



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 7 september 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 2 — Principen om likabehandling — Skyldighet att ge insyn — Kontrakt för leverans av ett komplext kommunikationssystem — Genomförandesvårigheter — Oenighet mellan parterna vad avser ansvarsfrågan — Förlikning — Minskning av kontraktets omfattning — Hyresavtal omvandlas till köpeavtal — Väsentlig ändring av ett kontrakt — Rättfärdigande genom en objektiv möjlighet att nå en uppgörelse i godo”

I mål C-549/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Højesteret (Högsta domstolen, Danmark) genom beslut av den 27 november 2014, som inkom till domstolen den 2 december 2014, i målet

Finn Frogne A/S

mot

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden D. Šváby (referent) samt domarna J. Malenovský och M. Vilaras,

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Finn Frogne A/S, genom K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H.B. Andersen och S. Stenderup Jensen, advokater, samt J. Grayston, solicitor,
- Danmarks regering, genom C. Thorning, i egenskap av ombud, biträdd av P. Hedegaard Madsen, advokat,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Grasso, avvocato dello Stato,

* Rättegångsspråk: danska.

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom L. Grønfeldt och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse i EUT L 351, 2004, s. 44).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Finn Frogne A/S (nedan kallat Frogne) och Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Rikspolisen genom centret för larmkommunikation, Danmark) (nedan kallad CFB). Målet rör lagenligheten av ett förlikningsavtal som ingåtts mellan CFB, i egenskap av upphandlande myndighet, och Terma A/S, ett bolag som tilldelats ett offentligt kontrakt, inom ramen för fullgörandet av detta kontrakt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 2 i direktiv 2004/18 har följande ordalydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentlighetsorgan omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.”

- 4 Artikel 2 i detta direktiv, vilken har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

- 5 I artikel 28 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”Vid offentlig upphandling skall en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv.

Den skall vid denna offentliga upphandling tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. ... I de särskilda fall och under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artiklarna 30 och 31, får den tillämpa det förhandlade förfarandet med eller utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.”

6 Artikel 31 i samma direktiv har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling i följande fall:

1. För offentliga byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt:

...

- c) Om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse, det är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling enligt artikel 30. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten.

...

4. För offentliga tjänste- och byggtreprenadkontrakt:

- a) Om det rör sig om kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, men som genom oförutsedda omständigheter har blivit nödvändiga för att de byggtreprenader eller tjänster som beskrivs i kontraktet skall kunna utföras, förutsatt att kontraktet tilldelas den ekonomiska aktör som utför dessa byggtreprenader eller tjänster,

— om de kompletterande byggtreprenaderna eller tjänsterna av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora olägenheter för den upphandlande myndigheten,

eller

— om byggtreprenaderna eller tjänsterna, även om de kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet, är absolut nödvändiga för att kontraktet skall kunna fullföljas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avser kompletterande byggtreprenader eller tjänster får dock inte överstiga 50 % av det ursprungliga kontraktets värde.

...”

7 I rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665) återfinns artikel 2d, som har rubriken ”Ogiltighet”. Av artikelns ordalydelse framgår följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

a) om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG,

...

4. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18/EG,

— den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 8 Under år 2007 inledde danska staten ett förfarande för offentlig upphandling, i form av en konkurrenspräglad dialog, för leverans av ett globalt system för gemensam kommunikation för alla delar av alarmeringstjänsten jämte underhåll av detta system under flera år. CFB blev senare behörig offentlig myndighet för denna upphandling.
- 9 Nämnda kontrakt tilldelades Terma. Kontraktet som ingicks med Terma den 4 februari 2008 avsåg ett belopp på totalt 527 miljoner danska kronor (DKK) (cirka 70 629 800 euro), varav 299 854 699 DKK (cirka 40 187 000 euro) avsåg en minimilösning som hade beskrivits i förfrågningsunderlaget. Det resterande beloppet rörde optioner och tjänster som inte nödvändigtvis skulle genomföras.
- 10 Under fullgörandet av kontraktet uppstod svårigheter att leverera i rätt tid. Både CFB och Terma bestred ansvar för att kontraktet inte kunde fullgöras på avtalat sätt.
- 11 Efter förhandlingar ingick parterna ett förlikningsavtal, genom vilket kontraktet begränsades till leverans av ett radiokommunikationssystem för det regionala polisväsendet till ett värde av ungefär 35 000 000 DKK (cirka 4 690 000 euro), medan CFB förvärvade två centrala serverkluster till ett värde av ungefär 50 000 000 DKK (cirka 6 700 000 euro), vilka Terma själv hade förvärvat i syfte att hyra ut till CFB under fullgörandet av det ursprungliga kontraktet. Inom ramen för detta avtal avsåg vardera parten att avsäga sig alla rättigheter som följde av det ursprungliga kontraktet, med undantag för dem som följde av förlikningen.
- 12 Innan förlikningen genomfördes offentliggjorde CFB den 19 oktober 2010 ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* om frivillig förhandsinsyn vad gäller det förlikningsavtal som CFB avsåg att ingå med Terma, i enlighet med artikel 2d.4 i direktiv 89/665.
- 13 Frogne, som inte hade ansökt om bli inbjuden till att delta i anbudsproceduren för det ursprungliga kontraktet, lämnade in ett klagomål till Klagenævnet for Udbud (Besvärsnämnden för offentlig upphandling, Danmark) (nedan kallad besvärsnämnden). Innan klagomålet prövades i sak beslutade besvärsnämnden den 10 december 2010 att inte ge klagomålet suspensiv verkan.
- 14 Nämnda förlikning ingicks den 17 december 2010.

