



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 14 maja 2020 r. \*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Udzielanie zamówień publicznych – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 1 ust. 2 i art. 72 – Dyrektywa 2014/25/UE – Artykuł 1 ust. 2 i art. 89 – Procedury odwoławcze w dziedzinie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 2e ust. 2 – Procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 2e ust. 2 – Modyfikacja umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – Brak nowego postępowania o udzielenie zamówienia – Grzywny nałożone na instytucję zamawiającą i wykonawcę zamówienia – Zasada proporcjonalności

W sprawie C-263/19

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) postanowieniem z dnia 7 marca 2019 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 marca 2019 r., w postępowaniu:

**T-Systems Magyarország Zrt.,**

**BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.**

przeciwko

**Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,**

przy udziale:

**Közbeszerzési Hatóság Elnöke,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: M. Vilaras (sprawozdawca), prezes izby, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: M. Krausenböck, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 5 lutego 2020 r.,

\* Język postępowania: węgierski.

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu T-Systems Magyarország Zrt. – P. Szilas, Zs. Okányi i V. Kovács, ügyvédek,
- w imieniu Közbiztonsági Hatóság Közbiztonsági Döntőbizottság – I. Hunya, w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Közbiztonsági Hatóság Elnöke – T.A. Cseh, w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu węgierskiego – M.Z. Fehér, G. Koós i M.M. Tátrai, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – L. Haasbeek, P. Ondrůšek i A. Tokár, w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy zasadniczo wykładni art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), art. 2e ust. 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), art. 2e ust. 2 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66 (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”), a także art. 41 i 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą praw podstawowych”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółkami T-Systems Magyarország Zrt. (zwaną dalej „T-Systems”) i BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (zwaną dalej „BKK”) a Közbiztonsági Hatóság Közbiztonsági Döntőbizottság (komisją arbitrażową do spraw zamówień publicznych urzędu zamówień publicznych, Węgry, zwaną dalej „komisją arbitrażową”) w przedmiocie grzywien nałożonych na wspomniane spółki za zmianę wiążącej je umowy, która była w trakcie realizacji, bez przeprowadzenia nowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii Europejskiej*

#### *Dyrektywa 89/665*

- 3 Artykuł 2e dyrektywy 89/665, zatytułowany „Naruszenia niniejszej dyrektywy i inne kary”, stanowi:

„1. W przypadku naruszenia przepisów art. 1 ust. 5, art. 2 ust. 3 lub art. 2a ust. 2 nieobjętego art. 2d ust. 1 lit. b) państwa członkowskie przewidują nieskuteczność umowy zgodnie z art. 2d ust. 1–3 lub inne kary. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej decyduje, po ocenie wszystkich istotnych aspektów, czy umowę należy uznać za nieskuteczną czy też należy nałożyć inne kary.

2. Inne kary muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Inne kary obejmują:

- nałożenie kar pieniężnych na instytucję zamawiającą, lub
- skrócenie okresu obowiązywania umowy.

Państwa członkowskie mogą przyznać organowi odwoławczemu szerokie uprawnienia do uwzględniania wszystkich istotnych czynników, w tym powagi naruszenia, zachowania instytucji zamawiającej oraz, w przypadkach, o których mowa w art. 2d ust. 2, zakresu, w jakim umowa nadal obowiązuje.

Przyznanie odszkodowania nie stanowi właściwej kary w rozumieniu niniejszego ustępu”.

#### *Dyrektywa 92/13*

- 4 Przepisy art. 2e dyrektywy 92/13, zatytułowanego „Naruszenia niniejszej dyrektywy i inne kary”, zostały sformułowane w sposób identyczny jak przepisy art. 2e dyrektywy 89/665.

#### *Dyrektywa 2007/66*

- 5 Motywy 19–21 dyrektywy 2007/66 mają następujące brzmienie:

„(19) W przypadku innych naruszeń wymogów formalnych państwa członkowskie mogą uznać zasadę nieskuteczności za niewłaściwą. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny mieć możliwość ustanowienia innych sankcji. Inne sankcje powinny ograniczać się do nakładania kar pieniężnych płatnych organowi niezależnemu od instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, lub skrócenia okresu obowiązywania umowy. Państwa członkowskie określają szczegóły innych sankcji oraz zasady ich stosowania.

(20) Niniejsza dyrektywa nie powinna wykluczać stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym.

