



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (četvrto vijeće)

14. svibnja 2020.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Provedba postupka javne nabave – Direktiva 2014/24/EU – Članak 1. stavak 2. i članak 72. – Direktiva 2014/25/EU – Članak 1. stavak 2. i članak 89. – Postupci kontrole u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima – Direktiva 89/665/EEZ – Članak 2.e stavak 2. – Postupci nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru – Direktiva 92/13/EEZ – Članak 2.e stavak 2. – Izmjene ugovora sklopljenog nakon provedbe postupka javne nabave – Neprovođenje novog postupka nabave – Novčane kazne izrečene javnom naručitelju i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor – Načelo proporcionalnosti”

U predmetu C-263/19,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Fővárosi Törvényszék (Okružni sud u Budimpešti, Mađarska), odlukom od 7. ožujka 2019., koju je Sud zaprimio 28. ožujka 2019., u postupku

T-Systems Magyarország Zrt.,

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

protiv

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,

uz sudjelovanje:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke,

SUD (četvrto vijeće),

u sastavu: M. Vilaras (izvjestitelj), predsjednik vijeća, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe i N. Piçarra, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: M. Krausenböck, administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 5. veljače 2020.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

– za T-Systems Magyarország Zrt., P. Szilas, Zs. Okányi i V. Kovács, *ügyvédek*,

* Jezik postupka: mađarski

- za Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, I. Hunya, u svojstvu agenta,
 - za Közbeszerzési Hatóság Elnöke, T. A. Cseh, u svojstvu agenta,
 - za mađarsku vladu, M. Z. Fehér, G. Koós i M. M. Tátrai, u svojstvu agenata,
 - za Europsku komisiju, L. Haasbeek, P. Ondrůšek i A. Tokár, u svojstvu agenata,
- odlučivši, nakon što je saslušao nezavisnog odvjetnika, da u predmetu odluči bez mišljenja,
donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se, u biti, na tumačenje članka 1. stavka 2. i članka 72. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.), članka 2.e stavka 2. Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima (SL 1989., L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3. i ispravak SL 2016., L 63, str. 44.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.) (u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665), članka 2.e stavka 2. Direktive Vijeća 92/13/EEZ od 25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru (SL 1992., L 76, str. 14.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 72.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66 (u daljnjem tekstu: Direktiva 92/13), kao i članaka 41. i 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).
- 2 Zahtjev je podnesen u okviru spora između, s jedne strane, društava T-Systems Magyarország Zrt. (u daljnjem tekstu: T-Systems) i BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (u daljnjem tekstu: BKK) i, s druge strane, Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (Arbitražna komisija za javnu nabavu pri Uredu za javnu nabavu, Mađarska; u daljnjem tekstu: arbitražna komisija), povodom novčanih kazni izrečenih tim društvima zbog izmjene ugovora koji se provodi i koji ih je obvezivao a da pritom nisu provedeni novi postupci javne nabave.

Pravni okvir

Pravo Unije

Direktiva 89/665

- 3 Članak 2.e Direktive 89/665, naslovljen „Kršenja ove Direktive i alternativne kazne”, određuje:

„1. U slučaju kršenja članka 1. stavka 5., članka 2. stavka 3. ili članka 2.a stavka 2., koje nije obuhvaćeno člankom 2.d stavkom 1. točkom (b), države članice predviđaju nevaženje u skladu s člankom 2.d stavcima 1. do 3., ili alternativne kazne. Države članice mogu predvidjeti da tijelo nadležno za pravnu zaštitu, neovisno o javnom naručitelju, nakon procjene svih relevantnih aspekata odluči hoće li se ugovor smatrati nevažećim ili će se nametnuti alternativne kazne.

2. Alternativne kazne moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće. Alternativne kazne su:

- nametanje novčanih kazni javnom naručitelju, ili
- skraćivanje trajanja ugovora.

Države članice mogu tijelu nadležnom za pravnu zaštitu prenijeti široke diskrecijske ovlasti da bi uzimalo u obzir sve relevantne činjenice, uključujući ozbiljnost kršenja, ponašanje javnog naručitelja i, u slučajevima navedenim u članku 2.d stavku 2., opseg u kojem ugovor ostaje na snazi.

Dodjela naknade štete ne predstavlja primjerenu kaznu u smislu ovog stavka.”

Direktiva 92/13

- 4 Odredbe članka 2.e Direktive 92/13, naslovljenog „Kršenja ove Direktive i alternativne kazne”, sastavljene su na jednak način kao i odredbe članka 2.e Direktive 89/665.

Direktiva 2007/66

- 5 Uvodne izjave 19. do 21. Direktive 2007/66 glase:

„(19) U slučaju drugih kršenja odredaba formalne prirode države članice mogu smatrati načelo nevaženja neprikladnim. U tim slučajevima potrebno je da države članice imaju mogućnost predvidjeti alternativne kazne. Potrebno je da su alternativne kazne ograničene na nametanje novčanih kazni, koje se plaćaju tijelu koje je neovisno o javnom naručitelju ili naručitelju, ili na skraćivanje trajanja ugovora. Države članice same će utvrditi pojedinosti alternativnih kazni i pravila njihove primjene.

(20) Ovom se Direktivom ne isključuje primjena strožih kazni u skladu s nacionalnim pravom.

(21) Cilj koji je potrebno postići kada države članice utvrđuju pravila kojima se osigurava da se ugovor smatra nevažećim jest da se više ne primjenjuju i ne provode prava i obveze strana u okviru ugovora. Posljedice, koje proizlaze iz činjenice da se ugovor smatra nevažećim, potrebno je utvrditi u pravu pojedinih država. Nacionalni zakoni mogu stoga npr. predvidjeti retroaktivno poništavanje svih ugovornih obveza (*ex tunc*) ili obratno, ograničiti djelovanje poništenja na one obveze koje se još moraju ispuniti (*ex nunc*). To ne smije dovesti do toga da nedostaju stroge kazne za slučaj da su obveze koje proistječu iz nekog ugovora već u potpunosti ili gotovo potpuno ispunjene. U tim slučajevima potrebno je da države članice također predvide alternativne kazne, uzimajući u obzir opseg do kojeg je ugovor još važeći prema nacionalnim zakonima. Na isti je način potrebno nacionalnim pravom utvrditi i posljedice vezane uz mogući povrat iznosa koji su možda već plaćeni, kao i uz ostale oblike mogućih naknada, uključujući povrat vrijednosti ako naknada u naturi nije moguća.”

