



Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τέταρτο τμήμα)

της 14ης Μαΐου 2020*

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις – Σύναψη δημοσίων συμβάσεων – Οδηγία 2014/24/ΕΕ – Άρθρο 1, παράγραφος 2, και άρθρο 72 – Οδηγία 2014/25/ΕΕ – Άρθρο 1, παράγραφος 2, και άρθρο 89 – Διαδικασίες προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων – Οδηγία 89/665/ΕΟΚ – Άρθρο 2ε, παράγραφος 2 – Διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών – Οδηγία 92/13/ΕΟΚ – Άρθρο 2ε, παράγραφος 2 – Τροποποιήσεις συμβάσεως συναφθείσας κατόπιν διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού – Μη διεξαγωγή νέας διαδικασίας διαγωνισμού – Πρόστιμα τα οποία επιβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή και τον ανάδοχο της συμβάσεως – Αρχή της αναλογικότητας»

Στην υπόθεση C-263/19,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε το Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία) με απόφαση της 7ης Μαρτίου 2019, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 28 Μαρτίου 2019, στο πλαίσιο της δίκης

T-Systems Magyarország Zrt.,

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

κατά

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,

παρισταμένου του:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τέταρτο τμήμα),

συγκείμενο από τους Μ. Βηλαρά (εισηγητή), πρόεδρο τμήματος, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe και Ν. Riçarra, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: Μ. Campos Sánchez-Bordona

γραμματέας: Μ. Krausenböck, διοικητική υπάλληλος,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 5ης Φεβρουαρίου 2020,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ουγγρική.

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- η T-Systems Magyarország Zrt., εκπροσωπούμενη από τους P. Szilas, Zs. Okányi και V. Kovács, ügyvédek,
- το Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, εκπροσωπούμενο από τον I. Hunya,
- ο Közbeszerzési Hatóság Elnöke, εκπροσωπούμενος από τον T. A. Cseh,
- η Ουγγρική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους M. Z. Fehér και G. Koós καθώς και από την M. Tátrai,
- η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από την L. Haasbeek καθώς και από τους P. Ondrůšek και A. Tokár,

κατόπιν της απόφασεως που έλαβε, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά, κατ' ουσίαν, την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 2, και του άρθρου 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65), του άρθρου 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31) (στο εξής: οδηγία 89/665), του άρθρου 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66 (στο εξής: οδηγία 92/13), καθώς και των άρθρων 41 και 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Χάρτης).
- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ, αφενός, της T-Systems Magyarország Zrt. (στο εξής: T-Systems) και της BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (στο εξής: BKK) και, αφετέρου, του Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (τμήματος προσφυγών δημοσίων συμβάσεων της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, Ουγγαρία, στο εξής: τμήμα προσφυγών), με αντικείμενο πρόστιμα τα οποία επιβλήθηκαν στις πρώτες λόγω τροποποίησης, κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της και χωρίς διεξαγωγή νέας διαδικασίας δημοσίου διαγωνισμού, της μεταξύ τους συμβάσεως.

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

Η οδηγία 89/665

- 3 Το άρθρο 2ε της οδηγίας 89/665, με τίτλο «Παραβάσεις της παρούσας οδηγίας και εναλλακτικές κυρώσεις», ορίζει τα εξής:

«1. Σε περίπτωση παράβασης του άρθρου 1 παράγραφος 5, του άρθρου 2 παράγραφος 3 ή του άρθρου 2α παράγραφος 2, η οποία δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2δ παράγραφος 1 στοιχείο β), τα κράτη μέλη προβλέπουν ότι η σύμβαση καθίσταται ανενεργή σύμφωνα με το άρθρο 2δ παράγραφοι 1 έως 3, ή εναλλακτικές κυρώσεις. Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι το ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή όργανο προσφυγής αποφασίζει, αφού εξετάσει όλες τις σχετικές πτυχές, αν η σύμβαση πρέπει να κηρυχθεί ανενεργή ή αν θα πρέπει να επιβληθούν εναλλακτικές κυρώσεις.

2. Οι εναλλακτικές κυρώσεις πρέπει να είναι αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές. Οι εναλλακτικές κυρώσεις περιλαμβάνουν:

- την επιβολή προστίμων στην αναθέτουσα αρχή ή
- τη σύντμηση της διάρκειας της σύμβασης.

Τα κράτη μέλη μπορούν να αναθέτουν στο όργανο προσφυγής ευρεία διακριτική ευχέρεια να συνυπολογίζει όλους τους σχετικούς παράγοντες, συμπεριλαμβανομένης της σοβαρότητας της παράβασης, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής και, στις περιπτώσεις του άρθρου 2δ παράγραφος 2, του βαθμού στον οποίο μια σύμβαση παραμένει σε ισχύ.

Η παροχή αποζημίωσης δεν αποτελεί κατάλληλη κύρωση για τους σκοπούς της παρούσας παραγράφου.»

Η οδηγία 92/13

- 4 Οι διατάξεις του άρθρου 2ε της οδηγίας 92/13, με τίτλο «Παραβάσεις της παρούσας οδηγίας και εναλλακτικές κυρώσεις», έχουν πανομοιότυπη διατύπωση με εκείνη των διατάξεων του άρθρου 2ε της οδηγίας 89/665

Η οδηγία 2007/66

- 5 Οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66 έχουν ως εξής:

«(19) Στην περίπτωση άλλων παραβάσεων τυπικών απαιτήσεων, τα κράτη μέλη ενδέχεται να θεωρήσουν ότι η αρχή του ανενεργού δεν είναι κατάλληλη. Στις περιπτώσεις αυτές, τα κράτη μέλη θα πρέπει να διαθέτουν την ευελιξία να προβλέπουν εναλλακτικές κυρώσεις. Οι εναλλακτικές κυρώσεις θα πρέπει να περιορίζονται μόνο στην επιβολή προστίμων, τα οποία θα πρέπει να καταβάλλονται σε όργανο ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή ή φορέα, ή στη σύντμηση της διάρκειας της σύμβασης. Ο προσδιορισμός των λεπτομερειών των εναλλακτικών κυρώσεων και η θέσπιση των κανόνων εφαρμογής τους επαφίενται στα κράτη μέλη.

- (20) Η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να αποκλείει την εφαρμογή αυστηρότερων κυρώσεων σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία.
- (21) Ο επιδιωκόμενος στόχος όταν τα κράτη μέλη θεσπίζουν τους κανόνες βάσει των οποίων θεωρείται ανενεργή μια σύμβαση, είναι η παύση της άσκησης και εκτέλεσης των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων δυνάμει της σύμβασης. Οι συνέπειες της κήρυξης του ανενεργού των συμβάσεων θα πρέπει να προσδιορίζονται από το εθνικό δίκαιο. Ως εκ τούτου, το εθνικό δίκαιο μπορεί, για παράδειγμα, να προβλέπει την αναδρομική ακύρωση όλων των συμβατικών υποχρεώσεων (ex tunc) ή, αντιθέτως, να περιορίζει την εμβέλεια της ακύρωσης στις υποχρεώσεις εκείνες που δεν έχουν εκπληρωθεί ακόμη (ex nunc). Αυτό δεν θα πρέπει να οδηγεί στην απουσία αποτελεσματικών κυρώσεων, αν οι συμβατικές υποχρεώσεις έχουν ήδη εκπληρωθεί, είτε εξ ολοκλήρου είτε σχεδόν εξ ολοκλήρου. Στις περιπτώσεις αυτές τα κράτη μέλη θα πρέπει να προβλέπουν και εναλλακτικές κυρώσεις λαμβάνοντας υπόψη το βαθμό στον οποίο μια σύμβαση παραμένει σε ισχύ σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο. Ομοίως, οι συνέπειες όσον αφορά την ενδεχόμενη ανάκτηση τυχόν καταβληθέντων ποσών, καθώς και άλλες δυνατές μορφές επανόρθωσης, περιλαμβανομένης της χρηματικής επανόρθωσης όταν η επανόρθωση σε είδος είναι αδύνατη, πρέπει να καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο.»

