejno izključi iz področja uporabe prava javnih naročil, in sicer ker „0" za razliko od vseh drugih naravnih števil ne more biti navedena v pogodbi o javnem naročilu?

4. To je na kratko problem, ki se pojavlja v obravnavani zadevi. V okviru postopka oddaje javnega naročila storitev, ki ga je začelo Ministrstvo za notranje zadeve (Slovenija), je podjetje Tax-Fin-Lex d.o.o. predložilo ponudbo v višini 0 EUR za izvedbo ene od zadevnih storitev. Ministrstvo za notranje zadeve je to ponudbo zavrnilo z obrazložitvijo, da ta ponudba ne omogoča sklenitve „odplačne

1 Jezik izvirnika: francoščina.

2 Za razumljiv uvod (z malo računanja in veliko kulturne zgodovine) glej na primer Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

pogodbe“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24/EU[3] in zato ne spada na področje pravil javnega naročanja. Družba Tax-Fin-Lex d.o.o. pa trdi, da bi bil posel, s katerim se zavezuje, da bo storitev opravila za znesek 0 EUR, izveden „odplačno“ v smislu te določbe. Navaja namreč, da bi ji izvedba naročila omogočila pridobitev ekonomske koristi zaradi referenc, na katere bi se lahko pozneje sklicevala za pridobitev novih javnih naročil.

II. Pravni okvir

5. V Direktivi 2014/24 so določena pravila, ki omogočajo uskladitev nacionalnih postopkov za oddajo javnih naročil nad določeno vrednostjo, da bi bili ti v skladu z načeli prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev ter načeli, ki iz njih izhajajo, kot so enako obravnavanje, prepoved diskriminacije, sorazmernost in preglednost. Prav tako je njen cilj zagotavljati učinkovito konkurenco pri oddaji javnih naročil.

6. Zlasti je v uvodnih izjavah 4 in 103 Direktive 2014/24 navedeno:

„(4) Zaradi vse bolj različnih oblik javnih ukrepov je treba jasneje opredeliti pojem javnega naročila. To pojasnilo pa ne bi smelo razširiti področja uporabe te direktive glede na področje uporabe Direktive 2004/18/ES[4]. Cilj pravil Unije o javnem naročanju ni zajeti vse oblike javnih izdatkov, temveč samo tiste, katerih cilj je pridobitev gradenj, blaga ali storitev za plačilo prek javnega naročila. Pojasniti bi bilo treba, da bi se morala pri takšnih pridobitvah gradenj, blaga ali storitev uporabljati ta direktiva, ne glede na to, ali se izvedejo z nakupom, lizingom ali drugimi pogodbenimi oblikami.

Pojem pridobitve bi bilo treba razumeti v širšem smislu pridobitve koristi od zadevnih gradenj, blaga ali storitev […].

[…]

(103) Neobičajno nizke ponudbe za gradnje, blago ali storitve lahko temeljijo na tehnično, ekonomsko ali pravno nezanesljivih predpostavkah ali praksah. Če ponudnik ne more zagotoviti zadovoljive obrazložitve, bi moral imeti javni naročnik možnost, da zavrne ponudbo. Zavrnitev bi morala biti obvezna, če javni naročnik ugotovi, da neobičajno nizka predlagana cena ali stroški izhajajo iz neupoštevanja obveznega prava Unije ali z njim skladnega nacionalnega prava na področju socialnega, delovnega ali okoljskega prava ali neupoštevanja določb mednarodnega delovnega prava.“

7. V okviru naslova I Direktive 2014/24, „Področje uporabe, opredelitve pojmov in splošna načela“, člen 1(1) in (2) določa:

„1. Ta direktiva določa pravila o postopkih javnega naročanja, ki jih izvedejo javni naročniki v zvezi z javnimi naročili in projektnimi natečaji, katerih ocenjena vrednost ni nižja od mejnih vrednosti iz člena 4.

2. Javno naročanje v smislu te direktive pomeni pridobitev […] storitev s pogodbo o izvedbi javnega naročila s strani enega ali več javnih naročnikov od gospodarskih subjektov, ki jih ti javni naročniki izberejo, ne glede na to, ali so […] storitve predvidene za javni namen.“

3 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65), kakor je bila spremenjena z Delegirano uredbo Komisije (EU) 2017/2365 z dne 18. decembra 2017 (UL 2017, L 337, str. 19) (v nadaljevanju: Direktiva 2014/24).

4 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

8. V členu 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 so „javna naročila“ opredeljena kot „pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev“.

9. V členu 18 te direktive so opredeljena „[n]ačela javnega naročanja“. Ta člen določa:

„1. Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

Javno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca. Konkurenca se šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom, da neupravičeno zagotavlja boljšo oziroma slabšo obravnavo nekaterih gospodarskih subjektov.

2. Države članice z ustreznimi ukrepi zagotovijo, da gospodarski subjekti pri izvajanju javnih naročil izpolnjujejo veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava, ki so določene v pravu Unije, nacionalnem pravu, kolektivnih pogodbah ali predpisih mednarodnega okoljskega, socialnega in delovnega prava, naštetih v Prilogi X.“

10. Člen 69 Direktive 2014/24 se nanaša na „[n]eobičajno nizke ponudbe“. Vsebovan je v oddelku 3, naslovljenem „Izbor udeležencev in oddaja javnih naročil“, iz poglavja III naslova II te direktive. Ta člen določa:

„1. Javni naročniki od gospodarskih subjektov zahtevajo, da pojasnijo ceno ali stroške, predlagane v ponudbi, če so ponudbe glede na gradnje, blago ali storitve neobičajno nizke.

2. Pojasnila iz odstavka 1 se lahko nanašajo zlasti na:

(a) ekonomiko proizvodnega postopka, storitev, ki se zagotavljajo, ali metode gradnje;

(b) izbrane tehnične rešitve ali izjemno ugodne pogoje, ki so na voljo ponudniku za dobavo blaga, izvajanje storitev ali izvedbo gradenj;

(c) izvirnost gradenj, blaga ali storitev, ki jih predlaga ponudnik;

(d) izpolnjevanje zahtev iz člena 18(2);

(e) izpolnjevanje zahtev iz člena 71;

(f) možnost, da ponudnik pridobi državno pomoč.

3. Javni naročnik oceni predložene informacije, tako da se posvetuje s ponudnikom. Ponudbo lahko zavrne le, če predložena dokazila zadostno ne pojasnijo nizke ravni predlagane cene ali stroškov, pri čemer se upoštevajo elementi iz odstavka 2.

Javni naročniki zavrnejo ponudbo, če ugotovijo, da je neobičajno nizka, ker ni skladna z veljavnimi obveznostmi iz člena 18(2).

