



Zbierka súdnych rozhodnutí

ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (ôsma komora)

zo 7. septembra 2016*

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania — Verejné zákazky — Smernica 2004/18/ES — Článok 2 — Zásada rovnosti zaobchádzania — Povinnosť transparentnosti — Zákazka týkajúca sa dodania celkového komunikačného systému — Ťažkosti pri plnení — Rozdielne názory strán v súvislosti s ich zodpovednosťou — Urovanie — Zúženie rozsahu zmluvy — Zmena prenájmu materiálu na predaj — Podstatná zmena zákazky — Odôvodnenie objektívnou možnosťou nájsť riešenie prostredníctvom zmieru“

Vo veci C-549/14,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 267 ZFEÚ, podaný rozhodnutím Højesteret (Najvyšší súd, Dánsko) z 27. novembra 2014 a doručený Súdnemu dvoru 2. decembra 2014, ktorý súvisí s konaním:

Finn Frogne A/S

proti

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

SÚDNY DVOR (ôsma komora),

v zložení: predseda ôsmej komory D. Šváby (spravodajca), sudcovia J. Malenovský a M. Vilaras,

generálna advokátka: E. Sharpston,

tajomník: A. Calot Escobar,

so zreteľom na písomnú časť konania,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

- Finn Frogne A/S, v zastúpení: K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen, S. Stenderup Jensen, advokater, a J. Grayston, solicitor,
- dánska vláda, v zastúpení: C. Thorning, splnomocnený zástupca, za právnej pomoci P. Hedegaard Madsen, advokat,
- talianska vláda, v zastúpení: G. Palmieri, splnomocnená zástupkyňa, za právnej pomoci P. Grasso, avvocato dello Stato,
- rakúska vláda, v zastúpení: M. Fruhmann, splnomocnený zástupca,

* Jazyk konania: dánčina.

— Európska komisia, v zastúpení: L. Grønfeldt a A. Tokár, splnomocnení zástupcovia,

so zreteľom na rozhodnutie prijaté po vypočutí generálnej advokátky, že vec bude prejednaná bez jej návrhov,

vyhlásil tento

Rozsudok

- 1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článku 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).
- 2 Tento návrh bol predložený v rámci sporu medzi spoločnosťou Finn Frogne A/S (ďalej len „Frogne“) a Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Centrum pre pohotovostnú komunikáciu dánskej štátnej polície, Dánsko) (ďalej len „CFB“) v súvislosti so zákonnosťou dohody o urovnaní uzatvorenej medzi CFB ako verejným obstarávateľom a spoločnosťou Terma A/S, úspešným uchádzačom v zadávacom konaní, pri plnení tejto zmluvy.

Právny rámec

Právo Únie

- 3 Podľa odôvodnenia 2 smernice 2004/18:

„Zadávanie zákaziek v členských štátoch v mene štátu, regionálnych alebo miestnych orgánov a ďalších inštitúcií v správe subjektov, ktoré sa spravujú verejným právom, podlieha rešpektovaniu zásad zmluvy, najmä rešpektovaniu zásady voľného pohybu tovaru, zásady slobody usadiť sa a zásady slobody poskytovať služby a zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada vzájomného uznávania, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. Pri verejných zákazkách, ktoré presahujú určitú hodnotu, sa však odporúča vypracovať predpisy pre koordináciu vnútroštátnych postupov pri zadávaní takýchto zákaziek Spoločenstvom, založené na týchto zásadách s cieľom zabezpečiť ich účinky a zabezpečiť liberalizáciu verejného obstarávania. Tieto koordinačné ustanovenia by sa preto mali vykladať tak v súlade s vyššie uvedenými pravidlami a zásadami, ako aj s ostatnými pravidlami zmluvy.“

- 4 Článok 2 tejto smernice s názvom „Zásady zadávania zákaziek“ stanovuje:

„Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.“

- 5 Článok 28 uvedenej smernice stanovuje:

„Pri zadávaní verejných zákaziek verejní obstarávatelia uplatnia vnútroštátne postupy prispôbené účelom tejto smernice.