Η οδηγία 2014/24

- 6 Οι αιτιολογικές σκέψεις 10, 29, 107, 109 και 111 της οδηγίας 2014/24 έχουν ως εξής:

«(10) Η έννοια “αναθέτουσες αρχές” και ειδικότερα ο όρος “οργανισμοί δημοσίου δικαίου” έχουν εξεταστεί επανειλημμένως στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Προκειμένου να αποσαφηνιστεί ότι το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας θα πρέπει να παραμείνει αμετάβλητο, είναι σκόπιμο να διατηρηθούν οι ορισμοί επί των οποίων βασίστηκε το Δικαστήριο και να ενσωματωθούν ορισμένες διευκρινίσεις που προσφέρει η νομολογία για την καλύτερη κατανόηση των ορισμών αυτών, χωρίς πρόθεση τροποποίησης της σημασίας τους, ως έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία. [...]

[...]

(29) Θα πρέπει να υπενθυμιστεί ότι η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται μόνο στις αναθέτουσες αρχές των κρατών μελών. [...]

[...]

(107) Είναι αναγκαίο να αποσαφηνιστούν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες, για τυχόν τροποποιήσεις μιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, απαιτείται νέα διαδικασία προμήθειας, λαμβανομένης υπόψη της σχετικής νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Νέα διαδικασία προμήθειας απαιτείται σε περίπτωση ουσιωδών αλλαγών της αρχικής σύμβασης, και ιδίως του εύρους και του περιεχομένου των αμοιβαίων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εν λόγω αλλαγές αποτελούν ένδειξη της πρόθεσης των συμβαλλομένων να επαναδιαπραγματευτούν ουσιώδεις όρους ή προϋποθέσεις της σύμβασης. Αυτό ισχύει, ιδίως, σε περίπτωση που οι τροποποιημένες προϋποθέσεις θα επηρέαζαν το αποτέλεσμα της διαδικασίας, εάν αποτελούσαν μέρος της αρχικής διαδικασίας.

Τροποποιήσεις της σύμβασης που οδηγούν σε ελάσσονος σημασίας μεταβολή της αξίας της, μέχρι κάποιου ορίου, θα πρέπει να είναι πάντα δυνατές χωρίς να απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας προμήθειας. Προς τούτο και προκειμένου να εξασφαλιστεί νομική ασφάλεια, η παρούσα οδηγία θα πρέπει να προβλέπει ελάχιστα κατώτατα όρια κάτω των οποίων δεν απαιτείται νέα διαδικασία

προμήθειας. Τροποποιήσεις της σύμβασης άνω των εν λόγω κατώτατων ορίων θα πρέπει να είναι δυνατές χωρίς να απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας προμήθειας, εφόσον συμμορφούνται με τις σχετικές προϋποθέσεις της παρούσας οδηγίας.

[...]

(109) Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να χρειαστεί να αντιμετωπίσουν εξαιρετικές περιστάσεις τις οποίες ήταν αδύνατον να προβλέψουν όταν ανέθεταν τη σύμβαση, ιδίως όταν η εκτέλεση της σύμβασης καλύπτει μεγάλο χρονικό διάστημα. Σε αυτή την περίπτωση, χρειάζεται ένας βαθμός ευελιξίας για την προσαρμογή της σύμβασης στις εν λόγω περιστάσεις, χωρίς νέα διαδικασία προμήθειας. [...]

[...]

(111) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει, στις ίδιες τις συμβάσεις, να έχουν τη δυνατότητα να προβλέπουν τροποποιήσεις μέσω ρητρών αναθεώρησης ή προαίρεσης· εντούτοις, οι εν λόγω ρήτρες δεν θα πρέπει να τους παρέχουν απεριόριστη διακριτική ευχέρεια. Συνεπώς, η παρούσα οδηγία θα πρέπει να ορίζει ως ποιο βαθμό μπορούν να προβλέπονται τροποποιήσεις στην αρχική σύμβαση. [...]

7 Το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει τα εξής:

«Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, οι προμήθειες ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος.»

8 Ο τίτλος II της οδηγίας 2014/24, που επιγράφεται «Κανόνες που εφαρμόζονται στις δημόσιες συμβάσεις», περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, το κεφάλαιο IV, σχετικά με την «[ε]κτέλεση της σύμβασης», στο οποίο περιλαμβάνονται τα άρθρα 70 έως 73 της οδηγίας αυτής. Το άρθρο 72, το οποίο φέρει τον τίτλο «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους», ορίζει τα εξής:

«1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσια μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία, σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

- α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται στα έγγραφα της αρχικής σύμβασης με τη μορφή σαφών, ακριβών και ρητών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως, ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων. Οι εν λόγω ρήτρες ορίζουν το πεδίο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μπορούν να χρησιμοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που θα μπορούσαν να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαισίου·
- β) για συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες του αρχικού αναδόχου τα οποία έχουν καταστεί απαραίτητα και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, όταν η αλλαγή αναδόχου:
 - i) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους, π.χ. απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον υφιστάμενο εξοπλισμό, τις υπηρεσίες ή τις εγκαταστάσεις που αποκτήθηκαν με την αρχική σύμβαση, και
 - ii) θα συνεπαγόταν σημαντική αναστάτωση ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή.

Ωστόσο, η όποια αύξηση της τιμής δεν μπορεί να υπερβαίνει το 50 % της αξίας της αρχικής σύμβασης. Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, ο περιορισμός αυτός ισχύει για την αξία κάθε τροποποίησης. Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν αποσκοπούν στην αποφυγή της εφαρμογής της παρούσας οδηγίας:

- γ) όταν πληρούνται οι ακόλουθες σωρευτικές προϋποθέσεις:
- i) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή,
 - ii) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης,
 - iii) η όποια αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50 % της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαisiού. Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, ο περιορισμός αυτός ισχύει για την αξία κάθε τροποποίησης. Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή της εφαρμογής της παρούσας οδηγίας:

[...]

- ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παραγράφου 4.

Οι αναθέτουσες αρχές που τροποποιούν σύμβαση στις περιπτώσεις των στοιχείων β) και γ) της παρούσης παραγράφου δημοσιεύουν σχετική γνωστοποίηση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*. Οι εν λόγω γνωστοποιήσεις περιέχουν τις πληροφορίες που προβλέπονται στο παράρτημα V μέρος Z και δημοσιεύονται σύμφωνα με το άρθρο 51.

2. Επίσης, και χωρίς να απαιτείται επαλήθευση αν τηρούνται οι προϋποθέσεις των στοιχείων α) έως δ) της παραγράφου 4, οι συμβάσεις μπορούν να τροποποιούνται επίσης χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία, όταν η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών:

- i) των κατώτατων ορίων του άρθρου 4, και
- ii) του 10 % της αξίας της αρχικής σύμβασης όσον αφορά τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του 15 % της αξίας της αρχικής σύμβασης όσον αφορά τις συμβάσεις έργων.

Ωστόσο, η τροποποίηση δεν μπορεί να μεταβάλει τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαisiού. Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, η αξία τους εκτιμάται βάσει της καθαρής σωρευτικής αξίας των διαδοχικών τροποποιήσεων.

[...]

5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σύμφωνα με την παρούσα οδηγία για τροποποιήσεις των διατάξεων δημόσιας σύμβασης ή συμφωνίας-πλαisiού κατά τη διάρκειά της διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2.»

Η οδηγία 2014/25/ΕΕ

- 9 Οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 243), έχουν ως εξής:

«(12) Η έννοια “αναθέτουσες αρχές” και ειδικότερα ο όρος “οργανισμοί δημοσίου δικαίου” έχουν εξεταστεί επανειλημμένως στη νομολογία του [Δικαστηρίου]. Προκειμένου να αποσαφηνιστεί ότι το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας πρέπει να παραμείνει αμετάβλητο, είναι σκόπιμο να διατηρηθούν οι ορισμοί επί των οποίων βασίστηκε το Δικαστήριο και να ενσωματωθούν ορισμένες διευκρινίσεις που προσφέρει αυτή η νομολογία για την καλύτερη κατανόηση των ορισμών, χωρίς πρόθεση τροποποίησης της σημασίας τους, ως έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία.