[…]“

III. Spor o glavni stvari, vprašanji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

11. Ministrstvo za notranje zadeve (naročnik) je 7. junija 2018 začelo postopek za oddajo javnega naročila storitev za dostop do pravno-informacijskega sistema za obdobje 24 mesecev. To naročilo je sestavljeno iz dveh sklopov. Ministrstvo za notranje zadeve je vrednost tega naročila ocenilo na 39.959,01 EUR.

12. V zvezi s prvim sklopom, ki se nanaša na dostop do pravno-informacijskega sistema, sta v določenih rokih ponudbi oddala zgolj dva gospodarska subjekta s sedežem v Ljubljani (Slovenija), ki sta specializirana za področje pravnih informacij, in sicer družba Tax-Fin-Lex d.o.o. (vlagateljica zahtevka za revizijo) in družba LEXPERA d.o.o. (izbrana ponudnica).

13. Vlagateljica zahtevka za revizijo je ponudila, da bo to storitev opravila za znesek 0 EUR.

14. Ministrstvo za notranje zadeve je s sklepom z dne 11. januarja 2019 javno naročilo v prvem sklopu oddalo izbrani ponudnici in ponudbo vlagateljice zahtevka za revizijo zavrnilo z obrazložitvijo, da je ta ponudba v nasprotju s pravili javnega naročanja.

15. Vlagateljica je zoper to odločitev vložila zahtevek za revizijo. V predrevizijskem postopku je Ministrstvo za notranje zadeve 5. februarja 2019 ta zahtevek zavrnilo. To ministrstvo je 11. februarja 2019 zadevo odstopilo v reševanje Državni revizijski komisiji za revizijo postopkov oddaje javnih naročil, ki v obravnavani zadevi nastopa kot predložitveno sodišče, da se ta izreče o zakonitosti navedene odločitve.

16. Vlagateljica zahtevka za revizijo trdi, da je ponudba, kakršna je obravnavana, dopustna. Trdi, da ima ponudnik v postopku oddaje javnega naročila pravico do svobodne določitve ponudbene cene in posledično do tega, da ponudi storitev brezplačno. To pa naj ne bi pomenilo, da vlagateljica zahtevka za revizijo ne bi prejela protidajatve za izvedbo zadevnega javnega naročila. Meni namreč, da bi ji sklenitev pogodbe prinesla korist v obliki dostopa do novega trga in novih uporabnikov.

17. Ministrstvo za notranje zadeve pa trdi, da s pojmom „javno naročilo“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 ne more biti zajeta pogodba, s katero gospodarski subjekt naročniku storitev ponudi brezplačno. Meni, da korist, ki jo ima gospodarski subjekt od pridobitve naročila, in sicer morebiten dostop do novega trga in pridobitev referenc, ne pomeni protidajatve za izvedbo javnega naročila. Trdi namreč, da taka korist za vsak gospodarski subjekt pomeni dodatno vrednost, ki pa je ni mogoče izraziti v denarni vrednosti in zanjo naročniku tudi ni mogoče izstaviti računa. Zato Ministrstvo za notranje zadeve meni, da posel, pri katerem bi se storitev opravila brezplačno, ne more pripeljati do sklenitve odplačne pogodbe.

18. Predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe navaja, da je Ministrstvo za notranje zadeve to ponudbo preučilo glede na določbe v zvezi z neobičajno nizkimi ponudbami. Vendar naj te ponudbe ne bi zavrnilo z obrazložitvijo, da je neobičajno nizka ali v nasprotju z načeli, ki urejajo javno naročanje, temveč zgolj zato, ker je njena višina 0 EUR.

19. Predložitveno sodišče izraža dvome glede razlage pojma „odplačna pogodba“ v okviru opredelitve pojma „javna naročila“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24. Najprej navaja, da je odplačnost pogodbenega razmerja med naročnikom in gospodarskim subjektom eden od bistvenih elementov pojma „javna naročila“ iz te določbe. V zvezi s tem pojasnjuje, da je pojem „javno naročilo“ relevanten tako pred sklenitvijo pogodbe, saj naročniku nalaga upoštevanje pravil, ki so opredeljena v okviru Direktive 2014/24, kot tudi po njeni sklenitvi, in sicer za presojo, ali je bila pogodba dejansko sklenjena ob upoštevanju navedenih pravil.

20. Predložitveno sodišče se v nadaljevanju sprašuje, ali in – če da – v kolikšnem obsegu je mogoče pogodbo, s katero se gospodarski subjekt zaveže, da bo za naročnika brezplačno opravil storitev iz obvestila o javnem naročilu, brez druge koristi, razen dostopa do novega trga in pridobitve referenc, opredeliti za „odplačno pogodbo“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24. Navedeno sodišče priznava, da lahko za navedeni subjekt že pridobitev javnega naročila in reference pomenijo korist. Te koristi naj sicer ne bi bilo mogoče ekonomsko ovrednotiti ob sami dodelitvi naročila, vseeno pa bi lahko pomenila neko ekonomsko korist v prihodnosti, povezano z izvedbo pogodbe.

21. Vendar predložitveno sodišče tudi priznava, da je v položaju, v katerem naročnik gospodarskemu subjektu ne plača za opravljanje storitve, mogoče, da sklenjena pogodba ne bi bila pogodba o izvedbi javnega naročila, saj bi šlo za neodplačno pogodbo, ki bi imela na primer obliko darilne pogodbe. Nazadnje se navedeno sodišče v teh okoliščinah sprašuje, ali člen 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 lahko pomeni pravno podlago za sklep o zavrnitvi ponudbe, ki jo je predložil gospodarski subjekt.

22. V teh okoliščinah je Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil prekinila odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložila ti vprašanji:

„1. Ali je podana ‚odplačnost pogodbenega razmerja‘ kot element javnega naročila v smislu člena 2(1)(5) Direktive 2014/24, če sicer naročnik ni zavezan za nobeno protidajatev, gospodarski subjekt pa z izvedbo naročila pridobi dostop do novega trga in reference?

2. Ali je mogoče oz. potrebno člen 2(1)(5) Direktive 2014/24 razlagati na način, da predstavlja podlago za zavrnitev ponudbe s ponudbeno ceno 0,00 EUR?“

23. Pisna stališča so predložili vlagateljica zahtevka za revizijo, Ministrstvo za notranje zadeve, avstrijska vlada in Evropska komisija.

IV. Analiza

24. Zgradba teh sklepnih predlogov je naslednja. Začel bom z dopustnostjo tega predloga za sprejetje predhodne odločbe (A). Nato bom preučil obseg pojma „odplačna pogodba“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 in zlasti povezan pojem „protidajatev“ (B). Nazadnje bom obravnaval vprašanje, ali je mogoče ponudbo v višini 0 EUR še vedno opredeliti za „neobičajno nizko ponudbo“, da bi jo bilo mogoče pregledati in glede na okoliščine primera zavrniti z vidika določb člena 69 te direktive (C).

