

Sprawa C-327/19**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 98 ust. 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

19 kwietnia 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)

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

15 kwietnia 2019 r.

Strona skarżąca:

Nobina Finland Oy

Druga strona postępowania:

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Przedmiot postępowania głównego

Zamówienie publiczne – Podział zamówienia na części – Ograniczenie liczby części tego zamówienia, jaka może być udzielona jednemu oferentowi – Klauzula ograniczająca – Zaproszenie do składania ofert – Transport autobusowy

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (związek transportowy regionu Helsinki, „HSL”) opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2015 r. w formie ogłoszenia o zamówieniu sektorowym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie dla zamówienia na transport autobusowy udzielanego w ramach otwartego postępowania.

HSL jest instytucją zamawiającą objętą zakresem stosowania dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury

udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („dyrektywa sektorowa z 2004 r.”).

Rozpatrywane zamówienie na transport autobusowy mieści się w kategorii 2 załącznika XVII A do dyrektywy sektorowej z 2004 r. „Usługi transportu lądowego, w tym usługi samochodów opancerzonych oraz usługi kurierskie, z wyjątkiem transportu poczty”. Szacunkowa całkowita wartość zamówienia bez VAT wynosi około 60 mln EUR i przekracza próg określony w art. 16 dyrektywy sektorowej z 2004 r.

Niniejsza sprawa dotyczy kwestii, czy zgodnie z klauzulą zastosowaną przez instytucję zamawiającą w zaproszeniu do składania ofert instytucja zamawiająca mogła ograniczyć liczbę części tego zamówienia, jaka może być udzielona jednemu oferentowi („klauzula ograniczająca”).

Zastosowanie klauzuli ograniczającej w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie skutkowało tym, że zamówienie dotyczące rozpatrywanego przedmiotu zamówienia 210 uzyskała spółka Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab („Pohjolan Kaupunkiliikenne”), która złożyła drugą najlepszą ofertę, a nie spółka Nobina Finland Oy („Nobina”), która złożyła najlepszą ofertę.

Pytania prejudycjalne

1. Czy dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („dyrektywa sektorowa z 2004 r.”) stoi na przeszkodzie wykładni, zgodnie z którą w sytuacji, gdy oferta może zostać złożona w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia, instytucja zamawiająca może ograniczyć liczbę części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi (klauzula ograniczająca)?

2. Zgodnie z klauzulą ograniczającą zastosowaną w rozpatrywanym tu zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie dla transportu autobusowego, jeżeli wygrane przez oferenta przedmioty zamówienia przekraczają maksymalną liczbę pojazdodni określoną w tej klauzuli, przedmiot zamówienia, w odniesieniu do którego różnica w punktach między najlepszą i drugą najlepszą ofertą pomnożona przez liczbę pojazdów tego przedmiotu zamówienia jest najmniejsza, przechodzi na oferenta, który złożył drugą najlepszą ofertę. Zastosowanie klauzuli ograniczającej może doprowadzić do tego, że oferentowi, który złożył najlepszą ofertę w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, zostanie udzielone zamówienie na łącznie mniejszą liczbę pojazdodni na podstawie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie niż oferentowi, który złożył drugą najlepszą ofertę w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

a) Czy przy ocenie dopuszczalności klauzuli ograniczającej można uwzględnić konkretny skutek, do jakiego może prowadzić zastosowanie klauzuli ograniczającej w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie publiczne, czy też

należy oceniać to w sposób abstrakcyjny, tak że zastosowanie klauzuli ograniczającej, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, jest dopuszczalne albo nie na podstawie dyrektywy sektorowej z 2004 r.?

b) Czy dla oceny dopuszczalności klauzuli ograniczającej, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, mają znaczenie okoliczności określone w zaproszeniu do składania ofert w celu uzasadnienia klauzuli dotyczące utrzymania sytuacji konkurencyjnej w regularnym transporcie autobusowym w regionie Helsinek i zmniejszenia ryzyka operacyjnego, jakie pociąga za sobą dla jakości usług transportowych przejście dużego natężenia ruchu i podjęcie transportu na zmienionych trasach?