[...]

(113) Είναι αναγκαίο να αποσαφηνιστούν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες, για τυχόν τροποποιήσεις μιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, απαιτείται νέα διαδικασία προμήθειας, λαμβανομένης υπόψη της σχετικής νομολογίας του [Δικαστηρίου]. Νέα διαδικασία προμήθειας απαιτείται σε περίπτωση ουσιωδών αλλαγών της αρχικής σύμβασης, και ιδίως του εύρους και του περιεχομένου των αμοιβαίων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Οι εν λόγω αλλαγές αποτελούν ένδειξη της πρόθεσης των συμβαλλομένων να επαναδιαπραγματευθούν σημαντικούς όρους της σχετικής σύμβασης. Αυτό ισχύει, ιδίως, σε περίπτωση που οι τροποποιημένοι όροι θα επηρέαζαν το αποτέλεσμα της διαδικασίας, εάν αποτελούσαν μέρος της αρχικής διαδικασίας.

Τροποποιήσεις της σύμβασης που οδηγούν σε ελάχιστον σημασίας μεταβολή της αξίας της, μέχρι κάποιου ορίου, θα πρέπει να είναι πάντα δυνατές χωρίς να απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας προμήθειας. Προς τούτο και προκειμένου να εξασφαλιστεί νομική ασφάλεια, η παρούσα οδηγία θα πρέπει να προβλέπει ελάχιστα κατώτατα όρια κάτω των οποίων δεν απαιτείται νέα διαδικασία προμήθειας. Τροποποιήσεις της σύμβασης με αύξηση των εν λόγω κατώτατων ορίων θα πρέπει να είναι δυνατές χωρίς να απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας προμήθειας, εφόσον συνάδουν προς τους οικείους όρους της παρούσας οδηγίας.

[...]

(115) Οι αναθέτοντες φορείς ενδέχεται να αντιμετωπίσουν εξωτερικές συνθήκες που δεν μπορούσαν να προβλέψουν κατά την ανάθεση της σύμβασης, ιδίως όταν η εκτέλεση της σύμβασης καλύπτει μεγάλη περίοδο. Σε αυτή την περίπτωση, απαιτείται ορισμένος βαθμός ευελιξίας για την προσαρμογή της σύμβασης στις εν λόγω συνθήκες χωρίς νέα διαδικασία προμηθειών. [...]

[...]

(117) Οι αναθέτοντες φορείς πρέπει, στις ίδιες τις συμβάσεις, να έχουν τη δυνατότητα να προβλέπουν τροποποιήσεις μέσω ρητρών αναθεώρησης ή προαίρεσης, αλλά οι εν λόγω ρήτρες δεν πρέπει να τους παρέχουν απεριόριστη διακριτική ευχέρεια. Συνεπώς, η παρούσα οδηγία θα πρέπει να ορίζει ως ποιον βαθμό μπορούν να προβλέπονται τροποποιήσεις στην αρχική σύμβαση. [...]

10 Το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής έχει ως εξής:

«Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας είναι η απόκτηση από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, μέσω σύμβασης προμηθειών, έργων ή υπηρεσιών, από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τους εν λόγω αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 8 έως 14.»

11 Ο τίτλος II της οδηγίας 2014/25, ο οποίος επιγράφεται «Κανόνες που εφαρμόζονται στις συμβάσεις», περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, το κεφάλαιο IV, σχετικά με την «[ε]κτέλεση της σύμβασης», στο οποίο περιλαμβάνονται τα άρθρα 87 έως 90 της οδηγίας αυτής. Το άρθρο 89, το οποίο φέρει τον τίτλο «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους», ορίζει τα εξής:

«1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία, σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

- α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται στα έγγραφα της αρχικής σύμβασης με τη μορφή σαφών, ακριβών και ρητών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως, ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων. Οι εν λόγω ρήτρες ορίζουν το πεδίο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μπορούν να χρησιμοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που θα μπορούσαν να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο·
- β) για συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες από τον αρχικό ανάδοχο, ανεξαρτήτως αξίας τους, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, εφόσον η αλλαγή αναδόχου:
 - i) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους, παραδείγματος χάριν απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον υφιστάμενο εξοπλισμό, το λογισμικό, τις υπηρεσίες ή τις εγκαταστάσεις που αποκτήθηκαν με την αρχική σύμβαση, και
 - ii) θα συνεπαγόταν σημαντική αναστάτωση ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για τον αναθέτοντα φορέα·
- γ) όταν πληρούνται όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις:
 - i) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από επιμελή αναθέτοντα φορέα,
 - ii) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης·

[...]

ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παραγράφου 4.

Οι αναθέτοντες φορείς που τροποποιούν σύμβαση στις περιπτώσεις των στοιχείων β) και γ) της παρούσης παραγράφου δημοσιεύουν σχετική γνωστοποίηση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*. Η εν λόγω γνωστοποίηση περιέχει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο παράρτημα XVI και δημοσιεύεται σύμφωνα με το άρθρο 71.

2. Επίσης, και χωρίς να απαιτείται επαλήθευση αν τηρούνται οι προϋποθέσεις των στοιχείων α) έως δ) της παραγράφου 4, οι συμβάσεις μπορούν να τροποποιούνται επίσης χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία, όταν η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών:

- i) των κατώτατων ορίων του άρθρου 15· και
- ii) του 10 % της αξίας της αρχικής σύμβασης όσον αφορά τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του 15 % της αξίας της αρχικής σύμβασης όσον αφορά τις συμβάσεις έργων.

Ωστόσο, η τροποποίηση δεν μπορεί να μεταβάλει τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, η αξία τους υπολογίζεται βάσει της καθαρής αθροιστικής αξίας των διαδοχικών τροποποιήσεων.

3. Για τον υπολογισμό της τιμής που προβλέπεται στην παράγραφο 2, η προσαρμοσμένη τιμή είναι η τιμή αναφοράς όταν η σύμβαση περιλαμβάνει ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής..

4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια του στοιχείου ε) της παραγράφου 1, εφόσον καθιστά τη σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς το χαρακτήρα, από εκείνη η οποία συνήφθη αρχικώς. Εν πάση περιπτώσει, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μια τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης, όταν πληρούται μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

- α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν αποτελούσαν μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν οδηγήσει στη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν επιπλέον συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης,
- β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο υπέρ του αναδόχου κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση ή συμφωνία-πλαίσιο,
- γ) η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο,
- δ) όταν νέος ανάδοχος αντικαθιστά εκείνον στον οποίο ο αναθέτων φορέας είχε αναθέσει αρχικώς τη σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στο στοιχείο δ) της παραγράφου 1.

5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία, για τροποποιήσεις των διατάξεων σύμβασης έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2.»

Το ουγγρικό δίκαιο

- ¹² Το άρθρο 2, παράγραφος 1, του közbeszerzésekéről szóló 2015. évi CXLI. törvény (νόμου αριθ. CXLI περί δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: νόμος περί δημοσίων συμβάσεων) προβλέπει τα εξής:

«Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μεριμνά για τον θεμιτό χαρακτήρα και τη διαφάνεια του ανταγωνισμού κατά τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και για τον δημόσιο χαρακτήρα της διαδικασίας αυτής, που ο οικονομικός φορέας οφείλει να σέβεται.»

- 13 Το άρθρο 141 του νόμου αυτού, το οποίο καθορίζει τις διάφορες περιπτώσεις στις οποίες οι συμβαλλόμενοι δημόσιας συμβάσεως δύνανται να την τροποποιήσουν, ορίζει στην παράγραφο 8 τα εξής:

«Εκτός των περιπτώσεων που προβλέπονται από τις διατάξεις του παρόντος άρθρου, η σύμβαση μπορεί να τροποποιηθεί μόνο μετά τη διεξαγωγή νέας διαδικασίας διαγωνισμού. Εάν η σύμβαση τροποποιηθεί παρανόμως, χωρίς διεξαγωγή διαδικασίας διαγωνισμού, η τροποποίηση είναι άκυρη σύμφωνα με το άρθρο 137, παράγραφος 1, στοιχείο α.»

