

Sprawa C-737/22

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Data wpływu:

1 grudnia 2022 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Østre Landsret (Dania)

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

11 listopada 2022 r.

Strona skarżąca:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Strona pozwana:

BibMedia A/S

[...]

ØSTRE LANDSRET

(sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania)

POSTANOWIENIE

z dnia 11 listopada 2022 r.

[...]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[...]

przeciwko

BibMedia A/S

- 1 [...] Powództwo rozpatrywane w postępowaniu głównym zostało wytoczone przez Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (duńską centralę zamówień publicznych dla jednostek państwowych i gminnych) (zwaną dalej „SKI”)

przeciwko spółce Audio Visionary Music A/S (zwanej dalej „AVM”), a jego przedmiotem jest zgodność z prawem przeprowadzonego przez SKI postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego zawarcia umowy ramowej o dostawę materiałów bibliotecznych i świadczenie usług w zakresie ich przygotowywania.

- 2 Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania) postanowił, zgodnie z art. 267 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej „Trybunałem”) z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni zakazu negocjacji, który można wywieść z orzecznictwa Trybunału dotyczącego podstawowych zasad równego traktowania i przejrzystości wyrażonych w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej „dyrektywą w sprawie zamówień publicznych”). Ponadto do Trybunału zwrócono się o rozstrzygnięcie, czy na zakres zakazu negocjacji ma wpływ okoliczność, że chodzi o procedurę otwartą zmierzającą do udzielenia zamówienia w oddzielnych częściach (zob. art. 27 i 46 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych).

OKOLICZNOŚCI I PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

- 3 Strona skarżąca, SKI, jest centralną jednostką zakupującą należącą do państwa duńskiego oraz Kommunernes Landsforening, czyli krajowego związku reprezentującego interesy gmin duńskich. SKI została powołana w celu usprawnienia i profesjonalizacji zamówień publicznych, w tym w drodze opracowywania, zawierania i obsługi umów ramowych w imieniu klientów SKI (państwowych i gminnych podmiotów zamawiających).
- 4 W chwili udzielenia zamówienia AVM działała na rynku usług w zakresie przygotowywania materiałów bibliotecznych. Wszystkie akcje AVM zostały, ze skutkiem od dnia 1 marca 2021 r., nabyte przez spółkę BibMedia A/S. AVM została następnie rozwiązana w drodze jej połączenia ze spółką BibMedia A/S, która w związku z tym jest stroną postępowania.
- 5 W dniu 4 lutego 2020 r. SKI rozpisała przetarg na zawarcie umowy ramowej 50.05 dotyczącej materiałów bibliotecznych, której przedmiotem była dostawa materiałów bibliotecznych i świadczenie usług w zakresie ich przygotowywania. Umowa ramowa jest podzielona na osiem części, a jej całkowita szacunkowa wartość wynosi między 748 mln DKK a 1,021 mld DKK. Części, których dotyczy niniejsza sprawa, to „Część 1: duńskie książki i nuty (Wschód)” o szacunkowej wartości 253 mln DKK oraz „Część 2: duńskie książki i nuty (Zachód)” o szacunkowej wartości 475 mln DKK.
- 6 W przypadku każdej części planowano zawrzeć umowę ramową z jednym dostawcą, a kryterium udzielenia zamówienia była najniższa cena. Oferty zawierały informacje odnoszące się do niektórych podstawowych danych dotyczących oferenta, uzupełniony jednolity europejski dokument zamówienia

(ESPD) oraz uzupełnione zestawienie elementów składowych oferty określające ceny za stosunkowo niewielką liczbę linii produktowych w odniesieniu do każdej z części.