- 15 Frognes klagomål vid besvärdsnämnden avsågs genom beslut av den 3 november 2011.
- 16 Frognes överklagande av detta beslut ogillades även av Østre Landsret (Appellationsdomstolen för region öst, Danmark) den 20 december 2013.
- 17 Inledningsvis fastslog Østre Landsret att ändringen av det ursprungliga kontraktet, vilken skedde genom förlikningen mellan CFB och Terma, utgjorde en väsentlig ändring av kontraktet i den mening som avses i EU-domstolens praxis.
- 18 Därefter slog Østre Landsret emellertid fast att denna förlikning inte var ett resultat av Termas och CFB:s vilja att omförhandla de grundläggande delarna i det ursprungliga kontraktet i syfte att optimera ett fortsatt samarbete under väsentligt ändrade villkor. Istället var det fråga om en alternativ metod – för att lösa den tvist som uppstått mellan parterna – till att häva kontraktet under omständigheter då fullgörandet av detta framstod som omöjligt. Denna metod innebar vidare att vardera parten godtog att göra betydande eftergifter för att nå en godtagbar lösning, vilken medförde att kontraktets omfattning minskades betydligt samtidigt som varje risk för förluster – som sannolikt skulle ha varit oproportionerliga – undveks. Det kunde inte heller anses föreligga något skäl att anta att CFB:s eller Termas avsikt hade varit att kringgå reglerna för offentlig upphandling.
- 19 Under dessa omständigheter bedömde Østre Landsret att principerna om likabehandling och öppenhet inte utgjorde hinder för att ingå denna förlikning, under förutsättning att det fanns ett starkt samband mellan det ursprungliga kontraktet och det som avtalades inom ramen för förlikningen. Så var fallet när det gällde leveransen av ett radiokommunikationssystem för det regionala polisväsendet, men inte när det gällde försäljningen av två centrala serverkluster. Med beaktande av den senare omständigheten fann Østre Landsret att CFB:s beslut att tillämpa och ingå det aktuella förlikningsavtalet stred mot principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn. Østre Landsret fann att den omständigheten att förlikningsavtalet gjorde det möjligt för den upphandlande myndigheten att avvärja risker förenade med en konfliktsituation saknade betydelse för avtalets lagenlighet.
- 20 Østre Landsret fann emellertid att det inte var uppenbart oriktigt av CFB att dra slutsatsen att det var tillåtet att ingå förlikningsavtalet med Terma utan att dessförinnan ha offentliggjort ett meddelande om upphandling enligt unionsbestämmelserna. Med beaktande av det meddelande om frivillig förhandsinsyn som den upphandlande myndigheten hade offentliggjort i *Europeiska unionens officiella tidning* rörande den förlikning som den avsåg att ingå, med tilläggning av artikel 2d.4 i direktiv 89/665, och den omständigheten att myndigheten, innan förlikningsavtalet ingicks, inte enbart hade inväntat utgången av den tiodagarsfrist som föreskrivs i denna bestämmelse utan även att besvärdsnämnden hade avgjort frågan huruvida Frognes klagomål till besvärdsnämnden eventuellt hade suspensiv verkan, fann Østre Landsret att detta avtal inte kunde förklaras sakna verkan och att det därför inte fanns anledning att bifalla överklagandet.
- 21 Frogne överklagade till Højesteret (Högsta domstolen, Danmark). Frogne gjorde gällande att frågan huruvida ett offentligt kontrakt som planerades inom ramen för en förlikning avseende ett ursprungligt offentligt kontrakt måste bli föremål för ett upphandlingsförfarande, endast beror på om ändringen av det ursprungliga kontraktet är väsentlig eller inte. I förevarande fall var ändringen väsentlig både avseende huvudföremålet för kontraktet, i dess ändrade lydelse, och avseende den betydliga minskningen av kontraktets värde, eftersom det ändrade kontraktet sannolikt kunde intressera mindre företag. Dessutom kan varken ekonomiska överväganden eller skyddet för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet åberopas för att rättfärdiga ett åsidosättande av principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn.
- 22 CFB har fokuserat på att förlikningen innehåller två delar. När det för det första gäller begränsningen av kontraktet om leverans av ett radiokommunikationssystem endast för det regionala polisväsendet, har CFB betonat vikten av att ändringen bestod i en betydande minskning av vad som skulle levereras,