- 14 Το άρθρο 153, παράγραφος 1, του εν λόγω νόμου ορίζει τα εξής:

«Ο Közbeszerzési Hatóság Elnöke [(πρόεδρος της αρχής δημοσίων συμβάσεων, Ουγγαρία)] αναλαμβάνει την πρωτοβουλία να κινήσει αυτεπαγγέλτως τη διαδικασία ενώπιον του [τμήματος προσφυγών]

[...]

ε) αν πιθανολογείται, υπό το πρίσμα των αποτελεσμάτων του ελέγχου που άσκησε η αρχή δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 187, παράγραφος 2, στοιχείο j, ή ακόμη και χωρίς την άσκηση διοικητικού ελέγχου, ότι η τροποποίηση ή η εκτέλεση της συμβάσεως πραγματοποιήθηκε κατά παράβαση του παρόντος νόμου, ιδίως αν έχει τελεσθεί ένα από τα είδη παραβάσεων που αναφέρονται στο άρθρο 142, παράγραφος 2·

[...]»

- 15 Κατά το άρθρο 165 του ίδιου νόμου:

«[...]

(2) Με την απόφασή του το [τμήμα προσφυγών]

[...]

d) διαπιστώνει ότι διαπράχθηκε παράβαση και εφαρμόζει τις έννομες συνέπειες που προβλέπονται στην παράγραφο 3·

e) στις περιπτώσεις της παραγράφου 6, διαπιστώνει την παράβαση και επιβάλλει πρόστιμο·

[...]

(3) Αν, με την απόφασή του, διαπιστώσει παράβαση, το [τμήμα προσφυγών]

[...]

d) δύναται να επιβάλει πρόστιμο στην οντότητα ή το πρόσωπο που διέπραξε την παράβαση καθώς και στο πρόσωπο ή στην οντότητα που τελεί σε έννομη σχέση με το πρόσωπο ή την οντότητα που ευθύνεται για την παράβαση και επίσης ευθύνεται για την παράβαση.

[...]

(6) Το [τμήμα προσφυγών] διαπιστώνει την παράβαση και επιβάλλει πρόστιμο αν

a) η διαδικασία διαγωνισμού αποκλείστηκε παρά τον νόμο, λόγω της παραβάσεως·

[...]

e) ο πρόεδρος της αρχής δημοσίων συμβάσεων κίνησε αυτεπαγγέλτως τη διαδικασία [του άρθρου 153] και το τμήμα προσφυγών διαπίστωσε ότι είχε διαπραχθεί παράβαση.

[...]»

16 Το άρθρο 176 του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων ορίζει τα εξής:

«(1) Αν, με την απόφασή του επί της ουσίας της υποθέσεως, το [τμήμα προσφυγών] διαπιστώσει παράβαση κατά την έννοια του άρθρου 137, παράγραφος 1, κινεί ένδικη διαδικασία προκειμένου να κηρυχθεί η ακυρότητα της συμβάσεως και να εφαρμοσθούν οι έννομες συνέπειες της ελλείψεως νομιμότητας.

[...]

(4) Αν, κατά την ολοκλήρωση της ένδικης διαδικασίας της παραγράφου 1, το δικαστήριο διαπιστώσει την ακυρότητα της συμβάσεως για τους λόγους που ορίζονται στο άρθρο 137, παράγραφος 1, συνάγει τις έννομες συνέπειες της ακυρότητας αυτής σύμφωνα με τις διατάξεις του αστικού κώδικα και του παρόντος νόμου.

(5) Αν το δικαστήριο κρίνει έγκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 137, παράγραφος 3, τη σύμβαση που συνήφθη κατά το πέρας της διαδικασίας διαγωνισμού, υποχρεούται να επιβάλει πρόστιμο το ύψος του οποίου, λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης, ανέρχεται κατ' ανώτατο όριο στο 15 % της αξίας της συμβάσεως. Αν, κατά τη συναγωγή των εννόμων συνεπειών της ελλείψεως νομιμότητας, το δικαστήριο διατάξει την καταβολή του αντιτίμου της υπηρεσίας για την οποία δεν καταβλήθηκε αντάλλαγμα, υποχρεούται να επιβάλει πρόστιμο το ύψος του οποίου, λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης, ανέρχεται κατ' ανώτατο όριο στο 10 % της αξίας της συμβάσεως.

(6) Οι διαφορές της παραγράφου 1 εμπίπτουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα των διοικητικών δικαστηρίων και των δικαστηρίων εργατικών διαφορών, τα οποία, στην περίπτωση της αυτής παραβάσεως των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, εφαρμόζουν τη σχετική με τις διοικητικές διαφορές διαδικασία του άρθρου 170. [...]»

17 Το άρθρο 240, παράγραφος 1, του Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (νόμου αριθ. IV του 1959 περί εισαγωγής του αστικού κώδικα) ορίζει τα εξής:

«Με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που προβλέπονται από τις κανονιστικές ρυθμίσεις, τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν με κοινή συμφωνία να τροποποιούν το περιεχόμενο της σύμβασης ή τη νομική φύση των δεσμεύσεών τους.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

18 Η ΒΚΚ, εταιρία συσταθείσα από τη δημοτική αρχή της Βουδαπέστης-Περιφέρεια Πρωτευούσης (Ουγγαρία), ασκεί τη δραστηριότητα του παρόχου υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς στην πόλη αυτή.

19 Κατόπιν προκηρύξεως κλειστού διαγωνισμού σχετικά με την κατασκευή, τη μεταφορά, την εγκατάσταση και την πλήρη εκμετάλλευση εκδοτηρίων εισιτηρίων, η ΒΚΚ, ως αναθέτουσα αρχή, συνήψε στις 4 Σεπτεμβρίου 2013 με την T-Systems σύμβαση ύψους 5 561 690 409 ουγγρικών φιορινίων (HUF) (περίπου 18 500 000 ευρώ).

