



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (osmo vijeće)

7. rujna 2016.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 2. – Načelo jednakog postupanja – Obveza transparentnosti – Ugovor o javnoj nabavi u vezi s isporukom složenog komunikacijskog sustava – Poteškoće u izvršenju – Neslaganje stranaka s obzirom na odgovornosti – Transakcija – Smanjenje opsega ugovora – Preoblikovanje najma materijala u prodaju – Bitna izmjena ugovora o javnoj nabavi – Opravdanje objektivnom mogućnošću nalaženja sporazumnog rješenja“

U predmetu C-549/14,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Højesteret (Vrhovni sud, Danska), odlukom od 27. studenoga 2014., koju je Sud zaprimio 2. prosinca 2014., u postupku

Finn Frogne A/S

protiv

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

SUD (osmo vijeće),

u sastavu: D. Šváby (izvjestitelj), predsjednik vijeća, J. Malenovský i M. Vilaras, suci,

nezavisna odvjetnica: E. Sharpston,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za Finn Frogne A/S, K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen i S. Stenderup Jensen, *advokater*, i J. Grayston, *solicitor*,
- za dansku vladu, C. Thorning, u svojstvu agenta, uz asistenciju P. Hedegaard Madsen, *advokat*,
- za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju P. Grassa, *avvocato dello Stato*,
- za austrijsku vladu, M. Fruhmann, u svojstvu agenta,
- za Europsku komisiju, L. Grønfeltd i A. Tokár, u svojstvu agenata,

* Jezik postupka: danski

odlučivši, nakon saslušanja nezavisnog odvjetnika, da u predmetu odluči bez mišljenja,
donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima [javnoj nabavi radova], ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga] (SL L 134, str. 114. i ispravak SL L 351, str. 44.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.).
- 2 Zahtjev je upućen u okviru spora između Finn Frogne A/S (u daljnjem tekstu: Frogne) i Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (komunikacijski centar za hitne slučajeve nacionalne policije, Danska, u daljnjem tekstu: CFB) povodom valjanosti nagodbe koju su sklopili CFB, javni naručitelj, i Terma A/S, ponuditelj s kojim je ugovor sklopljen, u okviru izvršenja tog ugovora.

Pravni okvir

Pravo Unije

- 3 U skladu s uvodnom izjavom 2. Direktive 2004/18:
„Sklapanje ugovora sklopljenih u državi članici u ime države, regionalnih ili lokalnih vlasti i drugih tijela kojima upravljaju tijela javnog prava, podliježe poštovanju načela Ugovora, a posebno načela slobode kretanja robe, načela slobode poslovnog nastana i načela slobode pružanja usluga i načelima koja iz toga proizlaze, kao što je načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti, te načelo transparentnosti. Međutim, za ugovore o javnoj nabavi iznad određene vrijednosti preporučljivo je sastaviti odredbe koordinacije Zajednice nacionalnih postupaka za dodjelu takvih ugovora koji su utemeljeni na ovim načelima kako bi se osigurao njihov učinak i kako bi se jamčilo otvaranje javne nabave natjecanju. Ove bi se koordinirajuće odredbe stoga trebale tumačiti u skladu kako s gore navedenim pravilima i načelima tako i s ostalim pravilima Ugovora.”
- 4 Članak 2. te direktive pod naslovom „Načela sklapanja ugovora” predviđa:
„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način.”
- 5 Članak 28. navedene direktive propisuje:
„Prilikom sklapanja njihovih ugovora o javnoj nabavi javni naručitelji primjenjuju nacionalne postupke prilagođene za potrebe ove direktive.
Oni sklapaju ove ugovore o javnoj nabavi primjenjujući otvoreni ili ograničeni postupak. [...] U posebnim slučajevima i okolnostima izričito navedenima u člancima 30. i 31. mogu primijeniti pregovarački postupak, sa ili bez objave poziva na nadmetanje.”

6 Članak 31. te direktive glasi:

„Javni naručitelji mogu sklopiti ugovore o javnoj nabavi bez prethodne objave poziva na nadmetanje u sljedećim slučajevima:

- 1) za ugovore o javnim radovima, ugovore o javnoj nabavi robe i ugovore o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga]:

[...]

- c) kada je nužno potrebno ako se, zbog razloga iznimne žurnosti izazvane događajima koje dotični javni naručitelji nisu mogli predvidjeti, rok za otvorene, ograničene ili pregovaračke postupke s objavom poziva na nadmetanje kako je navedeno u članku 30. ne može primijeniti. Okolnosti na koje se poziva za opravdanje iznimne žurnosti ne smiju ni u kojem slučaju biti dovedene u vezu s javnim naručiteljem;

[...]

- 4) za ugovore o javnim radovima [javnoj nabavi radova] i ugovore o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga]:

- a) za dodatne radove ili usluge koje nisu uključene u početni projekt ili u početni ugovor, ali su, zbog nepredviđenih okolnosti, postale nužne za izvođenje radova ili pružanje usluga opisanih u njima, pod uvjetom da se ugovor sklopi s gospodarskim subjektom koji izvodi takve radove ili pruža takve usluge:

— kada takve dodatne radove ili usluge nije moguće tehnički ili ekonomski odvojiti od osnovnog ugovora, a da javnim naručiteljima ne uzrokuju znatne poteškoće,

ili

— kada su takvi radovi ili usluge, iako odvojivi od izvršenja osnovnog ugovora, nužno potrebni za njegov dovršetak.

Međutim, ukupna vrijednost ugovora koji su sklopljeni za dodatne radove ili usluge ne smije prijeći 50 % vrijednosti osnovnog ugovora;

[...]”

- 7 Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima [javnoj nabavi radova] (SL L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. (SL L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.; u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665), sadržava članak 2.d naslovljen „Nevaženje”. U skladu s tim člankom:

„1. Države članice osiguravaju da tijelo nadležno za pravnu zaštitu, neovisno o javnom naručitelju, smatra ugovor nevažećim ili da se njegovo nevaženje zasniva na odluci takvog tijela nadležnog za pravnu zaštitu u svakom od sljedećih slučajeva:

- a) ako je javni naručitelj sklopio ugovor bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*, a da to nije dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18/EZ;

[...]

4. „Države članice predviđaju da se stavak 1. točka (a) ovog članka ne primjenjuje ako:

- javni naručitelj smatra da je sklapanje ugovora bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18/EZ,
- je javni naručitelj objavio u *Službenom listu Europske unije* obavijest kako je opisano u članku 3.a ove direktive kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor, i
- ugovor nije sklopljen prije isteka roka od 10 kalendarskih dana, računajući od dana poslije dana objave te obavijesti.

[...]”

Glavni postupak i prethodno pitanje

- 8 Tijekom 2007. godine, Danska Država pokrenula je provedbu postupka javne nabave u obliku natjecateljskog dijaloga radi isporuke sveobuhvatnog komunikacijskog sustava zajedničkog svim hitnim interventnim službama i održavanja tog sustava tijekom nekoliko godina. CFB je kasnije postao javno tijelo nadležno za provođenje te javne nabave.
- 9 Predmetni je ugovor dodijeljen društvu Terma. Ugovor koji je s njim sklopljen 4. veljače 2008. odnosio se na ukupan iznos od 527 milijuna danskih kruna (DKK) (otprilike 70 629 800 eura), od čega je 299 854 699 DKK (otprilike 40 187 000 eura) odgovaralo minimalnom rješenju koje je bilo opisano u dokumentaciji za nadmetanje, dok se višak odnosio na mogućnosti i isporuke koje nisu nužno bile predmet zahtjeva za izvršenje.
- 10 Tijekom izvršavanja spomenutog ugovora pojavile su se poteškoće u odnosu na poštovanje rokova isporuke, pri čemu su CFB i Terma međusobno odbacivali odgovornost u odnosu na nemogućnost predviđenog izvršenja ugovora.
- 11 Nakon pregovora, stranke su dogovorile sklapanje nagodbe na temelju koje je ugovorna obveza trebala biti smanjena na isporuku radijskog komunikacijskog sustava regionalnim tijelima policije, približne vrijednosti 35 000 000 DKK (otprilike 4 690 000 eura), a CFB je stekao dvije farme centralnih servera, približne vrijednosti 50 000 000 DKK (otprilike 6 700 000 eura), koje je Terma kupila s namjerom da ih iznajmi CFB-u pri izvršenju prvotnog ugovora. U okviru tog sporazuma svaka se strana obvezala odreći svih prava koja proizlaze iz prvotnog ugovora osim onih koja proizlaze iz nagodbe.
- 12 Prije konačnog sklapanja te nagodbe, CFB je 19. listopada 2010. u *Službenom listu Europske unije* objavio dobrovoljnu obavijest za *ex ante* transparentnost u vezi s nagodbom koju je namjeravao sklopiti s Termom, sukladno članku 2.d stavku 4. Direktive 89/665.
- 13 Frogne, koji nije podnio zahtjev za predselekciju radi sudjelovanja u postupku javne nabave u vezi s prvotnim ugovorom, podnio je pritužbu Klagensævnet for Udbud (komisija za pritužbe u području javne nabave, Danska) (u daljnjem tekstu: komisija za pritužbe). Ta je komisija prije odlučivanja o meritumu, odlukom od 10. prosinca 2010. odbila pritužbi priznati suspenzivni učinak.
- 14 Spomenuta je nagodba sklopljena 17. prosinca 2010.
- 15 Pritužba koju je Frogne podnio komisiji za pritužbe odbijena je odlukom od 3. studenoga 2011.
- 16 Pravno sredstvo koje je nakon te odluke podnio Frogne također je odbijeno odlukom Østre Landsret (žalbeni sud u istočnoj regiji, Danska) od 20. prosinca 2013.

- 17 Taj je sud najprije presudio da je izmjena prvotnog ugovora izvršena nagodbom koju su sklopili CFB i Terma predstavljala bitnu izmjenu tog ugovora u smislu sudske prakse Suda.
- 18 Međutim, taj je sud zatim smatrao, s jedne strane, da ta nagodba nije bila posljedica volje Terme i CFB-a da ponovno ugovore bitne uvjete početnog ugovora s ciljem optimizacije njihove kasnije suradnje u značajno izmijenjenim uvjetima, nego je predstavljala alternativno rješenje spora nastalog između stranaka umjesto raskida tog ugovora u okolnostima u kojima se njegov nastavak činio nemogućim, rješenje u okviru kojeg je svaka strana pristala na znatna odricanja s ciljem nalaženja prihvatljivog rješenja, bitno smanjenog opsega u odnosu na taj ugovor, čime bi svakoj strani bilo omogućeno da izbjegne rizike vjerojatno neproporcionalnih gubitaka. S druge strane, ništa nije išlo u prilog zaključku da je namjera CFB-a ili Terme bila da zaobiđu pravila za provedbu javne nabave.
- 19 U tim okolnostima, Østre Landsret (žalbeni sud u istočnoj regiji) smatrao je da se načelima jednakog postupanja i transparentnosti ne protivi sklapanje te nagodbe ukoliko postoji uska veza između prvotnog ugovora i isporuka koje su predviđene tom nagodbom. To je bio slučaj u odnosu na isporuku radijskog komunikacijskog sustava regionalnim tijelima policije, ali ne i prodaju dviju farmi centralnih servera. Uzimajući to potonje u obzir, taj je sud presudio da su odluka CFB-a o nagodbi u glavnom postupku i sklapanje te nagodbe bili protivni načelu jednakog postupanja i obvezi transparentnosti. Utvrđeno je kako činjenica da je sklapanje te nagodbe omogućilo javnom naručitelju da izbjegne rizike koji su povezani sa spornom situacijom nije utjecala na valjanost te nagodbe.
- 20 Međutim, Østre Landsret (žalbeni sud u istočnoj regiji) presudio je da mišljenje CFB-a u skladu s kojim je sklapanje sporazuma o nagodbi s Termom bilo dozvoljeno bez prethodnog objavljivanja poziva na nadmetanje sukladnog pravilima Unije nije bilo očito pogrešno. Uzimajući u obzir dobrovoljnu obavijest za *ex ante* transparentnost koju je javni naručitelj objavio u *Službenom listu Europske unije* u vezi s nagodbom koju je namjeravao sklopiti na temelju članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665, i činjenicu da je, prije njezina sklapanja, čekao ne samo da istekne rok od deset dana predviđen tom odredbom, nego i da komisija za pritužbe odluči o eventualnom suspenzivnom učinku pritužbe koju joj je podnio Frogne, navedeni je sud ocijenio da nije moguće proglasiti da taj sporazum ne proizvodi učinke, tako da ne treba prihvatiti pravno sredstvo koje mu je podneseno.
- 21 Frogne je pred Højesteret (Vrhovni sud, Danska), pred kojim je pokrenuo postupak, tvrdio da odgovor na pitanje treba li ugovor iz nagodbe koja se odnosi na prvotni ugovor o javnoj nabavi biti predmet postupka javne nabave ovisi isključivo o tome je li izmjena koja je njome unesena u prvotni ugovor o javnoj nabavi bitna. U predmetnom je slučaju izmjena bila bitna, bilo da je riječ o predmetu ugovora kako je izmijenjen ili njegovoj znatno smanjenoj vrijednosti, s obzirom na to da je izmijenjeni ugovor o javnoj nabavi mogao zainteresirati i manje poduzetnike. Osim toga, očitovanja ekonomske prirode, kao i zaštita položaja ugovaratelja, ne mogu se isticati kako bi se njima opravdala povreda načela jednakog postupanja i obveze transparentnosti.
- 22 CFB navodi dva aspekta nagodbe. Kad je riječ, s jedne strane, o ograničavanju ugovora na isporuku radijskog komunikacijskog sustava samo regionalnim tijelima policije, on ističe važnost činjenice da se izmjena sastojala od znatnog smanjenja isporuke, što nije uređeno pravom Unije. Kad je riječ, s druge strane, o stjecanju farmi centralnih servera u odnosu na koje je u prvotnom ugovoru o javnoj nabavi bilo predviđen samo njihov najam, on u bitnome smatra da raspolaganje njihovim vlasništvom, a ne njihov najam, ne predstavlja bitnu izmjenu tog ugovora.
- 23 Općenito, CFB smatra da, kada izvršenje ugovora o javnoj nabavi uzrokuje poteškoće, što nije neuobičajeno za neke vrste ugovora o javnoj nabavi, poput ugovora koji se odnose na razvoj informatičkih sustava, javnom naručitelju mora se priznati široka margina prosudbe kako bi mu se omogućilo da nađe razumno rješenje u slučaju poteškoća kod provedbe. U protivnom, on bi bio dužan odreći se razumnih prilagodbi ili raskinuti ugovor, uz rizike i gubitke koji iz toga proizlaze.

Tumačenje Direktive 2004/18 na način da ona nalaže provođenje novog postupka javne nabave u istom slučaju značilo bi praktično zabranu sklapanja nagodbe, što bi predstavljalo zadiranje u obvezno pravo, što nije dozvoljeno Ugovorima.

- 24 Højesteret (Vrhovni sud) postavlja pitanje o doseg članka 2. Direktive 2004/18, osobito podrazumijevaju li načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti da javni naručitelj ne smije sklopiti nagodbu radi rješavanja poteškoća nastalih uslijed izvršenja ugovora o javnoj nabavi, a da automatski ne nastane obveza provođenja novog postupka javne nabave koja bi se odnosila na uvjete tog sporazuma.
- 25 Taj sud smatra da se novi element u odnosu na situacije koje je Sud prethodno ispitivao nalazi u navedenim poteškoćama u provedbi, i u odnosu na koje je sporno mogu li se pripisati jednoj ili drugoj strani, te je, konačno, relevantno pitanje postoji li mogućnost sklapanja nagodbe radi rješavanja tih poteškoća, a da se ne mora organizirati novi postupak javne nabave.

- 26 U tim je okolnostima Højesteret (Vrhovni sud) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li članak 2. Direktive 2004/18, u vezi s presudama Suda od 19. lipnja 2008., *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), i od 13. travnja 2010., *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182), tumačiti na način da sporazum o nagodbi, koji uvodi ograničenja i izmjene usluga koje treba pružiti prema prvobitnom sporazumu stranaka, u okviru ugovora za koji je prethodno provedena javna nabava i uzajamnog sporazuma o odricanju od primjene pravnih sredstava u slučaju neizvršenja radi izbjegavanja naknadnog sudskog postupka, predstavlja ugovor koji sam po sebi iziskuje postupak javne nabave, u situaciji kada je ispunjenje izvornog ugovora postalo otežano?”

O prethodnom pitanju

- 27 Sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 2. Direktive 2004/18 tumačiti na način da, nakon dodjele ugovora o javnoj nabavi, u isti nije moguće unijeti bitnu izmjenu bez pokretanja novog postupka javne nabave čak i ako ta izmjena objektivno predstavlja vrstu sporazuma o nagodbi koji podrazumijeva uzajamna odricanja obiju strana radi rješavanja spora čiji je ishod neizvjestan, a koji je nastao uslijed poteškoća u izvršavanju tog ugovora.
- 28 Iz sudske prakse Suda proizlazi da se načelu jednakog postupanja i obvezi transparentnosti koja iz njega proizlazi protivi to da, nakon dodjele ugovora o javnoj nabavi, javni naručitelj i uspješni ponuditelj u odredbe tog ugovora unose izmjene na način da te odredbe pokazuju bitno drugačije značajke u odnosu na prvotni ugovor. O tome je riječ ako je učinak predviđenih izmjena proširenje opsega ugovora u znatnoj mjeri novim elementima koji nisu bili predviđeni ili izmjena ekonomske ravnoteže ugovora u korist ugovaratelja ili ako te izmjene mogu dovesti u pitanje dodjelu ugovora o javnoj nabavi, na način da bi, u slučaju da su te izmjene bile sadržane u dokumentaciji mjerodavnoj za provedbu prvotnog postupka javne nabave, bila odabrana druga ponuda ili bi bio prihvaćen drugi ponuditelj (vidjeti u tom smislu, među ostalim, presudu od 19. lipnja 2008., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, t. 34. do 37.).
- 29 Kad je riječ o potonjem slučaju, valja istaknuti da izmjena elemenata ugovora koja se sastoji od smanjenja opsega predmeta tog ugovora može kao posljedicu imati da on postane dostupan većem broju gospodarskih subjekata. Naime, u mjeri u kojoj je prvotni opseg tog ugovora bio takav da su samo neki poduzetnici mogli podnijeti prijavu ili ponudu, smanjenje opsega tog ugovora može ga učiniti predmetom interesa i manjih poduzetnika. Nadalje, s obzirom na to da minimalne razine sposobnosti koje se zahtijevaju za određeni ugovor o javnoj nabavi na temelju članka 44. stavka 2.

drugog podstavka Direktive 2004/18 moraju biti vezani uz predmet ugovora te biti razmjerni predmetu ugovora, smanjenje opsega predmeta tog ugovora može dovesti do proporcionalnog smanjenja razina sposobnosti koje se traže od natjecatelja i ponuditelja.

- 30 Načelno, bitna izmjena ugovora o javnoj nabavi nakon njegove dodjele ne može se obaviti dogovorom između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja, nego se treba provesti novi postupak javne nabave koji se odnosi na tako izmijenjen ugovor (vidjeti analognu presudu od 13. travnja 2010., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, t. 42.). Drugačije bi bilo jedino da je ta izmjena bila predviđena odredbama prvotnog ugovora (vidjeti u tom smislu presudu od 19. lipnja 2008., presetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, t. 37., 40., 60., 68. i 69.).
- 31 Međutim, iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da, sukladno analizi Østre Landsret (žalbeni sud u istočnoj regiji) na koju se poziva Højesteret (Vrhovni sud), posebnost situacije u glavnom postupku leži u činjenici da izmjena ugovora, koja je ocijenjena bitnom, nije proizašla iz volje ugovornih strana da ponovno ugovore bitne odredbe ugovora koje su ih prvotno obvezivale, u smislu gore spomenute sudske prakse Suda, nego iz objektivnih poteškoća s neizvjesnim posljedicama do kojih je došlo u okviru izvršavanja tog ugovora, a o kojima su određene zainteresirane osobe koje su podnijele očitovanja Sudu istaknule da je neizvjesnost postojala i u odnosu na složene ugovore, poput ugovora koji su podrazumijevali razvoj informatičkih sustava, kao u predmetnom slučaju.
- 32 Valja međutim utvrditi da ni činjenica da bitna izmjena odredaba ugovora o javnoj nabavi nije bila motivirana namjerom javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja da ponovno ugovore odredbe ugovora, nego njihovom namjerom da postignu nagodbu u odnosu na objektivne poteškoće do kojih je došlo u okviru izvršavanja tog ugovora, ni objektivna neizvjesnost određenih izvršenja ugovornih obveza ne mogu opravdati da je o toj izmjeni odlučeno a da nije poštovano načelo jednakog postupanja koje se mora primjenjivati na sve gospodarske subjekte koji su potencijalno zainteresirani za ugovor o javnoj nabavi.
- 33 Kad je riječ, na prvom mjestu, o razlozima koji mogu navesti javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja da razmatraju bitnu izmjenu dodijeljenog ugovora koja podrazumijeva provođenje novog postupka javne nabave, valja istaknuti, s jedne strane, da upućivanje na namjeru stranaka da ponovno ugovore odredbe tog ugovora nije odlučujući element. Doduše, takva se namjera navodi u točki 44. presude od 5. listopada 2000., Komisija/Francuska (C-337/98, EU:C:2000:543), prvoj presudi u kojoj je Sud ispitivao to pitanje. Međutim, kao što proizlazi iz točaka 42. do 44. te presude, ta se formulacija odnosila na okolnosti u vezi sa specifičnim činjeničnim okvirom predmeta u kojem je donesena spomenuta presuda. Protivno tomu, pitanje postoji li bitna izmjena mora se analizirati na objektivnan način, s obzirom na kriterije navedene u točki 28. ove presude.
- 34 S druge strane, iz točke 40. presude od 14. studenoga 2013., Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), proizlazi da se ne mogu zanemariti načela jednakog postupanja i nediskriminacije i obveza transparentnosti koju podrazumijevaju ta načela, a koji proizlaze iz UFEU-a, ako postoji namjera bitne izmjene ugovora o koncesiji za usluge ili dodjele isključivog prava s ciljem pronalaženja razumnog rješenja koje može riješiti spor koji nastane između javnih tijela i gospodarskog subjekta zbog razloga koji su posve izvan njihove volje, u odnosu na opseg ugovora kojim su vezani. Budući da ta načela i ta obveza čine temelj članka 2. Direktive 2004/18, kao što proizlazi iz tumačenja uvodne izjave 2. te direktive, taj standard vrijedi i u okviru primjene te direktive.
- 35 Kad je riječ, na drugom mjestu, o objektivnoj neizvjesnosti određenih izvršenja obveza koje mogu biti predmet ugovora o javnoj nabavi, najprije valja podsjetiti da sukladno članku 31. Direktive 2004/18, javni naručitelji mogu sklopiti ugovor o javnoj nabavi sporazumno, odnosno ugovaranjem odredaba ugovora s odabranim gospodarskim subjektom bez prethodne objave poziva na nadmetanje u različitim slučajevima, od kojih mnogi imaju obilježje neizvjesnosti određenih okolnosti. Međutim, kao što proizlazi iz teksta zadnje rečenice članka 28. druge alineje te direktive, samo posebni slučajevi i

okolnosti izričito navedeni u tom članku 31. mogu dovesti do njegove primjene, tako da navođenje tih iznimki treba smatrati taksativnim. Ne čini se da situacija o kojoj je riječ u glavnom postupku odgovara nekom od tih slučajeva.

- 36 Nadalje, sama činjenica da se, zbog svojeg predmeta, određeni ugovori o javnoj nabavi mogu smatrati neizvjesnima čini predvidljivom opasnost od nastanka poteškoća u fazi izvršenja. Stoga, za takav ugovor javni naručitelj treba ne samo provesti najprikladnije postupke javne nabave, nego i pažljivo definirati predmet tog ugovora. Nadalje, kao što proizlazi iz točke 30. ove presude, javni naručitelj može zadržati mogućnost da unese određene, čak i bitne, izmjene u ugovor o javnoj nabavi, nakon njegove dodjele, pod uvjetom da ih je predvidio u dokumentaciji mjerodavnoj u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi.
- 37 Naime, iako poštovanje načela jednakog postupanja i obveze transparentnosti mora biti zajamčeno i u odnosu na specifične ugovore o javnoj nabavi, to ne sprječava da se uzmu u obzir posebnosti tih ugovora. Taj pravni imperativ i tu konkretnu nužnost moguće je pomiriti, s jedne strane, strogim poštovanjem uvjeta ugovora o javnoj nabavi kako su određeni u dokumentaciji mjerodavnoj za postupak javne nabave sve do završetka faze izvršenja tog ugovora, ali i, s druge strane, mogućnošću izričitog predviđanja u toj dokumentaciji, mogućnosti za javnog naručitelja da prilagodi određene, čak i bitne, uvjete tom ugovoru o javnoj nabavi nakon njegove dodjele. Izričitim predviđanjem te mogućnosti i određivanjem načina njezine primjene u toj dokumentaciji, javni naručitelj jamči da svi gospodarski subjekti koji imaju interes za sudjelovanje u tom postupku javne nabave o njoj od početka budu obaviješteni i stoga budu u ravnopravnom položaju u trenutku oblikovanja svoje ponude (vidjeti analognu presudu od 29. travnja 2004., Komisija/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 112., 115., 117. i 118.).
- 38 Naprotiv, ukoliko to ne bude predviđeno u dokumentaciji o nabavi, nužnost da se u odnosu na konkretan ugovor o javnoj nabavi primjene isti uvjeti na sve gospodarske subjekte zahtijeva, u slučaju bitne izmjene tog ugovora, provođenje novog postupka javne nabave (vidjeti analognu presudu od 29. travnja 2004., Komisija/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 127.).
- 39 Konačno valja precizirati da sva navedena razmatranja ne utječu na moguće posljedice obavijesti u slučaju dobrovoljne *ex ante* transparentnosti koja je objavljena u okviru javne nabave u glavnom postupku.
- 40 S obzirom na sve prethodno navedeno, na postavljeno pitanje valja odgovoriti da članak 2. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da, nakon dodjele ugovora o javnoj nabavi, u isti nije moguće unijeti bitnu izmjenu bez pokretanja novog postupka javne nabave čak i ako ta izmjena objektivno predstavlja vrstu sporazuma o nagodbi koji podrazumijeva uzajamna odricanja obiju strana radi rješavanja spora čiji je ishod neizvjestan, a koji je nastao uslijed poteškoća u izvršavanju tog ugovora. Drugačije bi bilo samo u slučaju da je u dokumentaciji za tu nabavu predviđena mogućnost prilagodbe određenih, čak i bitnih, uvjeta ugovora o javnoj nabavi nakon njegove dodjele i da su određeni načini primjene te mogućnosti.

Troškovi

- 41 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenoga, Sud (osmo vijeće) odlučuje:

Članak 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima [javnoj nabavi radova], ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga], treba tumačiti na način da, nakon dodjele ugovora o javnoj nabavi, u isti nije moguće unijeti bitnu izmjenu bez pokretanja novog postupka javne nabave čak i ako ta izmjena objektivno predstavlja vrstu sporazuma o nagodbi koji podrazumijeva uzajamna odricanja obiju strana radi rješavanja spora čiji je ishod neizvjestan, a koji je nastao uslijed poteškoća u izvršavanju tog ugovora. Drugačije bi bilo samo u slučaju da je u dokumentaciji za tu nabavu predviđena mogućnost prilagodbe određenih, čak i bitnih, uvjeta ugovora o javnoj nabavi nakon njegove dodjele i da su određeni načini primjene te mogućnosti.

Potpisi