

Sprawa C-376/21**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

17 czerwca 2021 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Wyрchowen administratiwen syd (Bułgaria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

28 maja 2021 r.

Skarżący w postępowaniu kasacyjnym:

Zamestnik-ministyr na regionalno razwitiе i blagoustrojstwoto i rykowoditeł na Uprawljawasztija organ na Operatiwna programa „Regioni w rasteż” 2014–2020 (wiceminister ds. rozwoju regionalnego i infrastruktury oraz prezes instytucji zarządzającej programu operacyjnego „Rozwój regionów” 2014–2020)

Strona przeciwna w postępowaniu kasacyjnym:

Obsztina Razłog (gmina Razłog)

Przedmiot postępowania głównego

Skarga kasacyjna na wyrok sądu administracyjnego pierwszej instancji, w którym uwzględniono skargę na decyzję o nałożeniu obowiązku korekty finansowej, przyjętą przez instytucję zarządzającą programu operacyjnego finansowanego ze środków Unii Europejskiej.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Wykładnia prawa Unii; art. 267 akapit pierwszy lit. b) oraz art. 267 akapit trzeci TFUE.

Pytania prejudycjalne

1. Czy art. 160 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2018/1046 oraz art. 102 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 966/2012 należy interpretować w ten sposób, że mają one zastosowanie również do instytucji zamawiających z państw członkowskich Unii Europejskiej, gdy udzielane przez nie zamówienia publiczne są finansowane ze środków europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych?

2. Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji, o których mowa w art. 160 ust. 1 rozporządzenia 2018/1046 i w art. 102 ust. 1 rozporządzenia nr 966/2012, należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one pełne ograniczenie konkurencji przy udzieleniu zamówienia publicznego w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego nie odróżnia się specyfiką, która obiektywnie wymagałaby jego wykonania jedynie przez zaproszony podmiot gospodarczy? W szczególności czy art. 160 ust. 1 i 2 w związku z art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 2018/1046 oraz art. 102 ust. 1 i 2 w związku z art. 104 ust. 1 lit. d) rozporządzenia nr 966/2012 należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one krajowe uregulowanie takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, zgodnie z którym po zakończeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego ze względu na okoliczność, że jedyna złożona oferta jest nieodpowiednia, instytucja zamawiająca może skierować zaproszenie do uczestniczenia w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji wyłącznie do danego podmiotu gospodarczego, gdy przedmiot zamówienia publicznego nie odróżnia się specyfiką, która obiektywnie wymagałaby jego wykonania jedynie przez zaproszony podmiot gospodarczy?

Przepisy i orzecznictwo Unii Europejskiej

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1): art. 160 ust. 1 i 2, art. 164 ust. 1 lit. d).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. 2012, L 298, s. 1): art. 102 ust. 1 i 2, art. 104 ust. 1 lit. d).

Prawo krajowe

Zakon za obshtestwenite poryczki (ustawa o zamówieniach publicznych, zwana dalej „ZOP”): art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 2 ust. 2, art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 9, art. 18 ust. 1, 2 i 7, art. 79 ust. 1 pkt 1, art. 110 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 182 ust. 1 pkt 2, art. 191 ust. 1 pkt 1.

Zakon za uprawnlenie na sredstwata ot Ewropejskite strukturni i investicionni fondowe (ustawa o zarządzaniu środkami z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych): art. 70 ust. 1 pkt 9.

Prawilnik za priłagane na Zakon za obshtestwenite poryczki (rozporządzenie wykonawcze do ustawy o zamówieniach publicznych): art. 64 ust. 1 i 3.