Direktiva 2014/24

- 6 Uvodne izjave 10., 29., 107., 109. i 111. Direktive 2014/24 glase kako slijedi:

„(10) Pojam ‚javni naručitelji’ te posebno pojam ‚javnopravna tijela’ više su puta razmatrani u okviru sudske prakse Suda Europske unije. Kako bi se pojasnilo da se područje primjene ove Direktive *ratione personae* ne bi trebalo mijenjati, prikladno je zadržati definiciju na kojoj se temelji Sud te

uvrstiti određeni broj pojašnjenja dobivenih sudskom praksom kao ključni čimbenik za razumijevanje samih definicija bez namjere mijenjanja značenja koncepata u skladu s objašnjenjem sudske prakse. [...]

[...]

(29) Prikladno je ponoviti da se ova Direktiva primjenjuje samo na javne naručitelje iz država članica. [...]

[...]

(107) Potrebno je pojasniti uvjete u kojima izmjene ugovora tijekom njegova izvršavanja zahtijevaju pokretanje novog postupka nabave, uzimajući u obzir relevantnu sudsku praksu [Suda]. Pokretanje novog postupka nabave potrebno je u slučaju materijalnih izmjena prvotnog ugovora, pogotovo u slučaju izmjena opsega i sadržaja uzajamnih prava i obveza stranki, uključujući raspodjelu prava intelektualnog vlasništva. Takve izmjene ukazuju na namjeru stranki da ponovno pregovaraju o ključnim uvjetima tog ugovora. To posebno može biti slučaj ako bi izmijenjeni uvjeti utjecali na rezultate postupka da su bili dio prvotnog postupka.

Izmjene ugovora čiji su rezultat neznatne izmjene vrijednosti ugovora do određene razine uvijek bi trebale biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka nabave. S tim ciljem te kako bi se osigurala pravna sigurnost, ova bi Direktiva trebala predvidjeti pragove *de minimis* ispod kojih nije potrebno provoditi novi postupak nabave. Izmjene ugovora iznad tih pragova trebale bi biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka nabave u onoj mjeri u kojoj su u skladu s relevantnim uvjetima iz ove Direktive.

[...]

(109) Javni naručitelji mogu biti suočeni s vanjskim okolnostima koje nisu mogli predvidjeti u trenutku dodjele ugovora, posebno ako će za izvršenje ugovora biti potrebno duže razdoblje. U tom slučaju potreban je određeni stupanj fleksibilnosti kako bi se ugovor prilagodio tim okolnostima bez provođenja novog postupka nabave. [...]

[...]

(111) Javni naručitelji trebali bi, u pojedinim ugovorima, imati mogućnost izmjena ugovora u obliku revizijskih klauzula ili opcija, no takve klauzule ne bi im trebale omogućiti neograničenu diskreciju. U ovoj Direktivi trebalo bi stoga odrediti mjeru u kojoj je moguće mijenjati prvotni ugovor. [...]"

7 Članak 1. stavak 2. Direktive 2014/24 predviđa:

„Nabava u smislu ove Direktive podrazumijeva stjecanje putem ugovora o javnoj nabavi, radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više javnih naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti javni naručitelji odabrali, bez obzira na to jesu li radovi, roba ili usluge namijenjene javnoj svrsi.”

- 8 Glava II. Direktive 2014/24, naslovljena „Pravila o ugovorima o javnoj nabavi”, sadržava, među ostalim, poglavlje IV., koje se odnosi na „[i]zvršenje ugovora”, u kojem se nalaze članci 70. do 73. te direktive. Članak 72., naslovljen „Izmjena ugovora tijekom njegova trajanja”, određuje:

„1. Ugovore i okvirne sporazume moguće je mijenjati bez novog postupka nabave u skladu s ovom Direktivom u svim sljedećim slučajevima:

- (a) ako su izmjene, bez obzira na njihovu novčanu vrijednost, predviđene u prvotnoj dokumentaciji o nabavi putem jasnih, preciznih i nedvosmislenih revizijskih klauzula, koje mogu uključivati klauzule o izmjeni cijene, ili opcija. U tim klauzulama navodi se opseg i priroda mogućih izmjena ili opcija kao i uvjeti u kojima se mogu upotrijebiti. Njima se ne predviđaju izmjene ili opcije koje bi izmijenile ukupnu prirodu ugovora ili okvirnog sporazuma;
- (b) za dodatne radove, usluge ili robu koju isporučuje izvorni ugovaratelj, koja se pokazala potrebnom i koja nije uključena u prvotnu nabavu, ako promjena ugovaratelja:
 - i. nije moguća zbog gospodarskih ili tehničkih razloga, kao što su zahtjevi za međuzamjenjivošću i interoperabilnošću s postojećom opremom, uslugama ili instalacijama koje su nabavljene u okviru prvotne nabave; i
 - ii. prouzročila bi značajne poteškoće ili znatno udvostručavanje troškova za javnog naručitelja.

Međutim, bilo koje povećanje cijene ne smije biti veće od 50 % vrijednosti izvornog ugovora. Ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena, to se ograničenje primjenjuje na vrijednost svake izmjene. Takve uzastopne izmjene ne smiju imati za cilj zaobilaženje ove Direktive;

- (c) ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:
 - i. do potrebe za izmjenom došlo je zbog okolnosti koje pažljivi javni naručitelj nije mogao predvidjeti;
 - ii. izmjenom se ne mijenja cjelokupna priroda ugovora;
 - iii. svako povećanje cijene nije veće od 50 % vrijednosti izvornog ugovora ili okvirnog sporazuma. Ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena, to se ograničenje primjenjuje na vrijednost svake izmjene. Takve uzastopne izmjene ne smiju imati za cilj zaobilaženje ove Direktive;

[...]

- (e) ako izmjene, bez obzira na njihovu vrijednost, nisu značajne u smislu stavka 4.

Javni naručitelji koji su izmijenili ugovor u slučajevima navedenima u točkama (b) i (c) ovog stavka objavljuju obavijest o tome u *Službenom listu Europske unije*. Takva obavijest sadrži informacije navedene u Prilogu V. dijelu G i objavljuje se u skladu s člankom 51.

2. Nadalje, bez bilo kakve potrebe za provjerom jesu li ispunjeni uvjeti iz stavka 4. točaka od (a) do (d), ugovore je jednako moguće izmijeniti bez potrebe za novim postupkom nabave u skladu s ovom Direktivom, ako je vrijednost izmjene manja od sljedećih vrijednosti:

- i. od pragova iz članka 4.; i
- ii. od 10 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o uslugama i nabavi robe i 15 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o radovima.

Međutim, izmjena ne smije mijenjati cjelokupnu prirodu ugovora ili okvirnog sporazuma. Ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena, vrijednost se procjenjuje na temelju neto kumulativne vrijednosti uzastopnih izmjena.