A. Dopustnost

25. Menim, da dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe ne povzroča težav.

26. Prvič, v zvezi s pristojnostjo Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil za vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe opozarjam, da je Sodišče v sodbi z dne 8. junija 2017, Medisanus [5], razsodilo, da ta izpolnjuje merila za to, da se šteje za „sodišče države članice“ v smislu člena 267 PDEU. [6]

27. Drugič, znesek naročila iz postopka v glavni stvari je res pod pragom 144.000 EUR, ki je določen v členu 4(b) Direktive 2014/24 in ki se uporablja za javna naročila storitev, ki jih oddajo centralni vladni organi.

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

6 Glej točko 38 navedene sodbe.

28. Vendar predložitveno sodišče navaja, da se je slovenski zakonodajalec ob prenosu določb te direktive v nacionalno pravo odločil, da se pojem „javno naročilo“ iz člena 2(1), točka 1, Zakona o javnem naročanju [7] z dne 30. maja 2015 neposredno in brezpogojno uporablja za naročila, katerih vrednost je nižja od praga, določenega v členu 4 Direktive 2014/24, ki so načeloma izključena iz področja uporabe te direktive.

29. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, poimenovano Dzodzi, je razlaga določb akta Unije v položajih, ki ne spadajo na področje uporabe tega akta, kadar se na podlagi nacionalnega prava te določbe neposredno in brezpogojno uporabljajo za take položaje, upravičena zaradi zagotovitve enakega obravnavanja položajev, za katere velja nacionalno pravo, in položajev, ki jih ureja pravo Unije. [8]

30. V obravnavani zadevi je z navedbami predložitvenega sodišča, ki jih ne izpodbija nobena od strank, ki so predložile stališča, potrjeno, da se je nacionalni zakonodajalec odločil razširiti področje uporabe pravil Unije o javnem naročanju na javna naročila male vrednosti, da bi zagotovil prav to, da za položaje, za katere velja nacionalno pravo, in položaje, ki jih ureja pravo Unije, veljajo ista pravila. Prav tako je mogoče ugotoviti, da logika, na kateri temelji sodba Dzodzi, v celoti velja v tej zadevi.

31. V teh okoliščinah Sodišče lahko odgovori na vprašanji za predhodno odločanje, ki sta mu predloženi.

B. „Odplačna“ pogodba?

32. Predložitveno sodišče v bistvu Sodišče prosi, naj pojasni stvarno področje uporabe Direktive 2014/24. Sodišče mora ugotoviti, ali in – če da – v kolikšnem obsegu lahko posel, s katerim se ponudnik zaveže, da bo opravil storitev za znesek 0 EUR, pripelje do sklenitve „odplačne“ pogodbe v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive in je tako mogoče ta posel opredeliti za „javno naročilo storitev“. Glede tega je treba spomniti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča „zgolj odplačna pogodba lahko pomeni javno naročilo iz Direktive 2004/18“. [9]

33. Za odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje je treba ugotoviti, ali pojem „odplačna pogodba“ glede na jezikovno, sistematično in teleološko razlago lahko zajema posel, s katerim ponudnik predloži ponudbo v višini 0 EUR. Prav tako je treba preučiti, ali lahko sodna praksa Sodišča s pojasnitvijo bistvenih značilnosti take pogodbe razjasni razpravo v zvezi s tem.

1. „Odplačna pogodba“ v smislu določb Direktive 2014/24

34. Zgolj na podlagi besedila člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 ni mogoče podati jasne razlage pojma „odplačna pogodba“. Že takoj se na jezikovni ravni pokaže številčnost mogočih razlag in pomenov izraza „odplačna“.

7 Uradni list RS, št. 91/15.

8 Glej sodbo z dne 18. oktobra 1990, Dzodzi (C-297/88 in C-197/89, EU:C:1990:360, v nadaljevanju: sodba Dzodzi, točke od 36 do 42), ter bolj nedavni sodbi z dne 14. februarja 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, neobjavljena, EU:C:2019:116, točka 22 in navedena sodna praksa), in z dne 24. oktobra 2019, Belgische Staat (C-469/18 in C-470/18, EU:C:2019:895, točki 22 in 23 ter navedena sodna praksa).

9 Glej sodbi z dne 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, točka 47), in z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, točka 43). Naj spomnim, da je bila z Direktivo 2014/24 razveljavljena Direktiva 2004/18.

35. Na eni strani nekatere jezikovne različice napotujejo na pogoj odplačnosti.[10] Podlaga za to je razumevanje, da je treba nekaj dati v zameno. Na drugi strani so druge jezikovne različice bolj omejevalne: zdi se, da je to, kar mora naročnik dati v zameno, specifično denarne narave,[11] torej denar. Spet pri drugih jezikovnih različicah se zdi, da je bila ubrana vmesna pot.[12]

36. Vendar se v tem primeru morda ne bi smel pripisati prevelik pomen besedilu Direktive 2014/24, ker so v nekaterih jezikovnih različicah te direktive za prevod pojma „odplačna pogodba“ uporabljeni celo različni izrazi glede na to, ali je ta pojem naveden v uvodnih izjavah 4 in 70 ali v členu 2(1), točka 5, navedene direktive.

37. Na žalost tudi *argumenti v zvezi notranjo sistematiko* (z vidika Direktive 2014/24) niso v veliko pomoč. Zakonodajalec Unije je v členu 1(2) te direktive pojasnil, da „[j]avno naročanje […] pomeni *pridobitev* […] storitev s pogodbo o izvedbi javnega naročila s strani enega ali več javnih naročnikov od gospodarskih subjektov, ki jih ti javni naročniki izberejo, ne glede na to, ali so […] storitve predvidene za javni namen“.[13]

38. To določbo je treba razlagati ob upoštevanju uvodne izjave 4 Direktive 2014/24, v kateri je zakonodajalec Unije navedel, da „[c]ilj pravil Unije o javnem naročanju ni zajeti vse oblike javnih izdatkov, temveč samo tiste, katerih cilj je *pridobitev* […] storitev za plačilo prek javnega naročila“.[14] Ta zakonodajalec je poleg tega še navedel, da „bi se morala pri takšnih pridobitvah […] storitev uporabljati ta direktiva, ne glede na to, ali se izvedejo z nakupom, lizingom ali drugimi pogodbenimi oblikami“. Na tem mestu je bistveno poudariti, da je treba pojem „pridobitev“ v skladu z navedbami zakonodajalca Unije „razumeti v širšem smislu pridobitve koristi od zadevnih […] storitev“.