Zwięzle przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania głównego

- 1 W umowie z dnia 9 grudnia 2016 r., zawartej między Obsztina Razłog a instytucją zarządzającą programu operacyjnego „Regioni w rasteż” 2014–2020 (zwanego dalej „programem operacyjnym”), Obsztina Razłog udzielono nieodpłatnej pomocy finansowej w celu wykonania planowanego projektu BG16RFOP001–3.002–0025, „Realizacja inwestycji w celu ulepszenia infrastruktury edukacyjnej w ramach całościowego ulepszenia procesu kształcenia w zawodowym gimnazjum mechanizacji rolnictwa w mieście Razłog”.
- 2 W celu realizacji projektu Obsztina Razłog, działając w charakterze publicznej instytucji zamawiającej, przeprowadza procedurę udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu publicznego mającego za przedmiot: „Dostawę technologii, urządzeń i wyposażenia dla potrzeb zawodowego gimnazjum mechanizacji rolnictwa w mieście Razłog”, zgodnie z czterema wyodrębnionymi pozycjami.
- 3 Procedura dotycząca wyodrębnionej pozycji nr 2 została zakończona decyzją z dnia 1 listopada 2017 r., ponieważ złożono wyłącznie jedną ofertę, która nie spełnia uprzednio opublikowanych warunków zamówienia.
- 4 Decyzją z dnia 1 grudnia 2017 r. instytucja zamawiająca wszczęła nową procedurę z tym samym przedmiotem, lecz tym razem w trybie „negocjacyjnym bez uprzedniej publikacji”, zgodnie z art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP. Wybór tego trybu udzielenia zamówienia został uzasadniony brakiem odpowiedniej oferty w poprzedniej procedurze oraz brakiem zmian w pierwotnie opublikowanych warunkach zamówienia dotyczących wspomnianej wyodrębnionej pozycji.
- 5 W procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji instytucja zamawiająca wezwała do uczestnictwa wyłącznie jeden podmiot gospodarczy, z którym zawarła umowę o udzielenie zamówienia publicznego nr 681 z dnia 29 grudnia 2017 r., z przedmiotem: „Dostawa urządzeń obróbki metali dla potrzeb

zawodowego gimnazjum mechanizacji rolnictwa w mieście Razłóg”, o wartości 33 907 BGN bez VAT.

- 6 Do Ministerstwo na regionalno to razwicie i blagoustrojstwoto (ministerstwa rozwoju regionalnego i infrastruktury) wpłynęło zawiadomienie o nieprawidłowościach w tak przeprowadzonej procedurze ze względu na skierowanie zaproszenia wyłącznie do konkretnego podmiotu gospodarczego. Zastępca-minister na regionalno to razwicie i blagoustrojstwoto, który jest również prezesem instytucji zarządzającej programu operacyjnego, powiadomił beneficjenta (Obsztina Razłóg) o złożonym zawiadomieniu i o wszczęciu procedury dotyczącej określenia korekty finansowej.
- 7 W zarzutach na piśmie skierowanych do tego organu beneficjent wskazał, że w odniesieniu do rozpatrywanej procedury udzielenia zamówienia nie istnieje ustawowy zakaz przeprowadzania negocjacji wyłącznie z danym podmiotem gospodarczym, lecz przewidziano możliwość dokonywania uzgodnień przez instytucję zamawiającą – w ramach przyznanej jej samodzielności operacyjnej – z jednym lub z większą liczbą dokładnie określonych podmiotów (art. 18 ust. 7 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 8 ZOP). Jego zdaniem celem ustawy (art. 2 ZOP), zgodnym z zasadą określoną w art. 160 rozporządzenia 2018/1046, jest zapewnienie konkurencji w jak najszerszym zakresie przy udzieleniu zamówień publicznych, lecz wyłącznie gdy jest to możliwe. Przedsięwziął on wszystko to, co było możliwe, aby wybrać przynajmniej jednego wykonawcę, który przedstawiłby ofertę spełniającą warunki zamówienia, aby zrealizować działalność przewidzianą do wykonania w ramach projektu finansowanego z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych.
- 8 Decyzją z dnia 15 kwietnia 2020 r. prezes instytucji zarządzającej określił w stosunku do Obsztina Razłóg korektę finansową w wysokości 10% dopuszczalnych wydatków w ramach zawartej między Obsztina Razłóg i zaproszonym podmiotem gospodarczym umowy nr 681 z dnia 29 grudnia 2017 r. W uzasadnieniu tej decyzji prezes instytucji zarządzającej nie kwestionuje zastosowanego przez instytucję zamawiającą rodzaju procedury – negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji – w zakresie, w jakim zgodnie z ZOP istnieją ustawowe przesłanki przeprowadzenia takiej procedury. Powołując się na art. 160 rozporządzenia 2018/1046, art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 2 ust. 2 ZOP, prezes instytucji zarządzającej wskazuje jednak, że przestrzeganie zasady swobodnej konkurencji jest imperatywem przy udzielaniu zamówień publicznych. Wyjątek od tej zasady w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji wyraża się w niemożności zapewnienia konkurencji „w jak najszerszym zakresie” – to jest w dopuszczalnym i zasadnym ograniczeniu konkurencji – lecz nie w jej pełnym wyeliminowaniu, tak jak w niniejszym wypadku. Prezes przyjął, że przy braku obiektywnych okoliczności wymagających prowadzenia negocjacji wyłącznie z konkretnym podmiotem gospodarczym instytucja zamawiająca powinna zapewnić przeprowadzenie procedury w warunkach konkurencji poprzez zaproszenie więcej niż jednego podmiotu. Ze względu na to, że skierowała ona takie zaproszenie wyłącznie do konkretnego podmiotu gospodarczego, instytucja