[...]

5. Novi postupak nabave zahtijeva se u skladu s ovom Direktivom za druge izmjene odredaba ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma za vrijeme njegovog trajanja, osim onih navedenih u stavcima 1. i 2.”

Direktiva 2014/25/EU

- 9 U skladu s uvodnim izjavama 12., 113., 115. i 117. Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.):

„(12) Pojam ‚javni naručitelji‘ te posebno pojam ‚javnopravna tijela‘ više su puta razmatrani u okviru sudske prakse [Suda]. Kako bi se pojasnilo da se područje primjene ove Direktive *ratione personae* ne bi trebalo mijenjati, prikladno je zadržati definiciju na kojoj se temelji Sud te uvrstiti određeni broj pojašnjenja dobivenih sudskom praksom kao ključni čimbenik za razumijevanje samih definicija bez namjere mijenjanja značenja koncepata u skladu s objašnjenjem sudske prakse.

[...]

- (113) Potrebno je pojasniti uvjete u kojima izmjene ugovora tijekom njegova izvršavanja zahtijevaju pokretanje novog postupka nabave, uzimajući u obzir relevantnu sudsku praksu [Suda]. Pokretanje novog postupka nabave potrebno je u slučaju materijalnih izmjena prvotnog ugovora, pogotovo u slučaju izmjena opsega i sadržaja uzajamnih prava i obveza stranki, uključujući raspodjelu prava intelektualnog vlasništva. Takve izmjene ukazuju na namjeru stranki da ponovno pregovaraju o ključnim uvjetima tog ugovora. To posebno može biti slučaj ako bi izmijenjeni uvjeti utjecali na rezultate postupka da su bili dio prvotnog postupka.

Izmjene ugovora čiji su rezultat neznatne izmjene vrijednosti ugovora do određene razine uvijek bi trebale biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka nabave. S tim ciljem te kako bi se osigurala pravna sigurnost, ova bi Direktiva trebala predvidjeti pragove *de minimis* ispod kojih nije potrebno provoditi novi postupak nabave. Izmjene ugovora iznad tih pragova trebale bi biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka nabave u onoj mjeri u kojoj su u skladu s relevantnim uvjetima iz ove Direktive.

[...]

- (115) Naručitelji mogu biti suočeni s vanjskim okolnostima koje nisu mogli predvidjeti u trenutku dodjele ugovora, posebno ako izvršenje ugovora obuhvaća duže razdoblje. U tom slučaju potreban je određeni stupanj fleksibilnosti kako bi se ugovor prilagodio tim okolnostima bez provođenja novog postupka nabave. [...]

[...]

- (117) Naručitelji bi trebali, u pojedinim ugovorima, imati mogućnost izmjena u obliku revizijskih klauzula ili opcija, no takve klauzule ne bi im trebale omogućiti neograničenu diskreciju. U ovoj Direktivi trebalo bi stoga odrediti mjeru do koje je moguće mijenjati prvotni ugovor. [...]

10 Članak 1. stavak 2. te direktive glasi kako slijedi:

„Nabava u smislu ove Direktive podrazumijeva kupnju, putem ugovora o nabavi robe, radovima ili uslugama radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti naručitelji odabrali, pod uvjetom da su radovi, roba ili usluge namijenjene obavljanju neke od djelatnosti navedenih u člancima od 8. do 14.”

11 Glava II. Direktive 2014/25, naslovljena „Pravila o ugovorima”, sadržava, među ostalim, poglavlje IV., koje se odnosi na „[i]zvršenje ugovora”, u kojem se nalaze članci 87. do 90. te direktive. Članak 89., naslovljen „Izmjena ugovora tijekom njihova trajanja”, određuje:

„1. Ugovore i okvirne sporazume moguće je mijenjati bez novog postupka nabave u skladu s ovom Direktivom u svim sljedećim slučajevima:

- (a) ako su izmjene, bez obzira na njihovu novčanu vrijednost, predviđene u prvotnoj dokumentaciji o nabavi putem jasnih, preciznih i nedvosmislenih revizijskih klauzula, koje mogu uključivati klauzule o izmjeni cijene, ili opcija. U tim klauzulama navodi se opseg i priroda mogućih izmjena ili opcija kao i uvjeti u kojima se mogu upotrijebiti. Njima se ne smiju predviđati izmjene ili mogućnosti koje bi izmijenile ukupnu prirodu ugovora ili okvirnog sporazuma;
- (b) za dodatne radove, usluge ili robu koju isporučuje početni ugovaratelj, bez obzira na njihovu vrijednost, koji su postali potrebni i nisu bili uključeni u [prvotnu] nabavu, ako promjena ugovaratelja:
 - i. ne može se izvršiti iz gospodarskih ili tehničkih razloga poput zahtjeva zamjenjivosti ili interoperabilnosti s postojećom opremom, softverom, uslugama ili instalacijama nabavljenima u okviru prvotne nabave; i
 - ii. prouzročila bi značajne poteškoće ili znatno [povećanje] troškova za naručitelja.
- (c) ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:
 - i. do potrebe za izmjenom došlo je zbog okolnosti koje revni naručitelj nije mogao predvidjeti;
 - ii. izmjenom se ne mijenja cjelokupna priroda ugovora;

[...]

(e) ako izmjene, bez obzira na njihovu vrijednost, nisu značajne u smislu stavka 4.

Naručitelji koji su izmijenili ugovor u slučajevima navedenima u točkama (b) i (c) ovog stavka objavljuju obavijest o tome u *Službenom listu Europske unije*. Takva obavijest sadrži informacije navedene u Prilogu XVI. i objavljuje se u skladu s člankom 71.;

2. Nadalje, bez bilo kakve potrebe za provjerom jesu li ispunjeni uvjeti iz stavka 4. točaka od (a) do (d), ugovore je jednako moguće izmijeniti bez potrebe za novim postupkom nabave u skladu s ovom Direktivom, ako je vrijednost izmjene manja od sljedećih vrijednosti:

- i. od pragova iz članka 15.; i
- ii. od 10 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o uslugama i nabavi robe i 15 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o radovima.

Međutim, izmjena ne smije mijenjati cjelokupnu prirodu ugovora ili okvirnog sporazuma. Ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena, vrijednost se procjenjuje na temelju neto kumulativne vrijednosti uzastopnih izmjena.

3. U svrhu izračuna cijene iz stavka 2. ažurirana je cijena referentna vrijednost kada ugovor uključuje klauzulu o indeksaciji.

