

**Sprawa C-23/20****Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

17 stycznia 2020 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Klagenævnet for Udbud (Dania)

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

16 stycznia 2020 r.

**Strona skarżąca:**

Simonsen &amp; Weel A/S

**Strona pozwana:**

Region Nordjylland i Region Syddanmark

**Przedmiot skargi w postępowaniu głównym**

Klagenævnet for Udbud (duńska komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych, Dania) rozpoznaje skargę złożoną przez spółkę Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland (Regionowi Jutlandii Północnej) i Region Syddanmark (Regionowi Danii Południowej) w przedmiocie wymogu wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowej ilości lub szacunkowej wartości, ewentualnie maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg.

**Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

Wykładnia dyrektywy 2014/24 (dyrektywy w sprawie zamówień publicznych) i dyrektywy 92/13 (ogólnej dyrektywy odwoławczej) w świetle wyroku Trybunału

w sprawie C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice.

Podstawa prawna: art. 267 TFUE.

### **Pytania prejudycjalne**

1. Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24] i w art. 49 [dyrektywy 2014/24], w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24, należy interpretować w ten sposób, że w takim przypadku jak niniejszy ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać informację o szacunkowej ilości bądź szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg?

W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie, wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy powyższe przepisy należy interpretować w ten sposób, że informacja ta musi zostać podana w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości, czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: Region Nordjylland) czy też c) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: Region Syddanmark).

2. Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24] oraz w art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24], w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24, należy interpretować w ten sposób, że ogłoszenie o zamówieniu bądź specyfikacja warunków zamówienia muszą określać maksymalną ilość bądź maksymalną wartość dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, a gdy limit ten zostanie osiągnięty, rzeczona umowa przestanie wywoływać skutki prawne?

W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie, wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy te przepisy należy interpretować w ten sposób, że powyższy maksymalny limit musi zostać wskazany w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości, czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: Region Nordjylland) czy też c) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: Region Syddanmark).

W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze i drugie, wnosi się do Trybunału – w zakresie mającym znaczenie dla treści tych odpowiedzi – o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie:

3. Czy art. 2d ust. 1 lit. a) [dyrektywy 92/13] w związku z art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24] oraz w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w Części C załącznika V do tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że przesłanka „podmiot zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*” obejmuje swoim zakresem przypadek taki jak niniejszy, w którym instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* dotyczące przewidywanej umowy ramowej, jednakże
- (a) ogłoszenie o zamówieniu nie spełnia wymogu wskazania szacunkowej ilości lub szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, gdyż szacunkowa ilość bądź szacunkowa wartość zostały określone w specyfikacji warunków zamówienia, oraz
  - (b) instytucja zamawiająca uchybiła wymogowi określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy zaproszenie do składania ofert?

### **Przywołane przepisy prawa Unii**

Dyrektywa 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 (Dz.U. 2004 L 134, s. 114) (zwana dalej „dyrektywą w sprawie zamówień publicznych z 2004 r.”).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE. z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014 L 94, s. 65) (zwana dalej „dyrektywą w sprawie zamówień publicznych”); motywy 59–61; art. 2 ust. 1 pkt 5, art. 2 ust. 4 pkt 5, art. 2 ust. 18 pkt 1, art. 2 ust. 33 pkt 1 i 3, art. 49; pkt 2, 5, 7, 8 oraz pkt 10 lit. a) znajdujące się w części C załącznika V.

Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. (Dz.U. L 76, s. 14 („ogólna dyrektywa odwoławcza”), ze zmianami; art. 2d ust. 1.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: wyrok z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice* (EU:C:2018:1034); pkt 57–69 oraz sentencja.

### **Przywołane przepisy prawa krajowego**

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2019/S 086–205406 z dnia 30 kwietnia 2019 r. w sprawie umowy ramowej [która miała zostać zawarta] na okres czterech lat dla Region Nordjylland z jednym wykonawcą w przedmiocie zakupu zestawów sond dla pacjentów korzystających z opieki pielęgnacyjnej oraz dla instytucji (zwane dalej „ogłoszeniem o zamówieniu”).

Ustawa o zamówieniach publicznych (ustawa nr 1564 z dnia 15 grudnia 2015 r., z późniejszymi zmianami), wdrażająca do prawa duńskiego dyrektywę w sprawie zamówień publicznych, §§ 2, 56 oraz § 128 ust. 2.

