

orzeczenie z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie C-699/17 Allianz Vorsorgekasse

WYROK TRYBUNAŁU (dziewiąta izba)

z dnia 4 kwietnia 2019 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Zawieranie umów o przystąpieniu do zakładowego funduszu prewencyjnego trudniącego się zarządzaniem składek na zakładową prewencję pracowniczą – Zawarcie umowy wymagające zgody pracowników lub ich przedstawicieli – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuły 49 i 56 TFUE – Zasady równego traktowania i niedyskryminacji – Obowiązek przejrzystości

W sprawie C-699/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Verwaltungsgerichtshof (trybunał administracyjny, Austria) postanowieniem z dnia 29 listopada 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 grudnia 2017 r., w postępowaniu wszczętym przez:

Allianz Vorsorgekasse AG,

przy udziale

Bundestheater-Holding GmbH,

Burgtheater GmbH,

Wiener Staatsoper GmbH,

Volksoper Wien GmbH,

ART for ART Theaterservice GmbH,

fair-finance Vorsorgekasse AG,

TRYBUNAŁ (dziewiąta izba),

w składzie: K. Jürimäe, prezes izby, D. Šváby (sprawozdawca) i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: G. Pitruzzella,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu Allianz Vorsorgekasse AG przez P. Pallitscha, Rechtsanwalt,

- w imieniu Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH przez M. Odera, Rechtsanwalt,
- w imieniu fair-finance Vorsorgekasse AG przez S. Heid, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu austriackiego przez G. Hessego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez P. Ondrůška i K. Petersen, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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) w brzmieniu zmienionym rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r. (Dz.U. 2015, L 307, s. 5) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”), art. 49 i 56 TFUE, zasad równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania wszczętego przez Allianz Vorsorgekasse AG (zwaną dalej „Allianz”) w przedmiocie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do zawierania umów – między, z jednej strony, Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH (zwane dalej „zainteresowanymi spółkami”), a z drugiej strony fair-finance Vorsorgekasse AG („zwaną dalej „fair-finance”) – dotyczących zarządzania i inwestowania składek służących finansowaniu odpraw wypłacanych pracownikom tych spółek.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motyw 1 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że [żeby] zasady te mają [miały] praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są [były] otwarte na konkurencję”.

4 Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy stanowi:

„Dla celów niniejszej dyrektywy:

[...]

- 5) »zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług”.

5 Artykuł 4 tejże dyrektywy, zatytułowany „Kwoty progowe”, stanowi:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do zamówień, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów:

[...]

- c) 209 000 [EUR] w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III;

[...]”.

6 Artykuł 5 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Metody obliczania szacunkowej wartości zamówienia”, stanowi:

„1. Podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia.

W przypadku gdy instytucja zamawiająca przewiduje nagrody lub wynagrodzenia dla kandydatów lub oferentów, uwzględnia je ona przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia.

[...]

13. W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi podstawę obliczenia szacunkowej wartości zamówienia stanowią odpowiednio:

- a) usługi ubezpieczeniowe: należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- b) usługi bankowe i inne usługi finansowe: opłaty, należne prowizje, odsetki oraz inne rodzaje wynagrodzenia;

[...]

14. W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, w przypadku których nie określono łącznej ceny, podstawę obliczenia szacunkowej wartości zamówienia stanowią:

- a) w przypadku umów w sprawie zamówień na czas określony, jeżeli okres obowiązywania wynosi 48 miesięcy lub mniej – całkowita wartość zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy;
- b) w przypadku umów w sprawie zamówień na czas nieokreślony lub o okresie obowiązywania dłuższym niż 48 miesięcy – wartość miesięczna pomnożona przez 48”.

7 Artykuł 10 tej dyrektywy, zatytułowany „Wyłączenia szczególne dotyczące zamówień na usługi”, stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie:

[...]

- g) umów o pracę;

[...]”.