Tieto verejné zákazky sa zadávajú prostredníctvom otvoreného alebo užšieho konania. ... V osobitných prípadoch a za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článkoch 30 a 31, môžu uplatniť rokovacie konanie s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania alebo bez neho.“

6 Článok 31 tej istej smernice znie takto:

„Verejní obstarávatelia môžu zadávať verejné zákazky rokovacím konaním bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v týchto prípadoch:

1. pri verejných zákazkách na práce, verejných zákazkách na dodávku tovaru a verejných zákazkách na služby:

...

c) pokiaľ je to nevyhnutné, ak z dôvodov časovej tiesne spôsobenej udalosťami, ktoré príslušní verejní obstarávatelia nemohli predvídať, nie je možné dodržať lehotu pre otvorené, užšie alebo rokovacie konanie s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, ktorá je uvedená v článku 30. Okolnosti použité na odôvodnenie časovej tiesne nesmie byť v žiadnom prípade možné pripísať na vrub verejnému obstarávateľovi.

...

4. pri verejných zákazkách na práce a verejných zákazkách na služby:

a) na dodatočné práce alebo služby nezahrnuté v pôvodne plánovanom projekte alebo v pôvodnej zmluve, ktoré sa pre nepredvídaným okolnostiam ukázali ako nevyhnutné pre plnenie prác alebo služieb v nich uvedených, pod podmienkou, že sa zákazka zadá hospodárskemu subjektu, ktorý tieto práce alebo služby vykonáva:

— ak takéto dodatočné práce alebo služby nie je možné technicky alebo ekonomicky oddeliť od pôvodnej zákazky bez toho, aby to verejným obstarávateľom nespôsobilo značné ťažkosti,

alebo

— ak sú takéto práce alebo služby síce oddeliteľné od pôvodnej zákazky, sú však bezpodmienečne nevyhnutné na jej dokončenie.

Súhrnná hodnota zákaziek zadaných na dodatočné práce alebo služby však nesmie presiahnuť 50 % hodnoty pôvodnej zákazky;

...“

7 Smernica Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, 1989, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246), zmenená a doplnená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES z 11. decembra 2007 (Ú. v. EÚ L 335, 2007, s. 31) (ďalej len „smernica 89/665“), obsahuje článok 2d nazvaný „Neplatnosť“. Podľa tohto článku:

„1. Členské štáty zabezpečia, aby orgán zodpovedný za preskúmanie, ktorý je nezávislý od verejného obstarávateľa, považoval zmluvu za neplatnú alebo aby tento orgán rozhodol o neplatnosti zmluvy v týchto prípadoch:

a) ak verejný obstarávateľ zadal zákazku bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* bez toho, aby to povoľovala smernica 2004/18/ES;

...

4. Členské štáty ustanovia, že odsek 1 písm. a) tohto článku sa neuplatňuje, ak:

- verejný obstarávateľ považuje zadanie zákazky bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* za prípustné v súlade so smernicou 2004/18/ES,
- verejný obstarávateľ uverejnil v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie uvedené v článku 3a tejto smernice, v ktorom vyjadruje svoj zámer uzavrieť zmluvu, a
- zmluva sa neuzavrela pred uplynutím lehoty najmenej 10 kalendárnych dní, ktorá začína plynúť dňom nasledujúcim po dni uverejnenia tohto oznámenia.