zamawiająca przyznała bezzasadne pierwszeństwo temu podmiotowi gospodarczemu – bez istnienia podstawy prawnej i faktycznej w tym względzie. Poza tym zaproszenie jako wykonawcy konkretnej spółki nie zostało uzasadnione i nie jest jasne, z jakiego powodu zaproszenie to skierowano właśnie do tego podmiotu.

- 9 Obsztina Razlog zaskarżyła tę decyzję przed Administratiwen syd (sądem administracyjnym) w mieście Błagojewgrad. Administratiwen syd stwierdził nieważność tej decyzji jako wydanej z naruszeniem prawa materialnego.
- 10 W istocie Administratiwen syd w mieście Błagojewgrad przyjął, że wybór beneficjenta, by udzielić zamówienia publicznego w ramach procedury „negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji” – po zakończeniu poprzedniej procedury w trybie „publicznego przetargu” z identycznym przedmiotem i przy braku zmiany w pierwotnie opublikowanych warunkach zamówienia – jest zgodny z prawem (art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP). W tej sytuacji sposób rozstrzygnięcia sporu zależy od kwestii, czy w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji instytucja zamawiająca ma możliwość zaproszenia do uczestnictwa wyłącznie jednego podmiotu, czy też skutkuje to naruszeniem zasad równości, niedyskryminacji i swobodnej konkurencji określonych w ZOP i, odpowiednio, w art. 160 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2018/1046. Sąd pierwszej instancji ocenił, że wyjątek od zasady swobodnej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych jest dopuszczalny w określonych sytuacjach, a rozpatrywany przypadek jest objęty jedną z tych sytuacji. Wskazał on, że odstępstwo od zasady zapewnienia konkurencji w jak najszerszym zakresie znajduje wyraz w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, której przesłankę przeprowadzenia stanowi zasadniczo faktyczna niemożność zastosowania tej zasady albo ze względu na specyficzny przedmiot zamówienia, albo ze względu na brak złożenia odpowiedniej oferty (pkt 11.1. rozdziału „Procedury udzielania zamówień”, załącznika I do rozporządzenia 2018/1046). Według Administratiwen syd w ZOP przyznano instytucjom zamawiającym operacyjną samodzielność przy ocenie, w każdym odrębnym wypadku, liczby podmiotów, z którymi należy prowadzić negocjacje – zgodnie z konkretnymi wymogami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, terminem jego wykonania i pozostałymi okolicznościami odnoszącymi się do skutecznego zakończenia procedury. W tym kontekście Administratiwen syd wskazuje, że wybór jednej lub drugiej spośród jednakowo zgodnych z prawem możliwości nie skutkuje naruszeniem reguł dotyczących określenia wykonawcy na podstawie ZOP, odpowiednio, nie istnieje nieprawidłowość w rozumieniu art. 70 ust. 1 pkt 9 Zakon za uprawnienie na sredstwata ot Ewropejskite strukturni i investicionni fondowe.
- 11 Aktualnie Wyrchowen administratiwen syd rozpatruje skargę kasacyjną złożoną przez prezesa instytucji zarządzającej na wyrok wydany przez Administratiwen syd w mieście Błagojewgrad.

Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 12 W postępowaniu głównym skarżący podtrzymuje stanowisko wyrażone przez niego w uzasadnieniu wydanego aktu administracyjnego, dodając, że wykonywanie samodzielności operacyjnej przez instytucję zamawiającą nie może być niezgodne z celem ustawy i z podstawowymi zasadami określonymi w uregulowaniach krajowych i w prawie Unii. Wskazuje on, że przy istnieniu dwóch lub większej liczby zgodnych z prawem możliwości organ udzielający zamówienia powinien wybrać tę, która może być zrealizowana najtaniej i w sposób najkorzystniejszy dla państwa i społeczeństwa.
- 13 Strona przeciwna w postępowaniu kasacyjnym – gmina będąca beneficjentem – podnosi argumenty dotyczące bezzasadności tej skargi. Uzupełniając argumenty przedstawione już przed organem administracyjnym i przed sądem pierwszej instancji, przywołuje niektóre wyroki Wyrchowen administratiwen syd wydane w podobnych sprawach, w których przyjęto, że w rozpatrywanych wypadkach instytucja zamawiająca może zaprosić wyłącznie dany podmiot gospodarczy, zaś rozporządzenie 2018/1046 nie ma zastosowania, ponieważ nie reguluje procedur dotyczących udzielenia zamówienia prowadzonych przez krajowe instytucje zamawiające.
- 14 Uczestniczący w sprawie prokurator Wyrchowna administratiwna prokuratura podkreśla, że wyrok sądu pierwszej instancji jest prawidłowy, lecz wskazuje na konieczność skierowania odesłania prejudycjalnego dotyczącego wykładni art. 160 ust. 2 oraz art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 2018/1046 i art. 32 ust. 2–5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 15 W dotychczasowym orzecznictwie Wyrchowen administratiwen syd przedstawiono dwa sprzeczne stanowiska przy wykładni wskazanych przepisów prawodawstwa wewnętrznego i prawa Unii.
- 16 Według jednego z tych stanowisk negocjowanie wyłącznie z konkretnym podmiotem gospodarczym w sytuacji określonej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP skutkuje naruszeniem reguł dotyczących określenia wykonawcy, ponieważ jest niezgodne z art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 2 ust. 2 ZOP, prowadząc do bezzasadnego wyeliminowania konkurencji i stojąc na przeszkodzie możliwości wyboru podmiotu gospodarczego, który osiągnąłby najwyższy poziom jakości wykonania przy najniższej cenie. Na poparcie tego stanowiska podniesiono, że zasada swobodnej konkurencji ma zastosowanie do wszystkich procedur udzielania zamówień publicznych. Artykuł 18 ust. 7 ZOP określa ogólną możliwość w ramach procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji prowadzenia przez instytucję zamawiającą negocjacji z jednym lub większą liczbą dokładnie