- 20 Οι συμβαλλόμενοι τροποποίησαν επανειλημμένως την εν λόγω σύμβαση. Ειδικότερα, με τροποποίηση της 13ης Ιουλίου 2017, η ΒΚΚ ζήτησε από την T-Systems να συμπληρώσει το κεντρικό σύστημα ελέγχου των εκδοτηρίων εισιτηρίων με μονάδα λογισμικού η οποία θα καθιστούσε δυνατή την πώληση εισιτηρίων στο διαδίκτυο.
- 21 Μεταγενέστερα, προβλέφθηκε ότι το ύψος του πρόσθετου ανταλλάγματος, λόγω των διαφόρων τροποποιήσεων της συμβάσεως, δεν μπορούσε να υπερβαίνει το ποσό των 2 530 195 870 HUF (περίπου 8 200 000 ευρώ).
- 22 Στις 29 Σεπτεμβρίου 2017 ο πρόεδρος της αρχής δημοσίων συμβάσεων κίνησε αυτεπαγγέλτως, βάσει του άρθρου 153, παράγραφος 1, στοιχείο c, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, διαδικασία κατά των συμβαλλομένων λόγω παραβάσεως, μεταξύ άλλων, του άρθρου 141, παράγραφος 2 και παράγραφος 4, στοιχεία b και c, του νόμου αυτού και προσέφυγε προς τούτο ενώπιον του τμήματος προσφυγών.
- 23 Το τμήμα προσφυγών έκρινε ότι, για καθεμία από τις τροποποιήσεις της συμβάσεως, έπρεπε να έχει ακολουθηθεί νέα διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού. Υπενθύμισε ότι αμφότεροι οι συμβαλλόμενοι στη σύμβαση οφείλουν να τηρούν τις προϋποθέσεις που προβλέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων σχετικά με την τροποποίηση των συμβάσεων, πράγμα που σημαίνει ότι, σε περίπτωση παραβάσεως εκ μέρους τους των εν λόγω διατάξεων, πρέπει να θεωρηθεί ότι έκαστος εξ αυτών διέπραξε παράβαση.
- 24 Ως εκ τούτου, το τμήμα προσφυγών έκρινε ότι, με τις τροποποιήσεις της συμβάσεως, οι συμβαλλόμενοι είχαν παραβεί, μεταξύ άλλων, τις διατάξεις του άρθρου 141, παράγραφος 8, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων. Λαμβάνοντας υπόψη, μεταξύ άλλων, τις διατάξεις του άρθρου 165, παράγραφος 3, στοιχείο d, του νόμου αυτού, το τμήμα προσφυγών επέβαλε πρόστιμο 80 000 000 HUF (περίπου 258 941 ευρώ) στην ΒΚΚ και πρόστιμο 70 000 000 HUF (περίπου 226 573 ευρώ) στην T-Systems.
- 25 Η T-Systems άσκησε προσφυγή ενώπιον του Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείου περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία) με αίτημα να διαπιστωθεί ότι δεν διέπραξε παράβαση και, συνακόλουθα, να μεταρρυθμιστεί η απόφαση με την οποία της επιβλήθηκε πρόστιμο.
- 26 Η T-Systems φρονεί ότι η υποχρέωση οργανώσεως διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή και ότι ο ανάδοχος δεν μπορεί να θεωρηθεί υπεύθυνος για τις αποφάσεις τις οποίες λαμβάνει η ως άνω αρχή όσον αφορά τις ανάγκες της στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, το τμήμα προσφυγών, καθόσον έκρινε ότι η T-Systems έπρεπε να υποστεί τις συνέπειες των αποφάσεων της ΒΚΚ, παραβίασε τις αρχές της ασφάλειας δικαίου και του κράτους δικαίου.
- 27 Η T-Systems φρονεί ότι στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής του κανόνα δικαίου του άρθρου 141, παράγραφος 8, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων εμπίπτει αποκλειστικά η αναθέτουσα αρχή και ότι, ως εκ τούτου, μόνον αυτή μπορεί να διαπράξει την παράβαση που τιμωρείται από την εν λόγω διάταξη.
- 28 Κατά την T-Systems, οι απαιτήσεις προβλεψιμότητας και επιμέλειας επιβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή και η μη τήρησή τους μπορεί να καταλογισθεί μόνο στην τελευταία οσάκις αυτή λαμβάνει την πρωτοβουλία για την τροποποίηση συμβάσεως.
- 29 Η ΒΚΚ επίσης προσέβαλε, ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, την απόφαση περί επιβολής προστίμου σε βάρος της, ζητώντας την επανεξέταση της αποφάσεως αυτής, τη διαπίστωση της μη διαπράξεως παραβάσεως λόγω των τροποποιήσεων της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως και την ακύρωση του εν λόγω προστίμου.

- 30 Το τμήμα προσφυγών ζητεί από το αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει την ακυρότητα των τροποποιήσεων που επήλθαν στην επίμαχη στην κύρια δίκη σύμβαση, να διατάξει, εφόσον το κρίνει αναγκαίο, την επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα της συμβάσεως κατάσταση και να απορρίψει τα αιτήματα των BKK και T-Systems. Το τμήμα προσφυγών διευκρινίζει ότι, ως προς την τελευταία εταιρία, η παράβαση την οποία διαπίστωσε συνίστατο μόνο σε παράβαση των κανόνων δικαίου στο πεδίο εφαρμογής των οποίων ενέπιπτε αυτή, ήτοι των διατάξεων του άρθρου 141 του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων. Παρατηρεί ότι οι διατάξεις του Αστικού Κώδικα προβλέπουν ότι, προκειμένου να υπάρξει τροποποίηση της συμβάσεως, είναι αναγκαίο να υπάρχει σύμπτωση βουλήσεων αμοτέρων των συμβαλλομένων, γεγονός το οποίο δικαιολογεί την εξέταση της παραβάσεως των διατάξεων περί τροποποίησης της συμβάσεως σε σχέση με αμφοτέρους τους συμβαλλομένους.
- 31 Ο πρόεδρος της αρχής δημοσίων συμβάσεων εκτιμά, από την πλευρά του, ότι η σύννομη ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως αποτελεί ευθύνη πρωτίστως, αλλά όχι αποκλειστικώς, της αναθέτουσας αρχής. Υπογραμμίζει ότι δεν είναι σπάνιο ο ανάδοχος δημόσιας συμβάσεως να λαμβάνει την πρωτοβουλία για την τροποποίηση συμβάσεως. Αναφέρει επίσης τη θεμελιώδη αρχή του αστικού δικαίου κατά την οποία η τροποποίηση της συμβάσεως προϋποθέτει τη σύμπτωση βουλήσεως των οικείων συμβαλλομένων.
- 32 Το αιτούν δικαστήριο υπενθυμίζει ότι στην αναθέτουσα αρχή απόκειται να οργανώσει διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού.
- 33 Κατά το αιτούν δικαστήριο, για τη διατήρηση όσο το δυνατόν ευρύτερου ανταγωνισμού, προβλέπονται, ακόμη και μετά τη σύναψη της συμβάσεως, αυστηρές κυρώσεις για τις παράνομες συμπεριφορές οι οποίες απορρέουν από την έννομη σχέση μεταξύ των μερών. Διευκρινίζει ότι οι σχέσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του αστικού δικαίου λόγω της συνάψεως της συμβάσεως.
- 34 Το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι από τις διατάξεις του άρθρου 141 του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων προκύπτει ότι, καίτοι η τροποποίηση της συμβάσεως μπορεί να επέλθει μόνο με σύμπτωση της βουλήσεως των μερών, ωστόσο η αναθέτουσα αρχή είναι η μόνη κατά της οποίας μπορεί να προβληθεί παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, καθόσον εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής *ratione personae* της κανονιστικής ρυθμίσεως.
- 35 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι οι διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας σχετικά με τα ένδικα βοηθήματα δεν προσδιορίζουν σε ποιους από τους μετέχοντες στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως μπορούν να επιβληθούν κυρώσεις. Προκειμένου όμως να καθοριστεί το υποκείμενο δικαίου το οποίο πρέπει να θεωρηθεί ότι παρέβη κάποιον κανόνα, πρέπει να προσδιοριστεί το πρόσωπο που εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της παραβιασθείσας διάταξης. Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι η προβλεπόμενη κύρωση, η οποία έχει χαρακτήρα ποινής και πρέπει να επιβάλλεται αποκλειστικώς στον παραβάτη, πρέπει να αφορά το πρόσωπο που υπέχει υποχρέωση διεξαγωγής διαδικασίας διαγωνισμού, ήτοι την αναθέτουσα αρχή.
- 36 Το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει σε πλείονες αποφάσεις των ουγγρικών δικαστηρίων από τις οποίες προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ή ο οικονομικός φορέας απαλλάχθηκε από την καταβολή του επιβληθέντος προστίμου, λόγω ιδίως του ότι ο τελευταίος δεν ήταν υπεύθυνος για την οργάνωση της διαδικασίας διαγωνισμού.
- 37 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το γεγονός ότι ο ανάδοχος εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων σχετικά με την τροποποίηση των συμβάσεων δεν σημαίνει ότι αυτός έχει την ίδια ευθύνη με την αναθέτουσα αρχή από την άποψη του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