Ustawa w sprawie komisji odwoławczej do spraw zamówień publicznych (ustawa nr 492 z dnia 12 maja 2010 r.); § 17 ust. 1 pkt 1, wdrażająca do prawa duńskiego m.in. ogólną dyrektywę odwoławczą.

Co się tyczy treści wyżej wymienionych przepisów prawa duńskiego Klagenævnet for Udbud stwierdziła, iż jej zdaniem przepisy te muszą i mogą być interpretowane zgodnie z leżącymi u ich podstaw przepisami dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i ogólnej dyrektywy odwoławczej, które to przepisy mają na celu wdrożenie ww. dyrektyw.

### **Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania głównego zawisłego przed Klagenævnet for Udbud**

- 1 Niniejsza skarga dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, które regiony zapoczątkowały ogłoszeniem o zamówieniu w sprawie umowy ramowej [która miała zostać zawarta] na okres czterech lat dla Region Nordjylland z jednym wykonawcą w przedmiocie zakupu zestawów sond dla pacjentów korzystających z opieki pielęgnacyjnej oraz dla instytucji. Co się tyczy Region Syddanmark, stwierdzono, iż region ten po prostu uczestniczył „w drodze opcji”.
- 2 Sekcja II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu, zatytułowana „Krótki opis”, stanowi, iż nie ma możliwości „składania ofert częściowych” oraz że należy złożyć ofertę na „wszystkie pozycje zamówienia”. Został także wskazany jeden główny kod CPV oraz dwa dodatkowe kody CPV (zob. sekcje II.1.2 i II.2.2. ogłoszenia o zamówieniu). Sekcja II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu dotycząca „szacunkowej całkowitej wartości” nie została wypełniona. Tak było również w przypadku sekcji II.2.6 dotyczącej „szacunkowej wartości”, zaś ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera innych informacji o szacunkowej wartości zamówienia ani o szacunkowej wartości umowy ramowej w odniesieniu do Region Nordjylland ani opcji zawartej w umowie ramowej w odniesieniu do Region Syddanmark. Ponadto ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera żadnych informacji o maksymalnej wartości umowy ramowej, pojedynczo lub łącznie, ani o maksymalnej ilości towarów, które miałyby zostać nabyte na podstawie umowy ramowej. Sekcja 1.3 dotycząca „Komunikacji” stanowi m.in., że „nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do

dokumentacji przetargowej można uzyskać bezpłatnie” pod wskazanym adresem internetowym.

- 3 Załącznik (załącznik 2 do zamówienia – specyfikacja wymagań) do przedmiotowej specyfikacji warunków zamówienia, zredagowany w języku duńskim, zawiera szczegółowy opis towarów, których dotyczy przetarg. Na początku specyfikacji warunków zamówienia stwierdzono ponadto, iż przewidywane do zużycia ilości zostały określone w załączniku (załącznik 3 do zamówienia – wykaz [elementów] zamówienia). W tym względzie stwierdzono, iż *„wskazane szacunki i przewidywane do zużycia ilości jedynie odzwierciedlają oczekiwania instytucji zamawiających w zakresie zużycia usług objętych zamówieniem, którego dotyczy przetarg. W związku z powyższym instytucje zamawiające nie zobowiązują się do zakupu określonej ilości usług ani do dokonania zakupów za określona kwotę na podstawie umowy ramowej. Innymi słowy, faktyczne zużycie może być wyższe albo niższe niż wskazują na to szacunki”*.
- 4 Przedmiotowy załącznik 3 do zamówienia (wykaz [elementów] zamówienia) składał się z arkusza kalkulacyjnego zawierającego 51 wierszy towarów. W każdym wierszu podany został opis towarów oraz przewidywane roczne zużycie dla, odpowiednio, Region Nordjylland i Region Syddanmark, a także – łączne zużycie dla obydwu regionów. Następnie poszczególni oferenci mieli wypełnić kolumny przez poprzez wpisanie oferowanej ceny jednostki podstawowej, na podstawie której następnie obliczano roczne oczekiwane zużycie w walucie DKK dla jednostki podstawowej, a następnie wpisywano zużycie do kolejnej kolumny. Na tej podstawie także obliczano roczne oczekiwane zużycie w walucie DKK jako łączną kwotę w dolnej części arkusza kalkulacyjnego.
- 5 Dokumentacja przetargowa zawierała także projekt umowy, zawierający m.in. stwierdzenie, że umowa ramowa nie pociąga za sobą powstania po stronie klientów szczególnego i ostatecznego zobowiązania do zakupienia konkretnych ilości w określonych terminach, lecz uprawnia ich do okresowego nabywania towarów na podstawie umowy ramowej w zależności od powstania konkretnego zapotrzebowania, w związku z czym powyższe oznaczało, że kwoty dotyczące zużycia na podstawie umowy ramowej wskazane w dokumentacji przetargowej (załączniki 2 i 3 do zamówienia, o których wyżej mowa) należy uważać za orientacyjne, gdyż faktyczna sytuacja wynikająca z eksploatacji może spowodować zmiany. Dodatkowo stwierdzono, iż nie może być mowy o wyłącznej umowie ramowej, w związku z czym tym samym klienci uprawnieni są do nabywania podobnych towarów od innych dostawców zgodnie z zasadami zamówienia, w tym poprzez zamieszczenie takich towarów w [odrębnym przetargu].
- 6 W ramach procedury przetargowej regiony otrzymały trzy dopuszczalne oferty, w tym od spółek Simonsen & Weel A/S i Nutricia A/S. W dniu 9 sierpnia 2019 r. regiony ogłosiły, przekazując jednocześnie szczegółowe uzasadnienie, że oferta złożona przez Nutricia A/S została uznana za najbardziej korzystną w myśl

