



Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (osmého senátu)

7. září 2016*

„Řízení o předběžné otázce — Veřejné zakázky — Směrnice 2004/18/ES — Článek 2 —
Zásada rovného zacházení — Povinnost transparentnosti — Veřejná zakázka týkající se dodání
komplexního komunikačního systému — Obtíže s plněním — Rozdílné názory smluvních stran na
odpovědnost — Narovnání — Omezení rozsahu smlouvy — Přeměna pronájmu vybavení na prodej —
Podstatná změna veřejné zakázky — Odůvodnění na základě objektivní příležitosti nalézt
smírné řešení“

Ve věci C-549/14,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná
rozhodnutím Højesteret (Nejvyšší soud, Dánsko) ze dne 27. listopadu 2014, došlým Soudnímu dvoru
dne 2. prosince 2014, v řízení

Finn Frogne A/S

proti

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

SOUDNÍ DVŮR (osmý senát),

ve složení D. Šváby (zpravodaj), předseda senátu, J. Malenovský a M. Vilaras, soudci,

generální advokátka: E. Sharpston,

vedoucí soudní kanceláře: A. Calot Escobar,

s přihlédnutím k písemné části řízení,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Finn Frogne A/S K. Dyekjærem, C. Bondem, P. Gjørtlerem, H. B. Andersenem a S. Stenderup Jensenem, advokater, jakož i J. Graystonem, solicitor,
- za dánskou vládu C. Thorningem, jako zmocněncem, ve spolupráci s P. Hedegaard Madsenem, advokát,
- za italskou vládu G. Palmieri, jako zmocněnkyní, ve spolupráci s P. Grassem, avvocato dello Stato,
- za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

* Jednací jazyk: dánština.

— za Evropskou komisi L. Grønfeldt a A. Tokárem, jako zmocněnci,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vyslechnutí generální advokátky, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článku 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, a oprava Úř. věst. 2004, L 351, s. 44; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).
- 2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi společností Finn Frogne A/S (dále jen „Frogne“) a Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (středisko státní policie pro komunikaci v nouzové situaci, Dánsko) (dále jen „CFB“) o to, zda je v souladu s právními předpisy dohoda o narovnání uzavřená mezi CFB jakožto veřejným zadavatelem a společností Terma A/S jakožto úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku v rámci plnění této zakázky.

Právní rámec

Unijní právo

- 3 Bod 2 odůvodnění směrnice 2004/18 zní takto:

„Zadávání zakázek sjednaných v členských státech jménem státu, regionálních nebo místních orgánů a jiných veřejnoprávních subjektů musí dodržovat zásady Smlouvy, zejména [...] zásad[u] volného pohybu zboží, zásad[u] svobody usazování a zásad[u] svobodného poskytování služeb a [...] zásad[y] z nich odvozen[é], jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. Pro veřejné zakázky, které převyšují určitou hodnotu, je žádoucí, aby byla vypracována ustanovení zavádějící na úrovni Společenství koordinaci vnitrostátních zadávacích řízení těchto zakázek, jež by byla založena na těchto zásadách, aby zajistila jejich účinnost a zaručila otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži. Tato koordinační ustanovení by proto měla být vykládána v souladu s výše uvedenými pravidly a zásadami, jakož i dalšími pravidly Smlouvy.“

- 4 Článek 2 této směrnice, nadepsaný „Zásady zadávání zakázek“, stanoví:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.“

- 5 Článek 28 uvedené směrnice stanoví:

„Při zadávání svých veřejných zakázek veřejní zadavatelé použijí vnitrostátní řízení upravená pro účely této směrnice.

Zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení. [...] Ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených v člancích 30 a 31, mohou použít vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho.“

6 Článek 31 téže směrnice stanoví:

„Veřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v těchto případech:

1) V případě veřejných zakázek na stavební práce, na dodávky a na služby:

[...]

c) pokud je to nezbytně nutné, nelze-li z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které veřejní zadavatelé nemohli předvídat, dodržet lhůty stanovené pro otevřená, omezená nebo vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce, jak je uvedeno v článku 30. Okolnosti, které se uvádějí pro odůvodnění krajní naléhavosti, nesmějí být v žádném případě způsobeny veřejným zadavatelem.

[...]

4) V případě veřejných zakázek na stavební práce a veřejných zakázek na služby:

a) pro dodatečné stavební práce nebo služby, které nejsou zahrnuty v původně zvažovaném projektu nebo v původní zakázce, ale které se v důsledku nepředvídaných okolností stanou nezbytné pro provedení stavebních prací nebo služeb v nich popsanych, za podmínky, že je zakázka zadána hospodářskému subjektu, který tyto stavební práce nebo služby provádí,

— jestliže tyto dodatečné stavební práce nebo služby nemohou být technicky nebo hospodářsky odděleny od původní zakázky bez velkých obtíží pro veřejné zadavatele,

nebo

— jestliže tyto stavební práce nebo služby, ačkoli jsou oddělitelné od plnění původní zakázky, jsou nezbytně nutné pro její dokončení.

Souhrnná hodnota zakázek zadaných na dodatečné stavební práce nebo služby však nesmí překročit 50 % částky původní zakázky;

[...]“

7 Směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. 1989, L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 (Úř. věst. 2007, L 335, s. 31) (dále jen „směrnice 89/665“) obsahuje článek 2d nadepsaný „Neúčinnost“. Tento článek stanoví:

„1. Členské státy zajistí, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na veřejném zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu v kterémkoli z těchto případů:

a) jestliže veřejný zadavatel zadal zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž by to bylo podle směrnice 2004/18/ES přípustné;

[...]

4. Členské státy stanoví, že se odst. 1 písm. a) této směrnice nepoužije, pokud

— veřejný zadavatel považuje zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* za přípustné v souladu se směrnicí 2004/18/ES,

- veřejný zadavatel zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující úmysl uzavřít smlouvu, jak je uvedeno v článku 3a této směrnice, a
- smlouva nebyla uzavřena před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni zveřejnění tohoto oznámení.

[...]“

Spor v původním řízení a předběžná otázka

- 8 V roce 2007 zahájil dánský stát zadávací řízení na veřejnou zakázku ve formě soutěžního dialogu, které se týkalo dodání globálního komunikačního systému společného pro všechny útvary záchranné služby a údržby tohoto systému během několika let. CFB se později stalo veřejnoprávním orgánem odpovědným za tuto zakázku.
- 9 Uvedená veřejná zakázka byla zadána společnosti Terma. Smlouva, která byla uzavřena s touto společností dne 4. února 2008, se týkala celkové částky 527 milionů dánských korun (DKK) (přibližně 70 629 800 eur), z nichž 299 854 699 DKK (přibližně 40 187 000 eur) připadalo na minimální řešení popsané v dokumentaci k zadávacímu řízení, přičemž zbývající část připadala na fakultativní položky a plnění, která nebyla nutně požadována.
- 10 V průběhu plnění uvedené smlouvy vyvstaly obtíže s dodržováním dodacích lhůt, přičemž CFB a Terma měly rozdílný názor na to, která smluvní strana je odpovědná za nemožnost plnit zakázku, tak jak bylo dohodnuto.
- 11 Výsledkem jednání mezi stranami bylo sjednání dohody o narovnání, podle níž byla veřejná zakázka omezena na dodání radiokomunikačního systému krajským policejním sborům o přibližné hodnotě 35 000 000 DKK (přibližně 4 690 000 eur), kdežto CFB měla nabýt dvě centrální serverové farmy o přibližné hodnotě 50 000 000 DKK (přibližně 6 700 000 eur), které samotná společnost Terma nabyla s cílem je pronajmout CFB v rámci plnění původní zakázky. V rámci tohoto narovnání měla každá strana v úmyslu vzdát se všech práv vyplývajících z původní veřejné zakázky kromě těch, které vyplývají z narovnání.
- 12 Před dokončením tohoto narovnání zveřejnilo CFB dne 19. října 2010 v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení o dobrovolné transparentnosti *ex ante* týkající se dohody o narovnání, kterou mělo v úmyslu uzavřít se společností Terma v souladu s čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665.
- 13 Společnost Frogne, která nežádala o to, aby byla předběžně vybrána pro účast v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku, podala stížnost ke Klagenævnet for Udbud (komise pro stížnosti související se zadáváním veřejných zakázek, Dánsko) (dále jen „komise pro stížnosti“). Ještě před tím, než rozhodla ve věci samé, odmítla rozhodnutím ze dne 10. prosince 2010 přiznat této stížnosti odkladný účinek.
- 14 Uvedená dohoda o narovnání byla uzavřena dne 17. prosince 2010.
- 15 Stížnost, kterou podala společnost Frogne komisi pro stížnosti, byla zamítnuta rozhodnutím ze dne 3. listopadu 2011.
- 16 Žaloba, kterou podala společnost Frogne v návaznosti na toto rozhodnutí, byla rovněž zamítnuta rozhodnutím Østre Landsret (odvolací soud východních oblastí, Dánsko) ze dne 20. prosince 2013.
- 17 Tento soud nejprve rozhodl, že změna původní zakázky, k níž došlo na základě narovnání sjednaného mezi CFB a Terma, byla podstatnou změnou této zakázky ve smyslu judikatury Soudního dvora.

- 18 Poté měl však uvedený soud za to, že toto narovnání nebylo výsledkem vůle společnosti Terma a CFB znovu projednat základní podmínky původní zakázky s cílem optimalizovat jejich pozdější spolupráci za značně změněných podmínek, nýbrž bylo alternativním řešením sporu, který vznikl mezi stranami, jež nahradilo ukončení této smlouvy za podmínek, v nichž nebylo splnění této smlouvy patrně možné, a jež bylo řešením, v jehož rámci každá strana souhlasila vzdát se podstatných práv za účelem nalezení přijatelného řešení se značně omezeným rozsahem oproti uvedené smlouvě, přičemž každá strana se mohla vyhnout riziku pravděpodobně nepřiměřených ztrát. Dále měl tento soud za to, že nic neumožňuje předpokládat, že úmyslem CFB a společnosti Terma bylo obejít pravidla pro zadávání veřejných zakázek.
- 19 Za těchto podmínek měl Østre Landsret (odvolací soud východních oblastí) za to, že zásady rovného zacházení a transparentnosti nebrání sjednání tohoto narovnání vzhledem k úzkému vztahu mezi původní zakázkou a plněními sjednanými v rámci tohoto narovnání. Rozhodl však, že je tomu tak, pokud jde o dodání radiokomunikačního systému krajským policejním sborům, avšak nikoli, pokud jde o prodej dvou centrálních serverových farem. Ve vztahu k tomuto prodeji rozhodl, že rozhodnutí CFB sjednat dohodu o narovnání, o kterou se jedná v původním řízení, a uzavření této dohody jsou v rozporu se zásadou rovného zacházení a povinností transparentnosti. Uvedený soud měl za to, že skutečnost, že uzavření uvedené dohody umožnilo veřejnému zadavateli zabránit rizikům spojeným s konfliktní situací, nemá vliv na přípustnost uzavření této dohody.
- 20 Østre Landsret (odvolací soud východních oblastí) však rozhodl, že stanovisko CFB, že uzavření dohody o narovnání se společností Terma bylo přípustné bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce podle unijních pravidel, není zjevně nesprávné. Uvedený soud – který přihlédl k oznámení o dobrovolné transparentnosti *ex ante*, které veřejný zadavatel v souladu s čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* a které se týkalo dohody o narovnání, jejíž uzavření bylo zamýšleno, a ke skutečnosti, že před jejím uzavřením uvedený zadavatel vyčkal nejen uplynutí desetidenní lhůty stanovené v tomto ustanovení, nýbrž rovněž na to, že komise pro stížnosti rozhodne o případném odkladném účinku stížnosti, kterou podala společnost Frogne tomuto soudu – měl za to, že tato dohoda nemůže být prohlášena za neúčinnou, takže není namístě vyhovět žalobě, která mu byla předložena.
- 21 Společnost Frogne před Højesteret (Nejvyšší soud, Dánsko), kterému podala odvolání, tvrdí, že odpověď na otázku, zda musí být veřejná zakázka zamýšlená v rámci narovnání týkajícího se původní veřejné zakázky předmětem zadávacího řízení, závisí jen na tom, zda je změna takto učiněná v původní zakázce podstatná, či nikoli. Má za to, že se v projednávaném případě jednalo o podstatnou změnu, ať již co se týče předmětu změněné zakázky nebo její významně snížené hodnoty, přičemž pozměněná zakázka mohla být zajímavá i pro menší podniky. Domnívá se kromě toho, že hospodářské důvody ani ochrana situace úspěšného uchazeče nemohou být dovolávány za účelem odůvodnění porušení zásady rovného zacházení a povinností transparentnosti.
- 22 CFB zmiňuje dva aspekty narovnání. Pokud jde o omezení smlouvy na dodání radiokomunikačního systému pouze pro krajské policejní sbory, zdůrazňuje význam skutečnosti, že změna spočívala ve významném omezení plnění, což je situace, kterou unijní právo neupravuje. Pokud jde dále o nabytí centrálních serverových farem, u nichž byl sjednán v rámci původní smlouvy jen pronájem, má za to, že skutečnost, že má toto zařízení ve vlastnictví, nikoli v pronájmu, není podstatnou změnou této smlouvy.
- 23 CFB má obecně za to, že pokud plnění zakázky vede k obtížím – což není neobvyklé u některých typů zakázek, jako jsou například zakázky týkající se vývoje počítačových systémů – musí být veřejnému zadavateli přiznán široký prostor pro uvážení, aby mu bylo umožněno nalézt vhodné řešení v případě obtíží s plněním. Tvrdí, že jinak by se veřejný zadavatel musel vzdát možnosti učinit vhodných změn nebo ukončení smlouvy s riziky a ztrátami, které to s sebou nese. Vykládá směrnici 2004/18 v tom

smyslu, že ukládá povinnost zahájit nové zadávací řízení na veřejnou zakázku v podobném případě, by podle něj v praxi bránilo uzavření dohody o narovnání, což by bylo zásahem do závazkového práva, který Smlouvy nepovolují.

- 24 Højesteret (Nejvyšší soud) se zabývá působností článku 2d směrnice 2004/18, zvláště tím, zda zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti s sebou nesou, že veřejný zadavatel se nemůže rozhodnout, že uzavře dohodu o narovnání za účelem vyřešení obtíží, které vyvstaly při plnění veřejné zakázky, aniž je automaticky povinen zahájit nové zadávací řízení týkající se podmínek této dohody.
- 25 Podle tohoto soudu jsou uvedené obtíže s plněním, jejichž přičitatelnost jedné nebo druhé straně je sporná, novým prvkem oproti situacím, které Soudní dvůr zkoumal v minulosti, a konečně relevantní otázkou je, zda lze uzavřít dohodu o narovnání s cílem vyřešit tyto obtíže, aniž je nutno zahájit nové zadávací řízení.
- 26 V tomto kontextu se Højesteret (Nejvyšší soud) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Musí být článek 2 směrnice 2004/18 ve spojení s rozsudky Soudního dvora ze dne 19. června 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) a ze dne 13. dubna 2010, *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182) vykládán v tom smyslu, že dohoda o narovnání, která obsahuje omezení a změny plnění původně sjednaných v rámci smlouvy, která již byla předmětem zadávacího řízení, jakož i ujednání o vzájemném vzdání se uplatňování sankcí za porušení smlouvy s cílem zabránit pozdějšímu sporu, je smlouvou, která sama o sobě musí být předmětem zadávacího řízení, pokud při plnění původní smlouvy vyvstanou obtíže?“

K předběžné otázce

- 27 Podstatou otázky předkládajícího soudu je, zda článek 2 směrnice 2004/18 musí být vykládán v tom smyslu, že po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení ani tehdy, jestliže je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jehož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky.
- 28 Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti, která z ní vyplývá, brání tomu, aby veřejný zadavatel a úspěšný uchazeč po zadání zakázky změnili ustanovení, jimiž se řídí tato zakázka tak, že tato ustanovení budou mít podstatně odlišné charakteristiky od charakteristik ustanovení pro původní zakázku. Tomu je tak tehdy, jestliže důsledkem zamýšlených změn je, že zakázka je ve významné míře rozšířena o prvky, které nebyly zamýšleny, nebo hospodářská rovnováha je změněna ve prospěch úspěšného uchazeče, či tyto změny mohou zpochybnit zadání zakázky v tom smyslu, že v případě, že uvedené změny by byly zaneseny do dokumentace, která upravovala zadávací řízení na původní veřejnou zakázku, byla by přijata jiná nabídka nebo by mohli být připuštěni jiní uchazeči (v tomto smyslu viz zejména rozsudek ze dne 19. června 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, body 34 až 37).
- 29 Pokud jde o poslední případ, je třeba uvést, že důsledkem změny prvků zakázky spočívající ve snížení objemu jejího předmětu může být její zpřístupnění většímu množství hospodářských subjektů. Vzhledem k tomu, že původní objem této zakázky byl natolik velký, že se mohly přihlásit do zadávacího řízení nebo podat nabídku jen některé podniky, může snížení objemu uvedené zakázky vést k tomu, že se stane zajímavou také pro menší hospodářské subjekty. Dále vzhledem k tomu, že minimální úroveň způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být v souladu s čl. 44 odst. 2 druhým pododstavcem směrnice 2004/18 vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné, může vést omezení předmětu zakázky k úměrnému snížení požadovaných způsobilostí zájemců nebo uchazečů.

- 30 Podstatná změna veřejné zakázky nemůže být po jejím zadání v zásadě provedena veřejným zadavatelem a úspěšným uchazečem mimo zadávacího řízení, nýbrž musí vést k novému zadávacímu řízení na takto změněnou zakázku (viz obdobně rozsudek ze dne 13. dubna 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, bod 42). Jinak by tomu bylo, pokud by tato změna byla upravena v doložkách dokumentace k původní veřejné zakázce (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 19. června 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, body 37, 40, 60, 68 a 69).
- 31 Z předkládacího rozhodnutí však vyplývá, že podle analýzy Østre Landsret (odvolací soud východních oblastí), na kterou odkazuje Højesteret (Nejvyšší soud), spočívá zvláštnost situace, o kterou se jedná v původním řízení, ve skutečnosti, že změna smlouvy, která je kvalifikována jako podstatná, vyplývá nikoli z vůle stran znovu sjednat základní podmínky smlouvy, kterými byly původně vázány, ve smyslu výše uvedené judikatury Soudního dvora, nýbrž z objektivních obtíží – jejichž důsledky jsou nepředvídatelné a které vyvstaly při plnění této smlouvy – u nichž někteří zúčastnění, kteří předložili vyjádření před Soudním dvorem, zdůrazňují rovněž jejich nepředvídatelnost, jestliže jde o takové komplexní smlouvy, jako jsou smlouvy zahrnující vývoj počítačových systémů, jak je tomu v projednávaném případě.
- 32 Je však třeba konstatovat, že skutečnost, že k podstatné změně podmínek smlouvy o veřejné zakázce vedl nikoli úmysl veřejného zadavatele a úspěšného uchazeče znovu sjednat podmínky této smlouvy, nýbrž jejich vůle nalézt formou narovnání řešení objektivních obtíží, které vyvstaly při plnění uvedené smlouvy, ani objektivně nepředvídatelná povaha některých plnění nemůže odůvodnit skutečnost, že o této změně bylo rozhodnuto, aniž byla dodržena zásada rovného zacházení, která musí být uplatněna na všechny subjekty, které mohou mít potenciálně zájem o veřejnou zakázku.
- 33 Pokud jde zaprvé o důvody, které mohou vést veřejného zadavatele a úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku k tomu, aby zamýšlely její podstatnou změnu vyžadující zahájení nového zadávacího řízení, je třeba uvést, že odkaz na úmysl smluvních stran znovu sjednat podmínky této zakázky není rozhodující. Je sice pravda, že takový úmysl je zmíněn v bodě 44 rozsudku ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie (C-337/98, EU:C:2000:543), který je prvním rozsudkem, v němž se Soudní dvůr zabýval touto problematikou. Jak však vyplývá z bodů 42 až 44 tohoto rozsudku, tato formulace byla použita s ohledem na konkrétní okolnosti ve zvláštním skutkovém rámci věci, ve které byl vydán uvedený rozsudek. Kvalifikace podstatné změny musí být naopak analyzována z objektivního hlediska, a sice v závislosti na kritériích připomenutých v bodě 28 tohoto rozsudku.
- 34 Kromě toho z bodu 40 rozsudku ze dne 14. listopadu 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736) vyplývá, že nelze pominout zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, která se k nim pojí, jež vyplývají ze Smlouvy o FEU, pokud je zamýšlena podstatná změna smlouvy o koncesi na služby nebo o poskytnutí výhradního práva s cílem nalézt vhodné řešení k ukončení sporu mezi veřejnoprávními útvary a hospodářským subjektem, který vznikl z důvodů zcela nezávislých na jejich vůli, ohledně působnosti dohody, kterou jsou vázány. Tyto zásady a tato povinnost jsou tudíž základem článku 2 směrnice 2004/18, jak vyplývá ze znění bodu 2 odůvodnění této směrnice, přičemž tento závěr platí také pro použití této směrnice.
- 35 Pokud jde zadruhé o objektivní nepředvídatelnost některých plnění, která mohou být předmětem veřejné zakázky, je zajisté třeba připomenout, že podle článku 31 směrnice 2004/18 mohou veřejní zadavatelé zadat veřejnou zakázku na základě dohody, a sice tak, že v různých případech, z nichž se některé vyznačují nepředvídatelností některých okolností, znovu sjednají podmínky smlouvy s vybraným hospodářským subjektem bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce. Jak však vyplývá ze znění z čl. 28 druhého pododstavce poslední věty této směrnice, tento článek může být použit jen ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených ve zmíněném článku 31, takže výčet dotčených výjimek musí být považován za taxativní. Situace, o kterou se jedná v původním řízení, však patrně neodpovídá žádné z těchto situací.

- 36 Kromě toho samotná skutečnost, že z důvodu jejich předmětu mohou být některé veřejné zakázky bez dalšího považovány za zakázky spojené s určitou nepředvídatelností, způsobuje, že lze předvídat riziko vzniku obtíží ve fázi plnění. U takové veřejné zakázky musí tudíž veřejný zadavatel nejen použít nejvhodnější zadávací řízení, nýbrž také s náležitou péčí definovat předmět této zakázky. Dále, jak vyplývá z bodu 30 tohoto rozsudku, veřejný zadavatel si může vyhradit možnost provést některé, i podstatné, změny veřejné zakázky po jejím zadání, pokud je tato možnost uvedena v dokumentaci, kterou bylo upraveno zadávací řízení.
- 37 I když musí být dodržování zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti zajištěno i v případě zvláštních veřejných zakázek, nebrání to tomu, aby byly zohledněny jejich zvláštnosti. Soulad mezi tímto právním požadavkem a touto konkrétní nutností je zajištěn striktním dodržováním podmínek, které jsou stanoveny v dokumentaci k zadávacímu řízení, až do skončení fáze plnění této zakázky, a možností v této dokumentaci výslovně stanovit, že veřejný zadavatel může změnit některé, i podstatné, podmínky uvedené zakázky po jejím zadání. Veřejný zadavatel tím, že výslovně upraví tuto možnost a podmínky jejího uplatnění v uvedené dokumentaci, zajistí, aby všechny hospodářské subjekty, které se chtějí účastnit uvedeného zadávacího řízení, byly s ní seznámeny od začátku a je k nim tak přístupováno rovným způsobem v okamžiku podávání nabídek (viz obdobně rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 112, 115, 117 a 118).
- 38 Pokud taková ustanovení v dokumentaci k zadávacímu řízení naopak chybí, vyžaduje nutnost uplatňovat u dané veřejné zakázky stejné podmínky na všechny hospodářské subjekty, aby v případě podstatné změny této zakázky bylo zahájeno nové zadávací řízení (viz obdobně rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, bod 127).
- 39 Je třeba konečně uvést, že všechny tyto závěry nemají vliv na potenciální důsledky oznámení o dobrovolné transparentnosti *ex ante*, které bylo zveřejněno v rámci veřejné zakázky, o kterou se jedná v původním řízení.
- 40 Vzhledem k výše uvedenému je třeba odpovědět na položenou otázku tak, že článek 2 směrnice 2004/18 musí být vykládán v tom smyslu, že po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jehož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím zadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti.

K nákladům řízení

- 41 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (osmý senát) rozhodl takto:

Článek 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, musí být vykládán v tom smyslu, že po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jehož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této

zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím zadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti.

Podpisy.