39. Čeprav bi moral biti glavni *cilj* prava javnih naročil urediti pridobitev blaga ali storitev s strani javnih organov, pa na podlagi sistematike in namena Direktive 2014/24 dejansko ni mogoče določiti značilnosti pogoja odplačnosti, ki je vsebovan v členu 2(1), točka 5, te direktive. Pojem „pridobitev“ je dovolj širok, da je nedoločljiv glede načinov te pridobitve, saj je bistveno, da blago ali storitve na koncu pridobijo naročniki. Blago in storitve pa je mogoče zakonito pridobiti na različne načine.

40. Tako zgolj na podlagi jezikovne in sistematične razlage ni mogoče določiti, kaj pomeni „odplačna pogodba“ in zlasti ključni pojem „protidajatev“, ki se skriva za samim pojmom pogodbe: kakšna je konkretno narava protidajatve, ki jo mora zagotoviti naročnik, da se lahko javno naročilo šteje za veljavno?

2. Razlaga pojma „odplačna pogodba“ v sodni praksi

41. Sodišče je razsodilo, da v skladu z običajnim pravnim pomenom pojma „odplačna pogodba“, uporabljenim za opredelitev javnih naročil, ta izraz označuje pogodbo, s katero se vsaka pogodbena stranka zaveže, da bo opravila izpolnitveno ravnanje v zameno za drugo izpolnitveno ravnanje.[15] Obstoj „protidajatve“ ali „nasprotnega izpolnitvenega ravnanja“ naročnika in torej obstoj sinalagmatskega razmerja sta za Sodišče odločilna elementa za presojo obstoja pogodbe, ki je sklenjena odplačno.[16]

10 Zlasti španska („oneroso“), francoska („à titre onéreux“), italijanska („a titolo oneroso“), portugalska („a título oneroso“) in romunska („cu titlu oneros“) jezikovna različica.

11 Zlasti angleška („for pecuniary interest“) in hrvaška („financijski interes“) jezikovna različica.

12 Kot različici v češkem in slovaškem jeziku (v katerih pojem „úplatné smlouvy“ ali izraz „odplatné zmluvy“ pomenita predvsem plačilo kot protidajatev, vendar ju je mogoče razlagati tudi tako, da vključujeta nedenarne protidajatve) ali švedska jezikovna različica, v kateri je uporabljen izraz „kontrakt med ekonomiska villkor“, ki napotuje na ekonomsko vrednost pogodbe.

13 Moj poudarek.

14 Moj poudarek.

15 Glej zlasti sodbi z dne 18. januarja 2007, Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31, točka 45), in z dne 18. oktobra 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, točka 28).

16 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, točka 43 in navedena sodna praksa), kar zadeva razlago pojma „javno naročilo“ iz člena 1(2)(a) Direktive 2004/18.

42. Ta sodna praksa se umešča v smer, ki jo Sodišče zagovarja na drugih pravnih področjih, med drugim na področju transakcij, ki so obdavčljive z davkom na dodano vrednost (DDV). Tako je Sodišče v sodbi z dne 18. januarja 2017, SAWP[17], opozorilo, da je storitev opravljena za plačilo v smislu Direktive 2006/112/ES[18], samo če med izvajalcem in prejemnikom storitve obstaja pravno razmerje, v okviru katerega se izmenjajo vzajemne dajatve, pri čemer plačilo, ki ga prejme izvajalec storitve, pomeni dejansko protivrednost storitve, opravljene za prejemnika.[19] Sodišče je razsodilo, da „to velja, če obstaja neposredna zveza med opravljeno storitvijo in prejeto protidajatvijo, pri čemer plačani zneski pomenijo dejansko nadomestilo za določljivo storitev, opravljeno v okviru takega pravnega razmerja“.[20]

43. Vendar je treba priznati, da v zvezi z naravo protidajatve, ki se zahteva za izpolnjenost pogoja odplačnosti, v sodni praksi soobstajata dve smeri. Ti smeri sta do neke mere izraz jezikovnih razhajanj v zvezi s členom 2(1), točka 5, Direktive 2014/24.[21]

44. Pri prvi od teh smeri se prednost daje ozki razlagi merila odplačnosti pogodbe, tako da se zahteva, da naročnik opravi plačilo ali plača ceno v denarju.

45. Tako na primer Sodišče v sodbi z dne 13. julija 2017, Malpensa Logistica Europa[22], pogodbe, s katero upravljavec letališča Milano Malpensa (Italija) storitve, ki jo je opravil izvajalec, ni prejel za plačilo, ni opredelilo za „javno naročilo storitev“ v smislu člena 1(1)(a) Direktive 2004/17 in je zavrnilo uporabo s tem povezanih pravil.[23] Sodišče se je v navedeni sodbi izrecno sklicevalo na pristop, ki ga je zagovarjala Komisija, in sicer da odplačnost pogodbenega razmerja, ki ima izvor v javnem naročilu storitev, jasno pomeni, da mora zadnjenavedeno naročilo vsebovati neposredno plačilo naročnika za „pridobitev“ storitve neposredno od izvajalca.

46. Pri drugi od navedenih smeri sodne prakse pa se zagovarja širša razlaga pogoja odplačnosti v smislu „protidajatve“[24] ali „nasprotnega izpolnitvenega ravnanja“[25]. Gre za prevladujoč pristop, ki mu je sledila tudi Komisija v Zeleni knjigi o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij z dne 30. aprila 2004[26].

47. V skladu s to smerjo sodne prakse pojem „odplačnost“ ne pomeni nujno, da mora naročnik plačati denarni znesek. Sodišče tako šteje, da so lahko odplačno sklenjene in torej spadajo pod opredelitev „javna naročila“ pogodbe, v katerih se izpolnitveno ravnanje plača z drugimi oblikami protidajatev, kot je povračilo stroškov, nastalih zaradi opravljanja dogovorjene storitve, ali celo oprostitev plačila prispevkov. Tako je celo takrat, kadar plačane protidajatve ne omogočajo nadomestitve stroškov, ki jih je imel ponudnik.[27]

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

18 Direktiva Sveta z dne 28. novembra 2006 o skupnem sistemu davka na dodano vrednost (UL 2006, L 347, str. 1).

19 Glej sodbo z dne 18. januarja 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, točka 25 in navedena sodna praksa).

20 Sodba z dne 18. januarja 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, točka 26 in navedena sodna praksa).

21 Glej točko 35 teh sklepnih predlogov.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Ta sodba se nanaša na razlago člena 1(1)(a) Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19). Na podlagi tega člena so „[j]avna naročila blaga, gradenj in storitev“ „pisno sklenjene odplačne pogodbe“.