(21) Jeżeli państwa członkowskie ustanawiają przepisy gwarantujące, że umowa zostanie uznana za nieskuteczną, celem tego jest, by prawa i obowiązki stron tej umowy przestały być egzekwowane i wykonywane. Konsekwencje uznania umowy za nieskuteczną powinny być określone w prawie krajowym. Prawo krajowe może zatem na przykład przewidywać wsteczne anulowanie [unieważnienie] wszystkich zobowiązań umownych (ex tunc) lub przeciwnie, ograniczyć zakres

anulowania [unieważnienia] do tych zobowiązań, które należałoby jeszcze wykonać (ex nunc). Nie powinno to doprowadzić do braku skutecznych sankcji, jeżeli zobowiązania wynikające z umowy zostały już wykonane w całości lub prawie w całości. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny przewidzieć również inne kary uwzględniające zakres, w jakim umowa nadal obowiązuje, zgodnie z prawem krajowym. Analogicznie konsekwencje dotyczące ewentualnego odzyskania wszelkich kwot, które zostały zapłacone, jak również wszelkich innych form możliwej restytucji – w tym restytucji w pieniądzu, w przypadku gdy niemożliwa jest restytucja w naturze – należy określić w prawie krajowym”.

*Dyrektywa 2014/24*

6 Motywy 10, 29, 107, 109 i 111 dyrektywy 2014/24 mają następujące brzmienie:

„(10) Termin »instytucje zamawiające«, a zwłaszcza termin »podmioty prawa publicznego« były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmienny, celowe jest zachowanie definicji, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w ramach orzecznictwa. [...]

[...]

(29) Należy przypomnieć, że niniejsza dyrektywa ma zastosowanie wyłącznie do instytucji zamawiających państw członkowskich. [...]

[...]

(107) Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje zamówienia w trakcie jego wykonania wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegocjacji istotnych warunków tej umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu.

Modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu i aby zapewnić pewność prawa, niniejsza dyrektywa powinna przewidywać progi minimalne, poniżej których nowe postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest konieczne. Modyfikacje w zamówieniu powyżej tych progów powinny być możliwe bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim są one zgodne z odpowiednimi warunkami określonymi w niniejszej dyrektywie.

[...]

(109) Instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. [...]

[...]

(111) Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji [...].”

7 Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych”.

8 Tytuł II dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Przepisy dotyczące zamówień publicznych”, zawiera między innymi rozdział IV, dotyczący „realizacji zamówienia”, w którym znajdują się art. 70–73 tej dyrektywy. Artykuł 72, zatytułowany „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, stanowi:

„1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

- a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;
- b) w przypadku dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw wykonywanych przez pierwotnego wykonawcę, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zmiana wykonawcy:
  - (i) nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, takich jak wymogi dotyczące zamierności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz
  - (ii) spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej.

Niemniej jednak ewentualny wzrost ceny nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy;

- c) gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:
  - (i) konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć;
  - (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia;

- (iii) ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy;

[...]

- e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

Instytucje zamawiające, które wprowadziły do umowy w sprawie zamówienia modyfikacje w przypadkach określonych w lit. b) i c) niniejszego ustępu, publikują w związku z tym stosowne ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie to zawiera informacje określone w załączniku V część G i jest publikowane zgodnie z art. 51.

2. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

- (i) progi określone w art. 4; oraz
- (ii) 10% pierwotnej wartości zamówienia w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz [...] 15% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

[...]

5. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku modyfikacji przepisów umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania, innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

#### *Dyrektywa 2014/25/UE*

- 9 Motywy 12, 113, 115 i 117 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243) mają następujące brzmienie:

„(12) Termin „instytucje zamawiające”, a w szczególności termin „podmioty prawa publicznego” były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa [Trybunału]. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmienny, celowe jest zachowanie definicji, na której oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęcia wypracowanego w ramach orzecznictwa.

[...]

(113) Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje zamówienia w trakcie jego wykonania wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnym zamówieniu, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegocjacji istotnych warunków tego zamówienia. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu.

Modyfikacje w zamówieniu, skutkujące nieznaczną zmianą wartości zamówienia do określonej wartości, powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu i aby zapewnić pewność prawa, niniejsza dyrektywa powinna przewidywać progi minimalne, poniżej których nowe postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest konieczne. Modyfikacje w zamówieniu powyżej tych progów powinny być możliwe bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim są one zgodne z odpowiednimi warunkami określonymi w niniejszej dyrektywie.

[...]

(115) Podmioty zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania zamówienia do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia [...].

[...]

(117) Podmioty zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji [...].”

10 Artykuł 1 ust. 2 tej dyrektywy brzmi następująco:

Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi– robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 8–14”.

11 Tytuł II dyrektywy 2014/25, zatytułowany „Przepisy mające zastosowanie do zamówień”, zawiera między innymi rozdział IV, dotyczący „realizacji zamówienia”, w którym znajdują się art. 87–90 tej dyrektywy. Artykuł 89, zatytułowany „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, stanowi:

„1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub w opcjach. Tego rodzaju klauzule podają zakres

i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;

- b) w przypadku dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw wykonywanych przez pierwotnego wykonawcę, niezależnie od ich wartości, które stały się niezbędne i nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zmiana wykonawcy:
  - (i) jest niemożliwa z powodów ekonomicznych lub technicznych, takich jak wymogi dotyczące wymienności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, oprogramowania, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz
  - (ii) spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla podmiotu zamawiającego;
- c) gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:
  - (i) konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których podmiot zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
  - (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia;

[...]