Prawo austriackie

8 Artykuł 1 Bundesvergabegesetz 2006 (ustawy federalnej o zamówieniach publicznych z 2006 r., BGBl. I, 17/2006, w wersji opublikowanej w BGBl. I, 7/2016, zwanej dalej „BVerG 2006”), stanowi:

„1. Niniejsza ustawa federalna reguluje w szczególności

procedury udzielania zamówień w sektorze publicznym (procedura zamówień publicznych), a mianowicie udzielanie zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych, dostawę towarów lub świadczenie usług oraz udzielanie koncesji na roboty budowlane i usługi przez instytucje zamawiające, konkursy organizowane przez instytucje zamawiające, udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane z osobami trzecimi przez koncesjonariuszy robót budowlanych, którzy nie są instytucjami zamawiającymi i zamówień publicznych na roboty budowlane oraz usług, które nie są udzielane przez instytucje zamawiające, ale które są dotowane przez nie (część 2),

[...]”.

9 Artykuł 10 BVerG 2006, dotyczący procedury udzielania zamówień wyłączonych z zakresu stosowania tej ustawy, stanowi:

„Niniejszej ustawy nie stosuje się do:

[...]

- 12) umów o pracę.

[...]”.

10 Artykuł 12 tej ustawy, dotyczący wartości progów, przewiduje:

„1. W ramach zamówień publicznych procedury instytucji zamawiających odbywają się powyżej progu szacunkowej wartości zamówienia:

[...]

- 2) wynoszącej 209 000 EUR w zakresie wszystkich innych zamówień na dostawy i usługi;

[...]”.

- 11 Obliczenie szacunkowej wartości zamówienia w przypadku zamówień na usługi jest określone w art. 16 tej ustawy w następujący sposób:

„1. W odniesieniu do zamówień dotyczących następujących usług zastosowanie mają:

- 1) usługi ubezpieczeniowe: należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- 2) usługi bankowe i inne usługi finansowe: opłaty, należne prowizje, odsetki oraz inne rodzaje wynagrodzenia;

[...]

2. W przypadku zamówień na usługi niewykazujących ceny całkowitej jako szacunkową wartość zamówienia przyjmuje się:

[...]

- 2) W przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający czterdzieści osiem miesięcy: 48-krotność wypłacanego, miesięcznego wynagrodzenia.

[...]”.

- 12 Artykuł 3 betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz (ustawy o prewencji pracowników i osób prowadzących działalność na własny rachunek, BGBl. I, 100/2002, w wersji opublikowanej w BGBl. I, 34/2005, zwanej dalej „BMSVG”) stanowi:

„Do celów niniejszej ustawy stosuje się następujące definicje:

[...]

- 3) Prawa do odprawy: prawa uprawnionego zarządzane przez fundusz; składają się one z:
 - składek na odprawy odprowadzonych do tego funduszu po odliczeniu kosztów administracyjnych lub przynajmniej nabytych praw do odprawy w związku z emeryturą przeniesionych do tego funduszu po odliczeniu kosztów administracyjnych, podwyższonych o
 - odsetki za zwłokę wpłacone do funduszu tytułem składek na odprawy lub praw do odprawy w związku z emeryturą, podwyższone o
 - przynajmniej nabyte prawa do odprawy w związku z emeryturą przeniesione do tego funduszu z innego funduszu, podwyższone o
 - uzyskane zyski z inwestycji.

[...]”.

- 13 Artykuł 9 ust. 1 i 2 BMSVG stanowi:

„1. Wybór funduszu powinien być dokonany w odpowiednim terminie poprzez porozumienie zakładowe na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 1b Arbeitsverfassungsgesetz (ustawy o stosunkach pracy) [...]