...“

Spor vo veci samej a prejudiciálna otázka

- 8 V roku 2007 vyhlásilo Dánsko zadávacie konanie vo forme súťažného dialógu na dodanie spoločného komunikačného systému pre všetky pohotovostné služby a na údržbu tohto systému počas viacerých rokov. CFB sa následne stal verejným orgánom zodpovedným za túto zákazku.
- 9 Táto zákazka bola zadaná spoločnosti Terma. Zmluva uzavretá s touto spoločnosťou 4. februára 2008 mala celkovú hodnotu 527 miliónov dánskych korún (DKK) (približne 70 629 800 eur), z ktorých sa 299 854 699 DKK (približne 40 187 000 eur) týkalo minimálneho riešenia opísaného v dokumentácii k zadávaciemu konaniu, pričom sa zvyšok týkal voliteľných služieb a iných položiek, ktoré sa nevyhnutne nemuseli požadovať.
- 10 V priebehu plnenia úloh podľa zmluvy vznikli problémy s včasným dodaním, pričom CFB a Terma navzájom odmietli svoju zodpovednosť za nemožnosť plnenia zákazky tak, ako to bolo upravené.
- 11 Na základe rokovaní obe strany uzatvorili dohodu o urovaní, na základe ktorej bola zákazka zúžená na dodanie rádiového komunikačného systému pre regionálne policajné útvary v hodnote približne 35 000 000 DKK (približne 4 690 000 eur), zatiaľ čo CFB odkúpi dve centrálné serverové farmy v približnej hodnote 50 000 000 DKK (približne 6 700 000 eur), ktoré spoločnosť Terma kúpila s cieľom prenajímať ich CFB v rámci plnenia pôvodnej zmluvy. Z tejto dohody vyplývalo, že obe strany majú v úmysle sa vzdať akýchkoľvek nárokov vyplývajúcich z pôvodnej zmluvy okrem nárokov vyplývajúcich z urovnania.
- 12 Pred dokončením tohto urovnania uverejnila CFB 19. októbra 2010 v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti *ex ante* týkajúce sa dohody o urovaní, ktorú zvažuje uzatvoriť so spoločnosťou Terma v súlade s článkom 2d ods. 4 smernice 89/665.
- 13 Frogne, ktorá sa neprihlásila do predbežného výberu, aby sa mohla zúčastniť zadávacieho konania, ktorého predmetom bola pôvodná zmluva, podala na Klagenævnet for Udbud (Rada pre sťažnosti v oblasti verejného obstarávania, Dánsko) (ďalej len „Rada pre sťažnosti“) sťažnosť. Rada pre sťažnosti predtým, ako rozhodla o veci samej, zamietla 10. decembra 2010 odkladný účinok tejto sťažnosti.
- 14 Uvedená dohoda o urovaní bola uzatvorená 17. decembra 2010.
- 15 Rada pre sťažnosti zamietla sťažnosť spoločnosti Frogne rozhodnutím z 3. novembra 2011.
- 16 Odvolanie podané proti tomuto rozhodnutiu bolo takisto zamietnuté, a to rozhodnutím Østre Landsret (Odvolací súd pre východnú oblasť, Dánsko) z 20. decembra 2013.

