

Věc C-282/24

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

Datum doručení:

23. dubna 2024

Předkládající soud:

Högsta förvaltningsdomstolen (Švédsko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

18. dubna 2024

Navrhovatel:

Polismyndigheten

Odpůrce:

Konkurrensverket

[omissis]

NAPADENÉ ROZHODNUTÍ

Rozsudek Kammarrätten i Stockholm (Odvolací správní soud ve Stockholmu, Švédsko) ze dne 13. dubna 2023 ve věci č. 7456–22

PŘEDMĚT

Pokuta při zadávání veřejných zakázek; žádost o rozhodnutí o předběžné otázce k Soudnímu dvoru Evropské unie

[omissis]

Högsta förvaltningsdomstolen (Nejvyšší správní soud, Švédsko) vydává toto

USNESENÍ

Soudnímu dvoru Evropské unie se předkládá žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podle článku 267 SFEU v souladu s přiloženou žádostí o takové rozhodnutí
[omissis]

[omissis]

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, jejímž předmětem je výklad čl. 72 odst. 2 směrnice 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (směrnice o zadávání veřejných zakázek).

Úvod

- 1 Účelem žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce je snaha Nejvyššího správního soudu vyjasnit podrobné podmínky, za nichž lze při změně dříve uzavřené rámcové dohody, která by z hlediska hodnoty spadala do působnosti čl. 72 odst. 2 směrnice o zadávání veřejných zakázek, považovat i tak za nezbytné provést nové zadávací řízení z důvodu změny celkové povahy rámcové dohody. Tato otázka vyvstala ve věci týkající se pokuty při zadávání veřejných zakázek.

Použitelná ustanovení unijního práva

- 2 Článek 72 odst. 1 směrnice o zadávání veřejných zakázek umožňuje v řadě situací měnit smlouvy na veřejné zakázky a rámcové dohody, aniž by došlo k novému zadávacímu řízení. Mezi tyto situace spadají změny, které nejsou podstatné ve smyslu odst. 4 tohoto článku, a to bez ohledu na jejich hodnotu. Tento odstavec stanoví, že změna smlouvy nebo rámcové dohody během jejího trvání se považuje za podstatnou, pokud činí smlouvu nebo rámcovou dohodu podstatně odlišnou od původně uzavřené smlouvy nebo rámcové dohody. Odstavec 4 písm. a) dále uvádí, že změnu je v každém případě třeba považovat za podstatnou, pokud zavádí podmínky, které, pokud by byly součástí původního zadávacího řízení, by umožnily přístup jiných zájemců než těch, kteří byli původně vybráni, nebo přijetí jiné nabídky, než byla původně přijata, nebo které by k účasti na zadávacím řízení přilákaly další účastníky.
- 3 Podle čl. 72 odst. 2 lze, aniž je nutné ověřovat, zda jsou splněny podmínky stanovené v odst. 4 písm. a) až d), smlouvy na veřejnou zakázku měnit rovněž bez zahájení nového zadávacího řízení, pokud je hodnota změny nižší než finanční limity stanovené v článku 4 a zároveň, v případě veřejných zakázek na služby a dodávky, 10 % hodnoty původní veřejné zakázky. Tato změna však nesmí vést k proměně celkové povahy smlouvy nebo rámcové dohody.
- 4 Článek 72 odst. 5 uvádí, že nové zadávací řízení je v souladu s touto směrnicí vyžadováno v případě jiných změn ve smlouvě na veřejnou zakázku či rámcové dohodě v průběhu jejich trvání, než jsou změny stanovené v odstavcích 1 a 2.
- 5 Bod 107 odůvodnění směrnice upřesňuje, že nové zadávací řízení je vyžadováno v případě podstatných změn původní veřejné zakázky, zejména budou-li se týkat obsahu rozsahu a obsahu vzájemných práv a povinností smluvních stran. Uvádí, že takové změny ukazují na záměr smluvních stran znovu jednat o zásadních

podmínkách veřejné zakázky a že se to týká zejména případu, kdy by změněné podmínky mohly mít dopad na výsledek řízení, pokud by byly součástí původního řízení.

