Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 13 grudnia 2017 r.[1]

Sprawa C-9/17

Maria Tirkkonen
przy udziale:
Maaseutuvirasto

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Korkein hallinto-oikeus (naczelny sąd administracyjny, Finlandia)]

Pytanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi doradztwa rolniczego – Istnienie zamówienia publicznego – System nabywania usług w drodze umów zawieranych na podstawie umowy ramowej, dostępny dla każdego wykonawcy, który spełnia wcześniej ustalone warunki – System niedostępny w późniejszym okresie dla innych wykonawców

1. Wśród różnych form wsparcia rozwoju obszarów wiejskich finansowanych przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) znajdują się działania obejmujące świadczenie usług doradztwa na rzecz rolników. Władze krajowe dokonują wyboru doradców, którzy mają udzielać rolnikom fachowych porad, w drodze procedur otwartych, co do zasady, dla tych wykonawców, którzy spełniają odpowiednie warunki w celu świadczenia takich usług.

2. W ramach jednego z takich postępowań selekcyjnych M. Tirkkonen, poprzez wypełnienie wymaganego formularza, złożyła wniosek o wpisanie jej na listę doradców rolniczych. Jednakże nie wypełniła punktu, w którym miała wskazać, czy akceptuje „warunki projektu umowy ramowej", wskutek czego jej kandydatura została odrzucona przez instytucję zamawiającą.

3. Jak wynika z treści postanowienia odsyłającego, brak ten można byłoby usunąć, gdyby w postępowaniu tym miała zastosowanie ustawa krajowa regulująca stosunki pomiędzy organami administracji publicznej a adresatami wydawanych przez te organy decyzji. Jednakże, ponieważ zastosowanie ma ustawa krajowa o zamówieniach publicznych, brak ten wydaje się nieusuwalny. Tak w każdym razie stwierdziły zarówno organ fińskiej administracji publicznej, jak i sąd pierwszej instancji, który utrzymał w mocy decyzję owego organu.

4. W związku z powyższym Korkein hallinto-oikeus (naczelny sąd administracyjny, Finlandia) zwraca się w istocie o wyjaśnienie, czy będący przedmiotem niniejszego postępowania system wyboru doradców rolniczych stanowi „zamówienie publiczne" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE[2].

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

5. W celu udzielenia odpowiedzi na jego wątpliwości należy wziąć pod uwagę stanowisko Trybunału na temat tego pojęcia przedstawione w wyroku Falk Pharma [3], które to stanowisko moim zdaniem zawiera wskazówki wystarczające dla rozstrzygnięcia sporu.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/18

6. Zgodnie z art. 1 („Definicje”):

„[…]

2.

a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

[…]

5. »Umowa ramowa« oznacza umowę zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości.

[…]”.

7. Artykuł 32 („Umowy ramowe”) stanowi:

„[…]

2. W celu zawarcia umowy ramowej instytucje zamawiające przestrzegają reguł proceduralnych, o których mowa w niniejszej dyrektywie na wszystkich etapach, aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielania zamówień określonych zgodnie z art. 53.

Zamówień opartych na umowach ramowych udziela się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4. Procedury te mogą być stosowane wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi i wykonawcami, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

Podczas udzielania zamówień na podstawie umów ramowych strony nie mogą pod żadnym pozorem dokonywać istotnych zmian w warunkach określonych w danej umowie, w szczególności w przypadku, o którym mowa w ust. 3.[…]

3 Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. (C-410/14, EU:C:2016:399) (zwany dalej „wyrokiem Falk Pharma”).