wskazanego kryterium udzielania zamówienia (najlepszy stosunek jakości do ceny) i powiązanych podkryteriów, a tym samym zamówienie zostało udzielone Nutricia A/S.

- 7 W dniu 19 sierpnia 2019 r. do Klagenævnet for Udbud wpłynęła skarga spółki Simonsen & Weel A/S, która to skarga nie wywiera skutku zawieszającego. Region Nordjylland następnie zawarł umowę ramową ze zwyciężskim oferentem, czyli ze spółką Nutricia A/S, która wystąpiła w charakterze interwenienta wspierającego regiony w postępowaniu skargowym. Region Syddanmark jeszcze nie skorzystał z opcji, której dotyczy przetarg.
- 8 Mając na uwadze, iż regiony uchybiły przepisom prawa duńskiego o zamówieniach publicznych w ten sposób, że nie wskazały w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowej ilości ani szacunkowej wartości towarów na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, spółka Simonsen & Weel A/S podnosi, iż Klagenævnet for Udbud powinna stwierdzić nieważność decyzji regionów o udzieleniu zamówienia spółce Nutricia A/S oraz uznać zawarte umowy za nieskuteczne.

### **Zasadnicze argumenty stron postępowania przed sądem krajowym**

#### *Wymóg wskazania szacunkowej wartości lub ilości*

- 9 **Simonsen & Weel A/S** twierdzi w szczególności, iż regiony uchybiły § 56 i § 128 ust. 2 udbudslov (ustawy o zamówieniach publicznych) (zob. art. 49 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych) oraz zasadom równego traktowania i przejrzystości zawartym w paragrafie 2 f udbudslov (zob. art. 18 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych) ze względu na to, że nie wskazały w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowej ilości ani szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg. W tym względzie spółka zwraca w szczególności uwagę, iż pkt 7 znajdujący się w części C załącznika V do dyrektywy w sprawie zamówień publicznych stanowi, że w ogłoszeniu o zamówieniu należy zamieścić opis „charakteru i zakresu robót budowlanych, charakteru i ilości lub wartości dostaw, charakteru i zakresu usług.” Punkt 10 lit. a) załącznika nie ustanawia odstępstwa od tego przepisu. Załącznik VII A do dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2004 r. zawiera – zgodnie z jej brzmieniem – odniesienie zarówno do szacunkowej całkowitej wartości umowy ramowej, jak i odniesienie do wartości zamówień udzielanych na podstawie umowy ramowej. Pomimo, iż tak nie jest w przypadku pkt 10 lit. a) dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2014 r., nie stanowi to wprowadzenia zmiany z tej prostej przyczyny, iż wymóg zamieszczenia całkowitej wartości wynika z pkt 7. Zawarte w sekcji II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu odesłanie do znajdującego się w dokumentacji przetargowej wykazu zamówienia (załącznik 3 do zamówienia – wykaz [elementów] zamówienia), a tym samym do wpisanych doń szacunków, nie jest wystarczające, bowiem informacje, których udzielenie jest wymagane na podstawie części C załącznika V należy zamieścić w samym

ogłoszeniu o zamówieniu. Okoliczność polegająca na tym, iż zamiast udzielenia zamówienia publicznego, zawarto umowę ramową, nie może prowadzić do wydania odmiennego rozstrzygnięcia (zob. pkt 62 wyroku Trybunału w sprawie C-216/17).