- e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

Podmioty zamawiające, które wprowadziły do umowy w sprawie zamówienia modyfikacje w przypadkach określonych w lit. b) i c) niniejszego ustępu, publikują stosowne ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia te zawierają informacje określone w załączniku XVI i są publikowane zgodnie z art. 71.

2. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

- (i) progi określone w art. 15; oraz
- (ii) 10% pierwotnej wartości zamówienia w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz [...] 15% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

3. Do celów obliczenia ceny, o której mowa w ust. 2, aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji.

4. Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;



- b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;
- c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;
- d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu podmiot zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d).

5. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku modyfikacji przepisów umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi, lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

### ***Prawo węgierskie***

- 12 Paragraf 2 ust. 1 közbeszerezésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (ustawy nr CXLI o zamówieniach publicznych; zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”) stanowi:

„Instytucja zamawiająca powinna zapewnić uczciwość i przejrzystość konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz jego publiczny charakter, którego wykonawcy winni przestrzegać”.

- 13 Paragraf 141 tej ustawy, określający przypadki, w których strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego mogą ją zmienić, stanowi w ust. 8:

„Umowa, z wyjątkiem przypadków określonych w niniejszym paragrafie, może zostać zmieniona wyłącznie po przeprowadzeniu nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli zmiana umowy następuje z pominięciem w sposób niezgodny z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmiana ta jest nieważna na mocy § 137 ust. 1 lit. a)”.

- 14 Paragraf 153 ust. 1 omawianej ustawy stanowi:

„Közbeszerezési Hatóság Elnöke [prezes urzędu zamówień publicznych, Węgry) wszczyna postępowanie przed [komisją arbitrażową] z urzędu

[...]

c) jeżeli w świetle wyniku kontroli przeprowadzonej przez urząd zamówień publicznych na podstawie § 187 ust. 2 lit. j), a nawet bez wszczynania kontroli administracyjnej uprawdopodobniono, że zmiana umowy lub jej wykonywanie nastąpiły z naruszeniem niniejszej ustawy, w szczególności jeżeli doszło do naruszenia, o którym mowa w § 142 ust. 2;

[...]”.

- 15 Paragraf 165 omawianej ustawy stanowi:

„[...]”

(2) W swojej decyzji [komisja arbitrażowa]

[...]

d) stwierdza naruszenie i stosuje sankcje prawne określone w ust. 3;

e) w przypadkach określonych w ust. 6 stwierdza naruszenie i nakłada grzywnę;

[...]

(3) Jeżeli [komisja arbitrażowa] w swojej decyzji stwierdza naruszenie,

[...]

d) może nałożyć grzywnę na podmiot lub osobę popełniającą naruszenie oraz na osobę lub podmiot pozostające w stosunku prawnym z podmiotem lub osobą odpowiedzialnymi za naruszenie, które również są odpowiedzialne za naruszenie.

[...]

(6) [Komisja arbitrażowa] stwierdza naruszenie i nakłada grzywnę, jeżeli:

a) postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia zostało pominięte niezgodnie z prawem wskutek naruszenia;

[...]

e) prezes urzędu zamówień publicznych wszczął postępowanie z urzędu [z § 153], a komisja arbitrażowa stwierdziła naruszenie.

[...]”.

16 Paragraf 176 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi:

„(1) Jeżeli w swojej decyzji co do istoty sprawy [komisja arbitrażowa] stwierdza naruszenie, o którym mowa w § 137 ust. 1, wszczyna postępowanie sądowe mające na celu stwierdzenie nieważności umowy i zastosowanie sankcji prawnych przewidzianych za niezgodne z prawem działanie.

[...]

(4) Jeżeli w wyniku postępowania sądowego, o którym mowa w ust. 1, sąd stwierdza nieważność umowy z przyczyn określonych w § 137 ust. 1, stosuje on sankcje prawne tej nieważności zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego i niniejszej ustawy.

(5) Jeżeli sąd stwierdza na podstawie § 137 ust. 3 ważność umowy zawartej w wyniku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jest on zobowiązany do nałożenia grzywny, której kwota, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności danego przypadku, wynosi maksymalnie 15% wartości umowy. Jeżeli w zastosowaniu sankcji prawnych za niezgodne z prawem działanie sąd nakazuje zwrot wynagrodzenia za usługę, za które nie otrzymano świadczenia wzajemnego, jest on zobowiązany do nałożenia grzywny, której kwota, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności danego przypadku, wynosi maksymalnie 10% wartości umowy.

(6) Spory, o których mowa w ust. 1, należą do wyłącznej właściwości sądu administracyjnego i pracy, który w przypadku takiego samego naruszenia zasad udzielania zamówień stosuje procedurę sądowo-administracyjną z art. 170. [...]”.