23 Glej točko 29 navedene sodbe.

24 Glej v zvezi s tem sodbi z dne 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, točke od 47 do 52), in z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, točka 43).

25 Sodba z dne 12. julija 2001, Ordine degli Architetti in drugi (C-399/98, EU:C:2001:401, točke od 77 do 86).

26 COM(2004) 327 final. Komisija v točki 10 te zelene knjige navaja, da „odplačnost zadevne pogodbe ne pomeni nujno neposrednega plačila cene s strani javnega partnerja, temveč lahko izhaja iz katere koli druge oblike ekonomskega nasprotnega izpolnitvenega ravnanja, ki ga opravi zasebni partner“.

27 Glej preudarke Sodišča v sodbi z dne 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), v skladu s katerimi pogodba o prodaji zemljišča lahko pomeni javno naročilo gradenj, čeprav naročnik sopogodbeniku razen odstopa navedenega zemljišča ne zagotovi nobene protidajatve.

48. V zvezi s tem sta še posebej nazorni dve sodbi.

49. Sodišče je tako v sodbi z dne 12. julija 2001, Ordine degli Architetti in drugi [28], razsodilo, da je treba elemente, iz katerih je sestavljena opredelitev pojma „javna naročila gradenj“ v smislu Direktive 93/37/EGS [29], presojati tako, da se zagotovi polni učinek tega besedila in da se zlasti spodbuja učinkovita konkurenca z objavo obvestil o javnem naročilu. [30] Tako je v položaju, v katerem gospodarski subjekt, ki je imetnik gradbenega dovoljenja, izvede gradnjo v zameno za *oprostitev plačila komunalnih prispevkov*, ki bi jih moral plačati na podlagi nacionalne zakonodaje, pritrdilo temu, da je pogodba odplačna in da se opredeli za „javno naročilo gradenj“. V obravnavanem primeru je Sodišče razsodilo, da je treba šteti, da je element, ki se nanaša na odplačnost pogodbe, izpolnjen, ker je gospodarski subjekt z izvedbo zadevnih gradenj plačal dolg enake vrednosti, ki je nastal v korist občine. [31]

50. Sodišče je v sodbi z dne 18. oktobra 2018, IBA Molecular Italy [32], prav tako razsodilo, da „pogodba, ki določa izmenjavo storitev, spada pod pojem javnih naročil, tudi kadar je določeno plačilo omejeno na *delno povračilo stroškov, ki so nastali zaradi opravljanja dogovorjene storitve*“. [33] Sodišče je v navedeni sodbi poudarilo, da pogodba, s katero se gospodarski subjekt zaveže, da bo proizvajal in dobavljal izdelek različnim subjektom javne uprave v zameno za financiranje, ki se v celoti uporabi za uresničevanje tega cilja, spada pod pojem pogodbe, sklenjene „proti plačilu“ v smislu člena 1(2)(a) Direktive 2004/18, *„tudi če stroški proizvodnje in distribucije tega izdelka niso v celoti kriti* s to subvencijo ali s stroški dostave, ki se lahko zaračunajo tem subjektom javne uprave“. [34]

51. Pri tem je treba navesti, da je enak pristop zagovarjal generalni pravobranilec M. Campos Sánchez-Bordona v sklepnih predlogih v zadevi Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. V navedeni zadevi se je namreč med drugim postavljalo vprašanje, ali je zagotovitev programske opreme, o kateri se pisno dogovorita dva javna naročnika, odplačna v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, kadar prevzemniku programske opreme ni treba plačati cene ali nadomestiti stroškov programske opreme, ampak mora načeloma drugemu subjektu brezplačno dati na razpolago prihodnje izpopolnitve in prilagoditve te programske opreme.

52. Generalni pravobranilec je v teh sklepnih predlogih menil, da je pogoj odplačnosti izpolnjen. Na eni strani je navedel, da ima protidajatev, in sicer prihodnje prilagoditve in izpopolnitve programske opreme, ekonomsko vrednost. Na drugi strani je menil, da ta protidajatev pomeni zavezo, ki jo je mogoče uveljavljati, saj je nujna za izvajanje javne službe, ki jo morata zagotavljati navedena subjekta. [36]

3. „Protidajatev“ kot širok pojem in omejitve tega pojma

53. To, kar razumem kot prevladujočo usmeritev v sodni praksi (s katero se popolnoma strinjam), je mogoče povzeti, kot sledi.

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

29 Direktiva Sveta z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163).

30 Točka 52 navedene sodbe.

31 Ob tem je treba navesti, da Sodišče ni sledilo pristopu, ki ga je v sklepnih predlogih v zadevi Ordine degli Architetti in drugi (C-399/98, EU:C:2000:671) zagovarjal generalni pravobranilec P. Léger, po mnenju katerega merilo odplačnosti ni bilo izpolnjeno.

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

33 Točka 29 navedene sodbe in navedena sodna praksa. Moj poudarek. Glej tudi sodbe z dne 19. decembra 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi (C-159/11, EU:C:2012:817, točka 29); z dne 13. junija 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, točka 31), in z dne 11. decembra 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ in drugi (C-113/13, EU:C:2014:2440, točka 37).

34 Točka 31 navedene sodbe. Moj poudarek.

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

36 Glej v zvezi s tem preudarke v točkah od 52 do 63 navedenih sklepnih predlogov.

54. Prvič, narava protidajatve, neločljivo povezane s pogojem odplačnosti, ki jo da naročnik, ima lahko druge oblike od cene, plačane v denarju. Prenos denarnega zneska torej ni nujno potreben. Mogoče so tudi druge vrste plačil, vključno z nedenarnimi.

55. Drugič, protidajatev mora imeti neko ekonomsko vrednost, vendar ni treba, da natančno ustreza vrednosti dobavljenega blaga ali opravljenih storitev. Zato se naročnik in ponudnik lahko dogovorita o možnosti izvedbe plačila v različnih oblikah, če imajo te jasno ekonomsko vrednost.

56. Tretjič, narava in vsebina protidajatve, ki jo mora plačati naročnik, morata biti razvidni iz pogodbe kot neposredna in izvršljiva pravna obveznost, ki izhaja iz te pogodbe. V tem okviru si razlagam sklicevanje Sodišča in generalnega pravobranilca P. Mengozzija na *sinalagmatsko naravo* javnega naročila, ki se kaže v *nastanku pravno zavezujočih obveznosti* za obe pogodbeni stranki. [37]

57. Prav tako menim, da za ugotovitev, ali pogodba vsebuje protidajatev (in nato, ali je izpolnjen pogoj odplačnosti iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24), osrednja točka analize ni točen znesek denarja, ki je napisan v pogodbi. Gre bolj za vprašanje, ali sta na podlagi te pogodbe pogodbeni stranki postavljeni v razmerje vzajemnih pravnih obveznosti, ki jih lahko vsaka uveljavlja nasproti drugi in v okviru katerih naročnik zagotovi vsaj eno jasno in natančno protidajatev ekonomske narave.