określonych podmiotów. Negocjowanie wyłącznie z jednym podmiotem gospodarczym podniesiono jednak jako dopuszczalne jedynie w charakterze wyjątku określonego w art. 79 ust. 1 pkt 3 ZOP: gdy celem zamówienia jest stworzenie lub nabycie unikalnego wytworu sztuki lub produktu twórczości; ze względów technicznych brakuje konkurencji; istnieją wyłączne prawa, w tym prawa własności intelektualnej. Poza wypadkami odnoszącymi się do pilności, nadzwyczajnych okoliczności, szczególnego celu, unikalnego przedmiotu lub innych szczególnych cech zamówienia, które zasadnie wymagają skierowania zaproszenia do jedynej wykonawcy, negocjowanie wyłącznie z jedną osobą jest niezgodne z prawem. Zaproszenie wyłącznie jednego podmiotu gospodarczego jest niezgodne z art. 160 ust. 2 rozporządzenia 2018/1046, zgodnie z którym w wypadku wszystkich umów zapewnia się konkurencję w jak najszerszym zakresie, a przewidziany wyjątek [określony w art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia] nie ma zastosowania w sytuacji określonej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP. Wykorzystanie możliwości przeprowadzenia negocjacji dotyczących określenia klauzul umowy o wykonanie zamówienia z jednym podmiotem gospodarczym, gdy działalność objęta udzielanym zamówieniem nie odróżnia się specyfiką, tworzy warunki do nieprawidłowego wykonywania uprawnień przez instytucję zamawiającą i nadużyć podmiotów gospodarczych, co w konsekwencji może wywoływać poważne skutki antykonkurencyjne i uniemożliwić osiągnięcie celu ustawy związanego z efektywnym wydatkowaniem publicznych środków finansowych (art. 1 ZOP).

- 17 Powyższemu stanowisku sprzeciwia się przeciwna teza, zgodnie z którą negocjowanie wyłącznie z jednym konkretnym podmiotem gospodarczym w warunkach określonych w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP jest zgodne z prawem. Argumenty w tym względzie opierają się na tym, że w sytuacji określonej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP prawodawca uznał za dopuszczalne ograniczenie zasad, na jakich należałoby udzielić zamówienie publiczne, ponieważ okoliczności nieobjęte władzą instytucji zamawiającej (brak zainteresowania podmiotów gospodarczych lub nieodpowiednie oferty) stworzyły obiektywną sytuację, w której instytucja zamawiająca nie może zrealizować zamówienia i zaspokoić danego interesu publicznego. Ograniczenie jest dopuszczalne, ponieważ zasady były należycie przestrzegane przy pierwotnej publikacji zamówienia publicznego, lecz nie dokonano wyboru wykonawcy ze względu na brak uczestnika spełniającego wymogi. Gdyby uważał, że w celu zagwarantowania przestrzegania zasad ustawy w takim wypadku niezbędne jest skierowanie zaproszenia przez instytucję zamawiającą do więcej niż jednego podmiotu gospodarczego, prawodawca uregulowałby to wyraźnie. W sytuacji określonej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP przedmiot zamówienia publicznego sam w sobie nie ma znaczenia prawnego, ani okoliczność, czy ten przedmiot obiektywnie mógłby zostać wykonany również przez inny, niezaproszony podmiot gospodarczy. W przeciwnym wypadku zawsze byłoby możliwe stwierdzenie naruszenia zasady swobodnej konkurencji – na przykład jeśli instytucja zamawiająca zaprosiła tylko dwa z potencjalnych dwustu podmiotów gospodarczych, które mogą wykonać zamówienie. Poza tym rozporządzenie 2018/1046 nie ma zastosowania, ponieważ ma za przedmiot nie stosunki prawne związane z realizacją zamówień

publicznych w państwach członkowskich, lecz stosunki prawne związane z opracowaniem i wykonaniem budżetu Unii. Artykuł 160 i nast. rozporządzenia 2018/1046, w których zawarto wymogi dotyczące zamówień publicznych, nie zawierają wymogów dotyczących krajowych instytucji zamawiających. Do krajowych instytucji zamawiających mają zastosowanie przepisy dyrektywy 2014/24, transponowane w ZOP.