- 7 W opublikowanych dokumentach zamówienia, a konkretnie w pkt 3.1. specyfikacji, opisano, w jaki sposób zostanie udzielone zamówienie na część 1. i część 2.:

„Części 1. i 2. Zamówienia są ze sobą wzajemnie powiązane (zob. pkt 3.1.1), a jeżeli oferent składa ofertę na jedną z tych części, to oferta ta jest składana automatycznie na obie części. W tym względzie nie można uczynić żadnego wyjątku, w związku z czym nie jest możliwe złożenie oferty tylko na jedną z dwóch części zamówienia dotyczących duńskich książek i nut.

Poza powyższym zastrzeżeniem nie istnieją żadne ograniczenia dotyczące liczby części zamówienia, na które oferent może/powinien złożyć ofertę.

SKI przewiduje udzielenie zamówienia jednemu dostawcy w odniesieniu do każdej części. Temu samemu dostawcy można udzielić zamówienia w odniesieniu do kilku części.

Cechą charakterystyczną rynku materiałów bibliotecznych jest istnienie jedynie kilku wyspecjalizowanych dostawców i potencjalnych oferentów. Duńskie książki i nuty stanowią największy pod względem wielkości obrotu obszar produktowy, który z handlowego punktu widzenia ma istotne znaczenie dla potencjalnych oferentów. Aby utrzymać w przyszłości konkurencję na tym rynku, duńskie książki i nuty są podzielone na dwie części według kryterium geograficznego. Klienci będący beneficjentami wykonywanego zamówienia są przydzielani do jednej z tych dwóch części – odpowiednio do regionu wschodniego lub zachodniego. W załączniku A oraz w dodatkach A.1 i A.2 wskazano, które gminy należą do »Części 1.: duńskie książki i nuty (Wschód)«, a które – do »Części 2.: duńskie książki i nuty (Zachód)«”.

- 8 W pkt 3.1.1 specyfikacji wskazano również, co następuje:

„Przetarg dotyczący duńskich książek i nut został rozpisany z wykorzystaniem tak zwanego »modelu Wschód/Zachód«, w związku z czym planuje się, aby jednemu dostawcy udzielić zamówienia w regionie wschodnim, a drugiemu dostawcy – w regionie zachodnim. Niemniej jednak te same zaproponowane ceny będą miały zastosowanie do wszystkich klientów, niezależnie od tego, czy znajdują się oni w regionie wschodnim, czy też zachodnim.

Oferenci podają swoją marżę zysku oraz ceny za świadczenie usług w zakresie przygotowywania materiałów, które muszą być takie same (i które będą obowiązywać) zarówno w odniesieniu do części dotyczącej regionu wschodniego, jak i części dotyczącej regionu zachodniego.

Oferentowi, który złoży najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, zostanie udzielone zamówienie na »Część 2.: Duńskie książki i nuty (Zachód)«.

Oferentowi, który złoży drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, zostanie udzielone zamówienie na »Część 1.: Duńskie książki i nuty (Wschód)«. Oferent ten musi jednak zaakceptować, że udzielenie zamówienia na część dotyczącą regionu wschodniego rodzi po jego stronie obowiązek dostarczania klientom w regionie wschodnim produktów i świadczenia na ich rzecz usług objętych umową ramową dokładnie po takich samych cenach, jakie zaproponował oferent, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i który będzie dostarczał produkty i świadczył usługi w regionie zachodnim.

Jeżeli oferent, który złożył drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, nie zgadza się wykonywać zamówienia w regionie wschodnim, z takiej możliwości będzie mógł skorzystać oferent, który złożył trzecią najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, który również musi zaakceptować fakt, że udzielenie zamówienia na część dotyczącą regionu wschodniego rodzi po jego stronie obowiązek dostarczania klientom w regionie wschodnim produktów i świadczenia na ich rzecz usług objętych umową ramową dokładnie po takich samych cenach, jakie zaproponował oferent, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i który będzie dostarczał produkty i świadczył usługi w regionie zachodnim.