4. W przypadku gdy umowa ramowa zawierana jest z kilkoma wykonawcami, ich liczba nie może być mniejsza od trzech, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub dopuszczalnych ofert spełniających kryteria udzielania zamówień.Zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami mogą być udzielane:

– poprzez zastosowanie warunków określonych w umowie ramowej bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej, lub

– w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej, po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowiej sprecyzowanych warunkach, oraz, o ile ma to zastosowanie, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji umowy ramowej, zgodnie z następującą procedurą:

  a) w odniesieniu do każdego zamówienia, które ma zostać udzielone, instytucje zamawiające konsultują się na piśmie z wykonawcami zdolnymi do realizacji zamówienia;

  b) instytucje zamawiające wyznaczają termin wystarczający, aby umożliwić złożenie ofert w odniesieniu do każdego zamówienia, uwzględniając czynniki takie, jak złożoność przedmiotu zamówienia oraz okres potrzebny do przesłania ofert;

  c) oferty należy składać na piśmie, zaś ich treść powinna pozostać poufna aż do upływu terminu przewidzianego na odpowiedź;

  d) instytucje zamawiające udzielają zamówienia temu oferentowi, który złożył najlepszą ofertę w świetle kryteriów udzielania zamówień określonych w specyfikacji umowy ramowej”.

8. Artykuł 53 („Kryteria udzielenia zamówienia”) stanowi:

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

  a) w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji; lub

  b) wyłącznie najniższa cena.

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

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

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

2. Rozporządzenie (UE) nr 1305/2013[4]

9. Artykuł 15 ust. 3 stanowi:

„Organy lub podmioty wybrane do świadczenia usług doradczych muszą posiadać odpowiednie zasoby w postaci regularnie szkolonego i wykwalifikowanego personelu oraz doświadczenie w zakresie doradztwa oraz wiarygodność w odniesieniu do dziedzin, których dotyczą świadczone przez nich usługi doradcze. Beneficjenci w ramach tego działania wybierani są w drodze zaproszenia do składania ofert. Procedura wyboru jest regulowana prawem zamówień publicznych i musi być otwarta zarówno dla podmiotów publicznych, jak i prywatnych. Procedura ta musi być obiektywna i muszą być z niej wyłączeni kandydaci, których dotyczy konflikt interesów.

[…]”.

3. Rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 808/2014[5]

10. Artykuł 7 przewiduje:

„Zaproszenia do składania ofert, o których mowa w art. 15 ust. 3 rozporządzenia (UE) nr 1305/2013, odbywają się z zastosowaniem unijnych i krajowych zasad udzielania zamówień publicznych. Państwa członkowskie należycie uwzględniają stopień osiągnięcia przez wnioskodawców kwalifikacji, o których mowa w tym artykule”.

B. Prawo krajowe

11. Dyrektywa 2004/18 została transponowana w Finlandii przez ustawę o zamówieniach publicznych (ustawa 348/2007).

12. Zgodnie z § 45 ust. 1 ustawy o wdrażaniu pomocy dla rolnictwa (ustawa 192/2003, zmieniona ustawą 501/2014) doradcy wybierani są przy uwzględnieniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych oraz na okres, który upływa wraz z zakończeniem programu rozwoju obszarów wiejskich stałego lądu Finlandii na lata 2014–2020.

13. Stosownie do § 45 ust. 2 tej ustawy dla dokonania wyboru i zaakceptowania doradcy konieczne jest, aby doradca posiadał wystarczającą wiedzę fachową odpowiadającą treści i zakresowi usług doradczych, które będzie świadczył. Ponadto doradca musi spełniać wymagane warunki przydatności.

II. Okoliczności faktyczne

14. W dniu 16 września 2014 r. Maaseutuvirasto (fińska agencja ds. obszarów wiejskich, zwana dalej „Agencją”) ogłosiła przetarg otwarty na świadczenie w oparciu o umowę ramową usług doradztwa na rzecz gospodarstw rolnych w latach 2015–2020.

4 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005 (Dz.U. 2013, L 347, s. 487).

5 Rozporządzenie wykonawcze Komisji z dnia 17 lipca 2014 r. ustanawiające zasady stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) (Dz.U. 2014, L 227, s. 18).

15. W ogłoszeniu o przetargu wskazano, że udział w postępowaniu przetargowym mogą wziąć zarówno doradcy publiczni, jak i doradcy prywatni, a jego celem jest znalezienie usługodawców spełniających wymogi art. 15 ust. 3 rozporządzenia nr 1305/2013 i art. 13 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1306/2013 [6]; ponadto doradcy ci mają dysponować doświadczeniem w zakresie doradztwa.