- 18 Biorąc pod uwagę brak spójności krajowego orzecznictwa, tutejszy skład orzekający chciałby dokonać następujących wskazań w odniesieniu do niniejszej sprawy.
- 19 Jest prawdą, że ponieważ przewidziano je wyraźnie, odstępstwo od zasady stosowania w jak najszerszym zakresie trybu konkurencyjnego powinno zostać uwzględnione. Jednakże prawdą jest również, że w zakresie, w jakim stanowi ono wyjątek od podstawowej zasady, odstępstwo to podlega wykładni ścisłej.
- 20 W tym względzie zadano pytania dotyczące granic i znaczenia wyjątku przewidzianego w art. 160 ust. 2 w związku z art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 2018/1046 – czy dopuszcza on zaproszenie wyłącznie konkretnego podmiotu gospodarczego, a na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy obowiązuje on we wszystkich sytuacjach negocjacji bez uprzedniej publikacji, a w szczególności w sytuacji przewidzianej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP; czy istotny jest przedmiot zamówienia publicznego, a także okoliczność, że obiektywnie może ono być wykonane przez więcej niż jeden podmiot gospodarczy; czy należy uzasadnić, z jakiego powodu zaproszono jednego konkretnego kandydata – na podstawie jakich kryteriów instytucja zamawiająca wybrała zaproszenie dokładnie określonego podmiotu gospodarczego w sytuacji, gdy istnieją inne podmioty gospodarcze posiadające potencjał i możliwość wykonania zamówienia?
- 21 Znaczenie w niniejszym wypadku ma również zbadanie kwestii, jaki skutek wywiera wyjątek określony w art. 160 ust. 2 rozporządzenia 2018/1046 – pełnej eliminacji konkurencji lub jedynie, w niższym stopniu, środowiska konkurencyjnego w porównaniu z maksymalnym możliwym stopniem. Innymi słowy – czy pełne ograniczenie konkurencji w procedurze takiej jak rozpatrywana, przy braku specyfiki przedmiotu zamówienia, stanowi dopuszczalne odstępstwo od zasady udzielania zamówień publicznych przy zastosowaniu w jak najszerszym zakresie trybu konkurencyjnego w rozumieniu rozporządzenia?
- 22 Czy należy również uwzględnić okoliczność, że art. 160 ust. 2 rozporządzenia 2018/1046 dopuszcza w drodze wyjątku odstępstwo od zasady udzielania zamówień publicznych przy zastosowaniu w jak najszerszym zakresie trybu konkurencyjnego, lecz nie przewiduje odstępstwa od zasad równości i niedyskryminacji (art. 160 ust. 1 rozporządzenia, art. 2 pkt 1 ZOP), których naruszenie wskazano w decyzji prezesa instytucji zarządzającej określającej korektę finansową. W tym rozumieniu pytanie, czy w świetle prawa Unii Europejskiej zasadne jest zaproszenie w niniejszym wypadku wyłącznie jednego

konkretnego podmiotu w celu zawarcia umowy, powinno być rozpatrywane nie tylko z punktu widzenia zasady swobodnej konkurencji, lecz również w świetle zasad równości i niedyskryminacji.