Jeżeli także ten oferent nie zgadza się wykonywać zamówienia w regionie wschodnim, z takiej możliwości będzie mógł skorzystać kolejny oferent z listy i tak dalej. W przypadku gdy lista oferentów, których oferty spełniają warunki zamówienia, zostanie wyczerpana bez wybrania dostawcy w regionie wschodnim, dostawcy, któremu udzielono zamówienia na część dotyczącą regionu zachodniego, udzieli się również zamówienia na część dotyczącą regionu wschodniego. Ten dostawca stanie się wówczas dostawcą ogólnokrajowym, co oznacza, że zamówienia udzieli mu się zarówno na część 1., jak i na część 2. W takim przypadku wykonuje on zamówienie w całym kraju po tych samych cenach.

Z punktu widzenia oferenta model Wschód/Zachód oznacza, że jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny okaże się, iż jego oferta jest najkorzystniejsza ekonomicznie, musi on wyrazić zgodę na udzielenie pozostałym oferentom pełnego dostępu do informacji o zaproponowanych przez siebie cenach – w pierwszej kolejności temu oferentowi, który złożył drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, a następnie – jeżeli ten oferent nie zgadza się wykonywać zamówienia w regionie wschodnim – kolejnemu oferentowi z listy i tak dalej.

Powodem, dla którego dostawcy, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, zamówienia udziela się w odniesieniu do części dotyczącej regionu zachodniego, jest to, że oczekuje się, iż w regionie zachodnim osiągnięty zostanie wyższy obrót niż w regionie wschodnim. W związku z tym oferent, któremu udzielono zamówienia na część dotyczącą regionu wschodniego, powinien mieć również świadomość, że akceptacja warunków wykonywania zamówienia

w regionie wschodnim oznacza dla niego konieczność zapewnienia, iż jest w stanie, w świetle narzuconych cen, prowadzić działalność rentowną pod względem kosztów, mimo że można oczekiwać, iż obrót w regionie wschodnim będzie niższy niż w regionie zachodnim. Rozkład oczekiwanego obrotu pomiędzy region wschodni i zachodni przedstawiono w dodatku A.1”.

- 9 W dniu 3 marca 2020 r., czyli w ostatnim dniu składania ofert, SKI otrzymała oferty złożone przez AVM i spółkę BibMedia A/S (czyli od jedynych dwóch poważnych dostawców na rynku). Obaj oferenci złożyli oferty na wszystkie części zamówienia.
- 10 W toku przeprowadzonej oceny ustalono, że spółka BibMedia A/S złożyła najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę (z najniższą ceną) na wszystkie części zamówienia, natomiast AVM złożyła drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę na wszystkie części zamówienia.
- 11 W świetle opisanego w specyfikacji modelu udzielania zamówienia na części 1. i 2. SKI zaproponowała AVM, że udzieli jej zamówienia w odniesieniu do części 1. (Wschód), o ile AVM zgodzi się na jego wykonywanie po cenach, które spółka BibMedia A/S zaoferowała jako najtańszy oferent i o których AVM została przy tej samej okazji poinformowana.
- 12 AVM wyraziła na to zgodę, po czym SKI doręczyła jej, w dniu 21 kwietnia 2020 r., zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia.
- 13 W dniu 30 kwietnia 2021 r. AVM złożyła odwołanie do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych, Dania; zwanej dalej „komisją odwoławczą”). Komisja odwoławcza została powołana w celu wypełnienia zobowiązań nałożonych na Danię na mocy dyrektyw dotyczących środków odwoławczych, zaś jej zadaniem jest rozpatrywanie odwołań, w których publicznym podmiotom zamawiającym zarzuca się naruszenia udbudsloven (ustawy o zamówieniach publicznych), dyrektyw Unii w dziedzinie zamówień publicznych, Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz wynikających z nich zasad równego traktowania, przejrzystości itp., a także tilbudsloven (ustawy o postępowaniach o udzielenie zamówienia).
- 14 W dniu 14 stycznia 2021 r. komisja odwoławcza wydała orzeczenie w sprawie C-20/05105, Audio Visionary Music A/S przeciwko Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, w którym stwierdziła, co następuje:

„[SKI] naruszyła zasadę równego traktowania (zob. § 2 ust. 1 prawa zamówień publicznych i § 56 prawa zamówień publicznych), ponieważ w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do części 1. i 2. zastosowała procedurę, zgodnie z którą oferent, który złożył drugą najlepszą ofertę, może ją zmienić po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert, a następnie uzyskać zamówienie na część 1.”.