58. S takim pristopom se pri razpravi glede natančne narave zahtevane „protidajatve“ namerno preide na širše vprašanje opredelitve natančne vsebine vzajemnih obveznosti vsake od strank. Čeprav se lahko pojem „protidajatev“ v Evropi od ene do druge države razlikuje, [38] se zdi, da obstaja široko soglasje glede tega, da sklenitev pogodbe zahteva, da se stranki dovolj jasno dogovorita o pogodbenih pogojih, kar pomeni, da morajo biti vzajemne pravice in obveznosti vsake stranke jasne, zato da se pogodba lahko izvrši. [39] V nekem smislu ta razprava sega nazaj do rimskega prava o osnovah in na temeljno razlikovanje, ki še vedno velja v pravnih sistemih civilnega prava, med sinalagmatskimi (na primer pogodbe) in enostranskimi (na primer darila in donacije) pravnimi razmerji.

59. Odplačna pogodba je torej predvsem sinalagmatska pogodba, ki zahteva, da se stranki druga do druge zavežeta k izpolnitvenim ravnanjem, ki so natančna in vzajemna. Naravo teh izpolnitvenih ravnanj je treba določiti ob sklenitvi pogodbe. Navedena izpolnitvena ravnanja morajo biti izvršljiva na podlagi te pogodbe. Protidajatev, ki jo je mogoče uveljavljati, pa je prožnejša. Ni nujno, da gre za denarno nadomestilo. Pomembno je, da je ta protidajatev jasna, natančna in izvršljiva na podlagi sklenjene pogodbe.

37 Glej sodbo z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, točka 43), v kateri se je sledilo sklepnim predlogom generalnega pravobranilca P. Mengozzija v zadevi Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, točka 36). Glej opombo 16 teh sklepnih predlogov.

38 Kot prikaz tega, da med pravnimi ureditvami pogodb obstaja precejšnja raznolikost, glej zlasti Kötz, H., „Comparative Contract Law“, v: Reimann, M., in Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford, 2019, str. od 902 do 932, zlasti str. od 910 do 912, ali 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, London, 1968, zv. 17, št. 1, str. od 137 do 166.

39 Glej zlasti člena 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) in 2:103 (Sufficient Agreement) v „Principles of European Contract Law“ (Načela evropskega prava pogodb) (glej Lando, O., in Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000); ali člena II.–I:101(I) (opredelitev pogodbe) in III.–I:102(4) (vzajemnost obveznosti) v *Draft Common Frame of Reference* (Osnutek skupnega referenčnega okvira) (glej von Bar, C., in drugi, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, München, 2009). Glej v tem smislu tudi *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, zbirka „Droit comparé et européen“, Pariz, 2008, zv. 6, str. 25, ki sta ga pripravila Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française in Société de législation comparée.

4. Uporaba v obravnavani zadevi

60. Najprej je treba ugotoviti, da v obravnavani zadevi – drugače kot v zadevah, na katere se nanaša zgoraj navedena sodna praksa v teh sklepnih predlogih – ne obstaja pogodba, sklenjena med naročnikom in ponudnikom, saj je bila zadeva predložena nacionalnemu sodišču v fazi, ko je bila ponudba zadnjenavedenega zavrnjena. V tej fazi postopka torej ne obstaja pogodbeno določilo, iz katerega bi bil eventualno razviden obstoj protidajatve naročnika v kakršni koli obliki.

61. Sodišče mora torej odgovoriti na vprašanje, ali lahko v položaju, v katerem ponudba ponudnika implicira neobstoj vsakršnega neposrednega plačila naročnika za storitev, korist, ki jo ponudnik lahko pričakuje že zgolj zaradi dodelitve naročila, pomeni „protidajatev“, ki bi omogočila sklenitev odplačne pogodbe v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24.

62. Glede na dejanske okoliščine obravnavane zadeve, kot jih je predstavilo predložitveno sodišče, si ne predstavljam, kaj bi lahko bila taka protidajatev, tudi če se sprejme zelo odprt pomen tega pojma, kot je bil uporabljen v prejšnjem oddelku. V okviru obravnavane zadeve bi bile lahko upoštevne tri potencialne koristi, in sicer, najprej, pridobitev ustreznih izkušenj, dalje, pridobitev referenc za prihodnja naročila in, nazadnje, pridobitev ugleda za prihodnje javne razpise, ki bi jih lahko isti naročnik objavil za druge sklope.

63. Prvič, pridobivanje ustreznih izkušenj je gotovo pomembno za nove udeležence ali mala in srednja podjetja, ki se želijo razvijati. Vendar očitno ne gre za protidajatev, ki jo naročnik zagotovi v zameno. To je zgolj pravno dejstvo, ki izhaja iz oddaje naročila.

64. Drugič, prav tako ni mogoče zanikati, da pridobitev referenc lahko pomeni korist. Te reference imajo lahko strateško vlogo pri prihodnji oddaji javnih naročil. Vendar je treba ugotoviti, da zagotovitev referenc ne zadostuje za ugotovitev, da je predvidena pogodba sinalagmatska. Ta zagotovitev namreč ni obveznost naročnika, tako da ne pomeni protidajatve, ki bi jo bilo mogoče zahtevati od njega. Navedena korist je pogoj, katerega uresničitev je aleatorna in negotova, saj so reference, na katere se bo podjetje lahko sklicevalo v prihodnosti, v resnici odvisne od dejanskih okoliščin, povezanih z dobro izvedbo naročila. Torej glede referenc, na katere se bo ponudnik lahko skliceval, ni nobenega jamstva. Gre zgolj za špekuliranje o pogodbi.

65. Tretjič, v predložitveni odločbi je navedeno, da je bilo v obravnavani zadevi naročilo sestavljeno iz dveh sklopov.[40] Javni razpis, ki se obravnava v tem primeru, se je nanašal le na prvi sklop. V zvezi z eventualnim razmerjem med prvim in drugim sklopom ni bila predložena nobena dodatna informacija. Vendar si ni mogoče predstavljati, da bi imel tak položaj vlogo pri opredelitvi protidajatve v smislu pravne obveznosti, ki bi jo imel naročnik do ponudnika v zvezi z obema sklopoma. Zagotovo ni zaželeno niti sprejeti niti spodbujati – bodisi izrecno bodisi implicitno – politiko, na podlagi katere bi podjetje oddalo ponudbo, ki bi bila veliko nižja od stroškov, kar vključuje znesek 0 EUR, v okviru enega sklopa, pri tem pa bi upalo na to, da bo te stroške pokrilo pozneje pri pridobitvi drugega sklopa naročila.