- 17 Na úvod tento súd rozhodol, že zmena pôvodnej zákazky, tak ako bola vykonaná dohodou o urovnaní uzatvorenou medzi CFB a Terma, predstavovala podstatnú zmenu tejto zákazky v zmysle judikatúry Súdneho dvora.
- 18 Neskôr však uvedený súd dospel k názoru, že na jednej strane toto urovanie nevyplývalo z vôle Terma a CFB nanovo sa dohodnúť na podstatných podmienkach pôvodnej zmluvy s cieľom optimalizovať svoju neskoršiu spoluprácu za podstatne zmenených podmienok, ale predstavovala alternatívne riešenie sporu, ktorý vznikol medzi stranami zmluvy bez toho, aby došlo k vypovedaniu tejto zmluvy za okolností, za ktorých sa jej plnenie zdalo nemožné, a v rámci ktorej každá strana vzájomne upustila od podstatných nárokov, aby sa dosiahlo prijateľné riešenie v značne zúženom rozsahu ako uvedená zmluva, pričom sa predišlo riziku zjavne neprímeraných strát pre obe strany. Na druhej strane nič nepoukazuje na to, že by zámerom CFB alebo Terma bolo obísť pravidlá zadávania verejných zákaziek.
- 19 Za týchto podmienok Østre Landsret (Odvolací súd pre východnú oblasť) zastáva názor, že zásady rovnosti zaobchádzania a transparentnosti nebránia uzatvoreniu tejto dohody o urovnaní, keďže existuje úzky vzťah medzi pôvodnou zmluvou a plneniami dohodnutými v rámci tejto dohody. Platilo by to, pokiaľ ide o dodanie radiokomunikačného systému pre regionálne policajné útvary, ale nie pre predaj dvoch centrálnych serverových fariem. Tento súd vzhľadom na túto poslednú skutočnosť rozhodol, že rozhodnutie CFB uchýliť sa k dohode o urovnaní, ktorá je predmetom sporu vo veci samej, a uzatvorenie tejto dohody boli v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania a povinnosťou transparentnosti. Skutočnosť, že uzatvorenie uvedenej dohody umožnilo verejnému obstarávateľovi odvrátiť riziká spojené so sporom, boli považované za skutočnosti, ktoré nemali vplyv na zákonnosť tejto dohody.
- 20 Østre Landsret (Odvolací súd pre východnú oblasť) však rozhodol, že názor CFB, podľa ktorého uzatvorenie dohody o urovnaní s Terma bolo možné bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v súlade s pravidlami Únie, nebolo zjavne nesprávne. Vzhľadom na oznámenie o dobrovoľnej transparentnosti *ex ante*, ktoré uverejnil verejný obstarávateľ v *Úradnom vestníku Európskej únie*, pokiaľ ide o dohodu, ktorá sa mala uzatvoriť podľa článku 2d ods. 4 smernice 89/665, a na skutočnosť, že pred jej uzatvorením nielenže čakal, aby uplynula desaťdňová lehota stanovená v tomto ustanovení, ale aj na to, že Rada pre sťažnosti rozhodne o prípadnom odkladnom účinku sťažnosti podanej Frogne na tomto orgáne, uvedený súd rozhodol, že táto dohoda nemôže byť považovaná za neúčinnú, takže nie je možné vyhovieť odvolaniu, ktoré bolo na tomto súde podané.
- 21 Højesteret (Najvyšší súd, Dánsko), na ktorý sa obrátila Frogne, tvrdí, že otázka, či verejná zákazka, ktorá sa má uskutočniť v rámci dohody o urovnaní týkajúcej sa pôvodnej verejnej zákazky, musí byť predmetom zadávacieho konania, závisí len od podstatnej povahy zmeny, ktorá tak oproti pôvodnej zákazke nastala. V prejednávanej veci bola zmena podstatná, či už išlo o predmet zmenenej zákazky, alebo o značné zníženie jej hodnoty, keďže zmenená zákazka sa mohla stať zaujímavou pre menšie podniky. Okrem toho ani úvahy hospodárskej povahy, ani ochrana situácie úspešného uchádzača nemohli byť uvádzané ako dôvod porušenia zásady rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti.
- 22 CFB sa zamýšľa nad dvoma aspektmi dohody o urovnaní. Pokiaľ ide na jednej strane o obmedzenie zmluvy na dodanie rádiového komunikačného systému pre regionálne policajné útvary, zdôrazňuje dôležitosť vyplývajúcu zo skutočnosti, že zmena pozostávala zo značného zúženia plnenia, čo je situácia, ktorú právo Únie neupravuje. Pokiaľ ide na druhej strane o kúpu centrálnych serverových fariem, v súvislosti s ktorými sa v pôvodnej zmluve uvádzal iba prenájom, sa v podstate domnieva, že disponovanie týmto materiálom ako so svojím vlastníctvom, a nie jeho prenájom, nepredstavuje podstatnú zmenu tejto zákazky.

- 23 CFB všeobecnejšie tvrdí, že pokiaľ plnenie zákazky vedie k ťažkostiam, čo pri určitom druhu zákaziek, akým sú aj zákazky týkajúce sa vývoja informatických systémov, nie je výnimočné, musí mať verejný obstarávateľ širokú mieru voľnej úvahy, aby mu bolo umožnené v prípade ťažkostí s plnením nájsť primerané riešenie. Ak nie, musel by sa buď vzdať možnosti uskutočniť významné zmeny alebo prerušiť zmluvu spolu s rizikom a stratami, ktoré sa ku tomu viažu. Vykladať smernicu 2004/18 v tom zmysle, že za daných okolností ukladá povinnosť začať nové verejné obstarávanie, by v praxi viedlo k bráneniu uzatvárania dohôd o urovnaní, čo by predstavovalo zasahovanie do záväzkových práv, ktoré Zmluvy nepovoľujú.
- 24 Højesteret (Najvyšší súd) sa zamýšľa nad rozsahom článku 2 smernice 2004/18 najmä v súvislosti s tým, či zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti zahŕňajú to, že verejný obstarávateľ nemôže rozhodnúť o uzatvorení dohody o urovnaní na vyriešenie ťažkostí vychádzajúcich z plnenia verejnej zákazky bez toho, aby vznikla automaticky povinnosť organizovať nové zadávacie konanie týkajúce sa ustanovení tejto dohody.
- 25 Podľa tohto súdu predstavujú uvedené ťažkosti pri plnení, o ktorých pripísateľnosti jednej zo strán sa vedú diskusie, nový prvok oproti situáciám, o ktorých už rozhodoval Súdny dvor, a v konečnom dôsledku je relevantnou otázkou, či existuje možnosť uzatvoriť dohodu o urovnaní, ktorou by sa tieto ťažkosti ukončili bez toho, aby sa muselo začať nové zadávacie konanie.
- 26 Za týchto okolností Højesteret (Najvyšší súd) rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru túto prejudiciálnu otázku:

„Má sa článok 2 smernice 2004/18 v spojení s rozsudkami Súdneho dvora z 19. júna 2008 vo veci *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) a z 13. apríla 2010 vo veci *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182) vykladať v tom zmysle, že dohoda o urovnaní, ktorou sa zavádzajú obmedzenia a zmeny dodávok pôvodne dohodnutých zmluvnými stranami, ktoré sa mali poskytovať podľa zákazky, ktorá bola predtým predmetom zadávacieho konania, spolu so vzájomnou dohodou o vzdaní sa uplatnenia sankcií za nevykonanie zákazky s cieľom vyhnúť sa následnému súdnemu konaniu, je zmluvou, ktorá sama osebe má byť predmetom zadávacieho konania, pokiaľ je plnenie pôvodnej zákazky sťažené?“

O prejudiciálnej otázke

- 27 Svojou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa článok 2 smernice 2004/18 má vykladať v tom zmysle, že po pridelení verejnej zákazky nemôže prísť k jej podstatnej zmene bez toho, aby sa začalo nové zadávacie konanie, aj keď táto zmena predstavuje objektívne spôsob urovnania dohodou, v rámci ktorej každá strana vzájomne upustila od nárokov s cieľom vyhnúť sa sporu, ktorého výsledok je neistý a ktorý vznikol z dôvodu ťažkostí spojených s plnením tejto zákazky.
- 28 Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti, ktorá z nej vyplýva, bránia tomu, aby verejný obstarávateľ a úspešný uchádzač po udelení verejnej zákazky formou uzatvorenia zmluvy zaviedli do ustanovení tejto zmluvy také zmeny, že by tieto ustanovenia mali podstatne odlišnú povahu od ustanovení pôvodnej zmluvy. Takým je prípad, ak zvažované zmeny majú za účinok buď rozšírenie zákazky podstatným spôsobom o prvky, ktoré neboli plánované, alebo zmeniť ekonomickú rovnováhu zmluvy v prospech úspešného uchádzača, alebo aj ak by tieto zmeny mohli spochybniť udelenie zákazky v tom zmysle, že v prípade, ak by uvedené zmeny obsahovala dokumentácia, ktorá upravovala pôvodné zadávacie konanie, bola by vybraná iná ponuka alebo by boli pripustení iní uchádzači (pozri v tomto zmysle najmä rozsudok z 19. júna 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, body 34 až 37).