- 15 W uzasadnieniu swojego orzeczenia komisja odwoławcza wskazała między innymi, że:

„[...] chodzi tutaj o procedurę otwartą, zaś po złożeniu oferty przez oferenta co do zasady nie może ona zostać zmieniona ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta.

W związku z tym w kontekście procedury otwartej zasady równego traktowania i przejrzystości stoją na przeszkodzie wszelkim formom negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem. Jeżeli podmiot zamawiający kontaktuje się z oferentem i daje mu możliwość zmiany (obniżenia) ceny, tak aby odpowiadała ona ustalonej niższej cenie, to oferent zyskuje możliwość zmiany jednego z zasadniczych elementów swojej oferty, mianowicie konkretnej ceny ofertowej wskazanej w pierwotnej ofercie, co odbywa się z korzyścią dla podmiotu zamawiającego i daje oferentowi możliwość skorygowania swojej ceny – a tym samym swojej oferty – w celu uzyskania zamówienia. W świetle powszechnie przyjętej praktyki tego rodzaju procedura stoi w sprzeczności z zakazem negocjacji.

Powstaje pytanie, czy okoliczność, że w kontekście udzielania tego konkretnego zamówienia w specyfikacji opisano taką właśnie procedurę, oznacza, iż procedurę zastosowaną w niniejszej sprawie można uznać za zgodną z zasadami równego traktowania i przejrzystości, a tym samym za zgodną z prawem. Komisja odwoławcza stwierdza, że od zakazu negocjacji w procedurze otwartej nie można odstąpić tylko z tego względu, iż SKI opisała model Wschód/Zachód w specyfikacji, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie”.

- 16 W dniu 9 lipca 2021 r. SKI wytoczyła przed Retten i Glostrup (sądem rejonowym w Glostrup, Dania) powództwo wymierzone w szczególności przeciwko tej części orzeczenia komisji odwoławczej. W dniu 7 grudnia 2021 r. sprawa została przekazana do rozpoznania Østre Landsret (sądowi apelacyjnemu regionu wschodniego, Dania), który orzeka jako sąd pierwszej instancji.

DUŃSKIE PRZEPISY W DZIEDZINIE UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ

- 17 Dyrektywa 2014/24/UE (dyrektywa w sprawie zamówień publicznych) została wdrożona do prawa duńskiego ustawą nr 1564 z dnia 15 grudnia 2015 r., z późniejszymi zmianami (ustawą o zamówieniach publicznych).
- 18 Paragraf 2 ustawy o zamówieniach publicznych wdraża art. 18 ust. 1 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i określa ogólne zasady obowiązujące w dziedzinie regulowanej tą ustawą. Ten przepis został sformułowany w następujący sposób:

Paragraf 2. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego podmiot zamawiający przestrzega zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności zgodnie z tytułami II-IV.

Ustęp 2. Procedury otwartej nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej ustawy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść jednego wykonawcy lub niektórych wykonawców.

- 19 Paragraf 49 ustawy o zamówieniach publicznych wdraża art. 46 ust. 1–3 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Ustęp 3 tego przepisu dotyczy wymogów w zakresie podziału zamówień na części i ma następujące brzmienie:

Paragraf 49.

[...]