66. Če povzamem, nobeden od treh scenarijev, ki ustrezajo potencialnim „koristim“, za katere bi bilo mogoče trditi, da pomenijo protidajatev, ki jo prejme ponudnik, ki ponudi nekatere storitve brezplačno, ne spada pod pojem „odplačna pogodba“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24. Pri nobenem od teh primerov ne gre za protidajatev, ki bi jo bilo mogoče pravno zahtevati od naročnika v okviru pogodbe. Skupni imenovalec teh koristi je v tem, da gre pri vseh za stavo na prihodnost.

40 Glej točko 11 teh sklepnih predlogov.

67. Na koncu bi bilo mogoče dodati, da zadnjenavedeni dejanski element omogoča jasno razlikovanje obravnavane zadeve od še bolj prožnega pristopa glede protidajatve in odplačnosti, ki ga je na primer uporabil generalni pravobranilec M. Campos Sánchez-Bordona v sklepnih predlogih v zadevi Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41]. Zlasti v precej dinamičnem sektorju, kot je razvijanje programske opreme, si je namreč mogoče zamisliti določeno število dokaj netipičnih protidajatev. Tako bi se lahko prva programska oprema dobavila brezplačno, kar pa ne bi veljalo za njene prihodnje izpopolnitve; naročnik lahko opravi plačilo v naravi, tako da v zameno posreduje svoje podatke, da jih lahko programer uporabi v prihodnjih aplikacijah; naročnik lahko obljubi, da bo v rednih časovnih intervalih posredoval povratne informacije, tako da bo lahko razvijalec izpopolnil svoj izdelek in razširil njegovo trženje, itd. Vsi ti položaji lahko pripeljejo do sklenitve odplačnih pogodb, če te obveznosti jasno izhajajo iz dogovora, ki se sklene z naročnikom, in je z njimi opredeljena pravno izvršljiva protidajatev, čeprav vsaki konkretni protidajatvi ni vedno lahko določiti cene.

68. V obravnavani zadevi pa ni nobene razločne protidajatve naročnika, ki bi izhajala iz jasne in izvršljive obveznosti v predvideni pogodbi. Prva „korist“ je zgolj samodejno pravno dejstvo. Druga je povsem špekulativna in negotova. Tretja, če bi si jo bilo sploh mogoče zamisliti, bi bila zelo problematična. Zato ob neobstoju protidajatve, ki bi bila naložena naročniku, predvidene pogodbe ni mogoče opredeliti za „odplačno pogodbo“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24.

C. Ali je ponudba v višini 0 EUR neobičajno nizka ponudba?

69. Pri drugem vprašanju za predhodno odločanje je treba določiti pravno podlago za zavrnitev ponudbe, kot je obravnavana, v višini 0 EUR.

70. Predložitveno sodišče se sicer pri tem vprašanju osredotoča na določbe člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, vseeno pa opozarjam, da je v skladu z navedbami tega sodišča Ministrstvo za notranje zadeve zadevno ponudbo preučilo glede na določbe o „neobičajno nizkih ponudbah“ iz člena 69 te direktive. Vendar naj to ministrstvo ponudbe vlagateljice zahtevka za revizijo ne bi zavrnilo zato, ker je bila ta neobičajno nizka ali ker z njo ni bilo mogoče izpolniti zahtev in obveznosti, navedenih v obvestilu o javnem naročilu, temveč ker je bila njena višina 0 EUR.

71. Tako je drugo vprašanje predložitvenega sodišča procesne narave: je v primeru, da naročnik prejme ponudbo, v kateri je v polju „cena“ navedeno 0 EUR, (i) potrebno, da naročnik to ponudbo samodejno izključi neposredno na podlagi člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, ker nobena tovrstna ponudba ne more nikoli pripeljati do sklenitve veljavnega javnega naročila, ali pa (ii) je treba to ponudbo prav tako preučiti v skladu s postopkom, ki se nanaša na neobičajno nizke ponudbe, iz člena 69 Direktive 2014/24?

72. Ob upoštevanju predlaganega odgovora na prvo vprašanje predložitvenega sodišča (protidajatev, ki se lahko zahteva v okviru javnega naročila, ne zajema nujno neposrednega prenosa denarja, ampak je lahko protidajatev v naravi, če ima vsaj neko ekonomsko vrednost) je logičen odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje tak, kot je nakazan pod točko (ii), in sicer da je treba ponudbo, v kateri je predlagana nominalna cena 0 EUR, prav tako obravnavati kot neobičajno nizko ponudbo.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Glej točki 51 in 52 teh sklepnih predlogov.

73. Prvič, postopek iz člena 69 Direktive 2014/24 se nanaša na fazi ponudbe in pogajanj. Zakonodajalec Unije namreč v tem členu zahteva, da naročnik ponudniku ponudi možnost, da pojasni višino svoje ponudbe in utemelji njeno resnost. Poleg tega zahteva, da naročnik upošteva ne le predložene utemeljitve, in sicer zlasti tiste, ki se nanašajo na ekonomiko izpolnitvenega ravnanja, izbrane tehnične rešitve ali izjemno ugodne pogoje, ki so temu ponudniku na voljo za izvedbo dogovorjene storitve,[42] ampak tudi vse elemente, ki so upoštevni z vidika zadevnega izpolnitvenega ravnanja in obveznosti, povezanih z njegovo izvedbo.[43]

74. Tako ni mogoče izključiti – razen če je iz narave naročila ali iz same ponudbe nedvoumno razvidno, da si ni mogoče zamisliti drugačne protidajatve in da zato ni smiselno, da se ponudniku omogoči, da svojo ponudbo pojasni – da bo pogodba, ki bo sklenjena, na koncu lahko „odplačna“ pogodba v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24.

75. Vse to spominja na paradoks Schrödingerjeve mačke. Dokler škatla ni odprta in njena vsebina pregledana, ni mogoče izključiti, da je mačka v tej škatli živa. V istem smislu, dokler naročnik ponudniku na podlagi člena 69 Direktive 2014/24 ne da možnosti, da pojasni logiko in strukturo stroškov v svoji ponudbi, ni mogoče izključiti, da lahko zadevna ponudba pripelje do pridobitve javnega naročila, brez poseganja v to, da lahko naročnik navsezadnje ponudbo zavrne. Vendar taka zavrnitev ne sme biti utemeljena zgolj z dejstvom, da nominalna ponudba v višini 0 EUR ne izpolnjuje pogoja odplačnosti iz člena 2(1), točka 5, te direktive.