2. W przypadku pracowników, którzy nie są reprezentowani przez radę zakładową, pracodawca musi w stosownym czasie wybrać zakładowy fundusz prewencyjny, chyba że pracodawca był już zobowiązany do dokonania wyboru zakładowego funduszu prewencyjnego zgodnie z art. 53 ust. 1 lub wybrał już zakładowy fundusz prewencyjny zgodnie z art. 65 ust. 1 i zawarł umowę o przystąpieniu. Wszyscy pracownicy powinni być poinformowani na piśmie w terminie jednego tygodnia o planowanym wyborze zakładowego funduszu prewencyjnego. Jeżeli co najmniej jedna trzecia pracowników sprzeciwi się pisemnie planowanemu wyborowi w terminie dwóch tygodni, pracodawca musi zaproponować inny zakładowy fundusz prewencyjny. [...]”.

- 14 Artykuł 11 BMSVG przewiduje, że umowa o przystąpieniu jest zawierana między zakładowym funduszem prewencyjnym a przystępującą pracodawcą.

- 15 Artykuł 18 BMSVG definiuje zakładowy fundusz prewencyjny jako podmiot uprawniony do zbierania składek na odprawy oraz składek prewencji osób prowadzących działalność na własny rachunek. Artykuł ten stanowi również, że składki na odprawy wypłacane na rzecz funduszu stanowią własność funduszu, który zarządza nimi na zasadzie powiernictwa na rzecz osób uprawnionych.

- 16 Artykuł 26 BMSVG, zatytułowany „Opłaty administracyjne”, stanowi:

„1. Fundusze są uprawnione do odliczenia kosztów administracyjnych uzyskanych składek na odprawy. Owe koszty administracyjne muszą być ustalone dla wszystkich płatników funduszu na poziomie pomiędzy 1 a 3,5% składek na odprawy.

[...]

3. W odniesieniu do inwestowanych aktywów związanych z odprawami kasy są uprawnione

[...]

2) do poboru od zysków z inwestycji wynagrodzenia za zarządzanie aktywami, które nie może przekraczać 1% oraz od dnia 1 stycznia 2005 r. 0,8% za rok gospodarczy zgromadzonych aktywów związanych z odprawami [...]”.

- 17 Artykuł 27a BMSVG reguluje procedurę wyznaczania funduszu, jeżeli pracodawca nie zawarł umowy o przystąpienie z funduszem w terminie najpóźniej sześciu miesięcy od rozpoczęcia stosunku pracy pracownika, dla którego pracodawca musi uiścić składki po raz pierwszy. Właściwy organ ubezpieczeń zdrowotnych jest zobowiązany do nakazania pracodawcy wyboru funduszu w terminie trzech miesięcy, a w przeciwnym wypadku fundusz zostanie pracodawcy wyznaczony.

- 18 Artykuł 29 Arbeitsverfassungsgesetz (ustawy o stosunkach pracy, BGBl. 22/1974, w brzmieniu opublikowanym w BGBl. I, 71/2013) definiuje porozumienie zakładowe w następujący sposób:

„Porozumienia zakładowe są pisemnymi umowami, zawieranymi przez właściciela przedsiębiorstwa z jednej strony i radę zakładową [...] z drugiej strony w sprawach, które ustawa lub układ zbiorowy zastrzega dla porozumienia zakładowego”.

- 19 Artykuł 97 ustawy o stosunkach pracy, w wersji opublikowanej w BGBl. I, 71/2013 przewiduje, że porozumienia zakładowe, o których mowa w art. 29 tej ustawy, mogą być zawierane dla celów wyboru zakładowego funduszu prewencyjnego.

Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

- 20 Jako pracodawcy zainteresowane spółki są zobowiązane na mocy BMSVG do przeniesienia na rzecz ich pracowników składki wynoszącej 1,53% miesięcznego wynagrodzenia do zakładowego funduszu prewencyjnego (zwanego dalej „funduszem prewencyjnym”), który zarządza i inwestuje wpłacone kwoty. W tym celu art. 11 BMSVG wymaga, by fundusz prewencyjny i przystępujący do niego pracodawca zawarli umowę o przystąpieniu. W związku z zakończeniem stosunku pracy ów fundusz przyznaje pracownikowi odprawę odpowiadającą w istocie wpłaconym składkom powiększonym o zysk z dokonanych inwestycji i pomniejszonym o koszty administracyjne pobierane przez ten fundusz.
- 21 W zamian za czynności zarządzania i inwestowanie pobieranych składek, fundusz prewencyjny jest bowiem na podstawie art. 26 BMSVG uprawniony, z jednej strony, do odliczenia kosztów administracyjnych od tych składek, a z drugiej strony, do pobrania wynagrodzenia za zarządzanie od zysków z dokonanych inwestycji.
- 22 Do roku 2016 między zainteresowanymi spółkami a Allianz była zawarta każdorazowo umowa o przystąpieniu. W lutym 2016 r. spółki te opublikowały ogłoszenie na szczeblu krajowym, w którym poinformowano o wszczęciu procedury wyboru w celu ewentualnej zmiany funduszu prewencyjnego. Zamówienie publiczne, które wskazywało zainteresowane spółki, dotyczyło zawarcia umowy o przystąpieniu oraz przeniesienie nabytych praw do odprawy do nowego funduszu.
- 23 Spółki Allianz i fair-finance przedstawiły ofertę.
- 24 W dniu 17 czerwca 2016 r. zainteresowane spółki ogłosiły zamiar udzielenia zamówienia na rzecz spółki fair-finance.
- 25 W następstwie wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu owego zamówienia złożonego przez Allianz w dniu 24 czerwca 2016 r. zainteresowane spółki cofnęły tę decyzję w dniu 29 czerwca 2016 r. i w dniu 8 lipca 2016 r. uchylili postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia wszczęte w lutym 2016 r.
- 26 Jednocześnie każda z zainteresowanych spółek zawarła w dniu 29 czerwca 2016 r. umowę o przystąpieniu z fair-finance, a następnie, w dniu 30 czerwca 2016 r. rozwiązała, ze skutkiem od dnia 31 grudnia 2016 r., każdą z umów o przystąpieniu zawartą z Allianz.
- 27 W dniu 29 lipca 2016 r. Allianz wniosła do Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Austria) skargę zmierzającą do stwierdzenia niezgodności z prawem zawarcia przez zainteresowane spółki umowy o przystąpieniu ze spółką fair-finance bez uprzedniej publikacji ogłoszenia i bez ujawniania decyzji o udzieleniu zamówienia. Na poparcie tej skargi spółka Allianz podniosła, że zawarcie spornych umów podlegało BVergG 2006.