- 38 Το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι, εφόσον μπορεί να αμφισβητηθεί η ευθύνη των συμβαλλομένων από την άποψη του εν λόγω δικαίου, πρέπει να διασφαλίζεται σε αυτούς η δυνατότητα να επικαλούνται αποδεικτικά στοιχεία με τα οποία να διευκρινίζεται η συμμετοχή τους στην τροποποίηση της επίμαχης συμβάσεως και στη διάπραξη της ενδεχομένης παραβάσεως.
- 39 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας πρωτεύουσας) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:
- «1) Αντιβαίνει στα άρθρα 41, παράγραφος 1, και 47 του [Χάρτη] καθώς και στα εκτιθέμενα στις αιτιολογικές σκέψεις 10, 29, 107, 109 και 111 και στα άρθρα 1, παράγραφος 2, και 72 της οδηγίας [2014/24], εθνική διάταξη ή πρακτική ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης αυτής η οποία, λαμβανομένης υπόψη της συμβατικής έννομης σχέσης μεταξύ των συμβαλλομένων, ορίζει ότι διαπράττει παράβαση, λόγω παράνομης μη διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού και λόγω παραβάσεως των διατάξεων περί τροποποιήσεως των συμβάσεων, όχι μόνο η αναθέτουσα αρχή, η οποία υποστηρίζεται ότι παραβαίνει τους κανόνες περί τροποποιήσεως των συμβάσεων, αλλά και ο ανάδοχος ο οποίος συνήψε με την αναθέτουσα αρχή σύμβαση, καθόσον για την παράνομη τροποποίηση των συμβάσεων απαιτείται η σύμπραξη των συμβαλλομένων;
- 2) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο ερώτημα, λαμβανομένων υπόψη των διατάξεων των άρθρων 41, παράγραφος 1, και 47 του [Χάρτη], καθώς και των εκτιθεμένων στις αιτιολογικές σκέψεις 10, 29, 107, 109 και 111, και στα άρθρα 1, παράγραφος 2, και 72 της οδηγίας [2014/24], αντιβαίνει στις αιτιολογικές σκέψεις 19, 20 και 21 της οδηγίας [2007/66], καθώς και στο [άρθρο 2ε], παράγραφος 2, της οδηγίας [89/665], και στο [ιδίου περιεχομένου] άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας [92/13], εθνική διάταξη ή πρακτική ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης αυτής η οποία επιτρέπει να επιβάλλεται και στον ανάδοχο που έχει συνάψει τη σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή κύρωση (πρόστιμο) –διαφορετική από τη μείωση της χρονικής ισχύος της σύμβασης– λόγω παράνομης μη διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού και λόγω παραβάσεως των διατάξεων περί τροποποιήσεως των συμβάσεων;
- 3) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο υποβάλλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ακόλουθο ερώτημα: είναι επαρκής, για τον καθορισμό του προστίμου, η περίπτωση ότι υφίσταται συμβατική έννομη σχέση μεταξύ των συμβαλλομένων, χωρίς να εξεταστούν η συμπεριφορά των συμβαλλομένων και η συμβολή τους στην τροποποίηση της σύμβασης;»

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

- 40 Κατά το αιτούν δικαστήριο, η επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης εξαρτάται από το ζήτημα αν ο Χάρτης καθώς και οι οδηγίες 89/665, 92/13, 2007/66 και 2014/24 αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, επιτρέπει τον καταλογισμό της παραβάσεως και την επιβολή προστίμου όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο δημόσιας συμβάσεως, στην περίπτωση που κατά την τροποποίηση της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως δεν τηρήθηκαν παρά τον νόμο οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων.
- 41 Πρώτον, διαπιστώνεται ότι οι διατάξεις του Χάρτη δεν είναι λυσιτελείς προκειμένου να διαφωτίσουν το αιτούν δικαστήριο στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης.

- 42 Πράγματι, αφενός, από το γράμμα του άρθρου 41 του Χάρτη προκύπτει σαφώς ότι αυτό απευθύνεται όχι στα κράτη μέλη, αλλά αποκλειστικά στα θεσμικά και τα άλλα όργανα και τους οργανισμούς της Ένωσης (απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18 και C-497/18, EU:C:2020:240, σκέψη 63 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).
- 43 Αφετέρου, όσον αφορά το άρθρο 47 του Χάρτη, το οποίο επίσης επικαλείται το αιτούν δικαστήριο, υπενθυμίζεται ότι στα κράτη μέλη εναπόκειται, όταν καθορίζουν τους δικονομικούς κανόνες που διέπουν τα ένδικα βοηθήματα με τα οποία διασφαλίζεται η προστασία των δικαιωμάτων που το δίκαιο της Ένωσης παρέχει στους θιγόμενους από αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υποψηφίους και προσφέροντες, να λαμβάνουν μέριμνα ώστε να μη θίγονται τα δικαιώματα που απονέμονται στους ιδιώτες από το δίκαιο της Ένωσης, ιδίως το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής και πρόσβασης σε αμερόληπτο δικαστήριο το οποίο κατοχυρώνεται από το άρθρο 47 του Χάρτη (απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18 και C-497/18, EU:C:2020:240, σκέψη 64 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).
- 44 Ωστόσο, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας που έχει στη διάθεσή του το Δικαστήριο δεν προκύπτει ότι η διαδικασία κατά το πέρας της οποίας, σε περίπτωση παράνομης τροποποίησης υπό εκτέλεση δημόσιας συμβάσεως, επιβάλλεται πρόστιμο όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της συμβάσεως έχει ως αποτέλεσμα την προσβολή του δικαιώματος πραγματικής προσφυγής ή προσβάσεως σε αμερόληπτο δικαστήριο.
- 45 Δεύτερον, υπενθυμίζεται ότι, κατά πάγια νομολογία, στο πλαίσιο της διαδικασίας συνεργασίας μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου την οποία καθιερώνει το άρθρο 267 ΣΛΕΕ, το Δικαστήριο οφείλει να δώσει στον εθνικό δικαστή χρήσιμη απάντηση που να του παρέχει τη δυνατότητα επιλύσεως της διαφοράς της οποίας έχει επιληφθεί. Υπό το πρίσμα αυτό, το Δικαστήριο μπορεί να αναδιατυπώσει, εφόσον είναι αναγκαίο, τα ερωτήματα που του έχουν υποβληθεί. Επιπλέον, το Δικαστήριο ενδέχεται να χρειαστεί να λάβει υπόψη κανόνες του δικαίου της Ένωσης στους οποίους δεν αναφέρθηκε ο εθνικός δικαστής με το ερώτημά του (αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, σκέψη 8, και της 8ης Ιουνίου 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, σκέψη 55).
- 46 Εν προκειμένω, στο μέτρο που η επίμαχη στην κύρια δίκη σύμβαση αφορούσε την κατασκευή, τη μεταφορά, την εγκατάσταση και την πλήρη εκμετάλλευση εκδοτηρίων εισιτηρίων, εφαρμογής μπορεί να τύχει η οδηγία 2014/25 και όχι η οδηγία 2014/24, πράγμα το οποίο, πάντως, απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει.
- 47 Επομένως, προκειμένου να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, πρέπει να ληφθούν υπόψη οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117 καθώς και το άρθρο 1, παράγραφος 2, και το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25, που αντιστοιχούν, στο πλαίσιο της τελευταίας αυτής οδηγίας, στις αιτιολογικές σκέψεις και τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24 που μνημονεύονται στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως.
- 48 Υπό τις συνθήκες αυτές, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το αιτούν δικαστήριο, με το πρώτο και το δεύτερο ερώτημά του, ζητεί να διευκρινιστεί αν το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665, το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13, οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66, οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117, το άρθρο 1, παράγραφος 2, και το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25 αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, επιτρέπει τον καταλογισμό παραβάσεως και την επιβολή προστίμου όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της συμβάσεως, στην περίπτωση που, κατά την τροποποίηση της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως, δεν τηρήθηκαν παρά τον νόμο οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, και, με το τρίτο ερώτημά του, αν, σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο και το δεύτερο ερώτημα, το ποσό του προστίμου που επιβάλλεται ως κύρωση για την παράνομη τροποποίηση της δημόσιας συμβάσεως η οποία συνήφθη μεταξύ της

αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου πρέπει να καθορίζεται λαμβάνοντας υπόψη την ύπαρξη και μόνον της συμβατικής έννομης σχέσης μεταξύ των συμβαλλομένων ή αν είναι αναγκαίο να λαμβάνεται υπόψη η συμπεριφορά εκάστου των εν λόγω συμβαλλομένων.