- 17 Paragraf 240 ust. 1 polgári perrendtartásról szóló 1959. évi IV. törvény (ustawy nr IV z 1959 r. – kodeks postępowania cywilnego) stanowi, co następuje:

„Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w przepisach prawa, strony mogą za obopólnym porozumieniem zmienić treść umowy lub charakter prawny swoich zobowiązań”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 18 BKK, spółka utworzona przez władze miasta stołecznego Budapeszt (Węgry), wykonuje w tym mieście zadania operatora publicznego transportu zbiorowego.
- 19 W wyniku przetargu ograniczonego dotyczącego produkcji, transportu, instalacji i oddania do eksploatacji automatów biletowych, BKK, jako instytucja zamawiająca, zawarła w dniu 4 września 2013 r. z T-Systems umowę na kwotę 5 561 690 409 forintów węgierskich (HUF) (około 18 500 000 EUR).
- 20 Strony wielokrotnie modyfikowały tę umowę. W szczególności, w drodze zmiany z dnia 13 lipca 2017 r. BKK nakazała T-Systems dodanie do centralnego systemu kontroli automatów biletowych modułu oprogramowania umożliwiającego zakup biletów przez Internet.
- 21 Następnie postanowiono, że kwota dodatkowego świadczenia wzajemnego odpowiadająca poszczególnym zmianom umownym nie może przekraczać kwoty 2 530 195 870 HUF (około 8 200 000 EUR).
- 22 W dniu 29 września 2017 r. prezes urzędu zamówień publicznych wszczął na podstawie § 153 ust. 1 lit. c) ustawy o zamówieniach publicznych postępowanie z urzędu przeciwko stronom umowy z uwagi między innymi na naruszenie § 141 ust. 2 i § 141 ust. 4 lit. b) i c) tej ustawy, oraz skierował sprawę do komisji arbitrażowej.
- 23 Komisja arbitrażowa uznała, że w odniesieniu do każdej ze zmian w umowie należało przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Przypomniała, że obie strony umowy są zobowiązane do przestrzegania warunków przewidzianych w prawie zamówień publicznych w zakresie modyfikacji umów, co oznacza, że jeżeli strony umowy zastosowały je niezgodnie z prawem, to należy uznać, że każda z nich dopuściła się naruszenia.
- 24 W konsekwencji komisja arbitrażowa uznała, że poprzez zmiany umowne strony umowy naruszyły w szczególności przepisy § 141 ust. 8 ustawy o zamówieniach publicznych. Uwzględniając w szczególności przepisy § 165 ust. 3 lit. d) tej ustawy, komisja arbitrażowa nałożyła na BKK grzywnę w wysokości 80 000 000 HUF (około 258 941 EUR) oraz grzywnę w wysokości 70 000 000 HUF (około 226 573 EUR) na T-Systems.
- 25 Spółka ta wniosła do Fővárosi Törvényszék (sądu dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) skargę o stwierdzenie braku popełnienia przez nią naruszenia, a w konsekwencji o zmianę decyzji nakładającej na nią grzywnę.
- 26 T-Systems uważa, że obowiązek zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciąży na instytucji zamawiającej i że wybrany wykonawca nie może być odpowiedzialny za podjętą przez tę instytucję decyzję dotyczącą jej potrzeb w zakresie zamówień publicznych. Tak więc w niniejszej sprawie komisja arbitrażowa, obarczając T-Systems konsekwencjami decyzji podjętych przez BKK, naruszyła zasady pewności prawa i praworządności.