- 28 W dniu 14 września 2016 r. Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) oddalił tę skargę.
- 29 Allianz wniosła skargę rewizyjną od orzeczenia oddalającego wskazaną skargę do Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego, Austria).
- 30 Dla owego sądu powstało z wielu względów pytanie o stosowalność przepisów unijnych dotyczących zamówień publicznych, a mianowicie dyrektywy 2014/24 i podstawowych zasad wynikających z traktatu FUE do zawierania umów rozpatrywanych w postępowaniu głównym.
- 31 W pierwszej kolejności sąd ten wyraża wątpliwości co do tego, czy umowa o przystąpieniu taka, jak będąca przedmiotem postępowania głównego może być objęta odstępstwem dotyczącym „umowy o pracę”, przewidzianym w art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24, ponieważ w celu wykonania swojej usługi zarządzania i inwestowania składek fundusz prewencyjny nie jest związany z pracodawcą danych pracowników w ramach stosunku podporządkowania. Taka wykładnia miałaby być potwierdzona przez wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy (C-271/08, EU:C:2010:426), w którym Trybunał orzekł, że umowa zawarta między pracodawcą a zakładem ubezpieczeniowym w odniesieniu do pracowniczego programu emerytalnego nie może być objęta tym odstępstwem.
- 32 W drugiej kolejności sąd odsyłający stwierdził, że czynności pobierania i inwestowania składek związanych z odprawami powinny zostać uznane za transakcje bankowe, a nie za czynności ubezpieczeniowe z trzech następujących względów. Po pierwsze, przepisy krajowe wymagają licencji bankowej na prowadzenie działalności w dziedzinie prewencji pracowniczej. Po drugie, w ramach prowadzenia tego rodzaju działalności, w przeciwieństwie do zakładu ubezpieczeń, fundusz prewencyjny nie ponosi żadnego ryzyka. Po trzecie, samo świadczenie wzajemne pracodawcy polega jedynie na pobieraniu przez ten fundusz wydatków administracyjnych, ponieważ składki uiszczane miesięcznie na jego rzecz przez pracodawcę nie stanowią świadczenia wzajemnego, lecz kapitał podlegający zarządzaniu. W konsekwencji, przyjmując za podstawę obliczenia koszty administracyjne pobierane przez fundusz prewencyjny z tytułu wynagrodzenia, sąd odsyłający stwierdza, że wartość zamówienia wynosiła 174 000 EUR i nie osiągnęła w związku z tym progu określonego w przypadku zamówień publicznych na usługi w art. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24.
- 33 W trzeciej kolejności dla sądu odsyłającego powstało pytanie, czy w niniejszej sprawie należy dokonać wykładni dyrektywy 2014/24 lub podstawowych reguł i ogólnych zasad wynikających z traktatu. W tym względzie, powołując się na wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta (C-298/15, EU:C:2017:266) uważa on, że istnieje niewątpliwy interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni dyrektywa ta była przedmiotem jednolitej wykładni. Wskazuje on bowiem, że opis czynności gospodarczych zawarty w BVergG 2006 jest jednolity dla wszystkich zamówień, niezależnie od tego, czy osiągnęły próg, i wzoruje się na przepisach dyrektywy 2014/24, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy przedstawionego w celu przyjęcia BVergG 2006.
- 34 W każdym razie, nawet jeżeli progi określone w dyrektywie 2014/24 nie zostały osiągnięte, sąd odsyłający uważa, że należy odwołać się do art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także do obowiązku przejrzystości. W tym względzie, powołując się na orzecznictwo, sąd odsyłający stwierdza, że w niniejszym przypadku wystąpiło niewątpliwe znaczenie transgraniczne, biorąc pod uwagę wartość zamówienia, jego charakter i charakter rozpatrywanej w postępowaniu głównym

działalności zarządzania i inwestowania składek, która nie wymaga fizycznej obecności pracowników.