- 29 Pokiaľ ide o posledný prípad, treba uviesť, že zmena parametrov zákazky obsahujúca podstatné zúženie jej predmetu môže mať za následok, že o ňu bude mať záujem väčší počet hospodárskych subjektov. Kým pôvodný rozsah tejto zákazky umožňoval len niektorým podnikom predložiť ich prihlášku alebo ponuku, jeho podstatné zúženie môže viesť k tomu, že zákazka bude zaujímavá aj pre menšie hospodárske subjekty. Okrem toho, keďže minimálna úroveň spôsobilosti požadovaná pre určitú zákazku musí byť podľa článku 44 ods. 2 druhý pododsek smernice 2004/18 súvisieť s predmetom zákazky a byť tomuto predmetu primeraná, zúženie jej predmetu môže viesť k proporčnému zúženiu úrovne spôsobilosti požadovanej od záujemcov alebo uchádzačov.
- 30 Podstatná zmena verejnej zákazky po jej zadaní nemôže byť v zásade uskutočnená verejným obstarávateľom a úspešným uchádzačom na základe dohody, ale musí viesť k novému zadávaciemu konaniu týkajúcemu sa takto zmenenej zákazky (pozri analogicky rozsudok z 13. apríla 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, bod 42). Inak by to bolo v prípade, ak by bola táto zmena stanovená v ustanoveniach pôvodnej zákazky (pozri v tomto zmysle rozsudok z 19. júna 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, body 37, 40, 60, 68 a 69).
- 31 Z rozhodnutia vnútroštátneho súdu však vyplýva, že podľa analýzy Østre Landsret (Odvolací súd pre východnú oblasť), na ktorú sa odvoláva Højesteret (Najvyšší súd), osobitosť situácie dotknutej v spore vo veci samej spočíva v skutočnosti, že zmena zmluvy, kvalifikovaná ako podstatná, nevyplýva z vôle zmluvných strán zmeniť podstatné podmienky zmluvy, ktorá ich pôvodne spájala, v zmysle vyššie uvedenej judikatúry Súdneho dvora, ale z objektívnych ťažkostí a neočakávaných následkov, s ktorými sa stretávali pri plnení tejto zmluvy, pričom neočakávanú povahu týchto ťažkostí, pokiaľ ide o komplexné zákazky, akými sú zákazky zahŕňajúce rozvoj infromatických systémov, ako je to v prejednávanej veci, zdôrazňujú niektorí účastníci konania, ktorí predložili na Súdny dvor pripomienky.
- 32 Treba však konštatovať, že skutočnosť, že podstatná zmena podmienok verejnej zákazky nebola odôvodnená úmyslom verejného obstarávateľa a úspešného uchádzača zmeniť nanovo podmienky tejto zákazky, ale ich vôľou nájsť dohodu o urovnaní objektívnych ťažkostí, s ktorými sa stretli pri plnení uvedenej zmluvy, ani objektívne nepredvídateľná povaha niektorých plnení nemôže odôvodniť skutočnosť, že o takejto zmene bolo rozhodnuté bez dodržania zásady rovnosti zaobchádzania, z ktorej musia mať prospech všetky subjekty, ktoré môžu mať potenciálne o verejnú zákazku záujem.
- 33 Po prvé, pokiaľ ide o dôvody, ktoré môžu viesť verejného obstarávateľa a úspešného uchádzača o zákazku k úvahe nad podstatnou zmenou tejto zákazky, ktorá by vyžadovala začatie nového zadávacieho konania, treba na jednej strane uviesť, že odkaz na úmysel zmluvných strán nanovo dohodnúť podmienky tejto zmluvy nie je rozhodujúci. Je pravda, že takýto úmysel sa uvádza v bode 44 rozsudku z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko (C-337/98, EU:C:2000:543), ktorý je prvým rozsudkom, v ktorom sa Súdny dvor touto problematikou zaoberal. Táto formulácia však, ako to vyplýva aj z bodov 42 až 44 tohto rozsudku, mala význam v spojení s okolnosťou v rámci osobitných skutkových okolností veci, ktorá viedla k uvedenému rozsudku. Naopak, kvalifikovanie podstatnej zmeny treba analyzovať z objektívneho hľadiska, a to s ohľadom na kritériá pripomenuté v bode 28 tohto rozsudku.
- 34 Na druhej strane v bode 40 rozsudku zo 14. novembra 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736) vyplýva, že nemožno nezobrať do úvahy zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorú zahŕňajú, a ktoré vyplývajú zo Zmluvy o FEÚ, pokiaľ sa má podstatne zmeniť zmluva o koncesii na služby alebo poskytnutie výhradného práva s cieľom priniesť vlastné rozumné riešenie, ktorým by bolo možné ukončiť spor medzi verejnými subjektmi a hospodárskym subjektom, ktorý vznikol z dôvodov úplne nezávislých na ich vôli, pokiaľ ide o rozsah dohody, ktorou sú viazaní. Keďže tieto zásady a táto povinnosť predstavujú základ článku 2 smernice 2004/18, ako to vyplýva aj zo znenia odôvodnenia 2 tejto smernice, treba ich dodržať aj v rámci uplatnenia tejto smernice.