4. Izmjena ugovora ili okvirnog sporazuma tijekom njegova trajanja smatra se značajnom u smislu stavka 1. točke (e), ako njome ugovor ili okvirni sporazum postaju značajno različiti po svojoj naravi od prvotno zaključenog. U svakom slučaju, ne dovodeći u pitanje stavke 1. i 2., izmjena se smatra značajnom ako je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta:

- (a) izmjenom se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka nabave, dopustili prihvaćanje drugih natjecatelja od onih koji su prvotno odabrani ili prihvaćanje ponude različite od one koja je izvorno prihvaćena ili privlačenje dodatnih sudionika u postupak nabave;
- (b) izmjenom se mijenja gospodarska ravnoteža ugovora ili okvirnog sporazuma u korist ugovaratelja na način koji nije predviđen izvornim ugovorom ili okvirnim sporazumom;
- (c) izmjenom se značajno povećava opseg ugovora ili okvirnog sporazuma;
- (d) ako novi ugovaratelj zamijeni onoga kojemu je prvotno naručitelj dodijelio ugovor, osim u slučajevima navedenima u stavku 1. točki (d).

5. Novi postupak nabave zahtijeva se u skladu s ovom Direktivom za druge izmjene odredaba ugovora o javnoj nabavi radova, robe ili usluga ili okvirnog sporazuma za vrijeme njegova trajanja, osim onih navedenih u stavcima 1. i 2.”

Mađarsko pravo

- 12 Članak 2. stavak 1. közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvényja (Zakon br. CXLI o javnoj nabavi, u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi) predviđa:

„Javni naručitelj mora osigurati pravednost i transparentnost tržišnog natjecanja u postupku javne nabave te javnost tog postupka, koje gospodarski subjekt mora poštovati.”

- 13 Članak 141. tog zakona, kojim se utvrđuju različiti slučajevi u kojima strane ugovora o javnoj nabavi mogu taj ugovor izmijeniti, u stavku 8. određuje:

„Ugovor se, osim u slučajevima koji su predmet odredaba ovog članka, može izmijeniti samo nakon provođenja novog postupka javne nabave. Ako do izmjene ugovora dođe nezakonitim odstupanjem od postupka javne nabave, izmjena je ništava na temelju članka 137. stavka 1. točke (a).”

- 14 Članak 153. stavak 1. navedenog zakona glasi:

„Közbeszerzési Hatóság Elnöke [(predsjednik Ureda za javnu nabavu, Mađarska)] pokreće postupak po službenoj dužnosti pred [arbitražnom komisijom]

[...]

(c) ako je vjerojatno da je, s obzirom na rezultat nadzora Ureda za javnu nabavu u skladu s člankom 187. stavkom 2. točkom (j) ili čak i bez provedbe upravnog nadzora, time što je ugovor izmijenjen ili izvršen povrijeđen ovaj zakon, a posebno ako je došlo do kršenja poput onoga iz članka 142. stavka 2.

[...]”

15 U skladu s člankom 165. istog zakona:

„[...]

(2) U svojoj odluci [arbitražna komisija]

[...]

(d) utvrđuje da je počinjena povreda i primjenjuje pravne posljedice iz stavka 3.;

(e) u slučajevima iz stavka 6. utvrđuje povredu i izriče novčanu kaznu;

[...]

(3) Ako u svojoj odluci utvrdi povredu, [arbitražna komisija]

[...]

(d) može izreći novčanu kaznu subjektu ili osobi koja je počinila povredu, kao i osobi ili subjektu koji su pravno povezani sa subjektom ili osobom odgovornim za povredu koji su jednako tako odgovorna za povredu.

[...]

(6) [Arbitražna komisija] utvrđuje povredu i izriče novčanu kaznu ako

(a) se zbog povrede postupak javne nabave nezakonito ne provede;

[...]

(e) je predsjednik Ureda za javnu nabavu pokrenuo postupak [iz članka 153.] po službenoj dužnosti te je arbitražna komisija utvrdila da je počinjena povreda.

[...]”

16 Članak 176. Zakona o javnoj nabavi određuje:

„(1) Ako u svojoj odluci o meritumu predmeta [arbitražna komisija] utvrdi povredu iz članka 137. stavka 1., ona pokreće sudski postupak radi utvrđenja nevaljanosti ugovora i primjene pravnih posljedica nezakonnosti.

[...]

(4) Ako na kraju spora iz stavka 1. sud utvrdi nevaljanost ugovora zbog razloga utvrđenih u članku 137. stavku 1., on izvodi pravne posljedice te nevaljanosti u skladu s odredbama Građanskog zakonika i ovog zakona.

(5) Ako sud, na temelju članka 137. stavka 3., proglasi valjanim ugovor sklopljen nakon provedbe postupka javne nabave, mora izreći novčanu kaznu čiji iznos, uzimajući u obzir sve okolnosti predmetnog slučaja, iznosi najviše 15 % vrijednosti ugovora. Ako sud, kada utvrđuje pravne posljedice nezakonnosti, naloži povrat protuvrijednosti preostale usluge bez protučinidbe, dužan je izreći novčanu kaznu čiji iznos, uzimajući u obzir sve okolnosti predmetnog slučaja, iznosi najviše 10 % vrijednosti ugovora.

(6) Spor iz stavka 1. u isključivoj je nadležnosti Upravnog i radnog suda, koji u slučaju iste povrede pravila o javnoj nabavi primjenjuje postupak upravnog spora iz članka 170. [...]"

17 Članak 240. stavak 1. Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvényja (Zakon br. IV iz 1959. o Građanskom zakoniku) glasi kako slijedi:

„Ne dovodeći u pitanje iznimke predviđene propisima, strane mogu sporazumno izmijeniti sadržaj ugovora ili pravnu prirodu svojih obveza.”

Glavni postupak i prethodna pitanja

18 BKK, društvo koje je osnovala općina Budimpešta (Mađarska), obavlja djelatnost pružatelja usluga javnog prijevoza u tom gradu.

19 Nakon ograničenog postupka javne nabave za proizvodnju, prijevoz, instalaciju i stavljanje u pogon uređaja za prodaju karata, BKK je kao javni naručitelj 4. rujna 2013. s društvom T-Systems sklopio ugovor u iznosu od 5 561 690 409 mađarskih forinti (HUF) (otprilike 18 500 000 eura).

20 Strane su u više navrata taj ugovor izmijenile. Konkretno, izmjenom od 13. srpnja 2017. društvo BKK zatražilo je od društva T-Systems da središnji sustav upravljanja uređajima za prodaju karata dopuni programskim modulom koji omogućuje kupnju tih karata putem interneta.

21 Kasnije je ugovoreno da iznos dodatnih naknada zbog različitih ugovornih izmjena ne može prijeći iznos od 2 530 195 870 HUF (otprilike 8 200 000 eura).