Ustęp 3. W ogłoszeniu o zamówieniu podmiot zamawiający wskazuje:

- 1) czy oferent może złożyć ofertę w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części,*
 - 2) czy oferentowi można udzielić jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia i, jeżeli tak jest, w jaki sposób części lub grupy części mogą zostać połączone, oraz*
 - 3) obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady regulujące udzielanie części zamówienia, w tym sposób udzielania części zamówienia w sytuacji, w której zastosowanie kryteriów lub zasad udzielania zamówienia doprowadziłoby do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba części, które można udzielić oferentowi.*
- 20 Paragraf 56 ustawy o zamówieniach publicznych dotyczy zasad proceduralnych mających zastosowanie do udzielania zamówień publicznych oraz wdraża niektóre części art. 27 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Przepis ten został sformułowany w następujący sposób:

Paragraf 56. W procedurze otwartej każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu zawiera informacje wskazane w części C załącznika V do 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). Podmiot zamawiający korzysta ze standardowego formularza (zob. § 128 ust. 3).

ODNOŚNE PRZEPISY PRAWA UNII

- 21 W niniejszej sprawie istotne znaczenie mają przede wszystkim podstawowe zasady równego traktowania i przejrzystości ustanowione w art. 18 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, jak również zakres zakazu negocjacji

w odniesieniu do części zamówienia (zob.: art. 46 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych; postępowanie o udzielenie zamówienia przyjmujące postać „procedury otwartej” zgodnie z art. 27 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych).

STANOWISKO SKARŻĄCEJ

- 22 SKI zaprzecza, jakoby skorzystanie przez nią z modelu Wschód/Zachód miało naruszać zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Wybrany sposób organizacji zamówienia jest, niezależnie od skorzystania przy udzielaniu zamówienia z „procedury otwartej”, zgodny z prawem i przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, w tym z zasadą równego traktowania i zasadą przejrzystości oraz z wynikającym z nich zakazem negocjacji, jak również z orzecznictwem w dziedzinie zamówień publicznych.
- 23 Podstawowym bodźcem do wykorzystania modelu Wschód/Zachód była wola utrzymania konkurencji na rynku usług objętych częścią 1. i 2. zamówienia, ponieważ część 2. stanowiła największy pod względem wielkości obrotu obszar produktowy, którego dotyczyło postępowanie o udzielenie zamówienia. W tym miejscu należy zauważyć, że brak jest prywatnego rynku podobnych usług. Nie istnieją też inne podmioty zamawiające oferujące podobne zamówienia. W związku z tym umowa ramowa, którą planowała zawrzeć SKI, odzwierciedla w istocie cały rynek. Wynika z tego, że podmioty gospodarcze, którym zamówienie nie zostanie udzielone w żadnej części, mogą zostać zepchnięte na boczny tor, a nawet zakończyć działalność. Od wielu lat na rynku dotyczącym tego obszaru produktowego zdarzają się okresy, w których konkurencja albo jest niewielka, albo nie istnieje w ogóle, co może nieść za sobą bardzo szkodliwe skutki dla klientów SKI, a w ostatecznym rozrachunku – dla podatników. Dlatego też w toku postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej wyraźnym priorytetem SKI było utrzymanie konkurencji w możliwie jak największym stopniu, w tym w drodze podzielenia zamówienia w tym zakresie na dwie części (Wschód i Zachód) oraz wykorzystania modelu, na gruncie którego co do zasady dopuszcza się dwóch różnych dostawców, co jest zgodne z celami przyświecającymi art. 46 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (zob. motyw 79 tej dyrektywy). Motyw ten przewiduje, że „[w] przypadku podziału zamówienia na części, instytucjom zamawiającym należy, na przykład w celu ochrony konkurencji lub zagwarantowania niezawodności dostaw, zezwolić na ograniczenie liczby części, o które może się ubiegać wykonawca; należy im również zezwolić na ograniczenie liczby części, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi”. SKI zastrzegła też jednocześnie, że obie części zamówienia mają być wykonywane po cenach zaproponowanych przez oferenta, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, co miało na celu zapewnienie ochrony przed spekulacją przejawiającą się w oferowaniu wysokich cen w odniesieniu do jednej z części zamówienia, ze szkodą dla klientów SKI, a w ostatecznym rozrachunku – dla podatników. Gdyby oferent mógł w ten sposób zagwarantować

sobie uzyskanie przynajmniej jednego zamówienia, to byłby w stanie podjąć działania noszące znamiona spekulacji i złożyć oferty, w których zaproponowałby wysokie ceny w przypadku obu części. To ryzyko zostało wyeliminowane dzięki wprowadzeniu wymogu przewidującego, że oferent będzie musiał wykonywać zamówienie po tej samej cenie co zwycięski oferent w odniesieniu do części 1.