- 23 W prawie krajowym, w art. 18 ust. 7 ZOP, określono co do zasady w ramach procedur negocjacyjnych możliwość prowadzenia przez instytucję zamawiającą negocjacji w celu określenia klauzul umowy z jednym lub większą liczbą dokładnie określonych podmiotów, przy czym ta ogólna w swoim charakterze norma prawna nie rozróżnia poszczególnych przesłanek uzależniających dopuszczalność udzielenia zamówienia w tym wyjątkowym trybie. Konkretnie sytuacje objęte zakresem wyjątku uregulowano w odpowiednim systemowym miejscu w ustawie: w art. 79 – „Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji”; w art. 182 – „Bezpośrednie negocjacje z określonymi podmiotami”; i w art. 191 – „Zaproszenie określonych podmiotów”.
- 24 Aby udzielić odpowiedzi na zadane w postępowaniu głównym pytanie należy porównać różne przesłanki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej, w tym bez uprzedniej publikacji. Zgodnie z art. 164 ust. 4 zdanie pierwsze rozporządzenia 2018/1046 „[w]e wszystkich procedurach obejmujących negocjacje instytucja zamawiająca negocjuje z oferentami wstępne i wszelkie późniejsze oferty lub ich części – z wyjątkiem ostatecznych ofert – w celu ulepszenia ich treści”. W brzmieniu przytoczonego przepisu uwagę zwraca wykorzystanie wyrazu „oferent” wyłącznie w liczbie mnogiej – „oferenci”. Podobne stanowisko przyjął również krajowy prawodawca w art. 64 ust. 1 i 3 Prawilnik za priłagane na Zakon za obshtestvenite poryczki, art. 182 ust. 1 ZOP i, częściowo, w art. 191 ust. 1 ZOP. Właśnie z tego względu ocena, czy w niniejszym wypadku są dopuszczalne negocjacje z jednym oferentem, wymaga analizy porównawczej wszystkich sytuacji negocjacyjnych.
- 25 Odpowiedź na te pytania ma znaczenie dla sformułowania końcowego wniosku dotyczącego spornej kwestii, czy naruszono zasady równości, niedyskryminacji i swobodnej konkurencji, odpowiednio, reguły wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, gdy w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji zaproszenie do zawarcia umowy skierowano wyłącznie do jednego podmiotu – w sytuacji gdy poprzednia procedura, w której wszystkie zainteresowane podmioty mogły złożyć ofertę została zakończona ze względu na brak odpowiedniej oferty i nie ma zmian w warunkach zamówienia, którego przedmiot nie odróżnia się jednak specyfiką określającą z góry jego wykonanie jedynie przez zaproszony podmiot gospodarczy.
- 26 W kontekście sprzecznych stanowisk stron dotyczących możliwości stosowania art. 160 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2018/1046 do krajowych instytucji zamawiających tutejszy sąd jest zdania, że możliwe są dwa sposoby wykładni przepisów rozporządzenia, co uzasadnia konieczność wyjaśnienia jego dokładnego znaczenia w trybie odesłania prejudycjalnego. Z jednej strony logiczne jest przyjęcie, że możliwość stosowania wspomnianego przepisu nie jest uzależniona od rodzaju instytucji zamawiającej (instytucja Unii lub krajowa

instytucja zamawiająca), lecz od specyficznego charakteru wydawanych publicznych środków finansowych pochodzących z budżetu Unii Europejskiej – czyli reguły rozporządzenia miałyby zastosowanie zawsze, gdy wydawane są środki z budżetu Unii. Rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Ze względu na to, że państwa członkowskie wykonują budżet wspólnie i pośrednio, byłyby one również związane regułami udzielania zamówień określonymi w rozporządzeniu. Z drugiej jednak strony w sprzeczności z powyższym sposobem wykładni stoi definicja umowy o zamówienie publiczne wskazana w art. 2 pkt 51 rozporządzenia, która dotyczy jedynie instytucji zamawiających określonych w art. 174 i 178, to jest wyłącznie instytucji Unii. Opisana niejasność związana z zakresem stosowania art. 160 ust. 1 i 2 rozporządzenia w stosunku do procedur prowadzonych przez beneficjentów środków z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych działających w charakterze krajowych instytucji zamawiających może być rozstrzygnięta w drodze wykładni wspomnianego przepisu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

- 27 Biorąc pod uwagę czasowe obowiązywanie przepisów, niniejsza instancja stwierdza, że istotne prawne okoliczności zaistniały przed wejściem w życie rozporządzenia 2018/1046, to jest w okresie obowiązywania rozporządzenia nr 966/2012. Należy wskazać, że decyzja w sprawie określenia korekty finansowej została wydana po wejściu w życie rozporządzenia 2018/1046, odpowiednio, po uchyleniu rozporządzenia nr 966/2012. W zakresie jednak, w jakim wskazany przez prezesa instytucji zarządzającej jako naruszony art. 160 rozporządzenia 2018/1046 jest identyczny w zakresie treści z faktycznie mającym zastosowanie do ustalonych okoliczności art. 102 ust. 1 i 2 w związku z art. 104 ust. 1 lit. d) rozporządzenia nr 966/2012, wykładnia przytoczonych przepisów uchylonego rozporządzenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w świetle rozpatrywanego przypadku miałaby znaczenie dla wyniku sprawy z analogicznych do wskazanych powyżej względów.
- 28 Zadane powyżej pytania dotyczące granic, znaczenia i sposobu wyrażenia rozpatrywanego wyjątku odnoszą się również do wykładni art. 102 ust. 1 i 2 w związku z art. 104 ust. 1 lit. d) rozporządzenia nr 966/2012. W tym względzie należy podkreślić, że w rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) nr 1268/2012 z dnia 29 października 2012 r. w sprawie zasad stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii (uchylonym) wyraźnie ustanowiono minimalną liczbę trzech uczestników (art. 128) jako gwarancję zgodnego z prawem przeprowadzenia procedury uregulowanej w art. 134 ust. 1 lit. a) rozporządzenia delegowanego, która jest analogiczna do sytuacji określonej w art. 79 ust. 1 pkt 1 ZOP. Zgodnie z art. 128 rozporządzenia delegowanego liczba kandydatów zaproszonych do złożenia oferty powinna być wystarczająca dla zapewnienia realnej konkurencji.
- 29 Argument na poparcie dopuszczalności wniosku o dokonanie wykładni art. 160 ust. 1 i 2 w związku z art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 2018/1046 oraz art. 102

ust. 1 i 2 w związku z art. 104 ust. 1 lit. d) rozporządzenia nr 966/2012 może zostać oparty na regule określonej w art. 281 ust. 3 rozporządzenia 2018/1046, zgodnie z którą odesłania do uchylonego rozporządzenia odczytuje się jako odesłania do rozporządzenia 2018/1046 zgodnie z tabelą korelacji zawartą w załączniku II. Jak wynika z tabeli korelacji zawartej w załączniku II, art. 102 uchylonego rozporządzenia odpowiada art. 160, zaś uchylonemu art. 104 odpowiada art. 164. Obydwa rozporządzenia regulują w różnym czasie jedną i tę samą materię – reguły finansowe mające zastosowanie do ogólnego budżetu Unii. Artykuł 281 ust. 3 rozporządzenia 2018/1046 opisuje istniejący prawno-logiczny i historyczny związek między uchylonymi i obowiązującymi przepisami przy uwzględnieniu określonych okresów obowiązywania i podobieństwa przyjętych w nich rozstrzygnięć dotyczących stosunków prawnych objętych jednakowym przedmiotem regulacji.

- 30 Konieczność dokonania wykładni odnośnych przepisów uchylonego rozporządzenia nr 966/2012 i rozporządzenia 2018/1046 jest również uzasadniona odmiennym zakresem podmiotów wskazanych jako „instytucje zamawiające” w rozumieniu każdego z tych rozporządzeń. W niniejszym wypadku zamówienie, którego finansowanie zapewniono ze środków pochodzących z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, zostało udzielone w trybie ZOP przez wójta Obsztina Razłog, który ma status publicznej instytucji zamawiającej w rozumieniu art. 5 ust. 2 pkt 9 ZOP.
- 31 Co się tyczy dyrektywy 2014/24/UE, tutejszy sąd ocenia, że dyrektywa ta nie ma zastosowania w postępowaniu przed sądem krajowym, ponieważ wartość rozpatrywanego zamówienia publicznego jest niższa od progów określonych w tej dyrektywie.