Powołane przepisy prawa Unii

Artykuły 10, 17 i 55 oraz załącznik XII do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Załącznik VII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi („dyrektywa w sprawie zamówień publicznych z 2004 r.”)

Artykuł 65 i motyw 88 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE

Ustanowiony w dyrektywie 2014/25/UE termin jej transpozycji do krajowego porządku prawnego upłynął w dniu 18 kwietnia 2016 r., w chwili wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia przez HSL w dniu 25 sierpnia 2015 r. dyrektywa nie została jednak jeszcze przetransponowana w Finlandii. Chociaż w niniejszej sprawie dyrektywa nie ma zastosowania *ratione temporis*, Korkein hallinto-oikeus uznaje odniesienie do przepisów tej dyrektywy za użyteczne.

Powołane przepisy krajowe

§§ 2 i 54 ustawy 349/2007 w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Dyrektywa sektorowa z 2004 r. została przetransponowana w Finlandii przez ustawę 349/2007.

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Zaprośzenie do składania ofert dotyczy zamówień na usługi. Konkurs ma charakter konkursu na koszty usług, w przypadku którego przewoźnik autobusowy składa ofertę na obsługę linii będących przedmiotem zamówienia zgodnie z rozkładem jazdy i koncepcją rozkładu jazdy określoną przez instytucję zamawiającą.
- 2 Zaprośzenie do składania ofert obejmowało dwanaście przedmiotów zamówienia, z których trzy zawierały opcjonalne przedmioty zamówienia. Przedmioty zamówienia były złożone z jednej lub więcej linii autobusowych w regionie Helsinek. Zgodnie z zaproszeniem do składania ofert wielkość ruchu objęta przetargiem wynosi rocznie 13,6-14,7 mln kilometrów liniowych, dla których w dni robocze potrzeba 198-206 autobusów. Udział transportu objętego przetargiem wynosi około 15 % liczby kilometrów linii autobusowych zamówionych przez HSL i około 16 % liczby pojazdów HSL. Liczba pojazdodni wskazana w poszczególnych przedmiotach zamówienia w zaproszeniu do składania ofert, tj. liczba pojazdów potrzebnych dla transportu w dni robocze wynosi 5 do 39 pojazdów.
- 3 Zgodnie z zaproszeniem do składania ofert zamówienie na przedmioty zamówienia udzielane jest na okres siedmiu lat. Ponadto zamówienia zawierają klauzulę opcji, na mocy której zamówienia mogą zostać przedłużone maksymalnie o trzy lata.
- 4 Z zaproszenia do składania ofert wynika, że przedmiot zamówienia 210, który został przeniesiony ze spółki Nobina na spółkę Pohjolan Kaupunkiliikenne na skutek zastosowania klauzuli ograniczającej, obejmuje trzy linie, których eksploatacja wymaga w dni robocze 26 pojazdów przejeżdżających rocznie około 1,87 mln km.
- 5 W zaproszeniu do składania ofert wskazano, że oferty mogą być składane na jeden lub kilka przedmiotów zamówienia. Ofertę należało zawsze sporządzić dla całego przedmiotu zamówienia, a podział przedmiotów zamówienia na części nie był dopuszczalny. Jako kryterium udzielenia zamówienia została wskazana korzyść makroekonomiczna oceniana z uwzględnieniem całkowitego kosztu transportu i charakterystyki floty autobusów liniowych jako czynników jakościowych.
- 6 Klauzula ograniczająca wprowadzona w rozpatrywanej tu turze przetargu zawierała ograniczenie maksymalnej wielkości ruchu, jakie przedsiębiorstwo będące oferentem, przedsiębiorstwo należące do tej samej grupy przedsiębiorstw lub konsorcjum może wygrać w turze przetargowej. Treść klauzuli ograniczającej była następująca:

„W tej turze przetargu jednemu oferentowi mogą zostać przyznane przedmioty zamówienia na obsługę maksymalnie 110 autobusów liniowych. Jeżeli na podstawie porównania ofert w odniesieniu do wszystkich przedmiotów

zamówienia w tej turze przetargu oferent wygrałby przedmioty zamówienia, w przypadku których łączna liczba pojazdów określona w definicji przedmiotu zamówienia jest większa niż 110, obliczana jest różnica dla tych przedmiotów zamówienia. Różnica jest wynikiem różnicy punktów między najlepszą ofertą i drugą najlepszą ofertą w ocenie porównawczej ofert pomnożonej przez liczbę pojazdów będących przedmiotem zamówienia. Na podstawie różnicy przedmioty zamówienia są umieszczane na liście rankingowej. Przedmioty zamówienia z najniższą różnicą przyznaje się drugiej najlepszej ofercie na liście rankingowej według różnicy dopóty, aż całkowita liczba pojazdów przedmiotów wygranych przez oferenta wyniesie maksymalnie 110. Ograniczenie to stosuje się w taki sposób, aby łączny wpływ zmienionych wyników był dla instytucji zamawiającej jak najbardziej ograniczony w odniesieniu do makroekonomicznych korzyści zamówienia.”

- 7 HSL uzasadnił klauzulę ograniczającą stwierdzając, że całkowita wielkość ruchu, jaka ma zostać przyznana w ramach tury przetargu, która jest istotna w niniejszej sprawie, była nadzwyczajnie wysoka. Celem ograniczenia jest utrzymanie sytuacji konkurencyjnej na rynku transportu autobusowego w regionie Helsinek oraz zmniejszenie ryzyka operacyjnego, jakie pociąga za sobą dla jakości usług transportowych przejście dużego natężenia ruchu i podjęcie transportu na zmienionych trasach. Instytucja zamawiająca uznała ograniczenie za zgodne z celami i procedurami dyrektywy w sprawie zamówień z 2014 r.
- 8 Zgodnie z dokumentacją decyzji o udzieleniu zamówienia spółka Nobina złożyła najlepszą ofertę na sześć przedmiotów zamówienia. Liczba pojazdów tych przedmiotów zamówienia wynosiła 120, czyli więcej niż wielkość ruchu 110 autobusów liniowych przewidziana w klauzuli ograniczającej. Liczba autobusów liniowych dwóch przedmiotów w zamówieniach wygranych przez spółkę Pohjolan Kaupunkiliikenne wynosiła 72. Zgodnie z zastosowaną w zaproszeniu do składania ofert klauzulą ograniczającą do wielkości ruchu 110 autobusów liniowych, przedmiot zamówienia 210 ze względu na najmniejszą różnicę spółki Nobina, która złożyła na to najlepszą ofertę, został przeniesiony na spółkę Pohjolan Kaupunkiliikenne, która złożyła drugą najlepszą ofertę. Po zastosowaniu klauzuli ograniczającej liczba autobusów liniowych w przypadku spółki Nobina wynosi 94, a w przypadku spółki Pohjolan Kaupunkiliikenne 98.

Zwięzłe przedstawienie przebiegu postępowania i zasadniczych argumentów stron

Markkinaoikeus (sąd gospodarczy, Finlandia)

- 9 Markkinaoikeus, który rozpoznawał sprawę w pierwszej instancji, uznał, że rozpatrywana klauzula ograniczająca nie powinna być uznawana za dyskryminującą, niewyważoną lub w jakikolwiek inny sposób sprzeczną z przepisami regulującymi udzielanie zamówień. Markkinaoikeus oddalił skargę spółki Nobina w odniesieniu do zarzutu dotyczącego klauzuli ograniczającej.