- 27 T- Systems uważa, że instytucja zamawiająca jest jedynym adresatem normy prawnej zawartej w § 141 ust. 8 ustawy o zamówieniach publicznych i że z tego względu jedynie ta instytucja jest w stanie popełnić naruszenie, którego konsekwencje określone są w tym przepisie.
- 28 T-Systems jest zdania, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana do przestrzegania wymogów przewidywalności i należytej staranności, a gdy instytucja ta podejmuje inicjatywę zmiany umowy, naruszenie tych wymogów można przypisywać wyłącznie jej.
- 29 BKK również zakwestionowała przed sądem odsyłającym decyzję nakładającą na nią grzywnę, żądając głównie ponownego rozpatrzenia decyzji, stwierdzenia braku naruszenia wynikającego z modyfikacji umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym oraz uchylecia tej grzywny.
- 30 Komisja arbitrażowa wnosi do sądu odsyłającego o stwierdzenie nieważności zmian wprowadzonych do umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, o nakazanie, jeśli uzna to za niezbędne, przywrócenia stanu sprzed zawarcia umowy oraz o oddalenie żądań BKK i T-Systems. Wyjaśnia ona, że w odniesieniu do tej ostatniej spółki stwierdziła istnienie naruszenia jedynie w związku z naruszeniem przepisów prawa, których spółka ta jest adresatem, a mianowicie przepisów § 141 ustawy o zamówieniach publicznych. Wskazuje, iż przepisy kodeksu cywilnego stanowią, że aby doszło do zmiany umowy, obie strony muszą działać wspólnie, przez co uzasadnione jest badanie naruszenia przepisów dotyczących zmiany umowy w stosunku do obu stron.
- 31 Prezes urzędu zamówień publicznych uważa z kolei, że prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim, lecz nie wyłącznie, obowiązkiem instytucji zamawiającej. Podkreśla on, że nierzadko to wykonawca zamówienia inicjuje modyfikację umowy. Przytacza również podstawową zasadę prawa cywilnego, zgodnie z którą zmiana umowy wymaga obopólnego porozumienia zainteresowanych stron.
- 32 Sąd odsyłający przypomina, że to instytucja zamawiająca winna przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.
- 33 Uważa, że w celu utrzymania możliwie najszerzej konkurencji nawet po podpisaniu umowy zachowania noszące znamiona naruszenia, wynikające ze stosunków prawnych między stronami są obwarowane surowymi sankcjami. Sąd ten wyjaśnia, że stosunki te wchodzą w zakres prawa cywilnego z racji zawarcia umowy.
- 34 Sąd odsyłający stoi na stanowisku, że z § 141 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, iż o ile modyfikacja umowy może nastąpić jedynie za obopólnym porozumieniem stron, o tyle instytucja zamawiająca jest jedyną instytucją, której może dotyczyć naruszenie przepisów z dziedziny zamówień publicznych, ponieważ jest objęta zakresem podmiotowym tego uregulowania.
- 35 Sąd ten wskazuje, że przepisy krajowe dotyczące procedur odwoławczych nie precyzują, które podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą podlegać sankcjom. W celu zaś ustalenia, który podmiot prawa należy uznać za sprawcę naruszenia normy prawnej, należy ustalić, kto jest adresatem przepisu, który został naruszony. Sąd uważa, że przewidziana sankcja, która ma charakter represyjny i której powinien podlegać wyłącznie sprawca naruszenia, dotyczy osoby zobowiązanej do przeprowadzenia postępowania przetargowego, czyli instytucji zamawiającej.
- 36 Sąd odsyłający powołuje się na szereg wyroków sądów węgierskich, w których instytucja zamawiająca lub wykonawca zostali zwolnieni z uiszczenia grzywny, w szczególności ze względu na to, że nie byli odpowiedzialni za organizację postępowania przetargowego.

- 37 Sąd odsyłający wskazuje, że okoliczność, iż wykonawca zamówienia publicznego jest adresatem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych dotyczących zmiany umów, nie pozwala przyjąć, że ciąży na nim taka sama odpowiedzialność, jaka z punktu widzenia prawa zamówień publicznych ciąży na instytucji zamawiającej.
- 38 Uważa, że o ile odpowiedzialność stron umowy może zostać zakwestionowana z punktu widzenia tego prawa, o tyle należy zapewnić im możliwość przedstawienia dowodów pozwalających na wyjaśnienie ich udziału w zmianie danej umowy i w popełnieniu ewentualnego naruszenia.
- 39 W tych okolicznościach Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 41 ust. 1 i art. 47 [karty praw podstawowych], a także motywy 10, 29, 107, 109 i 111 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy [2014/24] sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które, biorąc pod uwagę umowny stosunek prawny między umawiającymi się stronami, stanowią, że naruszenia z tytułu bezprawnego zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego (z naruszeniem przepisów regulujących zmiany umów) oraz z tytułu nieprzestrzegania przepisów regulujących zmiany w umowach dopuszcza się nie tylko instytucja zamawiająca, ale również wykonawca, który zawarł z nią umowę, na tej podstawie, że niezgodna z prawem zmiana umów wymaga wspólnego działania stron?
- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, biorąc pod uwagę postanowienia art. 41 ust. 1 i art. 47 [karty praw podstawowych], a także motywy 10, 29, 107, 109 i 111 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy [2014/24], czy motywy 19, 20 i 21 dyrektywy [2007/66], a także art. 2e ust. 2 dyrektyw [89/665] oraz mający to samo brzmienie art. 2e ust. 2 dyrektywy [92/13], sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowemu lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które pozwalają na zastosowanie kary (grzywny) – innej niż skrócenie okresu obowiązywania umowy – z tytułu niezgodnego z prawem zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz nieprzestrzegania przepisów dotyczących zmiany umów również w stosunku do wykonawcy, który zawiera umowę z instytucją zamawiającą?
- 3) W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na dwa pierwsze pytania sąd odsyłający zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o udzielenie mu wskazówek co do tego, czy w celu określenia wysokości kary (grzywny) wystarczająca jest okoliczność istnienia umownego stosunku prawnego między stronami, bez konieczności badania działania i wkładu stron, które doprowadziły do zmiany umowy”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***Uwagi wstępne***

- 40 Zdaniem sądu odsyłającego rozstrzygnięcie sporu w postępowaniu głównym zależy od tego, czy karta praw podstawowych oraz dyrektywy 89/665, 92/13, 2007/66 i 2014/24 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwalają przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia publicznego, w przypadku gdy przy zmianie tej umowy w trakcie realizacji zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych.
- 41 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że postanowienia karty praw podstawowych nie są istotne dla udzielenia sądowi odsyłającemu wyjaśnień w związku ze sporem w postępowaniu głównym.