Επί του πρώτου και του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος

- 49 Με το πρώτο και το δεύτερο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665, το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13, οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66, οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117, το άρθρο 1, παράγραφος 2, καθώς και το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25 έχουν την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, επιτρέπει τον καταλογισμό παραβάσεως και την επιβολή προστίμου όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της συμβάσεως, στην περίπτωση που, κατά την τροποποίηση της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως, δεν τηρήθηκαν παρά τον νόμο οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων.
- 50 Πρώτον, υπογραμμίζεται ότι, ασφαλώς, οι οδηγίες 89/665 και 92/13 προβλέπουν απλώς ότι τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση (απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18 και C-497/18, EU:C:2020:240, σκέψη 71).
- 51 Πράγματι, οι διατάξεις αυτές, των οποίων σκοπός είναι η προστασία των οικονομικών φορέων έναντι των αυθαιρεσιών της αναθέτουσας αρχής, επιδιώκουν συνεπώς να εξασφαλίσουν την ύπαρξη, σε όλα τα κράτη μέλη, αποτελεσματικών μέσων προσφυγής, ώστε να κατοχυρώνεται η εφαρμογή στην πράξη των κανόνων της Ένωσης σχετικά με τη σύναψη των δημόσιων συμβάσεων, ιδίως σε στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις μπορούν ακόμη να διορθωθούν (απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18 και C-497/18, EU:C:2020:240, σκέψη 72).
- 52 Υπό αυτό το πρίσμα, το άρθρο 2ε της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 2ε της οδηγίας 92/13, τα οποία έχουν την ίδια διατύπωση, επιβάλλουν στα κράτη μέλη την υποχρέωση να προβλέπουν, σε περίπτωση παραβάσεως ορισμένων διατάξεων των οδηγιών αυτών, ότι η σύμβαση καθίσταται ανενεργός είτε εναλλακτικές κυρώσεις οι οποίες μπορούν να συνίστανται στην επιβολή χρηματικών ποινών στην αναθέτουσα αρχή.
- 53 Εντούτοις, μολονότι οι οδηγίες 89/665 και 92/13 επιβάλλουν να υπάρχουν ένδικο βοηθήματα στη διάθεση επιχειρήσεων οι οποίες έχουν ή είχαν συμφέρον να τους ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και οι οποίες υπέστησαν ή ενδέχεται να υποστούν ζημία από εικαζόμενη παράβαση, δεν είναι, πάντως, δυνατό να θεωρηθεί ότι προβαίνουν σε πλήρη εναρμόνιση και, ως εκ τούτου, ότι προβλέπουν το σύνολο των δυνατών ενδίκων βοηθημάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (απόφαση της 26 Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18 και C-497/18, EU: 2020:240, σκέψη 73).
- 54 Επομένως, το άρθρο 2ε της οδηγίας 89/665 και το άρθρο 2ε της οδηγίας 92/13 αφορούν μόνον τις προσφυγές που ασκούνται από επιχειρήσεις οι οποίες έχουν ή είχαν συμφέρον να τους ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και οι οποίες υπέστησαν ή ενδέχεται να υποστούν ζημία από εικαζόμενη παράβαση.
- 55 Υπό τις συνθήκες αυτές, τα εν λόγω άρθρα δεν μπορούν να εμποδίσουν ούτε την αυτεπάγγελτη κίνηση διαδικασίας προσφυγής από ελεγκτική αρχή ούτε τη δυνατότητα να καταλογιστεί και στον ανάδοχο της συμβάσεως, και όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή, παράβαση που αφορά την τροποποίηση υπό εκτέλεση δημόσιας συμβάσεως χωρίς να τηρηθούν οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και, κατά συνέπεια, την επιβολή κυρώσεως υπό μορφή προστίμου τόσο στην αναθέτουσα αρχή όσο και στον ανάδοχο.

- 56 Εξάλλου, οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66, με την οποία προστέθηκε το εν λόγω άρθρο 2ε στις οδηγίες 89/665 και 92/13, ουδόλως αναιρούν την ερμηνεία αυτή.
- 57 Δεύτερον, ούτε από το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/25, το οποίο οριοθετεί το καθ' ύλην και το προσωπικό πεδίο εφαρμογής αυτής, ούτε από την αιτιολογική σκέψη 12 της εν λόγω οδηγίας, η οποία, προς στήριξη της ως άνω διατάξεως, διευκρινίζει μεταξύ άλλων την έννοια της «αναθέτουσα αρχής», μπορεί να συναχθεί ότι οι κανόνες δικαίου που θεσπίζει η εν λόγω οδηγία δεν αφορούν τους αναδόχους δημοσίων συμβάσεων.
- 58 Συγκεκριμένα, αφενός, κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/25, διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας είναι η απόκτηση από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, μέσω σύμβασης προμηθειών, έργων ή υπηρεσιών, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι, κατόπιν υποβολής εκ μέρους τους υποψηφιότητας ή προσφοράς, επιλέγονται από τους εν λόγω αναθέτοντες φορείς. Επομένως, ο όρος «οικονομικοί φορείς» που χρησιμοποιείται στη διάταξη αυτή περιλαμβάνει κατ' ανάγκην τους αναδόχους δημοσίων συμβάσεων.
- 59 Αφετέρου, το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25, με τίτλο «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκεια τους», το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο IV, σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης, του τίτλου II της οδηγίας αυτής, επιβεβαιώνει την εφαρμογή της εν λόγω οδηγίας στους αναδόχους συμβάσεων.
- 60 Πράγματι, το εν λόγω άρθρο απαριθμεί στις παραγράφους 1 και 2 τις διάφορες περιπτώσεις στις οποίες μια σύμβαση μπορεί, κατά τη διάρκειά της, να τροποποιηθεί από τα συμβαλλόμενα μέρη, ήτοι από την αναθέτουσα αρχή και τον ανάδοχο, χωρίς νέα διαδικασία συνάψεως σύμβασης, ανεξαρτήτως του αν η τροποποίηση αυτή συνεπάγεται τη δημοσίευση γνωστοποιήσεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.
- 61 Όσον αφορά το άρθρο 89, παράγραφος 5, της οδηγίας, η διάταξη αυτή καθιστά υποχρεωτική την οργάνωση νέας διαδικασίας συνάψεως σύμβασης για διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου αυτού τροποποιήσεις των διατάξεων δημοσίας σύμβασης κατά τη διάρκειά της. Επομένως, η οργάνωση νέας διαδικασίας συνάψεως σύμβασης απαιτείται για τροποποιήσεις που παρουσιάζουν χαρακτηριστικά ουσιωδώς διαφορετικά από εκείνα της αρχικής σύμβασης και τα οποία, κατά συνέπεια, υποδηλώνουν τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της σύμβασης αυτής (βλ. κατ' αναλογία αποφάσεις της 19ης Ιουνίου 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψη 34, και της 29ης Απριλίου 2010, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, C-160/08, EU:C:2010:230, σκέψη 99).
- 62 Εντούτοις, το άρθρο 89, παράγραφος 5, της εν λόγω οδηγίας δεν προβλέπει τις συνέπειες που πρέπει να συναγάγουν οι εθνικές αρχές από το γεγονός ότι μια υπό εκτέλεση δημόσια σύμβαση τροποποιήθηκε ουσιωδώς χωρίς τη διεξαγωγή νέας διαδικασίας συνάψεως σύμβασης.
- 63 Επιπλέον, επισημαίνεται ότι οι αιτιολογικές σκέψεις 113, 115 και 117 της οδηγίας 2014/25, στις οποίες αναφέρεται το αιτούν δικαστήριο, δεν παρέχουν συναφώς καμία διευκρίνιση, ενώ εξάλλου η αιτιολογική σκέψη 113 αναφέρει ότι ουσιώδεις τροποποιήσεις μιας υπό εκτέλεση δημόσιας σύμβασης αποτελούν ένδειξη της πρόθεσης των συμβαλλομένων στην εν λόγω σύμβαση να επαναδιαπραγματευθούν σημαντικούς όρους αυτής.
- 64 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, στο μέτρο που ούτε το άρθρο 1, παράγραφος 2, ούτε το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25 προβαίνουν σε πλήρη εναρμόνιση, καμία από τις δύο αυτές διατάξεις δεν μπορεί να εμποδίσει, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής η οποία κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, τον καταλογισμό παραβάσεως συνιστάμενης στην τροποποίηση υπό εκτέλεση δημοσίας σύμβασης

κατά παράβαση των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της εν λόγω συμβάσεως και, κατά συνέπεια, την επιβολή κυρώσεως υπό μορφή προστίμου στον τελευταίο.