- 35 W czwartej kolejności sąd odsyłający ma wątpliwości co do tego, czy zawarcie umowy o przystąpieniu z funduszem prewencyjnym można zakwalifikować jako „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24. W zakresie, w jakim wybór funduszu powinien być dokonywany w drodze porozumienia zakładowego między pracodawcą a pracownikami reprezentowanymi przez radę zakładową, rada zakładowa mogłaby odmówić zawarcia porozumienia przewidzianego przez pracodawcę działającego w charakterze instytucji zamawiającej. W przypadku braku porozumienia między pracodawcą a radą zakładową wybór funduszu prewencyjnego byłby ostatecznie dokonywany przez organ pojedynczy ad hoc zgodnie z art. 27a BMSVG.
- 36 W związku z tym, odnosząc się do wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy (C-271/08, EU:C:2010:426), sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do tego, czy prawo zamówień publicznych ma zastosowanie w okolicznościach takich, jak rozpatrywane w postępowaniu głównym.
- 37 W tych okolicznościach należałoby uznać albo, że rada zakładowa ma charakter instytucji zamawiającej, co nie jest przewidziane ani w prawie krajowym, ani w prawie Unii, albo, że pracodawca jest związany wyborem funduszu prewencyjnego w wyniku procedury przetargowej, co prowadziłoby do udaremnienia dialogu społecznego między pracodawcą a radą zakładową.
- 38 W tym kontekście Verwaltungsgerichtshof (trybunał administracyjny, Austria) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „Czy przepisy dyrektywy 2014/24[...] bądź art. 49 i 56 TFUE oraz wynikające stąd dla zamówień publicznych zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości stosuje się do zawierania umów przez instytucje zamawiające z zakładowymi funduszami prewencyjnymi dotyczącymi zarządzania składkami stanowiącymi część wynagrodzenia pracowników i inwestowania tych składek, jeżeli zawarcie umowy i tym samym wybór zakładowego funduszu prewencyjnego wymaga zgody pracowników bądź ich przedstawicieli i w związku z tym nie może zostać samodzielnie dokonane przez instytucję zamawiającą?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 39 W związku z tym, że przedstawione pytanie dotyczy zarówno dyrektywy 2014/24, jak i podstawowych zasad wynikających z traktatu, oraz w celu dostarczenia użytecznej odpowiedzi dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, należy na wstępie ustalić przepisy mające zastosowanie do umowy o przystąpieniu takiej, jak rozpatrywana w postępowaniu głównym.
- 40 W tym względzie z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie ma szacunkową wartość 174 000 EUR, która jest niższa od progu 209 000 EUR określonego w art. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24. W związku z tym dyrektywa ta nie ma zastosowania do tego zamówienia (wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Sąd odsyłający uważa jednak, że Trybunał jest właściwy do orzekania w przedmiocie zadanych pytań i że wykładnia przepisów rzeczony dyrektywy jest uzasadniona ze

względu na to, że, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy przedstawionego w celu przyjęcia BVergG 2006, ustawa ta opisuje w jednolity sposób wszystkie zamówienia, niezależnie od tego, czy ich wartość jest mniejsza, czy też większa, niż progi i wzoruje się na przepisach dyrektywy 2014/24.

- 42 W tym względzie z orzecznictwa wynika, że jeżeli ustawodawstwo krajowe dostosowuje się w zakresie rozwiązań sytuacji nieobjętych zakresem danego aktu Unii do rozwiązań przyjętych przez ten akt, istnieje niewątpliwy interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy przejęte ze wspomnianego aktu były interpretowane w sposób jednolity (wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 43 Zatem wykładnia przepisów aktu Unii dokonana w sytuacjach nieobjętych zakresem stosowania tego aktu jest uzasadniona, gdy przepisy te znalazły zastosowanie do takich sytuacji poprzez prawo krajowe w sposób bezpośredni i bezwarunkowy w celu zapewnienia identycznego traktowania tych sytuacji i sytuacji objętych zakresem stosowania prawa Unii (wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 44 Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez sąd odsyłający wydaje się, że nie ma to miejsca w sprawie w postępowaniu głównym.
- 45 W rzeczywistości bowiem ani z postanowienia odsyłającego, ani z akt sprawy dostępnych Trybunałowi nie wynika, by przepisy BVergG 2006 skutkowały tym, że dyrektywa 2014/24 znajduje bezpośrednio i bezwarunkowo zastosowanie do zamówień publicznych, których wartość nie przekracza właściwego progu przewidzianego w art. 4 lit. c) tej dyrektywy.
- 46 Jakkolwiek uzasadnienie projektu ustawy przedstawione w celu przyjęcia BVergG 2006 odsyła do tej dyrektywy, to jednak samo to odesłanie nie może wystarczać do wykazania i określenia wymaganego bezpośredniego i bezwarunkowego związku.
- 47 Zatem należy stwierdzić, że sąd odsyłający nie przedstawił Trybunałowi wskazań, które pozwalałyby uznać, że ustawodawca krajowy dokonał bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania do dyrektywy 2014/24.
- 48 Z powyższego wynika, że biorąc pod uwagę wartość zamówienia będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie zadane w świetle dyrektywy 2014/24.
- 49 Jednakże, w odniesieniu do zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/24, należy uwzględnić podstawowe i ogólne zasady traktatu, zwłaszcza jego art. 49 i 56 TFUE oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne (wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 36).
- 50 W tym względzie zamówienie może mieć takie znaczenie z uwagi między innymi na jego wartość w związku z miejscem wykonania usług, czy też z uwagi na jego specyficzne właściwości (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20; z dnia 19 kwietnia 2018 r., Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, pkt 40). To do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny w zakresie wystąpienia takiego transgranicznego znaczenia (zob.

podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 25).