- 10 **Regiony** w szczególności podnoszą, iż, po pierwsze, nie został ustanowiony bezwzględny wymóg wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu konkretnego zakresu lub wartości umowy ramowej. Brzmienie art. 33 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych („w stosownych przypadkach”) należy rozumieć w ten sposób, że przewidywane ilości muszą zostać wskazane wyłącznie w sytuacji, gdy ma to znaczenie bądź jest to możliwe. Ponadto, w części C załącznika V do dyrektywy w sprawie zamówień publicznych pominięto odesłanie do szacunkowej całkowitej wartości usług przez cały czas trwania umowy [zob. pkt 10 lit. a)], w przedmiocie czego należy domniemywać, iż wynika to z chęci zwiększenia elastyczności i z uwzględnienia okoliczności polegającej na braku istnienia możliwości określenia umów ramowych w precyzyjny sposób w kategoriach takich jak np. ilość, wartość czy cechy charakterystyczne. Zestawy sond nie były wcześniej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym szkodliwe dla konkurencji byłoby zamieszczenie przez regiony w ogłoszeniu o zamówieniu wprowadzającą w błąd lub nieprawidłową szacunkową wartość. Zakres objęty umową ramową (ilość, wartość oraz cechy charakterystyczne) pozostaje uzależniony od potrzeb w zakresie leczenia. Wskazanie maksymalnej wartości lub zakresu byłoby zatem obarczone dużą dozą niepewności, w związku z czym powinna ona być podawana – w stosownych przypadkach – ze znacznym marginesem względem oczekiwanej wartości.

Po drugie, regiony podnoszą, że w specyfikacji warunków zamówienia (załącznik 3 do zamówienia – wykaz [elementów] zamówienia) podano oczekiwane zużycie oczekiwanych zakupów na podstawie umowy dla każdego z dwóch regionów, w związku z czym wymóg określony w pkt 10 lit. a), znajdującym się w części B załącznika V do dyrektywy w sprawie zamówień, został spełniony. Zgodnie z brzmieniem pkt 7 znajdującego się w części B załącznika V, przy nabywaniu towarów podmiot zamawiający posiada co do zasady możliwość dokonania wyboru pomiędzy zamieszczeniem opisu charakteru i ilości dostaw a zamieszczeniem opisu charakteru i wartości dostaw, skoro nie zachodzi konieczność łącznego spełnienia obydwu wymogów. Punkt 7 znajdujący się w części B załącznika V do dyrektywy dotyczy zamówień publicznych w ogólności, w związku z czym nie uwzględnia on cech szczególnych umów ramowych, w tym ich szczególnego charakteru, celów oraz kontekstu. W pkt 10 lit. a), znajdującym się w części B załącznika V i mającym charakter *lex specialis*, zawarto zaś opis szczególnych informacji, jakie powinny zostać zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu w odniesieniu do umów ramowych, w związku z czym ma on pierwszeństwo przed pkt 7. Za przyjęciem powyższego twierdzenia przemawia też fakt, że w standardowym formularzu ogłoszeń o zamówieniu, w którym wypełnienie pola „Szacunkowa całkowita wartość”, znajdującego się w sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, oraz pola „Szacunkowa wartość”, znajdującego się w jego sekcji II.2.6, nie jest obowiązkowe, a jedynie umożliwia

wskazanie wartości gospodarczej, nie zaś „zakresu” czy też ilości w innych jednostkach miary.