76. Drugič, ugotoviti je treba, da v Direktivi 2014/24 ni opredeljen pojem „neobičajno nizka ponudba“ niti ni pojasnjeno, kakšen numerični znesek je s tem zajet.[44] Zakonodajalec Unije je uporabil splošno dikcijo, Sodišče pa prav tako uporablja izraz „nizka cena, predlagana v […] ponudbi“.[45]

77. Vendar Sodišče, kot izhaja iz njegove sodne prakse, nasprotuje uvedbi matematičnega merila za izključitev. Sodišče želi spodbujati učinkovito konkurenco v skladu s cilji pravil javnega naročanja. Sodišče je v sodbi z dne 22. junija 1989, Costanzo[46], razsodilo, da matematično merilo za izključitev ponudnikom, ki so predložili posebej nizke ponudbe, odvzema možnost dokazati, da so te ponudbe resne, in je zato v nasprotju s ciljem Direktive 71/305/EGS[47], ki je spodbujanje razvoja učinkovite konkurence na področju javnega naročanja.

78. Ob upoštevanju teh elementov je tako očitno, da nič ne nasprotuje temu, da lahko pojem „neobičajno nizka ponudba“ vključuje ponudbo v višini 0 EUR. Res je, da je znesek „0 EUR“ nekakšna psihološka ovira. Vendar z ekonomskega vidika ni razloga, da bi se ta ponudba razlikovala od ponudbe v višini 10 EUR ali 100 EUR, dokler so vse te ponudbe nižje od stroškov naročila.

79. Na tretjem in zadnjem mestu, nobenega dvoma ni, da bi bilo mogoče z nekaterimi dodatnimi argumenti zagovarjati zavrnitev preučitve ponudb v višini 0 EUR. Dovolitev takih ponudb bi namreč lahko bila v nasprotju s ciljem *preglednosti* na področju javnih sredstev in boja proti korupciji: dejanski stroški in poznejša plačila bi bili preprosto premaknjeni in prikriti v drugih vzporednih transakcijah. Prav tako je mogoče, čeprav se tak pristop na prvi pogled zdi ugoden za *javne proračune*, da bi se javno naročilo, sklenjeno za nominalno ceno 0 EUR, na koncu za naročnika izkazalo za dražje in težje izvedljivo ter bi tako povzročilo zvišanje stroškov, namesto da bi se že na začetku plačala ustrezna cena. Poleg tega bi lahko to, da bi naročniki podpirali prakso predatorskih cen, povzročilo nekaj zaskrbljenosti z vidika *konkurenčnega prava*.

42 Te utemeljitve so navedene v členu 69(2) Direktive 2014/24.

43 Glej sodbo z dne 16. maja 2019, Transtec/Komisija (T-228/18, EU:T:2019:336, točka 69 in navedena sodna praksa).

44 Sodišče je v sodbi z dne 18. decembra 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), tako opozorilo, da lahko države članice in zlasti naročniki določijo način izračuna praga „neobičajno nizke ponudbe“ (točka 49 in navedena sodna praksa).

45 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 18. decembra 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, točka 46).

46 103/88, EU:C:1989:256, točka 18.

47 Direktiva Sveta z dne 26. julija 1971 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL 1971, L 185, str. 5).

80. Vsekakor bi bilo mogoče ne glede na to, kako legitimni so ti pomisleki, enake argumente uporabiti v nasprotni smeri, torej v korist preučitve takih ponudb.[48] Predvsem pa bi bilo mogoče vse te argumente uporabiti celo proti vsakršni preučitvi neobičajno nizkih ponudb. Enaki preudarki kot tisti v prejšnji točki teh sklepnih predlogov bi se brez razlikovanja uporabili za vsako neobičajno nizko ponudbo: to bi na primer v primeru naročila, ocenjenega na 150.000 EUR, veljalo za ponudbo, ki bi znašala 1000 EUR, 101 EUR ali simboličen 1 EUR. Čeprav bi bile vse te ponudbe precej nižje od dejanskih stroškov, jih naročnik ne bi mogel samodejno zavrniti. Preučiti jih mora po postopku, ki je za to posebej določen v členu 69 Direktive 2014/24.

81. Če je zakonodajalec Unije v okviru prava javnih naročil, potem ko je pretehtal vse prednosti in nevšečnosti, povezane z neobičajno nizkimi ponudbami, sprejel to zakonodajno odločitev, ne najdem logičnega argumenta, na podlagi katerega bi bilo mogoče ponudbe v višini 0 EUR izključiti iz take sheme. Te ponudbe je torej treba obravnavati enako. Če bi torej Sodišče sprejelo moj predlog v zvezi s prvim vprašanjem („odplačna pogodba“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24 ne zahteva nujno plačila denarnega zneska, ampak lahko zajema protidajatev naročnika v naravi), potem nominalni znesek, naveden v ponudbi za sklenitev pogodbe, ni odločilen.

82. Zato menim, da mora naročnik ponudbo v višini 0 EUR preučiti glede na pogoje iz člena 69 Direktive 2014/24, da bi jo glede na okoliščine primera zavrnil zlasti z obrazložitvijo, da ta ponudba ne more pripeljati do sklenitve odplačne pogodbe v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive, ker naročnik v okviru razpisnega postopka ne bi zagotovil nobene protidajatve ekonomske narave.

V. Predlog

83. Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavila Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil, odgovori:

1. Pojem „odplačna pogodba“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, kakor je bila spremenjena z Delegirano uredbo Komisije (EU) 2017/2365 z dne 18. decembra 2017, je treba razlagati tako, da ne omogoča, da se posel, s katerim ponudnik naročniku ponudi, da bo opravil storitev za znesek 0 EUR, opredeli za „javno naročilo storitev“, če se pogodbeni stranki ne dogovorita o protidajatvi naročnika, ki ima ekonomsko vrednost.

2. Ponudbo s ponudbeno ceno 0 EUR je treba preučiti v skladu z določbami člena 69 Direktive 2014/24, kakor je bila spremenjena z Delegirano uredbo 2017/2365, ki se nanaša na neobičajno nizke ponudbe, glede na okoliščine primera po tem, ko bi se od ponudnika pridobile dodatne informacije o natančni naravi naročnikove protidajatve z ekonomsko vrednostjo. Tako ponudbo je treba zavrniti, če v posebnem okviru razpisnega postopka ne bi mogla pripeljati do sklenitve „odplačne pogodbe“ v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive.

48 Na primer, v zvezi s konkurenco bi bilo mogoče trditi, da so ta pravila dejansko ugodna za konkurenco: verjetno je, da imajo mala in srednje velika podjetja ter zagonska podjetja nižje fiksne stroške in lahko za neko pogodbo sprejmejo ničelne marže. V takih okoliščinah se lahko ponudbe za 0 EUR izkažejo za konkurenčne, ker tem malim podjetjem omogočijo vstop na trg.