16. System wyboru wykonawców zorganizowano na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych w formie umowy ramowej, a usługodawcy byli wybierani w ramach procedury otwartej opisanej w § 65 tej ustawy.

17. Umowa ramowa zawierała istotne warunki świadczenia usług. Poszczególnych zamówień dokonywano bez przeprowadzania odrębnych postępowań przetargowych w taki sposób, by rolnik/gospodarujący gruntami rolnymi, który o to wnosił, mógł skorzystać z usług doradztwa świadczonych przez tego doradcę, który jego zdaniem najlepiej wypełni jego potrzeby. Zasadniczo korzystano z usług oferowanych w najbliższej okolicy, w uzasadnionych przypadkach można jednak było korzystać z innych doradców.

18. Wynagrodzenie doradców ustalane było w oparciu o liczbę godzin świadczenia usług i było pokrywane przez Agencję (z wyjątkiem podatku VAT, który był uiszczany przez rolnika korzystającego z doradztwa).

19. Ze względu na istniejący popyt na doradztwo dopuszczeni byli wszyscy doradcy spełniający kryteria kwalifikacji i wymogi minimalne wskazane w załącznikach do umowy ramowej. Ponadto kandydaci zobowiązani byli do zdania specjalnego egzaminu stanowiącego część procedury wyboru.

20. Decyzją z dnia 18 grudnia 2014 r. Agencja odrzuciła wniosek złożony przez M. Tirkkonen, ponieważ ta nie wypełniła pkt 7 formularza „Spełnianie wymogów formalnych oferty i wymogów przetargu" (załącznik nr 2 do dokumentacji przetargowej). W tym punkcie miała ona wskazać, przez zaznaczenie kratki „tak" lub „nie", czy „akceptuje warunki przetargu załączone do projektu umowy ramowej".

21. Maria Tirkkonen zaskarżyła decyzję Agencji do Markkinaoikeus (sądu do spraw handlowych, Finlandia), podnosząc, że w tej sprawie nie chodzi o udzielenie zamówienia publicznego. Zastosowanie ma zatem nie ustawa o zamówieniach publicznych, lecz ustawa o administracji publicznej, co zobowiązywało Agencję do wezwania M. Tirkkonen do uzupełnienia dokumentacji jej oferty.

22. W dniu 7 września 2015 r. Markkinaoikeus (sąd do spraw handlowych) oddalił skargę M. Tirkkonen, w rezultacie czego zaskarżyła ona to orzeczenie do Korkein hallinto-oikeus (naczelnego sądu administracyjnego), który przedstawił niniejsze pytanie prejudycjalne.

23. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, chodzi o wyjaśnienie, czy „system usług doradztwa [stosowany przez Agencję] stanowi zamówienie publiczne mieszczące się w zakresie zastosowania dyrektywy 2004/18 oraz, w rezultacie, krajowej ustawy o zamówieniach publicznych" [7].

6 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie finansowania wspólnej polityki rolnej, zarządzania nią i monitorowania jej i uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 352/78, (WE) nr 165/94, (WE) nr 2799/98, (WE) nr 814/2000, (WE) nr 1290/2005 i (WE) nr 485/2008 (Dz.U. 2013, L 347, s. 549).

7 Sąd odsyłający wskazuje, że przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie jest ustalenie, czy Agencja „postępowała zgodnie ze sposobem przewidzianym w przepisach w sprawie udzielania zamówień publicznych" (pkt 8 postanowienia odsyłającego). W każdym razie nie ma potrzeby wyjaśniać, że jeżeli dyrektywa 2004/18 miałaby zastosowanie, to można z niej wywieść, iż instytucja zamawiająca może zezwolić, w ramach postępowania przetargowego, na usunięcie takich braków formalnych, które nie oznaczają złożenia nowej oferty ani istotnej zmiany pierwotnych warunków. W tym zakresie odsyłam do mojej opinii przedstawionej w sprawach połączonych M.A.T.I. SUD i DUEMMESGR (C-523/16 i C-536/16, EU:C:2017:868).