vilket är en situation som inte regleras av unionsrätten. När det för det andra gäller köpet av centrala serverkluster – där endast hyran varit föremål för avtal i det ursprungliga kontraktet – anser CFB att den omständigheten att denna egendom ägs istället för hyrs inte utgör någon väsentlig ändring av kontraktet.

- 23 Mer allmänt anser CFB att när fullgörandet av ett kontrakt medför svårigheter – vilket inte är ovanligt för vissa typer av kontrakt, såsom de som avser utveckling av informationssystem – måste den upphandlande myndigheten tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att den ska kunna nå en rimlig lösning när det uppstår svårigheter att fullgöra ett kontrakt. Annars skulle den upphandlande myndigheten vara skyldig att antingen underlåta att vidta förnuftiga anpassningar eller att häva kontraktet, med de risker och värdeförstöringar som detta innebär. Att tolka direktiv 2004/18 på så sätt att det krävs att en ny offentlig upphandling anordnas i en sådan situation, skulle i praktiken leda till att en förlikning inte kan ingås, vilket utgör ett enligt fördragen otillåtet ingrepp i obligationsrätten.
- 24 Højesteret (Högsta domstolen) önskar få klarhet i räckvidden av artikel 2 i direktiv 2004/18. I synnerhet vill rätten få klarhet i huruvida principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn innebär att en upphandlande myndighet inte kan planera att ingå en förlikning för att lösa de svårigheter som fullgörandet av ett offentligt kontrakt innebär, utan att det automatiskt ger upphov till en skyldighet att anordna en ny upphandling rörande villkoren i detta förlikningsavtal.
- 25 Enligt Højesteret består den nya omständigheten, i förhållande till de situationer som tidigare har prövats av EU-domstolen, i nämnda svårigheter att fullgöra kontraktet, och där det är tvistigt om ansvaret ska ligga på den ena eller den andra parten. Den viktiga frågeställningen är, till syvende och sist, huruvida det finns en möjlighet att ingå en förlikning för att lösa dessa svårigheter, utan att en ny upphandling måste anordnas.
- 26 Højesteret (Högsta domstolen) beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 2 i direktiv 2004/18 – jämförd med EU-domstolens dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), och dess dom av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) – tolkas så, att ett förlikningsavtal som medför att parternas ursprungliga åtaganden enligt ett tidigare upphandlat kontrakt inskränks och ändras samt att parterna ömsesidigt ger avkall på att använda påföljder för avtalsbrott, i syfte att undgå en efterföljande rättsprocess, utgör ett kontrakt som i sig omfattas av upphandlingsplikt i ett sådant fall där svårigheter uppkommit att fullgöra det ursprungliga kontraktet?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 27 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att efter det att ett offentligt kontrakt tilldelats så kan en väsentlig ändring av kontraktet inte göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande inleds, inte ens när denna ändring objektivt sett utgör ett förlikningsavtal som innebär att båda parterna ömsesidigt ger avkall på sina krav i syfte att lösa en tvist vars utgång är oviss och som uppstått på grund av svårigheter att fullgöra kontraktet.
- 28 Det framgår av EU-domstolens praxis att principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer därav utgör hinder för den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet att efter kontraktstilldelningen ändra bestämmelserna i kontraktet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet. Så är fallet om de planerade ändringarna antingen resulterar i att kontraktet i hög utsträckning utvidgas till delar som inte ursprungligen föreskrivits eller i att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller också om dessa ändringar innebär att kontraktstilldelningen kan ifrågasättas

på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 34–37).