22 Predsjednik Ureda za javnu nabavu pokrenuo je 29. rujna 2017., na temelju članka 153. stavka 1. točke (c) Zakona o javnoj nabavi, postupak po službenoj dužnosti protiv ugovornih strana zbog povrede, među ostalim, članka 141. stavka 2. i stavka 4. točaka (b) i (c) tog zakona te je u tu svrhu pokrenuo postupak pred arbitražnom komisijom.

23 Arbitražna komisija zaključila je da je za svaku izmjenu ugovora trebalo provesti novi postupak javne nabave. Podsjetila je na to da je poštovanje uvjeta predviđenih pravom javne nabave u području izmjene ugovora obvezujuće za obje ugovorne strane, što znači da, ako su one nezakonito primijenile te odredbe, treba smatrati da je svaka od njih počinila povredu.

24 Posljedično, arbitražna je komisija zaključila da su ugovornim izmjenama ugovorne strane povrijedile osobito odredbe članka 141. stavka 8. Zakona o javnoj nabavi. Osobito uzimajući u obzir odredbe članka 165. stavka 3. točke (d) tog zakona, izrekla je društvu BKK novčanu kaznu u iznosu od 80 000 000 HUF (otprilike 258 941 euro), a društvu T-Systems novčanu kaznu od 70 000 000 HUF (otprilike 226 573 eura).

25 Potonji je podnio tužbu Fővárosi Törvényszékü (Okružni sud u Budimpešti, Mađarska) kojom zahtijeva da se utvrdi da nije počinio povredu i da se, slijedom toga, preinači odluka kojom mu je izrečena novčana kazna.

26 T-Systems smatra da je javni naručitelj dužan organizirati postupak javne nabave i da uspješni ponuditelj ne može biti odgovoran za odluku koju je javni naručitelj donio u pogledu svojih potreba u području javne nabave. Tako je arbitražna komisija u ovom slučaju, time što mu je naložila da snosi posljedice odluka koje je donijelo društvo BKK, povrijedila načela pravne sigurnosti i vladavine prava.

27 T-Systems smatra da je javni naručitelj jedini adresat pravnog pravila iz članka 141. stavka 8. Zakona o javnoj nabavi i da, na temelju toga, samo on može počiniti povredu koju ta odredba sankcionira.

- 28 T-Systems smatra da je javni naručitelj dužan poštovati zahtjeve predvidljivosti i dužne pažnje te da se povreda tih zahtjeva može pripisati samo njemu ako on predloži izmjenu ugovora.
- 29 I BKK je pred sudom koji je uputio zahtjev osporavao odluku kojom mu se izriče novčana kazna, zahtijevajući ponajprije preispitivanje te odluke, utvrđenje nepostojanja povrede zbog izmjena ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku i poništenje te novčane kazne.
- 30 Arbitražna komisija zahtijeva od suda koji je uputio zahtjev da utvrdi nevaljanost izmjena ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku, da naloži, ako to smatra potrebnim, ponovnu uspostavu stanja koje je prethodilo tom ugovoru i da odbije zahtjeve društava BKK i T-Systems. Ona pojašnjava da je u pogledu potonjeg društva utvrdila postojanje povrede samo zbog kršenja pravnih pravila koja su se odnosila na njega, odnosno odredbi članka 141. Zakona o javnoj nabavi. Ona navodi da odredbe Građanskog zakonika predviđaju da je nužno da obje strane zajednički postupaju kako bi došlo do izmjene ugovora, što opravdava ispitivanje povrede pravila koja se odnose na izmjenu ugovora u odnosu na obje strane.
- 31 Predsjednik Ureda javne nabave smatra da je dužnost provođenja urednog postupka javne nabave prije svega, ali ne isključivo, na javnom naručitelju. On ističe da u postupku javne nabave nerijetko uspješni ponuditelj predlaže izmjenu ugovora. Također navodi temeljno načelo građanskog prava prema kojem izmjena ugovora podrazumijeva zajednički sporazum dotičnih strana.
- 32 Sud koji je uputio zahtjev podsjeća na to da je na javnom naručitelju da organizira postupak javne nabave.
- 33 On smatra da su, u cilju održavanja što većeg mogućeg tržišnog natjecanja čak i nakon potpisivanja ugovora, za protupravna postupanja koja proizlaze iz pravnih odnosa među stranama propisane stroge sankcije. Pojašnjava da ti odnosi ulaze u područje građanskog prava zbog činjenice sklapanja ugovora.
- 34 Sud koji je uputio zahtjev smatra da iz odredaba članka 141. Zakona o javnoj nabavi proizlazi da, iako do izmjene ugovora može doći samo zajedničkim sporazumom strana, samo javni naručitelj može povrijediti pravila u području javne nabave jer se na njega propis primjenjuje *ratione personae*.
- 35 On navodi da odredbe nacionalnog propisa u području pravne zaštite ne određuju pobliže tko su subjekti postupka javne nabave koji se mogu kazniti. Kako bi se utvrdilo za koji pravni subjekt treba smatrati da je povrijedio pravilo, treba utvrditi tko je adresat povrijeđene odredbe. On smatra da se predviđena sankcija, koja je represivna te se treba izreći isključivo počinitelju povrede, odnosi na osobu koja je dužna provesti postupak javne nabave, odnosno na javnog naručitelja.
- 36 Sud koji je uputio zahtjev poziva se na više presuda mađarskih sudova iz kojih proizlazi da je javni naručitelj ili gospodarski subjekt oslobođen plaćanja izrečene novčane kazne, osobito zato što nije bio odgovoran za organizaciju postupka javne nabave.
- 37 Sud koji je uputio zahtjev navodi da se na temelju okolnosti da je uspješni ponuditelj kojem je dodijeljen ugovor adresat odredaba Zakona o javnoj nabavi koje se odnose na izmjenu ugovora ne može utvrditi njegova odgovornost jednaka onoj koju ima javni naručitelj sa stajališta prava javne nabave.
- 38 On smatra da, iako se odgovornost ugovornih strana može dovesti u pitanje sa stajališta tog prava, valja im osigurati mogućnost podnošenja dokaza koji mogu pojasniti njihovo sudjelovanje u izmjeni predmetnog ugovora i počinjenju eventualne povrede.