*Wymóg określenia maksymalnej ilości lub wartości*

- 11 **Simonsen & Weel** podnoszą w szczególności, iż Trybunał w wyroku w sprawie C-216/17 orzekł, iż instytucja zamawiająca, która wystosowuje zaproszenie do składania ofert w sprawie umowy ramowej, musi określić maksymalną wartość lub maksymalną ilość towarów, które będą mogły stanowić przedmiot kolejnych zamówień, jak również, że wymóg ten nie został spełniony. Szacunki dla poszczególnych zestawów sond wskazane w specyfikacji warunków zamówienia nie spełniają powyższego wymogu, bowiem wyraźnie wskazano, iż nie są one wiążące. Uzasadnienie Trybunału ma charakter ogólny (zob. m.in. pkt 61 wyroku w sprawie C-216/17), a tym samym ma ono także znaczenie dla sprawy zawisłej przed Klagenvnet for Udbud, niezależnie od okoliczności, że należy ją rozstrzygnąć na gruncie aktualnie obowiązującej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, zaś okoliczności faktyczne w obu sprawach nie są porównywalne. Nie wskazując maksymalnej ilości dostaw, jakie mogą zostać nabyte na podstawie umowy ramowej ani szacunkowej całkowitej wartości umowy ramowej, regiony mogą korzystać bez ograniczeń z umowy ramowej w okresie jej trwania.
- 12 **Regiony** w szczególności twierdziły, że wyrok w sprawie C-216/17 dotyczył wykładni art. 1 ust. 5 i art. 32 ust. 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2004 r., w związku z czym zawarte w nim rozstrzygnięcie należy postrzegać w świetle podniesionych przez strony żądań i szczególnych okoliczności sprawy. Tym samym, zakres zastosowania tego wyroku ogranicza się do sytuacji, w których instytucja zamawiająca działa w imieniu innych instytucji, które nie są bezpośrednio stronami przedmiotowej umowy ramowej, która to sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. Co więcej, zakres zastosowania tego wyroku należy uznać za ograniczony do brzmienia art. 9 ust. 9 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2004 r., który, co się tyczy obliczania wartości umowy ramowej, posługiwał się następującym zwrotem: „maksymalna szacunkowa wartość bez VAT wszystkich zamówień, których udzielenia przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej”, natomiast art. 5 ust. 5 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych z 2014 r. posługuje się zwrotem „maksymalna szacunkowa wartość bez VAT wszystkich zamówień przewidywanych przez cały okres obowiązywania umowy ramowej”. Zgodnie z tym wyrokiem wystarczy, jeżeli ogólna ilość świadczeń zostanie wskazana w umowie ramowej lub w innym upublicznionym dokumencie, takim jak specyfikacja warunków zamówienia, tak aby zapewnić pełne poszanowanie zasad przejrzystości i równego traktowania (pkt 68 wyroku). Rozstrzygające znaczenie dla zaproszenia do składania ofert w sprawie zawarcia umowy ramowej ma to, czy jest ono także wystosowywane w imieniu innych instytucji zamawiających (zob. w tym względzie wyrok oraz motywy 59–62 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych). Wymóg wskazania maksymalnej ilości (lub maksymalnej wartości) określony w pkt 61 wyroku w sprawie C-216/17, nie może mieć zastosowania w sprawach, które nie są porównywalne. Regiony



wystosowały zaproszenia do składania ofert w sprawie zawarcia umowy ramowej, która nie jest wyłączna ani nie jest wzajemnie wiążąca, natomiast w chwili tego wystosowania zaproszenia do składania ofert nie posiadały one wiedzy odnośnie zakresu szczególnego zapotrzebowania na dokonywanie zakupów ani co do wysokości ceny za „poszczególne zamówienia.” Tym samym regiony nie były w stanie dokonać oszacowania szacunkowej wartości umowy ramowej, która byłaby rzetelna w stopniu wystarczającym, by spełnić wymogi określone w sekcji II.1.5 lub sekcji II.2.6 ogłoszenia o zamówieniu. Tak określenia ilości zawarte przez regiony w dokumentacji przetargowej pozostają zgodne ze wskazówkami zawartymi w pkt 31, 61, 64 wyroku. Wskazanie przez regiony przewidywanych ilości nie oznacza, iż mogą one korzystać bez żadnych ograniczeń z umowy ramowej w okresie jej obowiązywania, ponieważ ilości wskazane przez nie w specyfikacji warunków zamówienia (załącznik 3 do zamówienia – wykaz [elementów] zamówienia), wespół z ich realizacją przez zwycięskiego oferenta i ich wyceną, pozwalają na ustalenie szacunkowej wartości przez okres obowiązywania umowy, a tym samym – także wartości pierwotnego zamówienia, co stanowi naturalne ograniczenie dla późniejszych modyfikacji na gruncie art. 72 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.