- 6 Bod 107 odůvodnění dále uvádí, že změny smlouvy na veřejnou zakázku vedoucí k méně významné změně hodnoty veřejné zakázky až do určité výše by měly být vždy možné, aniž by bylo třeba zahájit nové zadávací řízení.
- 7 Bod 109 odůvodnění se zabývá výjimkou z povinnosti vést nové zadávací řízení v případě, že veřejný zadavatel musí stávající zakázku změnit z důvodu nepředvídatelných okolností. Uvádí, že tuto výjimku nelze uplatnit v případech, kdy je výsledkem úprav změna povahy veřejné zakázky, například kvůli nahrazení stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být poskytnuty, jiným plněním, nebo kvůli zásadní změně typu veřejné zakázky, protože v takové situaci lze předpokládat hypotetický dopad na výsledek zadávacího řízení.

Použitelná ustanovení vnitrostátního práva

- 8 Podle § 8 kapitoly 17 Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (zákon č. 1145 z roku 2016 o zadávání veřejných zakázek; dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), lze smlouvu o veřejné zakázce nebo rámcovou dohodu změnit bez nového zadávacího řízení, pokud je změna provedena na základě jednoho z ustanovení § 9 až § 14.
- 9 Podle § 9 odst. 1 lze smlouvu o veřejné zakázce nebo rámcovou dohodu změnit bez nového zadávacího řízení, pokud se nezměnila celková povaha smlouvy nebo rámcové dohody a pokud je zvýšení nebo snížení hodnoty smlouvy o veřejné zakázce nebo rámcové dohody nižší než stanovená prahová hodnota a 10 % hodnoty smlouvy o veřejné zakázce nebo rámcové dohody v případě zakázky ve formě zboží nebo služeb.
- 10 Ustanovení § 14 odst. 1 stanoví, že smlouvu o veřejné zakázce nebo rámcovou dohodu lze změnit bez nového zadávacího řízení, i když se na změnu nevztahují § 9 až § 13, není-li změna podstatná. Podle prvního bodu odstavce 2 je třeba změnu považovat za podstatnou, pokud mimo jiné zavádí nové podmínky, které by v případě, že by byly obsaženy v původním zadávacím řízení, vedly k tomu, že by k podání nabídek byli vyzváni další zájemci, do hodnocení byly zahrnuty další nabídky nebo se zadávacího řízení zúčastnili další dodavatelé.

Skutkové okolnosti řízení

Popis skutkového stavu

- 11 V roce 2020 vyhlásil Polismyndigheten (policejní orgán, Švédsko) zadávací řízení na odtahové služby podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Celková hodnota zakázky byla odhadnuta na 15 milionů švédských korun (SEK) a nabídky byly

posuzovány na základě zadaného kritéria nejnižší navrhované ceny. Uchazeči byli povinni nabídnout pevnou cenu za výjezd v případě, kdy se místo vyzvednutí vozidla, které má být odtaženo, nachází v okruhu 10 km od místa určení. Za přepravu mimo okruh 10 km byli uchazeči povinni uvést zvláštní dodatečnou cenu za kilometr na zbývající vzdálenosti. Podle zadávací dokumentace měly ceny zůstat nezměněny po celou dobu trvání smlouvy.

- 12 Zadávací řízení bylo ukončeno tím, že švédský policejní orgán uzavřel počátkem roku 2021 dvě rámcové dohody, jednu se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB a druhou s jiným dodavatelem.
- 13 V polovině roku 2021 se švédský policejní orgán dohodl s oběma dodavateli na změně podmínek odměňování v rámcových dohodách. Dodatky stanovily, že okruh, ve kterém se nebude platit cena za kilometr, se zvyšuje z 10 na 50 km. Současně se – pokud jde o společnost Lidköpings Biltjänst Hyr AB – změnila pevná cena za výjezd z 0 SEK na 4 500 SEK, zatímco ceny za kilometr mimo okruh se u některých přeprav změnilly ze 185 SEK na 28 SEK a u ostatních z 275 SEK na 55 SEK.
- 14 Švédský policejní orgán vysvětlil, že důvodem změn byla snaha vyrovnat vnitřní rozdělení nákladů v rámci policejního orgánu mezi různé policejní oblasti, jejichž zeměpisná velikost a míra urbanizace se liší. Výchozím bodem bylo, že úpravy neměly vést k žádné změně celkové hodnoty rámcových dohod. Na základě faktur následně tento orgán dospěl k závěru, že změna smlouvy uzavřené se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB vedla ke drobnému snížení celkové odměny ve srovnání s tím, co by bylo vyplaceno za původních podmínek.