- 51 W niniejszej sprawie sąd odsyłający uważa, że istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego jest wykazane, wskazując przy tym, po pierwsze, znaczną wartość zamówienia, która jest bliska progowi określonego w art. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24, a po drugie, charakter usług zarządzania i inwestowania składek będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie wymagają fizycznej obecności pracowników lub narzędzi w Austrii, jako że owe usługi mogą być świadczone na odległość.
- 52 Z powyższego wynika, że na zadane pytanie należy odpowiedzieć w świetle podstawowych i ogólnych zasad wynikających z traktatu, zwłaszcza z art. 49 i 56 TFUE.
- 53 Należy zatem rozumieć zadane pytanie jako odnoszące się w istocie do ustalenia, czy art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że znajdują one zastosowanie do zawarcia umowy o przystąpieniu między pracodawcą, podmiotem prawa publicznego, a zakładowym funduszem prewencyjnym, w celu zarządzania i inwestowania składek służących finansowaniu odpraw wypłacanych pracownikom tego pracodawcy, mimo że zawarcie takiej umowy nie wynika wyłącznie z woli pracodawcy, lecz wymaga zgody pracowników lub rady zakładowej.
- 54 Bardziej szczegółowo sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w niniejszej sprawie wykonywanie prawa współdecydowania przez radę zakładową zgodnie z art. 9 ust. 1 BMSVG, lub prawa sprzeciwu jednej trzeciej pracowników, w przypadku gdy nie istnieje rada zakładowa zgodnie z art. 9 ust. 2 tej ustawy, może prowadzić do wyłączenia zawarcia umowy o przystąpieniu, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym z zakresu podstawowych zasad wynikających z traktatu i mających zastosowanie do zamówień publicznych.
- 55 Należy wskazać, że prawo współdecyzji, jakim dysponuje rada zakładowa przy wyborze funduszu prewencyjnego zgodnie z art. 9 ust. 1 BMSVG oraz prawo sprzeciwu jednej trzeciej pracowników w odniesieniu do tego wyboru zgodnie z art. 9 ust. 2 tej ustawy stanowią wyrazy prawa podstawowego do rokowań zbiorowych.
- 56 Tymczasem Trybunał orzekł, że fundamentalny charakter prawa do rokowań zbiorowych, jak określono go w art. 28 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, nie może, jako taki, oznaczać automatycznego wyłączenia pracodawcy z obowiązku przestrzegania zasad dotyczących zamówień publicznych wynikających z traktatu. Nie można bowiem uznać, jakoby nierozłącznie związane z wykonywaniem prawa do rokowań zbiorowych było naruszanie podstawowych zasad wynikających z traktatu i dotyczących dziedziny zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy, C-271/08, EU:C:2010:426, pkt 41, 47).
- 57 Wynika z tego, że okoliczność, iż udzielenie zamówienia wynika z układu zbiorowego nie prowadzi samo w sobie do wyłączenia go z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy, C-271/08, EU:C:2010:426, pkt 50).
- 58 Należy zastosować te zasady w postępowaniu głównym. Argument, zgodnie z którym zainteresowane spółki nie mogły podjąć decyzji samodzielnie, ponieważ rady zakładowe mają prawo współdecydowania na mocy art. 9 ust. 1 BMSVG, a pracownicy mają prawo wniesienia sprzeciwu zgodnie z art. 9 ust. 2 tej ustawy, nie może prowadzić do odróżnienia sprawy w postępowaniu głównym od sprawy, w której zapadł wyrok z dnia