- 10 Zdaniem Markkinaoikeus cele wskazane przez HSL w odniesieniu do zastosowanej przez niego klauzuli ograniczającej nie mogły zostać uznane za sprzeczne z zasadami udzielania zamówień. Jak wynika z prac przygotowawczych do dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2014 r., na podstawie tych celów udział oferenta mógł zostać ograniczony w odniesieniu do części zamówienia.
- 11 Poprzez wskazane prace przygotowawcze Markkinaoikeus odniósł się do projektu dyrektywy Rady Unii Europejskiej w sprawie zamówień publicznych 18966/11 MAP 10 MI 686 z dnia 21 grudnia 2011 r. odnośnie do kompleksu 5 dotyczącego udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych. Z projektu wynika, że instytucje zamawiające mogły ograniczyć udział oferenta w częściach zamówienia już przed wejściem w życie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2014 r. Zgodnie z projektem instytucje zamawiające mogą mieć uzasadniony powód, aby uniknąć wyboru jednego oferenta w odniesieniu do wszystkich części zamówienia. Uzasadniony powód może dotyczyć zapewnienia szerszej bazy dostawców, aby zapobiec dominującej pozycji dostawcy lub wzmocnieniu pozycji dominującej wykonawcy, lub kwestii bezpieczeństwa dostaw.
- 12 W swoim orzeczeniu Markkinaoikeus uznał, że klauzula ograniczająca została opublikowana w zaproszeniu do składania ofert i była skierowana do wszystkich oferentów. Nie można przyjąć, że klauzula ograniczająca różni się, w odniesieniu do wymogu korzyści makroekonomicznej, od sytuacji uznanej za dopuszczalną, w której zamówienie jest dzielone na części, a udział jednego oferenta w udzieleniu zamówienia jest ograniczony w odniesieniu do części.

Korkein hallinto-oikeus (najwyższy sąd administracyjny, Finlandia)

- 13 Spółka Nobina podniosła w swojej skardze, że stosowanie klauzuli ograniczającej nie doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.
- 14 Zdaniem spółki Nobina na podstawie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2004 r. dopuszczalny jest jedynie uprzedni podział zamówienia na części. HSL nie ograniczył z góry liczby części, w odniesieniu do jakiej oferent mógł złożyć ofertę, lecz ograniczenie to opierało się na późniejszym zmniejszeniu. Uprzednie ograniczenie i późniejsza klauzula ograniczająca nie są procedurami porównywalnymi z punktu widzenia korzyści makroekonomicznych.
- 15 W każdym razie klauzula ograniczająca narusza zasady prawa zamówień publicznych Unii. Narusza ona zasady proporcjonalności, przejrzystości, bezstronności i niedyskryminacji oraz może zakłócać konkurencję.
- 16 Późniejsze ograniczenie wygranych przedmiotów zamówienia prowadzi do niepotrzebnej optymalizacji ofert i wykorzystania środków publicznych na drugą najlepszą ofertę. Klauzula ta nie jest konieczna dla utrzymania sytuacji konkurencyjnej i zmniejszenia ryzyka operacyjnego. Nie sprzyja ona sytuacji

konkurencyjnej w dłuższej perspektywie, ale może hamować konkurencję i podnieść poziom cen.

- 17 Przy pomocy klauzuli ograniczającej instytucja zamawiająca ingeruje w warunki konkurencji na rynku. Klauzula może być stosowana w sposób nieprzewidywalny i przypadkowy, a zatem w sposób nieproporcjonalny wpłynąć na ostateczną pozycję oferenta w przetargu. Mimo klauzuli ograniczającej w przypadku innych operatorów niż spółka Nobina możliwe było zwiększenie udziału w rynku transportu w regionie Helsinek.
- 18 HSL podnosi, że oferty najkorzystniejsze ekonomicznie zostały wybrane, z uwzględnieniem klauzuli ograniczającej, dla części zamówienia i instytucja zamawiająca nie działała z naruszeniem zasad udzielania zamówień.
- 19 Dyrektywy z 2014 r. zawierały przepisy pozwalające na stosowanie klauzuli ograniczającej. Nawiązywały one do zasady utrzymania konkurencji obowiązującej na mocy dotychczasowego prawa zamówień publicznych. Choć we wcześniejszych przepisach brak było regulacji dotyczącej podziału zamówień, również na mocy poprzednich przepisów pozostawało to w gestii instytucji zamawiającej.
- 20 Na podstawie załącznika VII A do dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2004 r., wskazanych w orzeczeniu Markkinaoikeus prac przygotowawczych oraz dokumentu roboczego Komisji SEC(2008) 2193 z dnia 25 czerwca 2008 r. można wnioskować, że zastosowanie rozpatrywanej klauzuli ograniczającej było możliwe na podstawie dyrektywy z 2004 r.
- 21 Zgodnie z klauzulą ograniczającą stosowaną przez HSL oferent mógł złożyć ofertę w odniesieniu do wszystkich części zamówienia i zostać wybrany w odniesieniu do kilku części zamówienia. Z punktu widzenia oferenta klauzula ograniczająca jest łagodniejszą alternatywą w porównaniu z ograniczeniem liczby oferowanych części.
- 22 Choć w chwili wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dyrektywy w sprawie zamówień z 2014 r. nie zostały jeszcze transponowane do krajowego porządku prawnego, HSL był uprawniony do stosowania łagodniejszej klauzuli ograniczającej, bowiem jej stosowanie nie naruszało przepisów krajowych.
- 23 Za uzasadnione cele, które można osiągnąć za pomocą klauzuli ograniczającej można by uznać wykorzystanie możliwości konkurencyjnych również w przyszłych zaproszeniach do składania ofert oraz brak nadmiernego uzależnienia instytucji zamawiającej od bezpieczeństwa dostaw zapewnianego przez jednego dostawcę. Klauzula ograniczająca nie została zastosowana z naruszeniem zasad udzielania zamówień.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 24 Zdaniem Korkein hallinto-oikeus rozpatrywane zamówienie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy sektorowej z 2004 r., w związku z czym dopuszczalność klauzuli ograniczającej należy ustalić na podstawie przepisów tej dyrektywy. Jednakże dla oceny prawnej sporu nie ma znaczenia, czy zastosowanie ma dyrektywa sektorowa z 2004 r., czy dyrektywa w sprawie zamówień publicznych z 2004 r., ponieważ przepisy wskazanych dyrektyw są identyczne w odniesieniu do rozpatrywanej kwestii.
- 25 Zdaniem Korkein hallinto-oikeus wystąpienie z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie jest niezbędne. Wykładni wymaga, czy dyrektywa sektorowa z 2004 r. sprzeciwia się temu, aby w sytuacji, gdy oferent może, zgodnie z zaproszeniem do składania ofert, złożyć ofertę na kilka lub wszystkie części zamówienia, instytucja zamawiająca może, również zgodnie z zaproszeniem do składania ofert, ograniczyć w swojej decyzji o udzieleniu zamówienia liczbę części zamówienia, jaka może być udzielona jednemu oferentowi.
- 26 Ponadto wykładni wymaga, jakie znaczenie dla oceny dopuszczalności klauzuli ograniczającej ma fakt, że dyrektywa sektorowa z 2004 r. nie zawiera wyraźnej regulacji dotyczącej podziału zamówień na części oraz że kryterium udzielenia zamówienia zgodnie z tą dyrektywą musi być oferta najkorzystniejsza ekonomicznie lub najniższa cena.
- 27 Wykładni wymaga ponadto, czy przy ocenie dopuszczalności klauzuli ograniczającej można uwzględnić rzeczywisty wynik, do którego mogłoby doprowadzić zastosowanie klauzuli w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie.
- 28 Zdaniem Korkein hallinto-oikeus w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości brak jest spraw, które dotyczyłyby kwestii, czy stosując dyrektywy z 2004 r. można ograniczyć liczbę części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi.
- 29 Według Korkein hallinto-oikeus przed Trybunałem nie jest także zawisły żaden wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący art. 65 ust. 2 dyrektywy sektorowej z 2014 r. lub odpowiadającego mu przepisu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.
- 30 Dyrektywy z 2004 r. nie zawierają żadnych wyraźnych regulacji określających, czy instytucja zamawiająca może podzielić zamówienie na części i ograniczyć liczbę części, w odniesieniu do jakich można składać oferty. Biorąc pod uwagę art. 17 ust. 6 lit. a) i pkt 5 lit. b) załącznika XIII do dyrektywy sektorowej z 2004 r. jak i odpowiednie przepisy dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2004 r., zdaniem Korkein hallinto-oikeus oczywiste jest, że taki podział zamówienia jest możliwy.
- 31 Ograniczenie liczby części zamówienia, w odniesieniu do jakiej oferent może złożyć ofertę oraz ograniczenie liczby części zamówienia, jaka może być

udzielona jednemu oferentowi, nie są w pełni porównywalne. W pierwszym przypadku już przy składaniu oferty oferent musi wybrać część, na którą oferta jest składana, wybrana zostanie oferta najkorzystniejsza ekonomicznie lub oferta o najniższej cenie. W tym ostatnim przypadku oferent może, jeżeli sobie tego życzy, złożyć ofertę na wszystkie części zamówienia, ale na skutek stosowania klauzuli ograniczającej może zostać wybrana druga oferta najkorzystniejsza ekonomicznie lub druga najtańsza oferta dla jednej części zamówienia.

- 32 Z drugiej strony, klauzula ograniczająca stosowana dopiero po złożeniu ofert może być korzystniejsza dla oferenta niż wcześniejsze ograniczenie ofert, ponieważ oferent może, jeżeli sobie tego życzy, złożyć ofertę na kilka lub wszystkie części zamówienia, a klauzula ograniczająca może w ogóle nie mieć zastosowania.
- 33 Oferenci lub instytucja zamawiająca nie wiedzą z wyprzedzeniem, do którego przedmiotu zamówienia zaproszenia do składania ofert lub do jakiej części zamówienia może mieć zastosowanie klauzula ograniczająca. W praktyce sytuacja sama w sobie nie różni się od zaproszenia do ubiegania się o zamówienie bez klauzuli ograniczającej, ponieważ nawet wtedy oferent nie wie z wyprzedzeniem, czy jego oferta zostanie przyjęta, czy też nie.
- 34 Zgodnie z zaproszeniem do składania ofert ogłoszonym przez HSL oferty należało złożyć w odniesieniu do pojedynczych przedmiotów zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Jako próg dla stosowania klauzuli ograniczającej nie została jednak wskazana liczba przedmiotów zamówienia wygranych przez oferenta, lecz liczba dni autobusowych wygranych przez oferenta. Zdaniem Korkein hallinto-oikeus liczba wygranych pojazdodni została określona w klauzuli jako liczba maksymalna, ponieważ pojedyncze przedmioty zamówienia z zaproszenia do ubiegania się o zamówienie różnią się pod względem wielkości ruchu.
- 35 W przypadku zastosowania klauzuli ograniczającej przedmiot lub przedmioty zamówienia zaproszenia do ubiegania się o zamówienie zostają w całości przeniesione na drugiego najlepszego oferenta, a nie tylko w odniesieniu do pojazdodni przekraczających próg. Na oferenta, który złożył drugą najlepszą ofertę, przenosi się przedmiot lub przedmioty zamówienia, w przypadku których różnica w punktach między najlepszą ofertą a drugą najlepszą ofertą pomnożona przez liczbę pojazdów danego przedmiotu zamówienia jest najmniejsza. Według HSL klauzula została ukształtowana w taki sposób, aby wpływ jej stosowania na korzyść makroekonomiczną zamówień był ograniczony do minimum.
- 36 W wyniku zaproszenia do ubiegania się o zamówienie i zastosowania klauzuli ograniczającej w niniejszej sprawie doszło jednak do tego, że całkowita liczba pojazdów spółki Nobina w dni autobusowe została zmniejszona ze 120 do 94 pojazdów, a zatem do wartości niższej niż całkowita liczba dni autobusowych spółki Pohjolan Kaupunkiliikennes, która została zwiększona z 72 do 98 pojazdów. Przeniesienie przedmiotu zamówienia z oferenta, który złożył najlepszą ofertę na oferenta, który złożył drugą najlepszą ofertę, oznaczało, że na podstawie

zaproszenia do ubiegania się o zamówienie udzielono pierwszemu oferentowi zamówienie na łącznie mniej dni autobusowych niż otrzymał oferent z drugą najlepszą ofertą. Pomimo zastosowania klauzuli ograniczającej spółka Nobina wygrała więcej przedmiotów zamówienia niż spółka Pohjolan Kaupunkiliikenne.

- 37 Zastosowanie klauzuli ograniczającej, takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, mogłoby doprowadzić do jeszcze większych zmian w wyniku zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w porównaniu z niniejszą sprawą, a w pewnych okolicznościach ze względu na klauzulę dla oferenta korzystniejsze byłoby zajęcie drugiego miejsca w porównaniu ofert. Gdyby na przykład liczba pojazdodni wygranych przez oferenta wynosiła 111, a najmniejsza różnica mierzona liczbą pojazdów dotyczyła największego przedmiotu zamówienia, tj. przedmiotu zamówienia obejmującego 39 pojazdów, przekroczenie ustalonego progu o jeden pojazdodzień oznaczałoby utratę całego przedmiotu zamówienia obejmującego 39 pojazdów. Ponieważ jednak oprócz różnicy w punktach między ofertami wpływ na określenie przedmiotu zamówienia, który ma zostać przekazany drugiemu najlepszemu oferentowi ma liczba pojazdów będących przedmiotem zamówienia, jest bardziej prawdopodobne, że inny niż największy pod względem liczby pojazdów przedmiot zamówienia zostanie przeniesiony ze zwycięskiego oferenta na innego oferenta.
- 38 W świetle powyższego Korkein hallinto-oikeus rozważył również, czy dopuszczalność klauzuli ograniczającej należy oceniać w sposób abstrakcyjny, tak że zastosowanie klauzuli w ogłoszeniu o zamówieniu i w zaproszeniu do składania ofert na podstawie dyrektywy sektorowej z 2004 r. jest dopuszczalne, czy też nie, lub czy przy ocenie dopuszczalności klauzuli ograniczającej można uwzględnić wynik, do którego konkretnie doprowadziłyby zastosowanie klauzuli w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie. Ze względu na pewność prawa i przewidywalność zdaniem Korkein hallinto-oikeus zasadniczo problematyczne jest dokonywanie oceny dopuszczalności prawnej klauzuli ograniczającej zawartej w zaproszeniu do składania ofert, a tym samym znanej oferentom, indywidualnie na podstawie wyniku zaproszenia do składania ofert.
- 39 Jeżeli zastosowanie klauzuli ograniczającej nie byłoby zgodne z przepisami dotyczącymi kryteriów udzielania zamówień zawartymi w art. 55 ust. 1 dyrektywy sektorowej z 2004 r., również dyrektywa z 2014 r., która wyraźnie dopuszcza ograniczenie liczby części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, zawierałaby odpowiednią niezgodność.
- 40 Powody zastosowania klauzuli ograniczającej wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w zaproszeniu do składania ofert są zgodne z powodami podanymi w motywie 88 dyrektywy sektorowej z 2014 r. w odniesieniu do przepisu dyrektywy umożliwiającego instytucjom zamawiającym ograniczenie liczby części zamówienia, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi. Stosowanie klauzuli ograniczającej chroni utrzymanie konkurencji. Utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku sprzyja temu, że w dłuższej perspektywie zamówienia

instytucji zamawiającej są ogólnie korzystniejsze z makroekonomicznego punktu widzenia.

DOKUMENT ROBOCZY