39 U tim je okolnostima Fővárosi Törvényszék (Okružni sud u Budimpešti) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Protivi li se članku 41. stavku 1. i članku 47. [Povelje] te uvodnim izjavama 10., 29., 107., 109. i 111. kao i članku 1. stavku 2. i članku 72. Direktive [2014/24] nacionalno pravilo ili odredba ili praksa koja se odnosi na tumačenje i primjenu tog nacionalnog pravila ili odredbe kojim se, uzimajući u obzir ugovorni pravni odnos između ugovornih strana, utvrđuje da nije samo naručitelj počinio povredu prava zbog nezakonite neprovedbe postupka javne nabave, čime je navodno povrijedio pravila o izmjeni ugovorâ, i zbog nepoštovanja odredbi kojima se uređuje izmjena ugovorâ, nego ju je počinio i uspješni ponuditelj koji je s njime sklopio ugovor, na temelju čega nezakonita izmjena ugovorâ zahtijeva zajedničko djelovanje ugovornih strana?
2. U slučaju niječnog odgovora na prvo pitanje, uzimajući u obzir članak 41. stavak 1. i članak 47. [Povelje] te uvodne izjave 10., 29., 107., 109. i 111., članak 1. stavak 2. i članak 72. Direktive [2014/24], protivi li se uvodnim izjavama 19., 20. i 21. Direktive [2007/66] i članku 2.e stavku 2. Direktive [89/665] kao i članku 2.e stavku 2. Direktive [92/13] istog sadržaja nacionalno pravilo ili odredba ili praksa koja se odnosi na tumačenje i primjenu tog nacionalnog pravila ili odredbe kojim se omogućava da se i na uspješnog ponuditelja koji je sklopio ugovor s naručiteljem primijeni sankcija (novčana kazna), različita od skraćivanja trajanja ugovora, zbog nezakonite neprovedbe postupka javne nabave i zbog nepoštovanja odredbi o izmjeni ugovorâ?
3. U slučaju niječnog odgovora na prva dva pitanja, sud koji je uputio zahtjev traži od Suda da mu pruži smjernice i u pogledu toga je li, za utvrđivanje iznosa sankcije (novčane kazne), dovoljna okolnost da postoji ugovorni pravni odnos između ugovornih strana a da se pritom nisu ispitali djelovanje i doprinos strana koji su doveli do izmjene ugovora?”

O prethodnim pitanjima

Uvodna očitovanja

- 40 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, rješenje spora u glavnom postupku ovisi o tome protivi li se Povelji kao i direktivama 89/665, 92/13, 2007/66 i 2014/24 nacionalni propis koji – u okviru postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, u slučaju kada su prilikom izmjene ugovora koji se provodi nezakonito isključena pravila o javnoj nabavi – dopušta utvrđivanje povrede i izricanje novčane kazne ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor.
- 41 Kao prvo, valja utvrditi da odredbe Povelje nisu relevantne za razjašnjenja sudu koji je uputio zahtjev u okviru glavnog postupka.
- 42 Naime, s jedne strane, iz teksta članka 41. Povelje jasno proizlazi da ona nije upućena državama članicama, nego samo institucijama, tijelima, uredima i agencijama Unije (presuda od 26. ožujka 2020., HUNGEOD i dr., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 63. i navedena sudska praksa).
- 43 S druge strane, kad je riječ o članku 47. Povelje, na koji se također poziva sud koji je uputio zahtjev, valja podsjetiti na to da prilikom utvrđivanja postupovnih pravila o pravnim sredstvima namijenjenima zaštiti prava dodijeljenih pravom Unije kandidatima i ponuditeljima oštećenima odlukama javnih naručitelja države članice moraju osigurati da se ne ugrožavaju prava dodijeljena pojedincima pravom Unije, osobito pravo na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, sadržano u članku 47. Povelje (presuda od 26. ožujka 2020., HUNGEOD i dr., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 64. i navedena sudska praksa).

- 44 Međutim, ni iz jednog elementa spisa kojim Sud raspolaže ne proizlazi da bi, u slučaju nezakonite izmjene ugovora o javnoj nabavi koji se provodi, postupak u kojem se novčana kazna izriče ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je ugovor dodijeljen ugrozio pravo na djelotvoran pravni lijek ili pošteno suđenje.
- 45 Kao drugo, valja podsjetiti na to da je, prema ustaljenoj sudskoj praksi, u okviru postupka suradnje između nacionalnih sudova i Suda uspostavljenog člankom 267. UFEU-a dužnost Suda da nacionalnom sudu pruži koristan odgovor koji mu omogućuje rješavanje spora koji se pred njim vodi. U tom smislu Sud će, prema potrebi, preoblikovati pitanja koja su mu postavljena. Osim toga, Sud može uzeti u obzir pravna pravila Unije na koja se nacionalni sud nije pozvao u svojem pitanju (presude od 12. prosinca 1990., SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, t. 8. i od 8. lipnja 2017., Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, t. 55.).
- 46 U ovom slučaju, s obzirom na to da se ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku odnosio na proizvodnju, prijevoz, instalaciju i stavljanje u pogon uređaja za prodaju karata, može se primijeniti Direktiva 2014/25, a ne Direktiva 2014/24, što je, međutim, na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri.
- 47 Stoga, kako bi se tom sudu dao koristan odgovor, valja uzeti u obzir uvodne izjave 12., 113., 115. i 117. kao i članak 1. stavak 2. i članak 89. Direktive 2014/25, koji odgovaraju uvodnim izjavama i odredbama Direktive 2014/24 navedenima u zahtjevu za prethodnu odluku.
- 48 U tim okolnostima valja smatrati da sud koji je uputio zahtjev svojim prvim i drugim pitanjem pita protivi li se članku 2.e stavku 2. Direktive 89/665, članku 2.e stavku 2. Direktive 92/13, uvodnim izjavama 19. do 21. Direktive 2007/66 kao i uvodnim izjavama 12., 113., 115. i 117. te članku 1. stavku 2. i članku 89. Direktive 2014/25 nacionalni propis koji, u okviru postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, u slučaju kada su prilikom izmjene ugovora koji se provodi nezakonito isključena pravila o javnoj nabavi, dopušta utvrđivanje povrede i izricanje novčane kazne ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor, a svojim trećim pitanjem, u slučaju niječnog odgovora na prvo i drugo pitanje, treba li iznos novčane kazne kojim se kažnjava nezakonita izmjena ugovora o javnoj nabavi sklopljenog između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja kojem je dodijeljen ugovor biti utvrđena s obzirom na puko postojanje ugovornog odnosa između stranaka ili je potrebno uzeti u obzir postupanja svake od navedenih stranaka.