- 42 Po pierwsze bowiem, z brzmienia art. 41 karty praw podstawowych wynika jednoznacznie, że postanowienie to skierowane jest nie do państw członkowskich, lecz wyłącznie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii (wyrok z dnia 26 marca 2020 r., HUNGEOD i in., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 43 Po drugie, w odniesieniu do art. 47 karty praw podstawowych, na który również powołał się sąd odsyłający, należy przypomnieć, że ustanawiając zasady regulujące sądowe procedury odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą zapewnić, że nie zostaną naruszone uprawnienia przysługujące jednostkom na mocy prawa Unii, w szczególności prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zapisane w art. 47 karty praw podstawowych (wyrok z dnia 26 marca 2020 r., HUNGEOD i in., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 44 Tymczasem nic w aktach sprawy, którymi dysponuje Trybunał, nie wskazuje na to, że postępowanie, w wyniku którego w razie niezgodnej z prawem modyfikacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, będącej w trakcie realizacji, grzywna zostaje nałożona nie tylko na instytucję zamawiającą, lecz również dla wykonawcę zamówienia, skutkuje naruszeniem prawa do skutecznego środka prawnego lub prawa do dostępu do bezstronnego sądu.
- 45 Po drugie, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. Mając to na uwadze, Trybunał powinien w razie potrzeby przeformułować przedłożone mu pytania. Ponadto Trybunał może wziąć pod rozwagę normy prawa Unii, do których sąd krajowy nie odniósł się w zadanym pytaniu (wyroki z dnia 12 grudnia 1990 r., SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, pkt 8; z dnia 8 czerwca 2017 r., Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, pkt 55).
- 46 W niniejszej sprawie w zakresie, w jakim zamówienie rozpatrywane w postępowaniu głównym dotyczyło produkcji, transportu, instalacji i oddania do eksploatacji automatów biletowych, zastosowanie może znajdować dyrektywa 2014/25, a nie dyrektywa 2014/24, czego potwierdzenie należy jednak do sądu odsyłającego.
- 47 W celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi należy zatem wziąć pod uwagę motywy 12, 113, 115 i 117, a także art. 1 ust. 2 i art. 89 dyrektywy 2014/25, które są odpowiednikami motywów i przepisów dyrektywy 2014/24, na które powołano się we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 48 W tych okolicznościach należy uznać, że poprzez pytania pierwsze i drugie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 2e ust. 2 dyrektywy 89/665, art. 2e ust. 2 dyrektywy 92/13, motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, motywy 12, 113, 115 i 117, art. 1 ust. 2 oraz art. 89 dyrektywy 2014/25 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwalają przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, w przypadku gdy przy zmianie tej umowy w trakcie realizacji zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych, zaś poprzez pytanie trzecie – czy w przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytania pierwsze i drugie, kwotę grzywny za niezgodną z prawem zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej między instytucją zamawiającą a wykonawcą zamówienia należy ustalać, uwzględniając jedynie samo istnienie stosunku umownego między tymi stronami, czy też trzeba również uwzględnić indywidualne zachowanie każdej ze stron.