- 65 Εντούτοις, οσάκις εθνική ρύθμιση προβλέπει διαδικασία προσφυγής την οποία κινεί αυτεπαγγέλτως ελεγκτική αρχή και η οποία έχει ως αποτέλεσμα τον καταλογισμό παραβάσεως στον ανάδοχο της δημόσιας συμβάσεως λόγω παράνομης τροποποίησης της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως και, συνακόλουθα, την επιβολή σε αυτόν προστίμου, η διαδικασία αυτή πρέπει να είναι σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης στο μέτρο που μια τέτοια σύμβαση εμπίπτει η ίδια στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, είτε εξ αρχής είτε κατόπιν της παράνομης τροποποίησής της.
- 66 Ως εκ τούτου, μια τέτοια διαδικασία προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως πρέπει να είναι σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης, συμπεριλαμβανομένων των γενικών αρχών αυτού.
- 67 Κατόπιν των προεκτεθέντων, στο πρώτο και το δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665, το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13, οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66, καθώς και οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117, το άρθρο 1, παράγραφος 2, και το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25 έχουν την έννοια ότι δεν αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, επιτρέπει τον καταλογισμό παραβάσεως και την επιβολή προστίμου όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της συμβάσεως, στην περίπτωση που, κατά την τροποποίηση της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως, δεν τηρήθηκαν παρά τον νόμο οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, όταν η δυνατότητα αυτή προβλέπεται από την εθνική νομοθεσία, η διαδικασία προσφυγής πρέπει να είναι σύμφωνη το δίκαιο της Ένωσης, συμπεριλαμβανομένων των γενικών αρχών του, στο μέτρο που η οικεία δημόσια σύμβαση εμπίπτει η ίδια στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, είτε εξ αρχής είτε κατόπιν της παράνομης τροποποίησής της.

Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος

- 68 Με το τρίτο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν, σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο και το δεύτερο ερώτημα, το ύψος του προστίμου το οποίο επιβάλλεται ως κύρωση για την παράνομη τροποποίηση δημόσιας συμβάσεως συναφθείσας μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου της συμβάσεως πρέπει να καθορίζεται λαμβάνοντας υπόψη την ύπαρξη και μόνον της συμβατικής σχέσεως μεταξύ των συμβαλλομένων αυτών, βάσει της οποίας απαιτείται σύμπτωση της βουλήσεώς τους για την τροποποίηση της δημόσιας συμβάσεως που τους συνδέει, ή αν είναι αναγκαίο να ληφθεί υπόψη η συμπεριφορά εκάστου εξ αυτών.
- 69 Όπως προκύπτει από τη σκέψη 65 της παρούσας αποφάσεως, οσάκις εθνική ρύθμιση προβλέπει διαδικασία προσφυγής την οποία κινεί αυτεπαγγέλτως ελεγκτική αρχή και η οποία έχει ως αποτέλεσμα τον καταλογισμό παραβάσεως στον ανάδοχο της δημόσιας συμβάσεως, λόγω παράνομης τροποποίησης της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως, και, συνακόλουθα, την επιβολή σε αυτόν προστίμου, η διαδικασία αυτή πρέπει να είναι σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης στο μέτρο που μια τέτοια σύμβαση εμπίπτει η ίδια στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, είτε εξ αρχής είτε κατόπιν της παράνομης τροποποίησής της.
- 70 Επομένως, υπό το πρίσμα του περιεχομένου του τρίτου ερωτήματος, είναι αναγκαίο να προσδιοριστούν οι απαιτήσεις που απορρέουν από την αρχή της αναλογικότητας και οι οποίες πρέπει να τηρούνται όταν, στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης διαδικασίας προσφυγής, πρέπει να καθορισθεί το ποσό του προστίμου που επιβάλλεται στον ανάδοχο της δημόσιας συμβάσεως.

- 71 Υπενθυμίζεται ότι, κατά την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης, οι κανόνες που θεσπίζουν τα κράτη μέλη ή οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο της εφαρμογής των διατάξεων των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη των σκοπών που επιδιώκουν οι εν λόγω οδηγίες (πρβλ. αποφάσεις της 8ης Φεβρουαρίου 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, σκέψη 32, και της 30ής Ιανουαρίου 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, σκέψη 45).
- 72 Εν προκειμένω, μολονότι απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εκτιμήσει αν το ποσό του προστίμου που επιβλήθηκε στην T-Systems είναι ανάλογο προς τους σκοπούς του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, η ελεγκτική αρχή ή το αιτούν δικαστήριο δεν δύναται να καθορίσει το εν λόγω ποσό λαμβάνοντας υπόψη αποκλειστικά και μόνον το γεγονός ότι, βάσει της συμβατικής σχέσεως που τους συνδέει, απαιτείται σύμπραξη των συμβαλλομένων προκειμένου να υπάρξει τροποποίηση της δημόσιας συμβάσεως που έχουν συνάψει. Συγκεκριμένα, το ποσό αυτό πρέπει να καθορίζεται σε συνάρτηση με τη συμπεριφορά ή τις ενέργειες των συμβαλλομένων στην οικεία δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της περιόδου κατά την οποία προτίθεντο να την τροποποιήσουν.
- 73 Όσον αφορά ειδικότερα τον ανάδοχο, μπορεί να ληφθεί υπόψη, μεταξύ άλλων, το γεγονός ότι αυτός έλαβε την πρωτοβουλία να προτείνει την τροποποίηση της συμβάσεως ή ότι πρότεινε, ή ακόμη και ζήτησε, από την αναθέτουσα αρχή να μην οργανώσει διαδικασία διαγωνισμού προκειμένου να ανταποκριθεί στις ανάγκες που καθιστούσαν αναγκαία την τροποποίηση της εν λόγω συμβάσεως.
- 74 Αντιθέτως, το ποσό του προστίμου που επιβάλλεται στον εν λόγω ανάδοχο δεν μπορεί να εξαρτάται από το γεγονός ότι δεν διεξήχθη διαδικασία διαγωνισμού για την τροποποίηση της συμβάσεως, δεδομένου ότι η απόφαση περί διεξαγωγής τέτοιας διαδικασίας εμπίπτει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.
- 75 Κατά συνέπεια στο τρίτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το ύψος του προστίμου το οποίο επιβάλλεται ως κύρωση για την παράνομη τροποποίηση δημόσιας συμβάσεως συναφθείσας μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου της συμβάσεως πρέπει να καθορίζεται λαμβανομένης υπόψη της συμπεριφοράς εκάστου των συμβαλλομένων αυτών.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 76 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σε αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τέταρτο τμήμα) αποφαινεται:

- 1) Το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66, οι αιτιολογικές σκέψεις 19 έως 21 της οδηγίας 2007/66, καθώς και οι αιτιολογικές σκέψεις 12, 113, 115 και 117, το άρθρο 1, παράγραφος 2, και το άρθρο 89 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες

σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ, έχουν την έννοια ότι δεν αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής που κινείται αυτεπαγγέλτως από ελεγκτική αρχή, επιτρέπει τον καταλογισμό παραβάσεως και την επιβολή προστίμου όχι μόνο στην αναθέτουσα αρχή αλλά και στον ανάδοχο της συμβάσεως, στην περίπτωση που, κατά την τροποποίηση της εν λόγω υπό εκτέλεση συμβάσεως, δεν τηρήθηκαν παρά τον νόμο οι κανόνες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, όταν η δυνατότητα αυτή προβλέπεται από την εθνική νομοθεσία, η διαδικασία προσφυγής πρέπει να είναι σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης, συμπεριλαμβανομένων των γενικών αρχών του, στο μέτρο που η οικεία δημόσια σύμβαση εμπίπτει η ίδια στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, είτε εξ αρχής είτε κατόπιν της παράνομης τροποποίησής της.

- 2) Το ύψος του προστίμου το οποίο επιβάλλεται ως κύρωση για την παράνομη τροποποίηση δημοσίας συμβάσεως συναφθείσας μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου της συμβάσεως πρέπει να καθορίζεται λαμβανομένης υπόψη της συμπεριφοράς εκάστου των συμβαλλομένων αυτών.

(υπογραφές)