Prvo i drugo pitanje

- 49 Svojim prvim i drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita treba li članak 2.e stavak 2. Direktive 89/665, članak 2.e stavak 2. Direktive 92/13, uvodne izjave 19. do 21. Direktive 2007/66 kao i uvodne izjave 12., 113., 115. i 117. te članak 1. stavak 2. i članak 89. Direktive 2014/25 tumačiti na način da im se protivi nacionalni propis koji, u okviru postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, u slučaju kada su prilikom izmjene ugovora koji se provodi nezakonito isključena pravila o javnoj nabavi, dopušta utvrđivanje povrede i izricanje novčane kazne ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor.
- 50 Kao prvo, valja istaknuti da je točno da direktive 89/665 i 92/13 predviđaju isključivo to da države članice osiguravaju da su postupci pravne zaštite dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodne povrede (presuda od 26. ožujka 2020., HUNGEOD i dr., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 71.).

- 51 Naime, odredbe tih direktiva, čija je svrha zaštititi gospodarske subjekte od arbitrarnog postupanja javnih naručitelja, nastoje stoga osigurati postojanje djelotvornih pravnih sredstava u svim državama članicama kako bi se zajamčila učinkovita primjena pravila Unije u području provedbe postupaka javne nabave, osobito u fazi u kojoj povrede još mogu biti ispravljene (presuda od 26. ožujka 2020., HUNGEOOD i dr., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 72.).
- 52 U tom kontekstu, članak 2.e Direktive 89/665 i članak 2.e Direktive 92/13, čiji su tekstovi istovjetni, nameću državama članicama da predvide, u slučaju povrede određenih odredaba tih direktiva, nevaženje ugovora ili alternativne sankcije koje se mogu sastojati od izricanja novčanih kazni javnom naručitelju.
- 53 Međutim, iako je na temelju direktiva 89/665 i 92/13 potrebno da postoje pravna sredstva na raspolaganju poduzetnicima koji imaju ili su imali interes za dobivanje određenog ugovora i koji su pretrpjeli ili bi mogli pretrpjeti štetu zbog navodne povrede, ne može se smatrati da se njima provodi potpuno usklađivanje i da stoga predviđaju sva moguća pravna sredstva u području javne nabave (presuda od 26. ožujka 2020., HUNGEOOD i dr., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 73.).
- 54 Iz toga slijedi da se članak 2.e Direktive 89/665 i članak 2.e Direktive 92/13 odnose samo na sredstva pravne zaštite koja su podnijeli poduzetnici koji imaju ili su imali interes za dobivanje određenog ugovora i koji su pretrpjeli ili bi mogli pretrpjeti štetu zbog navodne povrede.
- 55 U tim okolnostima ti članci ne mogu spriječiti ni pokretanje postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, ni utvrđivanje povrede zbog izmjene ugovora o javnoj nabavi koji se provodi ne samo javnom naručitelju zbog nezakonitog isključenja pravila o javnoj nabavi nego i uspješnom ponuditelju kojem je ugovor dodijeljen te, slijedom toga, ni to da se kako javnom naručitelju tako i ponuditelju izrekne sankcija u obliku novčane kazne.
- 56 Uostalom, uvodne izjave 19. do 21. Direktive 2007/66, kojom su članci 2.e uključeni u direktive 89/665 i 92/13, nikako ne dovode u pitanje takvo tumačenje.
- 57 Kao drugo, ni iz članka 1. stavka 2. Direktive 2014/25, koji ograničava njezino područje primjene *ratione materiae* i *ratione personae*, ni iz uvodne izjave 12. te direktive, u kojoj se u prilog toj odredbi osobito pojašnjava pojam „javni naručitelj”, ne može se zaključiti da uspješni ponuditelji kojima je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi iz navedene direktive nisu obuhvaćeni pravnim pravilima iz navedene direktive.
- 58 Naime, s jedne strane, u skladu s člankom 1. stavkom 2. Direktive 2014/25, postupak javne nabave podrazumijeva kupnju, putem ugovora o nabavi robe, radova ili usluga radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti naručitelji odabrali nakon što su se oni natjecali ili podnijeli ponude. Iz toga slijedi da izraz „gospodarski subjekti” koji se upotrebljava u toj odredbi nužno obuhvaća uspješne ponuditelje kojima je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi.
- 59 S druge strane, članak 89. Direktive 2014/25, naslovljen „Izmjena ugovora tijekom njihova trajanja”, koji je dio poglavlja IV., koje se odnosi na izvršenje ugovora, u glavi II. te direktive, potvrđuje njezinu primjenjivost na uspješne ponuditelje kojima je dodijeljen ugovor.
- 60 Naime, taj članak u staccima 1. i 2. nabroja različite slučajeve u kojima ugovorne strane, odnosno javni naručitelj i uspješni ponuditelj, mogu izmijeniti ugovor koji se provodi bez provođenja novog postupka javne nabave, neovisno o tome dovodi li ta izmjena do objave obavijesti u *Službenom listu Europske unije*.
- 61 Što se tiče članka 89. stavka 5. te direktive, on propisuje obvezu provođenja novog postupka javne nabave za izmjene odredaba ugovora o javnoj nabavi koje nisu predviđene u staccima 1. i 2. tog članka. Iz toga slijedi da je organizacija novog postupka javne nabave potrebna za izmjene koje imaju

bitno različite značajke od onih prvotnog ugovora i koje, posljedično, mogu dokazati volju stranaka da ponovno pregovaraju o bitnim uvjetima ugovora (vidjeti po analogiji presude od 19. lipnja 2008., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, t. 34. i od 29. travnja 2010., *Komisija/Njemačka*, C-160/08, EU:C:2010:230, t. 99.).