***W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego***

- 49 Poprzez pytania pierwsze i drugie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 2e ust. 2 dyrektywy 89/665, art. 2e ust. 2 dyrektywy 92/13, motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, motywy 12, 113, 115 i 117, art. 1 ust. 2 oraz art. 89 dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwalają przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, w przypadku gdy przy zmianie umowy o udzielenie tego zamówienia w trakcie realizacji zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych.
- 50 W pierwszej kolejności należy podkreślić, że rzeczywiście dyrektywy 89/665 i 92/13 przewidują jedynie, że państwa członkowskie powinny zapewnić dostępność procedur odwoławczych co najmniej każdemu, kto ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i kto poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonego naruszenia (wyrok z dnia 26 marca 2020 r., HUNGEOOD i in., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 51 Przepisy te mają bowiem chronić wykonawców przed arbitralnością instytucji zamawiającej, a tym samym zapewnić, by we wszystkich państwach członkowskich istniały skuteczne środki odwoławcze służące zagwarantowaniu skutecznego stosowania unormowań Unii w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia te można jeszcze skorygować (wyrok z dnia 26 marca 2020 r., HUNGEOOD i in., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 72).
- 52 To w tym kontekście art. 2e dyrektywy 89/665 i art. 2e dyrektywy 92/13, które mają takie samo brzmienie, zobowiązują państwa członkowskie do ustanowienia przepisów przewidujących w przypadku naruszenia niektórych przepisów tych dyrektyw albo bezskuteczność zamówienia, albo sankcje zastępcze, które mogą polegać na nałożeniu kar finansowych na instytucję zamawiającą.
- 53 Niemniej jednak, o ile dyrektywy 89/665 i 92/13 wymagają istnienia środków odwoławczych przysługujących przedsiębiorstwom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku zarzucanego naruszenia, o tyle nie można uznać, że dokonują one pełnej harmonizacji, a zatem dotyczą wszystkich możliwych środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych (wyrok z dnia 26 marca 2020 r., HUNGEOOD i in., C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 73).
- 54 Z powyższego wynika, że art. 2e dyrektywy 89/665 i art. 2e dyrektywy 92/13 odnoszą się wyłącznie do środków odwoławczych wniesionych przez przedsiębiorstwa, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.
- 55 W tych okolicznościach przepisy te nie stoją na przeszkodzie ani temu, by organ nadzorczy mógł wszcząć postępowanie odwoławcze z urzędu, ani temu, aby naruszenie polegające na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego w trakcie realizacji, dokonanej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, mogło zostać przypisane nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, a w konsekwencji nałożeniu sankcji w formie grzywny zarówno na instytucję zamawiającą, jak i na tego wykonawcę.
- 56 Ponadto motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, która dodała art. 2e do dyrektyw 89/665 i 92/13, nie podważają bynajmniej takiej wykładni.
- 57 W drugiej kolejności, ani z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25, który określa zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy zakres jej zastosowania, ani z motywu 12 tej dyrektywy, który w uzupełnieniu tego przepisu dookreśla w szczególności pojęcie „instytucji zamawiającej”, nie można wnioskować, że wykonawcy, którym udzielono zamówienia publicznego, nie są objęci przepisami prawa zawartymi w tej dyrektywie.

- 58 Po pierwsze bowiem, zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25 udzielenie zamówienia oznacza nabycie – w drodze zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi– robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający od wykonawców, którzy zgłosili swoją kandydaturę lub złożyli ofertę i zostali wybrani przez ten podmiot lub podmioty. Wynika z tego, że wyrażenie „wykonawcy” użyte w tym przepisie obejmuje siłą rzeczy podmioty, którym udzielono zamówienia publicznego.
- 59 Po drugie, art. 89 dyrektywy 2014/25, zatytułowany „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, który znajduje się w rozdziale IV dotyczącym wykonania zamówienia, należącym do tytułu II tej dyrektywy, potwierdza, że dyrektywa ma zastosowanie do wykonawców, którym udzielono zamówienia.
- 60 Artykuł ten zawiera bowiem w ust. 1 i 2 wykaz sytuacji, w których zamówienie będące w trakcie realizacji może zostać zmienione przez umawiające się strony, czyli instytucję zamawiającą i wykonawcę, bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od tego, czy zmiana ta powoduje publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
- 61 Z kolei art. 89 ust. 5 tej dyrektywy nakłada obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do modyfikacji warunków zamówienia publicznego innych niż te przewidziane w ust. 1 i 2 tego artykułu. Wynika z tego, że przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku zmian o treści w sposób istotny odbiegającej od warunków pierwotnego zamówienia, które w związku mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. analogicznie wyroki: z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34; z dnia 29 kwietnia 2010 r., Komisja/Niemcy, C-160/08, EU:C:2010:230, pkt 99).
- 62 Jednakże art. 89 ust. 5 wspomnianej dyrektywy nie określa konsekwencji, które władze krajowe powinny wyciągnąć, gdy zamówienie publiczne będące w trakcie realizacji zostanie zmienione w istotny sposób bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.
- 63 Należy ponadto zauważyć, że motywy 113, 115 i 117 dyrektywy 2014/25, wskazane przez sąd odsyłający, niczego w tym względzie nie wyjaśniają, a zresztą motyw 113 wskazuje, że istotne zmiany zamówienia publicznego w trakcie jego realizacji wskazują na zamiar stron dotyczący renegocjacji istotnych warunków tego zamówienia.
- 64 Z powyższego wynika, że w zakresie, w jakim ani art. 1 ust. 2, ani art. 89 dyrektywy 2014/25 nie dokonują pełnej harmonizacji, żaden z tych dwóch przepisów nie może stać na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy naruszenie polegające na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie realizacji tego zamówienia, dokonanej z naruszeniem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, zostało przypisane nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy tego zamówienia, a w konsekwencji by została na niego nałożona sankcja w postaci grzywny.
- 65 Niemniej jednak, jeżeli postępowanie odwoławcze wszczęte z urzędu przez organ nadzorczy, które prowadzi do przypisania wykonawcy zamówienia publicznego naruszenia z powodu niezgodnej z prawem zmiany tego zamówienia w trakcie jego realizacji, a tym samym do nałożenia na niego grzywny, jest przewidziane w przepisach krajowych, musi być ono zgodne z prawem Unii, jeżeli takie zamówienie samo w sobie wchodzi w zakres przedmiotowy stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czy to ab initio, czy też w następstwie jego niezgodnej z prawem zmiany.
- 66 W związku z tym taka procedura odwoławcza z urzędu musi być zgodna z prawem Unii, w tym z jego zasadami ogólnymi.