Návrh na uložení pokuty při zadávání veřejných zakázek

- 15 Konkurrensverket (Úřad pro hospodářskou soutěž, Švédsko) podal k Förvaltningsrätten i Stockholm (Správní soud ve Stockholmu, Švédsko) návrh, aby byla švédské policii uložena pokuta z důvodu, že změnám dohody mělo předcházet nové zadávací řízení.
- 16 Švédský policejní orgán tento návrh napadl. Tvrdil, že nebyl povinen provést nové zadávací řízení, protože změny nebyly podstatné ve smyslu § 14 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek. Kromě toho, pokud jde o změny dohody uzavřené se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB, policejní orgán tvrdil, že jsou přípustné podle § 9 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek, protože se jedná o změny méně významné hodnoty.
- 17 Správní soud vyhověl návrhu švédského úřadu pro hospodářskou soutěž a uložil švédskému policejnímu orgánu zaplatit 1 200 000 SEK jako pokutu při zadávání veřejných zakázek. Správní soud dospěl k názoru, že změny, v jejichž důsledku měli uchazeči dosáhnout jiné rovnováhy mezi cenami pevné a pohyblivé odměny, nebylo možné na základě informací obsažených v původní zadávací dokumentaci předvídat, což znamenalo, že ostatním uchazečům nebyly nabídnuty stejné

možnosti jako vybraným dodavatelům, aby mohli provést správné výpočty rentability potenciálních objednávek za nových podmínek. Podle názoru správního soudu se zdá pravděpodobné, že změny podmínek, pokud by byly zahrnuty do původní nabídky, by mohly vést k účasti dalších dodavatelů nebo k tomu, že výsledek posouzení by byl jiný. Na základě toho správní soud dospěl k závěru, že tyto změny je třeba považovat za podstatné, a tudíž nepřipustné podle § 14 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek. Ze stejného důvodu správní soud dospěl k závěru, že změny smlouvy se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB měnily celkovou povahu rámcové smlouvy, a proto nebyly přípustné podle ustanovení o změnách méně významné hodnoty uvedených v § 9 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek.

- 18 Švédský policejní orgán podal proti rozsudku správního soudu odvolání k Odvolacímu správnímu soudu. Co se týče změn smlouvy se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB, švédský policejní orgán tvrdil, že změna méně významné hodnoty je povolena, i kdyby změna jako taková byla považována za podstatnou. Policejní orgán dále odkázal na bod 109 odůvodnění směrnice o zadávání veřejných zakázek a tvrdil, že aby bylo možné považovat celkovou povahu veřejné zakázky za změněnou, musí se jednat o rozsáhlejší změny než o úpravu podmínek odměňování.
- 19 Odvolací správní soud odvolání zamítl. Dospěl rovněž k názoru, že změny je třeba považovat za podstatné, a tudíž nepřipustné podle § 14 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek. Dále uvedl, že pojem „celková povaha dohody“ a příklady uvedené v preambuli směrnice o zadávání veřejných zakázek nelze vykládat v tom smyslu, že úpravy podmínek odměňování nelze považovat za změny celkové povahy. Místo toho je podle názoru odvolacího správního soudu třeba v každém jednotlivém případě posoudit, zda úprava podmínek odměňování nepředstavuje příliš dramatickou změnu závazků stran a zda neznamena, že lze dospět k závěru, že má relevantní vliv na výsledek předchozího zadávacího řízení. V projednávané věci se odvolací správní soud domnívá, že by bylo možné konstatovat, že výsledek původního zadávacího řízení by byl ovlivněn, pokud by byly změněné podmínky odměňování stanoveny od samého počátku. Změny dohody se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB byly proto považovány za takovou změnu celkové povahy rámcové dohody, na jakou odkazuje § 9 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek.
- 20 Švédský policejní orgán podal proti rozsudku odvolacího správního soudu opravný prostředek a uvedl, že Nejvyšší správní soud by měl návrh švédského úřadu pro hospodářskou soutěž na uložení pokuty při zadávání veřejných zakázek zamítnout, nebo alespoň v každém případě stanovit pokutu v nižší výši. Švédský úřad pro hospodářskou soutěž navrhl, aby byl opravný prostředek zamítnut.
- 21 Švédský policejní orgán dále před Nejvyšším správním soudem tvrdí, že změny dohody byly povoleny podle § 14 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek. Policejní orgán dále tvrdí, že změny dohody se společností Lidköpings

Biltjänst Hyr AB byly v každém případě povoleny podle § 9 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek.