III. Pytanie prejudycjalne

24. Pytanie prejudycjalne brzmi następująco:

„Czy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy dokonywać w taki sposób, że definicja »zamówień publicznych« obejmuje w rozumieniu tej dyrektywy system zamówień:

– poprzez który instytucja publiczna zamierza pozyskać na rynku usługi na z góry ograniczony okres, zawierając umowy na warunkach załączonego do ogłoszenia o przetargu projektu umowy ramowej ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełniają ustalone szczegółowo w dokumentach przetargowych wymogi dotyczące kwalifikowalności oferenta i oferowanej usługi i zdadzą opisany w ogłoszeniu o przetargu egzamin, oraz

– do którego nie można już przystąpić w trakcie okresu obowiązywania umowy?”.

IV. Postępowanie przed Trybunałem i stanowiska stron

25. Pytanie prejudycjalne wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 9 stycznia 2017 r. Uwagi na piśmie przedstawiły M. Tirkkonen, rząd fiński i Komisja. Nie uznano za konieczne przeprowadzenia rozprawy.

26. Maria Tirkkonen podnosi, że spośród trzech etapów, z których składa się postępowanie przetargowe (weryfikacja kompetencji oferentów, ocena zgodności ofert z ogłoszeniem, wybór oferty na podstawie kryterium najniższej ceny lub kryterium stosunku ceny do jakości), w przedmiotowym postępowaniu nie przeprowadzono etapu trzeciego, ponieważ złożone oferty nie zostały porównane, a wyboru usługodawcy dokonuje rolnik. W szczególności wskazuje ona, że 140 wstępnie przyjętych doradców przystąpiło do egzaminu, a zdało go 138 doradców, przy czym egzamin ten w rzeczywistości nie pozwalał ich sklasyfikować według uzyskanych wyników. Brak dokonania wyboru spośród złożonych ofert wyklucza istnienie zamówienia publicznego.

27. Rząd fiński podkreśla znaczenie wyroku Falk Pharma, wskazując jednak, że w niniejszej sprawie system nie jest dostępny dla nowych oferentów w sposób ciągły. Jego zdaniem okoliczność, że instytucja zamawiająca „nakłada na wykonawców liczne precyzyjne wymogi nieznajdujące podstaw w ustawodawstwie”[8], skutkuje tym, że system ten zbliża się do pojęcia zamówienia publicznego. Zastosowanie uregulowania prawnego dotyczącego zamówień publicznych jest uzasadnione potrzebą zapewnienia, aby kryteria wyboru nie były ustalane w sposób dyskryminacyjny.

28. Rząd fiński podnosi ponadto, że spośród 163 otrzymanych ofert dopuszczono warunkowo 140, a finalnie zaakceptowano 138. Dane te potwierdzają selektywny charakter tego postępowania oraz wolę zaakceptowania przez instytucję zamawiającą jedynie najlepszych ofert, a także zniechęcający charakter warunków wymaganych od oferentów.

29. Wreszcie, zdaniem rządu fińskiego przyjęcie sześcioletniego okresu obowiązywania tego systemu oznacza, że w tym czasie nie można przyjąć nowych doradców, co odróżnia sporne postępowanie od zwykłego systemu zezwoleń.

30. Komisja stoi na stanowisku, że zawarte w ogłoszeniu szczególne wymogi dotyczące kwalifikacji oferenta i świadczonych usług, które zostały przedstawione przez sąd odsyłający, nie stanowią kryterium udzielenia zamówienia, lecz zwykłe kryterium wyboru.

8 Punkt 22 jego uwag na piśmie.

31. Zdaniem Komisji w postępowaniu tym nie stosowano kryteriów udzielenia zamówienia, a Agencja nie mogła wykluczyć lub odrzucić uprawnionego doradcy, który został wybrany przez rolnika. W rezultacie w postępowaniu tym zastosowano jedynie kryteria wyboru.