- 24 Przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono konsultacje rynkowe. Z informacji zebranych na rynku wynikało, że rynek co do zasady uznaje zastosowany model za sprawiedliwy i zgodny z celem wspierania konkurencji zarówno w ujęciu rzeczywistym, jak i długoterminowym. W uwagach przedstawionych w procesie konsultacji przez spółkę BibMedia A/S, która również złożyła ofertę w przeprowadzonym później postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. powyżej), wskazano między innymi:

„Przedstawiona przez SKI propozycja podzielenia części 1. (duńskie książki i usługi przygotowawcze) zgodnie z modelem Wschód/Zachód, tak jak został on opisany, wydaje się nam uzasadniona, ponieważ model ten będzie w dalszym ciągu motywował oferentów do złożenia najbardziej atrakcyjnej oferty, po to, aby uzyskać największy udział w ujęciu ilościowym. Większa liczba dostawców w przypadku części 1. pozwala zapewnić silną konkurencję w kolejnych latach oraz dalsze opracowywanie rozwiązań i usług z myślą o potrzebach bibliotek”.

- 25 SKI utrzymuje zatem, że ten model pozwala w pełni uwzględnić czynniki o charakterze obiektywnym, które stanowią ponadto podwalinę prawa zamówień publicznych, mianowicie potrzebę zagwarantowania efektywnego wykorzystania środków publicznych (zob. motyw 2 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych) oraz efektywnej konkurencji (zob. motywy 90 i 69 owej dyrektywy), i to zarówno w kontekście tego konkretnego postępowania, jak i w przyszłości, jeśli wziąć pod uwagę szczególne warunki konkurencji charakterystyczne dla tego rynku.
- 26 Na poparcie tezy o zgodności z prawem zaproponowanego modelu wskazano, co następuje:

- okoliczność, że drugi najtańszy oferent może się zgodzić na wykonywanie zamówienia po tych samych cenach, które zostały zaproponowane przez najtańszego oferenta, co oznacza, iż może mu zostać udzielone zamówienie na część 1., nie może być rozpatrywana w kategoriach „negocjacji” sprzecznych z zakazem negocjacji w prawie zamówień publicznych, w tym z zasadami i względami, które leżą u podstaw tego zakazu oraz regulacji zawartej w § 56 ustawy o zamówieniach publicznych;
- model Wschód/Zachód stanowi natomiast obiektywną i mechaniczną procedurę udzielania zamówienia, która jest stosowana po sklasyfikowaniu ofert oraz bez nawiązywania między SKI a oferentem, który złożył drugą najlepszą ofertę, jakichkolwiek kontaktów innych niż te, które zmierzają do zaakceptowania przez tego oferenta warunków wykonywania zamówienia