- 22 Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká posledně uvedeného ustanovení, jakož i odpovídajícího ustanovení čl. 72 odst. 2 směrnice o zadávání veřejných zakázek, respektive toho, co se rozumí změnou celkové povahy rámcové dohody.

Stanoviska účastníků řízení

Švédský policejní orgán

- 23 Švédský policejní orgán uvádí následující tvrzení. Změny nejsou takového charakteru, aby vedly ke změně celkové povahy rámcové dohody. Článek 72 odst. 2 směrnice o zadávání veřejných zakázek stanoví, že smlouva, která splňuje požadavky tohoto ustanovení, může být změněna, aniž by bylo ověřeno, zda podmínky stanovené v písmenech a) až d) odstavce 4 jsou splněny. To znamená, že skutečnost, že by zakázka mohla být zadána jinému dodavateli, pokud by nové podmínky platily od počátku, nelze považovat za důkaz toho, že celková povaha zakázky byla změněna. Z judikatury Soudního dvora Evropské unie (rozsudek Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634) rovněž vyplývá, že i podstatné změny smlouvy mohou být povoleny, pokud byla možnost jejich provedení předem stanovena. Pozměňující ustanovení se nyní řídí článkem 72 odst. 1 písm. a) směrnice o zadávání veřejných zakázek a jsou vyhrazeny pro změny, které nemají vliv na celkovou povahu, což znamená, že tento pojem nemůže být synonymem pro podstatné změny, ale musí se týkat změn většího rozsahu. Bod 109 odůvodnění směrnice o zadávání veřejných zakázek uvádí jako příklad změny celkové povahy nahrazení předmětu zakázky něčím jiným nebo zásadní změnu druhu zakázky.

Švédský úřad pro hospodářskou soutěž

- 24 Švédský úřad pro hospodářskou soutěž předkládá následující tvrzení. Méně významné změny již uzavřené zakázky lze provést, protože obecně nelze očekávat, že by tyto změny narušily hospodářskou soutěž nebo do značné míry porušovaly zásady rovného zacházení a transparentnosti. Systém pravidel pro zadávání veřejných zakázek by však byl narušen, pokud by byly povoleny změny, které samy o sobě znamenají pouze drobnou změnu hodnoty v absolutním slova smyslu, ale které jsou v rozporu se zásadami z jiných důvodů, než je změna hodnoty. Posouzení otázky, zda taková změna mění celkovou povahu rámcové dohody, by se tak mělo zaměřit na to, zda by výsledek původního zadávacího řízení mohl být hypoteticky jiný, bez ohledu na dopad drobné změny hodnoty. V projednávané věci nemá hodnota zakázky vliv na otázku, zda jsou změny v rozporu s uvedenými zásadami. Změny se týkaly základních ekonomických podmínek původní nabídky a ovlivnily atraktivitu zadávacího řízení z hlediska rizika, které nebylo v době podání nabídek předvídatelné. Lze předpokládat, že

pokud by byly změny známy od samého počátku, mělo by to vliv na výsledek zadávacího řízení, protože jiný dodavatel by býval mohl podat ekonomicky nejvýhodnější nabídku za jiných podmínek. Z těchto důvodů je změna dohody v rozporu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti a představuje změnu celkové povahy rámcové dohody. Skutečnost, že posouzení, zda došlo ke změně celkové povahy rámcové dohody, je podobné posouzení, které je třeba provést podle judikatury Soudního dvora Evropské unie ohledně toho, zda je změna podstatná, plyne z povahy věci, neboť oba pojmy jsou důsledkem výše uvedených zásad.

Nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce

- 25 Švédský policejní orgán vypočetl hodnotu změn rámcové dohody uzavřené se společností Lidköpings Biltjänst Hyr AB na částku nižší, než je hodnota stanovená v § 9 kapitoly 17 zákona o zadávání veřejných zakázek a v čl. 72 odst. 2 směrnice o zadávání veřejných zakázek. K tomu, aby bylo možné určit, zda na tomto základě mohl švédský policejní orgán změnit dohodu, je třeba rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, zda lze provedenou úpravu modelu odměňování považovat za změnu celkové povahy rámcové dohody.
- 26 V rámci své dřívější judikatury – před zavedením stávající směrnice o zadávání veřejných zakázek – Soudní dvůr rozhodl, že zásady rovného zacházení a transparentnosti brání tomu, aby docházelo bez nového zadávacího řízení k takové změně ustanovení platné smlouvy, v jejímž důsledku má veřejná zakázka podstatně odlišnou povahu od původní smlouvy o veřejné zakázce (rozsudek *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, bod 34). Změnu lze považovat za podstatnou zejména tehdy, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění nabídek jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni (bod 35 tohoto rozsudku). K podstatné změně může v zásadě dojít po zadání zakázky pouze tehdy, pokud možnost provést tuto změnu byla stanovena v podmínkách původní smlouvy (rozsudek *Finn Frogne*, body 30 a 36). Změny provedené na základě stávajících ustanovení o zakázce mohou rovněž ve výjimečných případech vyžadovat nové zadávací řízení, pokud pozměněné podmínky byly s ohledem na zvláštní charakteristiky vlastní dotčenému plnění rozhodujícím aspektem pro uzavření smlouvy (rozsudek *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, bod 39).
- 27 Jedním z cílů článku 72 směrnice o zadávání veřejných zakázek bylo kodifikovat tuto judikaturu. Článek 72 odst. 4 vyjadřuje zásadu, že pouze podstatné změny vyžadují nové zadávací řízení. Článek 72 odst. 1 a 2 stanoví řadu situací, v nichž lze provést změny, ať už jsou v mnoha případech podstatné či nikoli, za předpokladu, že nemění celkovou povahu smlouvy o veřejné zakázce nebo rámcové dohody. Kromě výjimky pro změny méně významné hodnoty se tento požadavek vztahuje rovněž na změny provedené na základě jasných, přesných a

jednoznačných doložek o změně smlouvy, jakož i na změny vyplývající z nepředvídatelných okolností.

- 28 Výjimka pro změny méně významné hodnoty, jak je vyjádřena v čl. 72 odst. 2, nemá přímý základ v judikatuře Soudního dvora Evropské unie. Ve věci Komise v. Německo (C-160/08, EU:C:2010:230, body 99 až 101) byla změna považována za podstatnou z důvodu, že její hodnota byla vyšší než prahová hodnota stanovená použitelnými směrnicemi, a v rozsudku presetext Nachrichtenagentur (body 61 až 63) nebyla za podstatnou změnu smlouvy považována malá změna ceny v neprospěch dodavatele. Skutečnost, že změnu, která je sama o sobě považována za podstatnou, lze přesto povolit vzhledem k její méně významné hodnotě, se však v kontextu stávající směrnice o zadávání veřejných zakázek jeví jako novinka.
- 29 Soudní dvůr se dosud nevyjádřil k podmínkám, za nichž může změna rámcové dohody vyžadovat nové zadávací řízení z důvodu, že mění celkovou povahu rámcové dohody, a to buď v případě změn méně významné hodnoty (čl. 72 odst. 2), nebo v případě změn na základě doložek o přezkumu nebo opčních doložek nebo v důsledku nepředvídatelných okolností (čl. 72 odst. 1). Soudní dvůr se rovněž nevyjádřil k odpovídajícím ustanovením směrnice 2014/23/EU o udělování koncesí nebo směrnice 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.
- 30 Preambule směrnice o zadávání veřejných zakázek (bod 109 odůvodnění, který se týká změn způsobených nepředvídatelnými okolnostmi) uvádí příklady úprav, které mohou změnit celkovou povahu smlouvy o veřejné zakázce nebo rámcové dohody. Tyto příklady se týkají změn v předmětu veřejné zakázky a typu veřejné zakázky. Preambule jinak neobsahuje jasné vodítko, co se rozumí celkovou změnou povahy.
- 31 S ohledem na výše uvedené má Nejvyšší správní soud za to, že je třeba předložit Soudnímu dvoru Evropské unie žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.

Otázka:

- 32 Může úprava modelu odměňování v rámcové dohodě, která byla původně uzavřena na základě kritéria nejnížší nabídnuté ceny, v jejímž důsledku se změni poměr mezi pevnými a pohyblivými cenami a cenové hladiny se upraví do té míry, že se celková hodnota zakázky změní pouze okrajově, znamenat, že se jedná o změnu celkové povahy rámcové dohody ve smyslu čl. 72 odst. 2 směrnice o zadávání veřejných zakázek?