32. W tej sytuacji Komisja wskazuje, że niniejsza sprawa wykazuje podobieństwa do sprawy rozstrzygniętej już wyrokiem Falk Pharma, który to wyrok znalazł potwierdzenie w dyrektywie 2014/24/UE [9]. Jej zdaniem nie ma znaczenia, że sporny system nie jest dostępny dla zainteresowanych w sposób ciągły, bowiem brak dokonania wyboru należy uznać za wystarczający dla odmowy uznania go za system stanowiący zamówienie publiczne.

V. Ocena

33. Zdaniem sądu odsyłającego fińskie organy administracji wprowadziły program oparty na rozporządzeniu nr 1305/2013, a zgodnie z art. 15 ust. 3 tego rozporządzenia procedura wyboru podmiotów świadczących usługi doradztwa jest regulowana prawem zamówień publicznych. W związku z tym odpowiedzi na pytanie prejudycjalne należy udzielić w oparciu o uregulowanie dotyczące zamówień publicznych.

34. Uważam, iż wskazane odwołanie do prawa zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że procedura wyboru doradców rolniczych musi spełniać zasady (niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości) stosowane w ramach tej gałęzi prawa. Moim zdaniem nie chodzi o wymóg, aby stosować absolutnie wszystkie postanowienia dyrektyw Unii w przedmiocie udzielania zamówień przez organy publiczne.

35. Sąd odsyłający zwraca się w istocie o wyjaśnienie, czy system taki jak ten będący przedmiotem niniejszej sprawy „wchodzi w zakres zastosowania dyrektywy 2004/18/WE". Przypominam, że w systemie tym chodzi o pozyskanie nieokreślonej liczby osób, które będą świadczyć usługi doradztwa rolniczego dla rolników poprzez przeprowadzenie postępowania zgodnie z warunkami zawartymi w umowie ramowej, w którym to postępowaniu mogą wziąć udział osoby, które spełniają wymogi wskazane w specyfikacji warunków zamówienia oraz zdadzą egzamin. System ten obowiązuje przez określony czas, w ciągu którego wyłączono możliwość przyjęcia nowych doradców.

36. Komisja wskazuje [10], że z danych przedstawionych przez sąd odsyłający wynika, iż na pierwszy rzut oka spełnione zostały zawarte w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 przesłanki charakteryzujące zamówienia publiczne. Mamy bowiem do czynienia z umową zawartą na piśmie, na podstawie umowy ramowej, pomiędzy wykonawcą (doradcą) a instytucją zamawiającą (Agencją), której przedmiotem jest świadczenie usług za wynagrodzeniem. Zdaniem sądu odsyłającego [11] w szczególności świadczone usługi doradztwa stanowią korzyść zarówno dla rolnika, który je otrzymuje, jak i dla Agencji, która za nie płaci i w której imieniu, w zakresie jej uprawnień administracyjnych, są one świadczone.

37. Nie można jednak zapominać, że zdaniem Trybunału „[w]ybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy, wydaje się być tym samym elementem nieodłącznie związanym z ujęciem zamówień publicznych w ramy […] dyrektywy [2004/18] i w konsekwencji z pojęciem »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy" [12].

9 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

10 Punkty 27 i 28 uwag na piśmie Komisji.

11 Punkt 56 postanowienia odsyłającego: „Można wychodzić z założenia, że świadczenia dotyczące wykonania usług będących przedmiotem sporu stanowią bezpośrednią korzyść ekonomiczną dla Agencji".

12 Wyrok Falk Pharma, pkt 38.

38. Nie wydaje mi się, aby stanowisko zawarte w wyroku Falk Pharma było nadmierne ograniczające. Wynika z niego koniec końców, że w zamówieniach publicznych, do których mają zastosowanie przepisy dyrektywy 2004/18, musi zostać wyłoniony ostateczny zwycięzca, wybrany spośród wszystkich konkurentów z uwagi na przymioty jego oferty. Element ten jest kluczowy dla „każdego zamówienia, [każdej] umowy ramowej oraz [każdego] dynamicznego systemu zakupów", dla którego „instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie, zawierające *nazwę wybranego oferenta oraz powody wyboru jego oferty*" [art. 43 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2004/18, wyróżnienie własne] [13].