- zastrzeżonych uprzednio w dokumentach zamówienia, po cenach zaproponowanych przez oferenta, który złożył najlepszą ofertę;
- chodzi tutaj także o procedurę udzielania zamówienia w częściach, która jest jasno i przejrzysto opisana w dokumentach zamówienia. Nie daje ona SKI żadnej swobody wyboru, jeśli chodzi o udzielanie zamówień w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 18 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, ani nie umożliwia oferentowi, który złożył drugą najlepszą ofertę, arbitralnej zmiany oferty po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert, co stawiałoby go w położeniu lepszym niż to, w jakim powinien się on znajdować w świetle warunków określonych w specyfikacji, z naruszeniem ponadto zasad równego traktowania i przejrzystości. Wprost przeciwnie – udzielanie zamówień odbywa się z poszanowaniem opisanych w dokumentach zamówienia parametrów udzielania zamówień w częściach, a także parametrów określonych w art. 46 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, po przeprowadzeniu procedury pozostającej poza wpływem czy to SKI, czy też zainteresowanych oferentów;
 - udzielanie zamówień zgodnie z modelem Wschód/Zachód odbywa się zatem w sposób jednolity, po dokonaniu uprzedniej oceny złożonych ofert przez pryzmat ustalonego kryterium udzielenia zamówienia, jakim jest „najniższa cena”, oraz po przeprowadzeniu z góry określonej i jasno opisanej procedury udzielania zamówienia w częściach. Ponadto skoro model ten jest również wykorzystywany wówczas, gdy dokonano już klasyfikacji ofert (to znaczy po przeprowadzeniu oceny), nie istnieje ryzyko zakłócenia konkurencji między oferentami w drodze nieuczciwej dyskryminacji.

STANOWISKO POZWANEJ

- 27 Pozwana twierdzi, że orzeczenie komisji odwoławczej i przedstawione przez nią uzasadnienie są prawidłowe i należy utrzymać je w mocy.
- 28 Zasada równego traktowania wyrażona w art. 18 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz w § 2 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, a także wynikający z niej zakaz negocjacji, oznaczają, że w ramach procedury otwartej podmiot zamawiający nie może prowadzić negocjacji z jednym z oferentów. W tym kontekście pozostaje bez znaczenia, czy podmiot zamawiający opisał w dokumentach zamówienia, że istnieje możliwość prowadzenia negocjacji.
- 29 Pozwana utrzymuje, że umożliwienie jednemu oferentowi, po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert, zmiany jego oferty w ten sposób, aby zaproponowana w niej cena odpowiadała cenie zaproponowanej przez najtańszego oferenta, stanowi negocjacje.
- 30 Zdaniem pozwanej taka sytuacja, w której jeden oferent może obniżyć cenę swojej oferty, tak aby odpowiadała ona cenie zaproponowanej przez najtańszego

oferenta, stanowi zmianę oferty, która nie jest dozwolona po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert.

- 31 W związku z tym wykorzystywany przez SKI model Wschód/Zachód należy traktować w kategoriach negocjacji w rozumieniu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.
- 32 Pozwana podnosi również, że takiej procedury nie można zgodnie z prawem zastosować w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia przyjmującego postać „procedury otwartej” opisanej w art. 27 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (zob. § 56 ustawy o zamówieniach publicznych). Oznacza to, że w ramach tego rodzaju procedury udzielania zamówienia nie przewiduje się możliwości negocjacji, w tym w drodze umożliwienia jednemu z oferentów zmiany oferty po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert.
- 33 SKI powinna była natomiast przeprowadzić postępowanie z poszanowaniem parametrów określonych w dyrektywie w sprawie zamówień publicznych, gdyż jest możliwe zastosowanie zgodnych z prawem procedur, które w znacznej mierze pozwalają osiągnąć cele, jakie SKI pragnie zrealizować z wykorzystaniem modelu Wschód/Zachód. Podmiot zamawiający może więc podzielić zamówienie na części oraz zgodnie z prawem ograniczyć możliwość uzyskania przez tego samego oferenta zamówienia w odniesieniu do wszystkich części, tak aby utrzymać konkurencję w przyszłości. W świetle procedur przewidzianych w dyrektywie w sprawie zamówień publicznych niemożliwe jest jednak uzyskanie rezultatu w postaci udzielenia zamówienia większej liczbie dostawców po identycznych cenach. Podmioty zamawiające muszą zatem wybrać, czy ich zamiarem jest, aby jeden oferent uzyskał zamówienie na wszystkie części po tej samej cenie, czy też aby części zamówienia zostały udzielone kilku różnym oferentom, lecz po odmiennych cenach. Jeżeli podmiot zamawiający decyduje się ograniczyć możliwość uzyskania przez tego samego oferenta zamówienia na wszystkie części, to powinien w takim przypadku zaakceptować cenę zaproponowaną przez drugiego najtańszego oferenta w odniesieniu do mniejszej części zamówienia.