- 35 Pokiaľ ide po druhé o objektívne nepredvídateľnú povahu niektorých plnení, ktoré môžu byť predmetom verejnej zákazky, treba isto pripomenúť, že v súlade s článkom 31 smernice 2004/18 môžu verejní obstarávatelia zadať zákazku na základe dohody, teda vyrokovaním podmienok zmluvy s hospodárskym subjektom vybratým bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v rôznych prípadoch, z ktorých niektoré sú charakteristické nepredvídateľnosťou určitých okolností. Ako však vyplýva zo znenia poslednej vety článku 28 druhého odseku tejto smernice, tento článok sa môže uplatniť iba v osobitných prípadoch a za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v uvedenom článku 31, čiže vymenovanie dotknutých výnimiek sa musí považovať za taxatívne. Nezdá sa však, že by situácia dotknutá v spore vo veci samej zodpovedala niektorej z týchto situácií.
- 36 Okrem toho samotná skutočnosť, že z dôvodu svojich cieľov môžu byť niektoré verejné zákazky hneď považované za zákazky majúce nepredvídateľnú povahu, vedie k predpokladu rizika vzniku ťažkostí pri ich plnení. Pri takejto zákazke tak prináleží verejnému obstarávateľovi, aby nielen použil zadávacie konania čo najlepšie prispôsobené veci, ale aj aby určil predmet tejto zákazky obozretne. Okrem toho, ako vyplýva z bodu 30 tohto rozsudku, verejný obstarávateľ si môže nechať možnosť vniesť určité zmeny, dokonca podstatné, do zmluvy po zadaní zákazky, a to v rozsahu, v akom to bolo upravené v dokumentácii, ktorou sa riadilo zadávacie konanie.
- 37 Hoci totiž dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti musí byť zabezpečené aj pri osobitných verejných zákazkách, nebráni to zohľadniť ich špecifickosť. Súlad medzi touto právnou požiadavkou a touto konkrétnou potrebou je zaistený na jednej strane striktným dodržiavaním podmienok zákazky, ako boli stanovené v dokumentácii k zadávaciemu konaniu, až do skončenia fázy plnenia tejto zákazky, ale aj na druhej strane možnosťou výslovne stanoviť v tejto dokumentácii možnosť verejného obstarávateľa niektoré, aj podstatné, podmienky uvedenej zákazky zmeniť aj po jej zadaní. Verejný obstarávateľ tým, že výslovne v uvedenej dokumentácii stanoví túto možnosť a určí spôsoby jej uplatnenia, zaistí, že všetky hospodárske subjekty, ktoré majú záujem o účasť na uvedenom zadávacom konaní, sú o tejto možnosti informované od začiatku a v okamihu podania ich ponúk sú v rovnakom postavení (pozri analogicky rozsudok z 29. apríla 2004, Komisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 112, 115, 117 a 118).
- 38 Naopak, pokiaľ takéto ustanovenia v dokumentácii k zadávaciemu konaniu nie sú, vyžaduje potreba uplatniť v danej verejnej zákazke rovnaké podmienky pre všetky hospodárske subjekty, aby v prípade podstatnej zmeny tejto zákazky bolo začaté nové zadávacie konanie (pozri analogicky rozsudok z 29. apríla 2004, Komisia//CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, bod 127).
- 39 Nakoniec treba spresniť, že všetky tieto závery nemajú vplyv na potenciálne následky oznámenia o dobrovoľnej transparentnosti *ex ante*, ktorá bola uverejnená v rámci verejnej zákazky, o ktorú ide v spore vo veci samej.
- 40 Vzhľadom na predchádzajúce úvahy treba na položenú otázku odpovedať tak, že článok 2 smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že po pridelení verejnej zákazky nemôže dôjsť k jej podstatnej zmene bez toho, aby sa začalo nové zadávacie konanie, aj keď táto zmena predstavuje objektívne spôsob urovnania dohodou, v rámci ktorej strany upustili od svojich vzájomných nárokov s cieľom vyhnúť sa sporu, ktorého výsledok je neistý, a ktorý vznikol z dôvodu ťažkostí spojených s plnením tejto zákazky. Bolo by to inak, ak by bola v dokumentácii k zadávaciemu konaniu stanovená možnosť zmeniť niektoré, aj podstatné, podmienky tejto zákazky po jej zadaní a boli by stanovené podmienky uplatnenia tejto možnosti.

O trovách

- 41 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdny dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (ôsma komora) rozhodol takto:

Článok 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby sa má vykladať v tom zmysle, že po pridelení verejnej zákazky nemôže dôjsť k jej podstatnej zmene bez toho, aby sa začalo nové zadávacie konanie, aj keď táto zmena predstavuje objektívne spôsob urovnania dohodou, v rámci ktorej strany upustili od svojich vzájomných nárokov s cieľom vyhnúť sa sporu, ktorého výsledok je neistý, a ktorý vznikol z dôvodu ťažkostí spojených s plnením tejto zákazky. Bolo by to inak, ak by bola v dokumentácii k zadávaciemu konaniu stanovená možnosť zmeniť niektoré, aj podstatné, podmienky tejto zákazky po jej zadaní a boli by stanovené podmienky uplatnenia tejto možnosti.

Podpisy