39. Wskazanie w spornym systemie jakichkolwiek *kryteriów przyznania lub udzielenia zamówienia* na świadczenie usług doradztwa nie jest moim zdaniem możliwe, można bowiem wskazać jedynie *kryteria wyboru* wykonawców zdolnych do świadczenia takich usług.

40. Jak wskazał rzecznik generalny M. Wathelet w opinii przedstawionej w sprawie Ambisig [14], są to dwa rodzaje kryteriów, które Trybunał odróżnia. Czym innym jest „weryfikacja zdolności oferentów do wykonania udzielanego zamówienia", a czym innym „udzielenie zamówienia". „O ile wybór oferenta dotyczy jego indywidualnej sytuacji i zdolności do wykonywania danej działalności zawodowej, o tyle zamówienie udzielane jest ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej [art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18] lub zaproponował najniższą cenę [art. 53 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy]".

41. Innymi słowy, jeżeli przy pomocy kryteriów *wybor*u dokonuje się oceny *oferentów* w oparciu o ich kwalifikacje, to przy pomocy kryteriów *udzielenia zamówienia* dokonuje się ustalenia i wyboru najlepszej *oferty* spośród ofert przedstawionych przez różnych oferentów. Ponieważ chodzi o „otwarcie zamówień publicznych na konkurencję" [15], wykonawcy muszą konkurować między sobą jako rywale, aby uzyskać zamówienie publiczne na świadczenie usług.

42. W tym kontekście za kluczowe uważam stwierdzenie sądu odsyłającego, zgodnie z którym „[w] ogłoszeniu o przetargu nie są ustalone kryteria udzielenia zamówienia, na których podstawie porównywane byłyby oferty, a [Agencja] nie oceniała, względnie nie porównywała ofert na zasadzie punktowej", lecz „[w]szyscy oferenci spełniający warunki przetargu między innymi w odniesieniu do wykształcenia i doświadczenia zawodowego włączeni zostali do umowy ramowej, o ile zdali opisany w dokumentacji przetargowej egzamin" [16].

43. Rząd fiński utrzymuje, że kryteria dopuszczenia nadają temu postępowaniu charakter prawdziwie selektywny. Z jednej strony okoliczność, że zostały one ogłoszone z wyprzedzeniem, mogła spowodować, że zainteresowani, którzy uważali, iż nie spełniają warunków, powstrzymali się od złożenia oferty. Z drugiej strony warunki te były tak surowe, że nie wszyscy mogli je spełnić, a zatem umowy zostały w rzeczywistości zawarte z „wybraną grupą" [17]. Selektywny charakter tego postępowania zdaniem rządu fińskiego sprawiał zatem, że niezbędne było, by ustalenie kryteriów nadających ten charakter zostało dokonane w sposób niedyskryminacyjny, co skutkowało zastosowaniem przepisów prawa dotyczących zamówień publicznych.

13 Ibidem, pkt 39.

14 C-601/13, EU:C:2014:2474, pkt 17, 19.

15 Motyw 2 dyrektywy 2004/18.

16 Postanowienie odsyłające, pkt 59.

17 Punkt 38 uwag na piśmie rządu fińskiego. Wskazano w nim, że spośród 163 zgłoszonych ofert wstępnie zaakceptowano 140, a ostatecznie 138, co stanowi 85% kandydatów.

44. Nie ulega wątpliwości, że wymóg spełnienia określonych warunków w zakresie posiadanych kompetencji i zalet w celu przystąpienia do spornego systemu stanowi pewnego rodzaju mechanizm wyboru. Jednakże w przypadku zamówień objętych przepisami dyrektywy 2004/18 rozstrzygające jest nie stwierdzenie zdolności oferentów do świadczenia usług doradztwa (kryterium wyboru), lecz różnica pomiędzy ofertami tych oferentów, których uznano za zdolnych do świadczenia usług, w celu dokonania ostatecznego wyboru oferenta lub oferentów, którym powierzy się świadczenie usług (kryterium udzielenia zamówienia).