67 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć następująco: art. 2e ust. 2 dyrektywy 89/665, art. 2e ust. 2 dyrektywy 92/13, motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, a także motywy 12, 113, 115 i 117, art. 1 ust. 2 i art. 89 dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwala przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, w przypadku gdy przy zmianie umowy o udzielenie zamówienia w trakcie realizacji zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych. Jednakże, jeżeli przepisy krajowe przewidują taka możliwość, procedura odwoławcza musi być zgodna z prawem Unii, w tym z jego zasadami ogólnymi, jeżeli dane zamówienie publiczne samo wchodzi w zakres przedmiotowy stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czy to ab initio, czy też w następstwie jego niezgodnej z prawem zmiany.

### *W przedmiocie pytania trzeciego*

68 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytania pierwsze i drugie kwotę grzywny za niezgodną z prawem zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej między instytucją zamawiającą a wykonawcą należy ustalać, uwzględniając jedynie sam fakt istnienia stosunku umownego między tymi stronami, na mocy którego w celu dokonania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny one działać wspólnie, czy też trzeba również uwzględnić indywidualne zachowanie każdej ze stron.

69 Jak wynika z pkt 65 niniejszego wyroku, jeżeli postępowanie odwoławcze wszczęte z urzędu przez organ nadzorczy, które prowadzi do przypisania wykonawcy zamówienia publicznego naruszenia z powodu niezgodnej z prawem zmiany tego zamówienia w trakcie jego realizacji, a tym samym do nałożenia na niego grzywny, jest przewidziane w przepisach krajowych, musi być ono zgodne z prawem Unii, jeżeli takie zamówienie wchodzi w zakres przedmiotowy stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czy to ab initio, czy też w następstwie jego niezgodnej z prawem zmiany.

70 Z uwagi na zakres pytania trzeciego konieczne jest zatem określenie wymogów wynikających z zasady proporcjonalności, których należy przestrzegać, gdy w ramach postępowania odwoławczego z urzędu ustala się kwotę grzywny nałożonej na wykonawcę zamówienia publicznego.

71 Należy przypomnieć, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, normy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające podczas stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celów określonych w tych dyrektywach (zob. podobnie wyroki: z dnia 8 lutego 2018 r., *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 32; z dnia 30 stycznia 2020 r., *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 45).

72 W niniejszym przypadku, o ile to do sądu odsyłającego należy ocena, czy kwota grzywny nałożonej na T-Systems jest proporcjonalna do celów ustawy o zamówieniach publicznych, o tyle organ nadzorczy lub sąd odsyłający nie mogą ustalić takiej kwoty, ograniczając się do uwzględnienia jedynie okoliczności, że na podstawie stosunku umownego łączącego strony muszą one działać wspólnie, by doszło do zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Kwotę tę należy bowiem ustalać w zależności od zachowania lub poczynań stron danej umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie, w którym zamierzały one zmienić tę umowę.

73 Jeśli chodzi konkretnie o wykonawcę zamówienia, można uwzględnić w szczególności fakt podjęcia przez niego inicjatywy w celu modyfikacji umowy lub to, że zasugerował, a wręcz zażądał od instytucji zamawiającej, by nie organizowała postępowania o udzielenie zamówienia w celu zaspokojenia potrzeb wymagających zmiany tej umowy.

- 74 Natomiast kwota grzywny nałożonej na wspomnianego wykonawcę nie może zależeć od okoliczności, że nie przeprowadzono postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w celu modyfikacji umowy, ponieważ decyzja o skorzystaniu z takiej procedury należy do uprawnień samej instytucji zamawiającej.
- 75 W konsekwencji na pytanie trzecie odpowiedź powinna brzmieć następująco: wysokość grzywny za niezgodną z prawem zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej między instytucją zamawiającą a wykonawcą należy ustalać z uwzględnieniem indywidualnego zachowania każdej ze stron.

### **W przedmiocie kosztów**

- 76 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 2e ust. 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., art. 2e ust. 2 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, a także motywy 12, 113, 115 i 117, art. 1 ust. 2 i art. 89 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwala przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, w przypadku gdy przy zmianie umowy o udzielenie zamówienia w trakcie realizacji tego zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych. Jednakże, jeżeli przepisy krajowe przewidują taką możliwość, procedura odwoławcza musi być zgodna z prawem Unii, w tym z jego zasadami ogólnymi, jeżeli dane zamówienie publiczne samo wchodzi w zakres przedmiotowy stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czy to ab initio, czy też w następstwie jego niezgodnej z prawem zmiany.
- 2) Wysokość grzywny za niezgodną z prawem zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej między instytucją zamawiającą a wykonawcą należy ustalać z uwzględnieniem indywidualnego zachowania każdej ze stron.

Podpisy