UZASADNIENIE WYSTĄPIENIA Z PYTANIEM PREJUDYCJALNYM

- 34 W orzecznictwie Trybunału dotyczącym ustanowionej w dyrektywie w sprawie zamówień publicznych zasady równego traktowania i zasady przejrzystości, jak również zakresu wynikającego z nich zakazu negocjacji, analizowano między innymi ograniczenia, jakich podmiot zamawiający musi przestrzegać w przypadku zaistnienia wątpliwości co do oferty oraz gromadzenia i uwzględniania przez siebie informacji z mocą wsteczną (zob. w szczególności wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Manova A/S, C-336/12, EU:C:2013:647; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358) lub też w przypadku gromadzenia informacji, których w złożonej ofercie w ogóle nie podano bądź

podano je niedokładnie (zob. wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191).

- 35 Wydaje się ponadto, że Trybunał analizował już zakres zakazu negocjacji w związku z zastępowaniem przedsiębiorstw, na których zdolnościach zamierza polegać oferent (zob. w szczególności wyrok z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service Sri Unipersonale i in./Del Debbio SpA i in., C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Wygląda na to, że w dotychczasowym orzecznictwie element wspólny stanowi okoliczność, iż zakres zakazu negocjacji jest interpretowany w odniesieniu do możliwości zaradzenia przez podmiot zamawiający temu, że kandydat/oferent nie spełnia wymogów określonych w dokumentach zamówienia. To orzecznictwo dotyczy zatem sytuacji, w których kandydat/oferent potencjalnie uzyskuje status prawny, do którego nie jest uprawniony zgodnie z dokumentami zamówienia, co pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa Unii (zob. wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja Wspólnot Europejskich/Królestwo Danii, C-243/89, EU:C:1993:257; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja Wspólnot Europejskich/Królestwo Belgii, C-87/94, EU:C:1996:161; z dnia 7 kwietnia 2016 r., PARTNER Apelski Dariusz/Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Wydaje się jednak, że jak dotąd Trybunał nie wypowiedział się w przedmiocie zakresu, w jakim zakaz negocjacji w związku z udzielaniem zamówień w częściach w postępowaniu przyjmującym postać „procedury otwartej” stoi na przeszkodzie temu, by umożliwić oferentowi, który nie złożył najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert oraz zgodnie z warunkami uprzednio określonymi w specyfikacji, wyrażenie zgody na świadczenie oferowanych usług w odniesieniu do jednej części po tej samej cenie, którą zaproponował oferent, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i któremu z tego powodu udzielono zamówienia na inną część.
- 38 Z tego względu Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego), który jest w niniejszej sprawie sądem pierwszej instancji, uznaje, że należy zwrócić się do Trybunału z przedstawionym poniżej pytaniem prejudycjalnym.

**ØSTRE LANDSRET (SĄD APELACYJNY REGIONU WSCHODNIEGO)
POSTANAWIA:**

- 39 zwrócić się do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie:

Czy zasady przejrzystości i równego traktowania wyrażone w art. 18 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz wynikający z nich zakaz negocjacji stoją na przeszkodzie temu, by umożliwić oferentowi, który złożył drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę w procedurze otwartej zmierzającej do udzielenia zamówienia w oddzielnych częściach (zob. art. 27 i 46 dyrektywy w sprawie zamówień publicznych), po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert oraz zgodnie z warunkami uprzednio określonymi w specyfikacji, świadczenie oferowanych usług w ramach jednej części na takich samych

warunkach jak oferent, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i któremu z tego powodu udzielono zamówienia na inną część, na którą przetarg rozpisano w tym samym czasie?

[...]

DOKUMENT ROBOCZY