45. Przesłanki przystąpienia do systemu doradztwa rolniczego oparte na technicznej zdolności (między innymi zdanie egzaminu) pozwalają oczywiście dokonać wyboru oferentów w oparciu o wcześniej ustalony próg kwalifikacji. Jednakże wyborem istotnym do celów stosowanego w dyrektywie 2004/18 pojęcia „zamówienia publicznego" jest wybór wynikający z różnic pomiędzy kompetencjami i zaletami prezentowanymi w ofertach poszczególnych kandydatów. Inaczej mówiąc, rozstrzygające jest ostateczne *udzielenie zamówienia*, w oparciu o porównanie czy zróżnicowanie, temu oferentowi, który przedstawił najlepszą ofertę, a nie wstępne *dokonanie wyboru* na podstawie określonego progu kwalifikacji, którego przekroczenie nie wymaga od kandydatów żadnego współzawodnictwa.

46. Sąd odsyłający odwołuje się do wyroku Ambisig [18], w którym Trybunał stwierdził, że kompetencje i doświadczenie członków zespołu mającego wykonać zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest świadczenie usług szkolenia i doradztwa, „mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tej ekipy" oraz że „[z]dolność ta może być cechą charakterystyczną oferty i jest związana z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18" [19], tak iż „rzeczona zdolność może stanowić kryterium udzielenia w ogłoszeniu o przetargu lub w specyfikacji zamówienia" [20].

47. Jednakże Trybunał przedstawił to stanowisko w odniesieniu do sytuacji, kiedy instytucja zamawiająca wybrała jednego z konkurujących oferentów, a wykluczyła drugiego właśnie w oparciu o kryterium zdolności konkurujących zespołów.

48. W niniejszej sprawie, jak wskazuje sąd odsyłający, mamy do czynienia z odwrotną sytuacją, bowiem Agencja nie ograniczyła wstępnie liczby ewentualnych usługodawców [21] ani nie dokonała porównania złożonych ofert, ani nie doprowadziła do ostatecznego wyboru jednej lub kilku ofert na podstawie porównawczej oceny ich treści, przy wykluczeniu pozostałych ofert [22].

49. W niniejszym przypadku ma zatem zastosowanie stanowisko zawarte w wyroku Falk Pharma, zgodnie z którym „kiedy podmiot publiczny zamierza zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać omawiane produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, brak wyznaczenia wykonawcy, któremu przyznana zostałaby wyłączność w zakresie zamówienia, skutkuje tym, że nie istnieje konieczność ujęcia działania tej instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18, po to, by nie udzieliła ona zamówienia preferującego wykonawców krajowych" [23].

18 Wyrok z dnia 26 marca 2015 r., C-601/13, EU:C:2015:204.

19 Ibidem, pkt 33.

20 Ibidem, pkt 34.

21 Zdaniem sądu odsyłającego Agencja uznała, że „[w]ymagana jest możliwie duża grupa oferentów usług, by zapewnić, że usługobiorcy otrzymają potrzebną im usługę" (pkt 50 postanowienia odsyłającego).

22 Co więcej, dokonanie *ostatecznego* wyboru podmiotów, które będą świadczyć tę usługę, w każdym razie nie przysługuje nawet Agencji, lecz rolnikom korzystającym z systemu doradztwa. Rolnicy ci mogą wybrać doradcę, który najlepiej spełnia ich oczekiwania, nawet jeśli preferuje się wybór tych doradców, którzy oferują swe usługi w najbliższej okolicy, gdyż w uzasadnionych przypadkach zawsze można korzystać z usług innych doradców. Zobacz w tym zakresie pkt 14 postanowienia odsyłającego.

23 Trybunał przypomina w pkt 35 tego wyroku, że „celem dyrektywy 2004/18 jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani będą oferenci albo kandydaci krajowi". Ryzyko to, jak wskazuje się dalej (pkt 36), „jest ściśle związane z wyborem dokonywanym przez instytucję zamawiającą spośród dopuszczalnych ofert oraz z wyłącznością wynikającą z udzielenia danego zamówienia zwycięskiemu wykonawcy albo zwycięskim wykonawcom w ramach umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

50. Zarówno rząd fiński [24], jak i sąd odsyłający zgadzają się, że wyrok, który właśnie omówiłem, ma istotne znaczenie dla niniejszej sprawy. Jedyna wątpliwość, jaka w przypadku Korkein hallinto-oikeus (naczelnego sądu administracyjnego) wydaje się źródłem pytania prejudycjalnego [25], polega na tym, że w odróżnieniu od stanu faktycznego w wyroku Falk Pharma, system przyjęty przez Agencję nie jest dostępny w sposób ciągły przez cały okres jego obowiązywania dla wszystkich zainteresowanych wykonawców.