#### *Bezskuteczna sankcja*

- 13 **Simonsen & Weel** podnosi, że brak wskazania przez regiony w ogłoszeniu o zamówieniu wartości, ilości bądź zakresu odnośnie umowy ramowej przy jednoczesnym braku wskazania przez nie w tym ogłoszeniu czy też innej dokumentacji przetargowej maksymalnych ilości bądź maksymalnej wartości oznacza, iż zawarta przez Region Nordjylland umowa ramowa nie odpowiada opublikowanemu ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym – ten wymóg określający warunek przetargowy nie został spełniony. W związku powyższym umowę ramową należy uznać za nieskuteczną.
- 14 **Regiony** w szczególności twierdzą, iż zawarcie przez nie umowy z Nutricia A/S nie stanowi sytuacji, która mogłaby prowadzić do „nieskuteczności”, bowiem brak wypełnienia fakultatywnych pól „Szacunkowa całkowita wartość” (sekcja II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu) i „Szacunkowa wartość” (sekcja II.2.6) nie jest tożsame z sytuacją, w której doszło do zawarcia umowy bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto regiony zamieściły w ogłoszeniu o zamówieniu odesłanie do wykazu elementów zamówienia, w którym wskazano oczekiwane roczne zużycie w regionach. Tym samym ten wymóg ten określający warunek przetargowy został spełniony.

#### **Zwiąże uzasadnienie odesłania**

- 15 Klagenævnet for Udbud zauważa, iż powyższe przepisy prawa duńskiego powinny, jej zdaniem, być interpretowane zgodnie z leżącymi u ich podstaw przepisami dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i ogólnej dyrektywy odwoławczej, które to przepisy mają za zadanie wdrożenie przepisów obydwu

dyrektyw. Skarga rozpoznawana przez Klagenævnet for Udbud w oczywisty sposób została zainspirowana wyrokiem Trybunału w sprawie C-216/17. Wyrok ten jednakże dotyczył bardzo szczególnej sytuacji, a także odnosił się do przepisów poprzedniej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Można zatem twierdzić, iż odpowiedź Trybunału może być interpretowana z całą pewnością wyłącznie w odniesieniu do zastosowania w wyjątkowych okolicznościach wskazanych we wniosku końcowym. W szeregu punktów zawarta jednak została ogólna wykładnię obowiązujących wówczas przepisów. Przepisy te w dużej mierze zostały odtworzone bez zmian w nowej dyrektywie w sprawie zamówień publicznych. W tym jednak względzie nawet drobne zmiany mogą prowadzić do powstania wątpliwości co do tego, czy wskazana wykładnia może mieć zastosowanie do obecnie obowiązujących przepisów.

- 16 Klagenævnet for Udbud ma także wątpliwości co do tego, czy i w jakim zakresie ma ona także zastosowanie, jak wynika z pkt 57–69 wyroku w sprawie C-216/17, w takiej sytuacji jak niniejsza, w której instytucje zamawiające są pierwotnymi stronami umowy ramowej, przy czym jedna z tychże dwóch stron uczestniczy wyłącznie w jednej opcji. Wątpliwości Klagenævnet for Udbud w szczególności dotyczą zakresu stwierdzenia zawartego w pkt 60, zgodnie z którym musi zostać określony limit, zaś w momencie, gdy limit ten zostanie osiągnięty, dana umowa przestanie wywoływać skutki prawne (pkt 61). Powyższe powoduje powstanie wątpliwości, m.in., czy taki limit powinien wskazywać zarówno maksymalną ilość, jak i maksymalną wartość towarów nabywanych na podstawie umowy ramowej, jak również czy taki limit, o ile ma to zastosowanie, powinien zostać określony od „dnia zawarcia”, a tym samym musi już być wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (w związku z czym jest on identyczny z szacunkową wartością) bądź w specyfikacji warunków zamówienia [zob. w tym względzie pkt 66 wyroku, natomiast w treści pkt 68 i 69 zdaje się być zawarte założenie, iż wystarczy, aby maksymalna wartość bądź ilość została najpierw określona w samej umowie ramowej, a tym samym w chwili zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia (zob. pytanie 2)].
- 17 Przy ocenie pytań prejudycjalnych mogą także powstać wątpliwości co do tego, czy naruszenie warunków ogłoszenia o zamówieniu, które muszą zostać określone w terminie późniejszym, wchodzi w zakres stosowania art. 2d ogólnej dyrektywy odwoławczej, gdyż zawarcie umowy na ich podstawie powinno być zrównane z sytuacją, w której w ogóle nie zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, w związku z czym zachodzą podstawy uznania tej umowy za bezskuteczną (zob. pytanie 3)].
- 18 W świetle powyższych rozważań oraz uwzględniając wolę stron Klagenævnet for Udbud stwierdza, iż kwestie te budzą takie wątpliwości, że postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym.