



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 7 września 2016 r.\*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 2 — Zasada równego traktowania — Obowiązek przejrzystości — Zamówienie w przedmiocie dostawy złożonych systemów komunikacyjnych — Trudności w wykonaniu — Niezgoda stron co do tego, kto ponosi odpowiedzialność — Ugoda — Ograniczenie zakresu umowy — Przekształcenie wynajmu sprzętu w sprzedaż — Istotna zmiana umowy — Uzasadnienie obiektywną możliwością znalezienia rozwiązania polubownego

W sprawie C-549/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Højesteret (sąd najwyższy, Dania) postanowieniem z dnia 27 listopada 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 2 grudnia 2014 r., w postępowaniu:

**Finn Frogne A/S**

przeciwko

**Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,**

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: D. Šváby (sprawozdawca), prezes izby, J. Malenovský i M. Vilaras, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Finn Frogne A/S przez K. Dyekjæra, C. Bonde, P. Gjørtlera, H.B. Andersena oraz S. Stenderupa Jensena, advokater, oraz przez J. Graystona, solicitor,
- w imieniu rządu duńskiego przez C. Thorninga, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez P. Hedegaarda Madsena, advokat,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez P. Grassa, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

\* Język postępowania: duński.

— w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Grønfeldt oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 dyrektywy 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; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44 – wyd. spec. w jęz. polskim: rozdz. 6 t. 7 s. 132).
- 2 Został on przedstawiony w ramach sporu, jaki zaistniał pomiędzy spółką Finn Frogne A/S (zwaną dalej „Frogne”) i Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (duńskim centrum łączności alarmowej duńskiej policji, zwanym dalej „CFB”) w przedmiocie prawidłowości ugody w przedmiocie zamówienia publicznego zawartej przez CFB, jako instytucję zamawiającą, z oferentem – spółką Terma A/S – w ramach realizacji tego zamówienia.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Zgodnie z brzmieniem motywu 2 dyrektywy 2004/18:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu”.

- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

- 5 Artykuł 28 tej dyrektywy przewiduje, co następuje:

„Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

Udzielają one takich zamówień publicznych, stosując procedury otwarte lub ograniczone. [...] w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31, mogą one stosować procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji”.

6 Artykuł 31 tej samej dyrektywy brzmi w sposób następujący:

„Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach:

1) w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi:

[...]

c) [gdy] w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30, nie mogą być dotrzymane. Okoliczności, na które można się powoływać w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, nie mogą w żadnym przypadku leżeć po stronie instytucji zamawiających.

[...]

4) w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane i usługi:

a) w odniesieniu do dodatkowych robót budowlanych lub usług nieuwzględnionych we wstępnie rozpatrywanym projekcie lub w pierwotnej umowie, które jednak z powodu nieprzewidzianych okoliczności stały się niezbędne dla realizacji robót budowlanych lub usług opisanych w wyżej wskazanych dokumentach, pod warunkiem że zamówienia udziela się wykonawcy realizującemu te roboty budowlane lub usługi:

— gdy takich robót budowlanych lub usług nie można oddzielić technicznie ani ekonomicznie od pierwotnego zamówienia bez przysporzenia poważnych niedogodności instytucjom zamawiającym,

lub

— gdy takie roboty lub usługi są absolutnie niezbędne dla zakończenia realizacji zamówienia, mimo iż można je wyodrębnić z realizacji pierwotnego zamówienia.

Łączna wartość zamówień udzielonych w celu realizacji dodatkowych robót budowlanych lub usług nie może jednak przekroczyć 50% kwoty, na którą opiewa pierwotne zamówienie;

[...]”.

7 Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33; wyd. spec. w jęz. polskim: rozdz. 6 t. 1 s. 246), zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwana dalej „dyrektywą 89/665”) zawiera art. 2d, zatytułowany „Nieskuteczność”: Zgodnie z brzmieniem tego przepisu:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

a) jeżeli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczone zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE;

[...]

4. Państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. a) niniejszego artykułu nie ma zastosowania, jeżeli:
- instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE,
  - instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a niniejszej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy, oraz
  - umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu publikacji takiego ogłoszenia.

[...]”.

### Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 8 W 2007 r. państwo duńskie wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postaci dialogu konkurencyjnego na dostawę kompleksowego systemu łączności dla wszystkich służb ratowniczych oraz wieloletnią obsługę tego systemu. Organem publicznym odpowiedzialnym za to zamówienie stało się następnie CFB.
- 9 Zamówienie zostało udzielone spółce Terma. Zawarta z nią w dniu 4 lutego 2008 r. umowa opiewała na łączną kwotę 527 mln koron duńskich (DKK) (około 70 629 800 EUR), z których 299 854 699 DKK (około 40 187 000 EUR) odnosiło się do minimalnych wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a pozostała część tej kwoty była związana z usługami opcjonalnymi i innymi usługami, które ostatecznie nie musiały zostać nabyte.
- 10 W trakcie realizacji umowy wystąpiły problemy z dochowaniem terminu dostawy, gdyż CFB i Terma przerzucały na siebie nawzajem odpowiedzialność za niemożność zrealizowania zamówienia w przewidziany sposób.
- 11 W efekcie przeprowadzonych negocjacji strony zawarły ugodę, zgodnie z brzmieniem której zamówienie zostało ograniczone do dostawy systemu łączności radiowej dla regionalnych jednostek policji o przybliżonej wartości 35 000 000 DKK (około 4 690 000 EUR), zaś CFB miała nabyć od spółki Terma dwa centralne centra serwerowe o przybliżonej wartości 50 000 000 DKK (około 6 700 000 EUR), które spółka ta sama nabyła w celu wynajęcia ich CFB w ramach realizacji pierwotnego zamówienia. Każda ze stron tej ugody zamierzała zrezygnować z wszelkich wynikających z pierwotnego zamówienia uprawnień – poza tymi wynikającymi z zawartej już ugody.
- 12 Przed doprowadzeniem ugody do końca CFB w dniu 19 października 2010 r. zamieściło w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, w zastosowaniu art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, „ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy” (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), w którym poinformowało o zamiarze zawarcia ugody ze spółką Terma.
- 13 Frogne, która nie złożyła wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie pierwotnego zamówienia, wniosła środek odwoławczy do Klagensævnet for Udbud (duńskiej krajowej izby odwoławczej) (zwanej dalej „krajową izbą odwoławczą”). Zanim jeszcze izba ta wydała rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, w dniu 10 grudnia 2010 r. odmówiła ona nadania temu środkowi skutku zawieszającego.
- 14 Ugoda została zawarta w dniu 17 grudnia 2010 r.
- 15 Wniesiony przez Frogne środek odwoławczy został oddalony przez krajową izbę odwoławczą rozstrzygnięciem z dnia 3 listopada 2011 r.

- 16 Frogne zaskarżyła to rozstrzygnięcie do Østre Landsret (duńskiego wschodniego sądu regionalnego), który w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 r. również oddalił skargę.
- 17 Sąd ten uznał przede wszystkim, że dokonana w ramach zawartej między CFB a spółką Terma umowy zmiana pierwotnego zamówienia stanowi jego istotną zmianę w rozumieniu orzecznictwa Trybunału.
- 18 Następnie sąd ten uznał jednak, po pierwsze, że zawarcie tej umowy nie wynikało z chęci renegegowania przez Termę A/S i CFB istotnych elementów pierwotnego zamówienia w celu kontynuowania wcześniejszej współpracy na znacznie zmienionych warunkach, ale było takim rozwiązaniem zaistniałego między stronami sporu, które stanowiło alternatywę dla zerwania tej umowy w okolicznościach, w których doprowadzenie jej do końca wydawało się niemożliwe; w ramach tej umowy każda z jej stron zgodziła się na znaczne ustępstwa mające na celu osiągnięcie akceptowalnego rozwiązania, zaś rozmiar zamówienia został znacznie ograniczony, tak aby każda ze stron miała możliwość uniknięcia ryzyka poniesienia prawdopodobnie nieproporcjonalnie wysokich strat. Po drugie, brak jest podstaw, aby przypuszczać, że CFB czy też Terma nosiły się z zamiarem obejścia przepisów prawa zamówień publicznych.
- 19 W tych okolicznościach Østre Landsret uznał, że zawarcie umowy nie stoi w sprzeczności z zasadami równości traktowania i przejrzystości, jeśli tylko istnieje ścisły związek pomiędzy pierwotnym zamówieniem i przewidzianymi w niej świadczeniami. Związek ten zaś istniał w zakresie dotyczącym dostawy systemu łączności radiowej dla regionalnych jednostek policji, ale brakło go w przypadku sprzedaży dwóch centralnych centrów serwerowych. Uwzględniając tę ostatnią okoliczność, sąd ten rozstrzygnął, że podjęta przez CFB decyzja o zawarciu umowy, jak i samo jej zawarcie, były sprzeczne z zasadą równego traktowania i obowiązkiem przejrzystości. Okoliczność, że zawarcie tej umowy pozwoliłoby instytucji zamawiającej na zapobieżenie ryzyku związanemu z konfliktową sytuacją, została uznana za pozbawioną znaczenia dla legalności zawarcia tej umowy.
- 20 Niemniej jednak Østre Landsret stwierdza, że ocena CFB, zgodnie z którą zawarcie umowy z Termą A/S nie wymagało wcześniejszego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu na podstawie przepisów prawa Unii, nie była obarczona oczywistym błędem w ocenie. Uwzględniając opublikowanie przez instytucję zamawiającą w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, w zastosowaniu art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, „ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy” (tzw. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante), w którym CFB poinformowało o zamiarze zawarcia umowy ze spółką Terma, a także okoliczność, że przed jej zawarciem instytucja ta nie tylko odczekała przewidziane w tym przepisie 10 dni, lecz również poczekała na decyzję izby odwoławczej w sprawie potencjalnego skutku zawieszającego wniesionej przed tę izbę skargi Frogne, sąd ten uznał, iż umowy tej nie można uznać za bezskuteczną, efektem czego nie można było uwzględnić przedstawionej mu skargi.
- 21 Frogne zaskarżyła to rozstrzygnięcie przed Højesteret (sąd najwyższy, Dania), twierdząc, że kwestia tego, czy zamówienie, którego dotyczy umowa w przedmiocie zamówienia pierwotnego, należy poddać procedurze udzielania zamówień publicznych, zależy wyłącznie od tego, czy wprowadzona w ten sposób do zamówienia pierwotnego jest istotna. Zdaniem tej spółki rozpatrywana zmiana jest istotna, gdyż dotyczy ona przedmiotu zamówienia czy też jego znacznie zmniejszonej wartości, które to zamówienie po zmianie mogłoby być interesujące dla mniejszych przedsiębiorstw. Ponadto naruszenia zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości nie można uzasadniać względami gospodarczymi czy też celem polegającym na ochronie sytuacji finansowej oferenta.
- 22 CFB wskazuje na dwa aspekty umowy. Jeśli chodzi w pierwszej kolejności o ograniczenie umowy dostawy systemu łączności radiowej jedynie dla regionalnych jednostek policji, CFB wskazuje na znaczenie, jakie ma jego zdaniem okoliczność polegająca na tym, że zmiana polegała na znacznym ograniczeniu świadczenia, która to sytuacja nie jest uregulowana w prawie Unii. W drugiej kolejności, odnośnie do nabycia centralnych centrów serwerowych, które zgodnie z pierwotnym zamówieniem miały zostać jedynie wynajęte, sąd ten w istocie uważa, że dysponowanie tym sprzętem jako właściciel, a nie jako najemca, nie stanowi istotnej zmiany tej umowy.

- 23 Bardziej ogólnie rzecz ujmując, CFB stoi na stanowisku, że w sytuacji gdy wykonanie umowy napotyka na trudności, co nie jest niczym nadzwyczajnym w przypadku zamówień pewnego rodzaju, takich jak te dotyczące opracowywania systemów informatycznych, instytucji zamawiającej należy przyznać szerokie uprawnienia dyskrecjonalne umożliwiające jej znalezienie rozsądnego rozwiązania w przypadku trudności z wykonaniem zamówienia. W ich braku byłaby ona zmuszona albo do rezygnacji z tych rozsądnych rozwiązań, albo do zerwania umowy, co z kolei wiąże się z ryzykiem poniesienia strat. Przyjęcie takiej wykładni dyrektywy 2004/18, zgodnie z którą w podobnym przypadku przewiduje ona wymóg przeprowadzenia nowej procedury udzielania zamówień publicznych, sprowadzałoby się w praktyce do uniemożliwienia zawarcia ugody, co stanowiłoby niedozwoloną przez traktaty ingerencję w prawo zobowiązań.
- 24 Højesteret (sąd najwyższy) zastanawia się nad zakresem zastosowania art. 2 dyrektywy 2004/18, a w szczególności nad kwestią tego, czy zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości skutkują tym, że instytucja zamawiająca nie może planować zawarcia ugody mającej na celu zaradzenie trudnościom powstałym w trakcie wykonania zamówienia publicznego, nie podlegając przy tym automatycznie obowiązkowi zorganizowania nowego przetargu w zakresie warunków tej ugody.
- 25 Zdaniem sądu krajowego okoliczność, która jest nowa w porównaniu z tymi, które były już uprzednio rozpatrywane przez Trybunał, jest związana z tymi trudnościami z wykonaniem zamówienia, odnośnie do których brak jest zgody stron co tego, kto ponosi za nie odpowiedzialność; ostatecznie istotną w niniejszej sprawie kwestią jest to, czy istnieje możliwość zawarcia kładącej kres tym trudnościom ugody bez konieczności zorganizowania nowego postępowania przetargowego.
- 26 W tych okolicznościach Højesteret (sąd najwyższy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18 w związku z wyrokami Trybunału: z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) i z dnia 13 kwietnia 2010 r., *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182) należy dokonywać w ten sposób, że zawarcie ugody, która ogranicza zakres oraz zmienia charakter usług uzgodnionych przez strony w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a także obejmuje porozumienie co do niestosowania środków ochrony prawnej przysługujących w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w celu uniknięcia postępowania sądowego, stanowi umowę, która wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy wykonanie pierwotnej umowy było zagrożone?”

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 27 Zadając swe pytanie sąd odsyłający podnosi w istocie kwestię tego, czy art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w taki sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany bez wszczynania przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia.
- 28 Z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie temu, aby po udzieleniu zamówienia publicznego instytucja zamawiająca i oferent wprowadziły do postanowień umownych zmiany takiego rodzaju, iż postanowienia te będą charakteryzować się cechami odbiegającymi w sposób istotny od postanowień pierwotnego zamówienia. Ma to miejsce wówczas, gdy zamierzona zmiany bądź to skutkują poszerzeniem zamówienia w sposób znaczący o świadczenia, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź modyfikują równowagę ekonomiczną umowy na korzyść oferenta, bądź też są tego rodzaju, że można ze względu na nie zakwestionować udzielenie zamówienia, w tym sensie, iż gdyby

warunki te zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, przyjęto by inną ofertę bądź też można by było dopuścić innych oferentów (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37).

- 29 Odnośnie do tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na to, iż początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom.
- 30 Co do zasady do wprowadzenia istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia nie wystarcza obopólna zgoda instytucji zamawiającej i oferenta, lecz wymaga ono przeprowadzenia nowej procedury udzielenia zmienionego w ten sposób zamówienia (zobacz analogicznie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 42). Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby ta zmiana została przewidziana już w warunkach zamówienia pierwotnego (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 37, 40, 60, 68, 69).
- 31 Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że zgodnie z przeprowadzoną przez Østre Landsret (sąd apelacyjny dla regionu Østre) analizą, na którą powołuje się Højesteret (sąd najwyższy), szczególny charakter sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym polega na tym, iż uznana za istotną zmiana zamówienia nie wynikała z żywionego przez strony zamiaru ponownego negocjowania najistotniejszych jego elementów w rozumieniu ww. orzecznictwa Trybunału, ale z obiektywnych trudności oraz ich nieprzewidywalnych konsekwencji, jakie zaistniały w ramach wykonywania zamówienia; chodzi tu o trudności, których podkreślony przez zainteresowane strony w przedstawionych Trybunałowi pismach nieprzewidywalny charakter wynikał też ze złożoności zamówień takich jak rozpatrywane w niniejszym przypadku zamówienia na opracowanie systemów informatycznych.
- 32 Niemniej jednak należy stwierdzić, że ani okoliczność polegająca na tym, iż istotna zmiana warunków zamówienia nie wynikała z żywionego przez strony świadomego zamiaru ponownego negocjowania jego warunków, ani – obiektywnie rzecz biorąc – losowy charakter wykonania niektórych elementów zamówienia nie mogą uzasadniać wprowadzenia tej zmiany z pominięciem zasady równego traktowania, która winna obejmować wszystkie podmioty, które mogłyby być zainteresowane tym zamówieniem.
- 33 W odniesieniu do, w pierwszej kolejności, powodów, dla których po stronie instytucji zamawiającej i oferenta mógł powstać zamiar wprowadzenia do zamówienia istotnej zmiany wiążącego się z koniecznością wszczęcia nowej procedury udzielenia zamówienia, należy stwierdzić, po pierwsze, że żywiony przez strony zamiar ponownego negocjowania warunków tego zamówienia nie jest czynnikiem o decydującym znaczeniu. Niewątpliwie zamiar taki został wspomniany w pkt 44 wyroku z dnia 5 października 2000 r., *Komisja/Francja* (C-337/98, EU:C:2000:543), w którym to wyroku Trybunał po raz pierwszy pochylił się nad tą problematyką. Niemniej jednak, jak wynika z pkt 42–44 tego wyroku, sformułowanie to zostało użyte ze względu na szczególne okoliczności sprawy, w której wydano ten wyrok. Analizę kwalifikacji istotnej zmiany umowy należy zaś przeprowadzać z obiektywnego punktu widzenia na podstawie kryteriów przypomnianych w pkt 28 niniejszego wyroku.
- 34 Po drugie, z pkt 40 wyroku z dnia 14 listopada 2013 r., *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736) wynika, że dany podmiot nie może uchybić traktatowym zasadom równego traktowania i niedyskryminacji oraz wynikającemu z nich obowiązku przejrzystości, w sytuacji gdy nosi się on z zamiarem wprowadzenia

istotnej zmiany do umowy w przedmiocie koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania danej działalności, której to zmiany wprowadzenie ma na celu zakończenie sporu, jaki powstał między podmiotami publicznymi i podmiotem gospodarczym z powodów całkowicie niezależnych od ich woli, w przypadku gdy zmiana ta dotyczy zakresu umowy wiążącej strony. Skoro więc te zasady i ten obowiązek stanowią, jak wynika to z motywu 2 dyrektywy 2004/18, podstawę przepisów zawartych w art. 2 tej dyrektywy, wniosek ten należy mieć na względzie przy ich stosowaniu.

- 35 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o obiektywnie losowy charakter wykonania niektórych elementów mogących stanowić przedmiot zamówienia publicznego, należy niewątpliwie przypomnieć, że zgodnie z art. 31 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające mogą udzielać zamówienia publicznego za obopólną zgodą, czyli negocjując warunki umowy z podmiotem gospodarczym wybranym bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w pewnych przypadkach, z których większość charakteryzuje się nieprzewidywalnością pewnych okoliczności. Niemniej jednak, jak wynika z brzmienia ostatniego zdania art. 28 akapit drugi tej dyrektywy, może być on stosowany tylko w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których wyraźnie mowa w art. 31, efektem czego zawarty w nim wykaz wyjątków należy uznać za zamknięty. Nie sposób zaś uznać, że sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym odpowiada któremuś z nich.
- 36 Ponadto już sama okoliczność polegająca na tym, że ze względu na ich przedmiot niektóre zamówienia można uznać od razu za takie, których wykonanie ma losowy charakter, sprawia, iż wystąpienie trudności na etapie ich wykonania jest prawdopodobne. Tak więc w przypadku takiego zamówienia instytucja zamawiająca nie tylko powinna przeprowadzić możliwie najlepiej opracowane procedury udzielania zamówień, lecz także – starannie określić zakres tego zamówienia. Ponadto, jak wynika z pkt 30 niniejszego wyroku, instytucja zamawiająca może zapewnić sobie możliwość wprowadzenia pewnych zmian, nawet istotnych, do już udzielonego zamówienia, jeśli tylko zawrze odpowiednie postanowienie w dokumentacji regulującej procedurę jego udzielenia.
- 37 Choć bowiem poszanowanie zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości winno być zapewnione również w przypadkach dotyczących szczególnych zamówień publicznych, jednak nie może to odbierać możliwości uwzględnienia ich cech szczególnych. Pogodzenie tego wymogu prawnego i tej związanej z konkretnymi okolicznościami konieczności wymaga, po pierwsze, ścisłego przestrzegania warunków zamówienia w postaci, w jakiej zostały one określone w jego dokumentacji, aż do momentu zakończenia jego wykonania, lecz również, po drugie, przewidzenia możliwości zawarcia w tych dokumentach wyraźnego uprawnienia instytucji zamawiającej do dostosowania pewnych, nawet istotnych, warunków tego udzielonego już zamówienia. Przewidując wyraźnie w tej dokumentacji to uprawnienie i ustalając szczegółowe warunki jego wykonania, instytucja zamawiająca zapewnia, że wszystkie zainteresowane danym zamówieniem podmioty gospodarcze będą od początku o nim wiedziały i w ten sposób w momencie formułowania swej oferty zostaną potraktowane na równi z innymi (zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 112, 115, 117, 118).
- 38 W przypadku natomiast gdy dokumentacja zamówienia publicznego nie zawiera takich postanowień, konieczność stosowania w przypadku takiego zamówienia takich samych warunków w odniesieniu do wszystkich podmiotów wymaga, aby w przypadku istotnej zmiany warunków zamówienia wszcząć nową procedurę jego udzielenia (zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 127).
- 39 Należy wreszcie wyjaśnić, że wszystkie te rozważania pozostają bez uszczerbku dla ewentualnych konsekwencji opublikowanego w ramach rozpatrywanego w postępowaniu głównym ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*).
- 40 Uwzględniając powyższe, na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień, nawet wówczas, gdy



ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po udzieleniu zamówienia, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.

### **W przedmiocie kosztów**

- <sup>41</sup> Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (ósma izba) orzeka, co następuje:

**Artykuł 2 dyrektywy 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 należy interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień, nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po udzieleniu zamówienia, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.**

Podpisy