15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy (C-271/08, EU:C:2010:426), i w której był rozpatrywany system ubezpieczeń emerytalnych. W tej ostatniej ze wskazanych spraw autonomia decyzyjna instytucji zamawiających została podważona, ponieważ na podstawie mającego zastosowanie układu zbiorowego nie mogły one dobrowolnie przyznać pierwszeństwa konkretnemu oferentowi. W odpowiedzi na ten argument Trybunał uznał, że było jednak wystarczające, by dani pracodawcy mogli mieć wpływ na wybór kontrahenta, przynajmniej pośrednio, w drodze układu zbiorowego.

- 59 Tymczasem w niniejszej sprawie, z art. 9 i 11 BMSVG wynika, że umowa ubezpieczenia jest zawierana między pracodawcą a funduszem prewencyjnym, co oznacza, że pracodawca ma tego rodzaju wpływ na wybór funduszu.
- 60 Należy zatem uznać, że wykonywanie prawa do rokowań zbiorowych określonego w art. 9 BMSVG nie może wyłączyć ciężącego na instytucji zamawiającej, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, obowiązku przestrzegania podstawowych zasad wynikających z traktatu, pośród których znajduje się w szczególności obowiązek przejrzystości wynikający z art. 49 i 56 TFUE.
- 61 Obowiązek przejrzystości wymaga od instytucji zamawiającej odpowiedniego stopnia jawności umożliwiającego z jednej strony otwarcie na konkurencję, a z drugiej strony kontrolę bezstronności procedury udzielenia zamówienia (wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., UNIS i Beaudout Père et Fils, C-25/14 i C-26/14, EU:C:2015:821, pkt 39).
- 62 W związku z tym zasady dotyczące procedur udzielania zamówienia powinny być stosowane w sposób przejrzysty wobec wszystkich oferentów. Ten obowiązek przejrzystości, wypływający z zasady równości, ma bowiem w tym kontekście zasadniczo na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty w przetargach na podstawie wszystkich istotnych informacji, oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, aby wszystkie warunki i kryteria udzielenia zamówienia były sformułowane jasno, dokładnie i jednoznacznie, tak by wszyscy przeciętni znający się na rzeczy oferenci zachowując zwykłą staranność mogli rozumieć ich dokładne znaczenie i interpretować je w ten sam sposób, oraz by określić ramy dla uprawnień dyskrecyjnych instytucji zamawiającej i umożliwić jej rzeczywiste zweryfikowanie, czy oferty oferentów spełniały kryteria obowiązujące w odniesieniu do danego zamówienia. (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lutego 2016 r., Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, pkt 87; z dnia 22 czerwca 2017 r., Unibet International, C-49/16, EU:C:2017:491, pkt 46).
- 63 Mając na względzie całość powyższych rozważań, należy odpowiedzieć na zadane pytanie, że art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że znajdują one zastosowanie do zawarcia umowy o przystąpieniu między pracodawcą, podmiotem prawa publicznego, a zakładowym funduszem prewencyjnym, w celu zarządzania i inwestowania składek służących finansowaniu odpraw wypłacanych pracownikom tego pracodawcy, mimo że zawarcie takiej umowy nie wynika wyłącznie z woli pracodawcy, lecz wymaga zgody pracowników lub rady zakładowej.

W przedmiocie kosztów

- 64 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy

rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (dziewiąta izba) orzeka, co następuje:

Artykuły 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że znajdują one zastosowanie do zawarcia umowy o przystąpieniu między pracodawcą, podmiotem prawa publicznego, a zakładowym funduszem prewencyjnym, w celu zarządzania i inwestowania składek służących finansowaniu odpraw wypłacanych pracownikom tego pracodawcy, mimo że zawarcie takiej umowy nie wynika wyłącznie z woli pracodawcy, lecz wymaga zgody pracowników lub rady zakładowej.

Podpisy

*
— Język postępowania: niemiecki.