- 29 Avseende det sistnämnda fallet påpekar EU-domstolen att en ändring av delarna i ett kontrakt genom en inskränkning av kontraktsföremålet kan få till följd att ett större antal ekonomiska aktörer kan bli intresserade av att lämna anbud. Faktum är att så länge som den ursprungliga betydelsen av kontraktet är sådan att endast vissa företag kan inkomma med ansökningar eller lämna ett anbud, så innebär en inskränkning av kontraktsföremålet att kontraktet även blir intressant för mindre ekonomiska aktörer. Eftersom de miniminivåer för kapacitet som krävs för ett visst kontrakt enligt artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18 ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta, kommer en inskränkning av kontraktsföremålet att innebära en proportionell minskning av de kapacitetskrav som ställs på anbudssökande eller anbudsgivare.
- 30 En väsentlig ändring av ett offentligt kontrakt efter kontraktstilldelningen kan i princip inte ske i enlighet med en överenskommelse mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet; istället ska ett nytt upphandlingsförfarande anordnas för det kontrakt som således ändrats (se, analogt, dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 42). Det skulle endast kunna förhålla sig på annat sätt om denna ändring hade angetts i villkoren i det ursprungliga kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 37, 40, 60, 68 och 69).
- 31 Det framgår dock av begäran om förhandsavgörande att enligt den bedömning som gjorts av Østre Landsret, vilken Højesteret hänvisar till, består den särskilda situationen i det nationella målet i att kontraktändringen, som är av väsentlig betydelse, inte var ett resultat av parternas vilja att, i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis som nämnts ovan, omförhandla de väsentliga villkoren i det avtal som ursprungligen ingåtts, utan ett resultat av objektiva svårigheter och oförutsebara konsekvenser som uppstått under fullgörandet av kontraktet. Beträffande sådana svårigheter har vissa av dem som inkommit med yttranden till EU-domstolen understrukit att de är oförutsebara när det gäller komplexa upphandlingar, såsom upphandlingar som rör utveckling av informationssystem, som i förevarande mål.
- 32 Det ska dock konstateras att varken den omständigheten att en väsentlig ändring av villkoren i ett offentligt kontrakt inte beror på den upphandlande myndighetens och anbudsgivarens avsiktliga önskan att omförhandla kontraktsvillkoren utan på deras önskan att nå en förlikning som reglerar de objektiva svårigheter som uppstått vid fullgörandet av kontraktet, eller den objektivt sett osäkra karaktären hos vissa kontrakt, kan rättfärdiga att en sådan ändring görs utan iakttagande av principen om likabehandling, vilken ska gälla för alla aktörer som potentiellt är intresserade av ett offentligt kontrakt.
- 33 När det för det första gäller de skäl som kan föranleda den upphandlande myndigheten och den som tilldelats ett kontrakt att göra en väsentlig ändring av kontraktet som leder till att ett nytt upphandlingsförfarande ska inledas, påpekar EU-domstolen följande. Hänvisningen till parternas avsiktliga vilja att omförhandla kontraktsvillkoren utgör inte en avgörande omständighet. En sådan avsikt anges visserligen i punkt 44 i dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike (C-337/98, EU:C:2000:543), som var den första domen där EU-domstolen prövade denna problematik. Såsom emellertid framgår av punkterna 42–44 i den domen var denna formulering relevant inom ramen för de särskilda faktiska omständigheterna i målet som avgjordes genom nämnda dom. Tvärtom ska klassificeringen av den väsentliga ändringen bedömas utifrån ett objektiv synsätt, utifrån de kriterier som EU-domstolen erinrat om i punkt 28 ovan.