- 62 Međutim, članak 89. stavak 5. navedene direktive ne predviđa posljedice koje nacionalna tijela trebaju izvesti iz okolnosti da je ugovor o javnoj nabavi koji se provodi bio znatno izmijenjen a da nije proveden novi postupak javne nabave.
- 63 Osim toga, valja istaknuti da uvodne izjave 113., 115. i 117. Direktive 2014/25, koje spominje sud koji je uputio zahtjev, ne sadržavaju pojašnjenja u tom pogledu, s obzirom na to da uvodna izjava 113. nadalje navodi da bitne izmjene ugovora o javnoj nabavi koji se provodi potvrđuju namjeru stranaka tog ugovora da ponovno pregovaraju o bitnim odredbama ili uvjetima.
- 64 Iz prethodno navedenog proizlazi da, s obzirom na to da se ni člankom 1. stavkom 2. ni člankom 89. Direktive 2014/25 ne provodi potpuno usklađivanje, nijedna od tih dviju odredbi ne može spriječiti da se, u okviru postupka pravne zaštite koji je nadzorno tijelo pokrenulo po službenoj dužnosti, utvrdi povreda zbog izmjene ugovora o javnoj nabavi koji se provodi ne samo javnom naručitelju zbog nezakonitog isključenja pravila o javnoj nabavi nego i uspješnom ponuditelju kojem je ugovor dodijeljen te da se potonjem, slijedom toga, izrekne sankcija u obliku novčane kazne.
- 65 To ne mijenja činjenicu da, kada je predviđen nacionalnim propisom, postupak pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, a koji dovodi do toga da se ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi utvrdi povreda zbog nezakonite izmjene tog ugovora koji se provodi te mu se stoga izrekne novčana kazna, mora biti u skladu s pravom Unije ako je takav ugovor sam po sebi obuhvaćen materijalnim područjem primjene direktiva o javnoj nabavi, bilo da je to slučaj *ab initio* ili nakon nezakonite izmjene.
- 66 Stoga takav postupak pravne zaštite po službenoj dužnosti mora biti u skladu s pravom Unije, uključujući njegova opća načela.
- 67 S obzirom na prethodno navedeno, na prvo i drugo pitanje valja odgovoriti tako da članak 2.e stavak 2. Direktive 89/665, članak 2.e stavak 2. Direktive 92/13, uvodne izjave 19. do 21. Direktive 2007/66 kao i uvodne izjave 12., 113., 115. i 117. te članak 1. stavak 2. i članak 89. Direktive 2014/25 treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis koji, u okviru postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti u slučaju kada su prilikom izmjene ugovora koji se provodi nezakonito isključena pravila o javnoj nabavi, dopušta utvrđivanje povrede i izricanje novčane kazne ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor. Međutim, ako je takva mogućnost predviđena nacionalnim propisom, postupak pravne zaštite mora poštovati pravo Unije, uključujući i njegova opća načela, ako je predmetni ugovor o javnoj nabavi sam obuhvaćen materijalnim područjem primjene direktiva o javnoj nabavi, bilo da je to slučaj *ab initio* ili nakon nezakonite izmjene.

Treće pitanje

- 68 Svojim trećim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita treba li, u slučaju niječnog odgovora na prvo i drugo pitanje, iznos novčane kazne kojom se sankcionira nezakonita izmjena ugovora o javnoj nabavi sklopljenog između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja odrediti uzimajući u obzir samo postojanje ugovornog odnosa između tih stranaka, na temelju kojeg bi one trebale zajednički djelovati radi izmjene ugovora o javnoj nabavi koji ih obvezuje, ili je potrebno uzeti u obzir postupanje svake od navedenih stranaka.

- 69 Kao što to proizlazi iz točke 65. ove presude, ako je predviđen nacionalnim propisom, postupak pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, a koji dovodi do toga da se uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi utvrdi povreda zbog nezakonite izmjene tog ugovora koji se provodi te mu se stoga izrekne novčana kazna, mora biti u skladu s pravom Unije ako je takav ugovor obuhvaćen materijalnim područjem primjene direktiva o javnoj nabavi, bilo da je to slučaj *ab initio* ili nakon nezakonite izmjene.
- 70 S obzirom na doseg trećeg pitanja, potrebno je stoga utvrditi zahtjeve koji proizlaze iz načela proporcionalnosti koje treba poštovati kada u okviru postupka pravne zaštite pokrenutog po službenoj dužnosti valja utvrditi iznos novčane kazne ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi.
- 71 Treba podsjetiti na to da, u skladu s načelom proporcionalnosti, koje je opće načelo prava Unije, pravila koja utvrde države članice ili javni naručitelji u okviru provedbe direktiva o javnoj nabavi ne smiju prekoračiti ono što je nužno za postizanje ciljeva koje ta direktiva slijedi (vidjeti u tom smislu presude od 8. veljače 2018., *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, t. 32. i od 30. siječnja 2020., *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, t. 45.).
- 72 U ovom slučaju, iako je na sudu koji je uputio zahtjev da ocijeni je li iznos novčane kazne izrečene društvu T-Systems proporcionalan ciljevima Zakona o javnoj nabavi, nadzorno tijelo ili sud koji je uputio zahtjev ne može takav iznos utvrditi isključivo uzimajući u obzir samu okolnost da strane na temelju ugovornog odnosa koji ih povezuje moraju djelovati zajednički kako bi izmijenile svoj ugovor o javnoj nabavi. Naime, taj iznos treba utvrditi u vezi s postupanjem ili djelovanjima stranaka predmetnog ugovora o javnoj nabavi tijekom razdoblja u kojem su ga namjeravale izmijeniti.
- 73 Konkretno, kad je riječ o uspješnom ponuditelju, mogla bi se uzeti u obzir osobito činjenica da je on inicirao prijedlog izmjene ugovora ili da je predložio odnosno zahtijevao od javnog naručitelja da ne organizira postupak javne nabave kako bi odgovorio na zahtjeve zbog kojih je potrebno izmijeniti taj ugovor.
- 74 S druge strane, iznos novčane kazne izrečene navedenom uspješnom ponuditelju ne može ovisiti o okolnosti da nije proveden postupak javne nabave kako bi se izmijenio ugovor, s obzirom na to da o provođenju takvog postupka odlučuje samo javni naručitelj.
- 75 Slijedom toga, na treće pitanje valja odgovoriti da iznos novčane kazne kojom se sankcionira nezakonita izmjena ugovora o javnoj nabavi sklopljenog između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja treba utvrditi uzimajući u obzir postupanja svake od tih stranaka.

Troškovi

- 76 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (četvrto vijeće) odlučuje:

- Članak 2.e stavak 2. Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007., članak 2.e stavak 2. Direktive Vijeća 92/13/EEZ od 25. veljače 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66, uvodne izjave 19. do 21. Direktive 2007/66 kao i uvodne izjave 12., 113., 115. i 117. te članak 1.**

stavak 2. i članak 89. Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis koji, u okviru postupka pravne zaštite koji nadzorno tijelo pokreće po službenoj dužnosti, u slučaju kada su prilikom izmjene ugovora koji se provodi nezakonito isključena pravila o javnoj nabavi, dopušta utvrđivanje povrede i izricanje novčane kazne ne samo javnom naručitelju nego i uspješnom ponuditelju kojem je dodijeljen ugovor. Međutim, ako je takva mogućnost predviđena nacionalnim propisom, postupak pravne zaštite mora poštovati pravo Unije, uključujući i njegova opća načela, ako je predmetni ugovor o javnoj nabavi sam obuhvaćen materijalnim područjem primjene direktiva o javnoj nabavi, bilo da je to slučaj *ab initio* ili nakon nezakonite izmjene.

2. Iznos novčane kazne kojom se sankcionira nezakonita izmjena ugovora o javnoj nabavi sklopljenog između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja treba utvrditi uzimajući u obzir postupanja svake od tih stranaka.

Potpisi