51. Wprawdzie ściśle rzecz biorąc, poprzez ograniczenie systemu udzielania zamówień w okresie jego obowiązywania do tych wykonawców, którzy zostali pierwotnie zaakceptowani przez Agencję (co uniemożliwia późniejsze przyjęcie nowych doradców), ustanowiono pewne ograniczenie ilościowe, jednak wynika to z czystego i rygorystycznego ograniczenia czasu obowiązywania samego systemu usług doradczych, równoległego do programu rozwoju obszarów wiejskich stałego lądu Finlandii na lata 2014–2020.

52. Ponadto stanowisko przedstawione przez Trybunał w wyroku Falk Pharma w odniesieniu do ciągłej dostępności systemu zamówień dla nowych oferentów nie stanowiło moim zdaniem ratio decidendi dla tego wyroku, lecz było to stwierdzenie ad abundantiam. Decydujące znaczenie miała wówczas okoliczność, że instytucja zamawiająca nie udzieliła zamówienia publicznego na wyłączność jednemu z oferentów [26].

53. W niniejszej sprawie, podobnie jak w sprawie Falk Pharma, w celu dokonania oceny, która z ofert jest najlepsza, i jednocześnie odrzucenia pozostałych ofert pomiędzy kandydatami nie istniała też żadna rzeczywista konkurencja.

54. Poza tym, jak wskazano w przywołanym wyroku [27], ten kluczowy warunek został wyraźnie wyrażony w definicji pojęcia „udzielenia zamówienia" z dyrektywy 2014/24, której brak zastosowania w niniejszej sprawie ratione temporis nie pozbawia sensu odniesienia się do niej, choćby z racji wyrażenia woli prawodawcy, aby wyraźnie wskazać cechę zamówień publicznych, która zdaniem Trybunału jest nierozerwalnie związana z ich naturą [28].

55. Znaczenie tego czynnika, w jego pozytywnym i negatywnym znaczeniu, staje się oczywiste po lekturze motywu 4 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym sytuacje, w których wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji, „nie powinny być postrzegane jako zamówienia".

24 Zdaniem rządu fińskiego okoliczność ta odróżnia przedmiotowe postępowanie od zwykłego systemu zezwoleń i zbliża je do „zamówienia publicznego" w rozumieniu dyrektywy 2004/18.

25 Zdaniem sądu odsyłającego dla rozstrzygnięcia wątpliwości konieczne jest wyjaśnienie, „czy z […] właściwości, że nie jest on otwarty dla innych podmiotów gospodarczych, wynika w następstwie, iż może chodzić o zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18" (postanowienie odsyłające, pkt 63).

26 Wyrok Falk Pharma, pkt 38.

27 Ibidem, pkt 40.

28 Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24 „[z]amówienie […] stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców *wybranych* przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych". Wyróżnienie własne.

VI. Wnioski

56. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Korkein hallinto-oikeus (naczelny sąd administracyjny) odpowiedział w sposób następujący:

Treść art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że system wyboru usługodawców świadczących usługi doradztwa rolniczego taki jak ten będący przedmiotem postępowania głównego – w którym instytucja publiczna akceptuje wszystkich wykonawców, którzy spełniają ustalone wymogi dotyczące kwalifikacji oferenta i zdadzą egzamin, bez udzielenia zamówienia na świadczenie tych usług, na zasadzie wyłączności, jednemu lub niektórym z tych doradców na zasadzie konkurencji – nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy. W tym względzie nie ma znaczenia, że system obowiązuje przez ograniczony czas, w którym nie mogą do niego przystąpić nowi doradcy.