- 34 Vidare framgår det av punkt 40 i domen av den 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), att man inte kan bortse från likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och den därmed sammanhängande skyldigheten att ge insyn, vilka följer av EUF-fördraget, då man planerar en väsentlig ändring av ett tjänstekoncessionsavtal eller beviljande av ensamrätt i syfte att nå en rimlig lösning i en tvist mellan offentliga enheter och en ekonomisk aktör, en tvist som uppkommit av skäl som ligger helt utanför deras kontroll, avseende det avtal de är bundna av. Eftersom dessa principer och denna skyldighet utgör grunden för artikel 2 i direktiv 2004/18, vilket även framgår av ordalydelsen i skäl 2 i direktivet, gäller detta även inom ramen för tillämpningen av detta direktiv.
- 35 När det för det andra gäller den objektivt sett osäkra karaktären hos vissa tillhandahållanden som kan utgöra föremål för ett offentligt kontrakt, erinrar EU-domstolen om följande. De upphandlande myndigheterna kan visserligen, i enlighet med artikel 31 i direktiv 2004/18, tilldela ett kontrakt enligt överenskommelse, det vill säga genom att förhandla om avtalsvillkoren med en ekonomisk aktör som valts ut utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, i olika fall, där flera karakteriseras av att vissa omständigheter är oförutsebara. Såsom framgår av ordalydelsen i den sista meningen i artikel 28 andra stycket i detta direktiv är det dock endast i de särskilda fall och under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 31 som detta kan leda till en tillämpning av denna bestämmelse, vilket innebär att uppräkningslistan av de berörda undantagen ska betraktas som uttömmande. Det framgår dock inte att situationen i det nationella målet överensstämmer med någon av dessa situationer.
- 36 Själva omständigheten att vissa offentliga kontrakt på grund av deras kontraktsföremål direkt kan anses vara osäkra, gör det för övrigt möjligt att förutse risken för att svårigheter uppkommer under genomförandet. För ett sådant kontrakt ankommer det därmed på den upphandlande myndigheten att inte enbart använda de upphandlingsförfaranden som är mest lämpliga, utan även att fastställa kontraktsföremålet med försiktighet. Vidare kan den upphandlande myndigheten, vilket framgår av punkt 30 ovan, använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av kontraktet efter tilldelningen av detsamma, under förutsättning att detta anges av myndigheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet.
- 37 Trots att principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn måste iaktas även när det gäller särskilda offentliga kontrakt, hindrar detta inte att särdragen i kontrakten beaktas. Balansen mellan detta rättsliga krav och detta konkreta behov säkerställs genom att de kontraktsvillkor som fastställts i upphandlingsdokumenten noggrant iaktas ända fram till dess att genomförandet av detta kontrakt avslutats, men även genom möjligheten att i dessa dokument uttryckligen ange att den upphandlande myndigheten kan komma att justera vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, efter kontraktstilldelningen. Genom att i nämnda dokument uttryckligen ange att villkoren kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske, säkerställer den upphandlande myndigheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud (se, analogt, dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkterna 112, 115, 117 och 118).
- 38 Om några sådana uppgifter inte anges i upphandlingsdokumenten, innebär däremot kravet på att samma villkor tillämpas på samtliga ekonomiska aktörer för ett givet offentligt kontrakt att man ska inleda ett nytt upphandlingsförfarande om en väsentlig ändring av kontraktet ska göras (se, analogt, dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 127).
- 39 Slutligen bör det preciseras att det ovan anförda inte påverkar de eventuella följderna av det meddelande om frivillig förhandsinsyn som offentliggjordes inom ramen för den i det nationella målet aktuella upphandlingen.

- 40 Mot denna bakgrund ska frågan besvaras enligt följande. Artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att efter det att ett offentligt kontrakt tilldelats så kan en väsentlig ändring av kontraktet inte göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande inleds, inte ens när denna ändring objektivt sett utgör ett förlikningsavtal som innebär att båda parter ömsesidigt ger avkall på sina krav i syfte att lösa en tvist vars utgång är oviss och som uppstått på grund av svårigheter att fullgöra kontraktet. Det förhåller sig annorlunda endast om det i upphandlingsdokumenten anges att vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, kan komma att justeras efter kontraktstilldelningen och under vilka villkor detta kan ske.

Rättegångskostnader

- 41 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (åttonde avdelningen) följande:

Artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att efter det att ett offentligt kontrakt tilldelats så kan en väsentlig ändring av kontraktet inte göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande inleds, inte ens när denna ändring objektivt sett utgör ett förlikningsavtal som innebär att båda parter ömsesidigt ger avkall på sina krav i syfte att lösa en tvist vars utgång är oviss och som uppstått på grund av svårigheter att fullgöra kontraktet. Det förhåller sig annorlunda endast om det i upphandlingsdokumenten anges att vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, kan komma att justeras efter kontraktstilldelningen och på vilka villkor detta kan ske.

Underskrifter