



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 14 maj 2020 *

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 1.2 och artikel 72 – Direktiv 2014/25/EU – Artikel 1.2 och artikel 89 – Prövningsförfaranden på området för offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten – Direktiv 89/665/EEG – Artikel 2e.2 – Upphandlingsförfaranden för enheter som är verksamma inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna – Direktiv 92/13/EEG – Artikel 2e.2 – Ändringar i ett kontrakt som ingåtts efter ett förfarande för offentlig upphandling – Nytt upphandlingsförfarande har inte genomförts – Böter som ålagts den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet – Proportionalitetsprincipen”

I mål C-263/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern) genom beslut av den 7 mars 2019, som inkom till domstolen den 28 mars 2019, i målet

T-Systems Magyarország Zrt.,

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

mot

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,

ytterligare deltagare i rättegången:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras (referent) samt domarna S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe och N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren M. Krausenböck,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 5 februari 2020,

* Rättegångsspråk: ungerska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- T-Systems Magyarország Zrt., genom P. Szilas, Zs. Okányi och V. Kovács, ügyvédek,
- Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, genom I. Hunya, i egenskap av ombud,
- Közbeszerzési Hatóság Elnöke, genom T.A. Cseh, i egenskap av ombud,
- Ungerns regering, genom M.Z. Fehér, G. Koós och M. Tátrai, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom L. Haasbeek, P. Ondrůšek och A. Tokár, samtliga i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 1.2 och artikel 72 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), artikel 2e.2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EU av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665), artikel 2e.2 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt direktiv 2007/66 (nedan kallat direktiv 92/13), och artiklarna 41 och 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan bolaget T-Systems Magyarország Zrt. (nedan kallat T-Systems) och bolaget BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (nedan kallat BKK), å ena sidan, och Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (överklagandenämnden för offentlig upphandling vid myndigheten för offentlig upphandling, Ungern) (nedan kallad överklagandenämnden), å andra sidan. Målet rör de böter som de förstnämnda bolagen ålagts på grund av ändring, under pågående fullgörande, av kontrakt som ingåtts, utan att det genomförts nya förfaranden för offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 89/665

- 3 I artikel 2e i direktiv 89/665, med rubriken ”Överträdelse av detta direktiv och alternativa sanktioner”, föreskrivs följande:

”1. Vid överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 som inte omfattas av artikel 2d.1 b ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet i enlighet med artikel 2d.1–2d.3 eller alternativa sanktioner. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten ska besluta, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, om avtalet bör anses vara ogiltigt eller om alternativa sanktioner bör åläggas.

2. Alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. De alternativa sanktionerna ska utgöras av

- att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter, eller
- att avtalstidens längd förkortas.

Medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bland annat hur allvarlig överträdelsen är, den upphandlande myndighetens agerande och, i de fall som avses i artikel 2d.2, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt.

Beviljande av skadestånd är inte någon lämplig sanktion enligt denna punkt.”

Direktiv 92/13

- 4 Artikel 2e i direktiv 92/13, med rubriken ”Överträdelse av detta direktiv och alternativa sanktioner”, har i stort sett samma lydelse som artikel 2e i direktiv 89/665.

Direktiv 2007/66

- 5 I skälen 19–21 i direktiv 2007/66 anges följande:

”(19) När det gäller andra överträdelse av formella krav kan medlemsstaterna anse att principen om ogiltighet är olämplig. I dessa fall bör medlemsstaterna ha rätt att föreskriva andra alternativa sanktioner. Som alternativa sanktioner bör endast betraktas åläggande av avgifter vilka ska betalas till ett organ som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten, eller förkortning av avtalstidens längd. Det är medlemsstaterna som ska fastställa detaljerna för alternativa sanktioner och reglerna för tillämpningen av dem.

(20) Detta direktiv bör inte utesluta att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning.

(21) Det mål som måste uppnås när medlemsstaterna fastställer regler som säkerställer att ett avtal ska anses vara ogiltigt är att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras. Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt bör fastställas i nationell lagstiftning. Därför kan nationell lagstiftning till exempel föreskriva ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter (*ex tunc*) eller omvänt begränsa upphörandet till att omfatta de

skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (*ex nunc*). Detta bör inte leda till att verkningfulla sanktioner inte tillämpas om avtalsskyldigheterna redan har fullgjorts antingen fullt ut eller nästan fullt ut. I sådana fall bör medlemsstaterna även föreskriva alternativa sanktioner, med beaktande av i vilken utsträckning ett avtal fortfarande är giltigt i enlighet med nationell lagstiftning. Likaledes måste följderna av eventuell återbetalning av belopp som kan ha utbetalats liksom andra former av eventuell restitution, inbegripet restitution i värde när restitution in natura inte är möjlig, fastställas i nationell lagstiftning.”

Direktiv 2014/24

6 Skälen 10, 29, 107, 109 och 111 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”(10) Begreppen upphandlande myndigheter och särskilt offentligrättsliga organ har vid upprepade tillfällen behandlats i rättspraxis från Europeiska unionens domstol. För att det ska stå klart att den personkrets som omfattas av detta direktiv inte bör ändras, är det lämpligt att behålla de definitioner som domstolen använder och införliva ett visst antal förtydliganden som görs i denna rättspraxis, så att definitionerna kan förstås, utan att tolkningen av begreppet i rättspraxis ändras. ...

...

(29) Det är lämpligt att erinra om att detta direktiv endast gäller för medlemsstaternas upphandlande myndigheter. ...

...

(107) Det är nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver ett nytt upphandlingsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från [domstolen]. Ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.

Ändringar av kontraktet som leder till smärre förändringar av kontraktsvärdet upp till ett visst värde bör alltid gå att göra utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras. I detta syfte och för att garantera rättslig säkerhet bör detta direktiv föreskriva tröskelvärden under vilka ett nytt upphandlingsförfarande inte krävs. Ändringar av kontraktet som överstiger dessa tröskelvärden bör gå att göra utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras i den mån som de uppfyller de relevanta villkoren i detta direktiv.

...

(109) De upphandlande myndigheterna kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse när de tilldelade kontraktet, särskilt när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande. ...

...

(111) Upphandlande myndigheter bör genom ändringsklausuler eller optioner i de enskilda kontrakten kunna medge en möjlighet att införa ändringar, men dessa klausuler bör inte ge dem obegränsad frihet. I detta direktiv bör därför fastställas i vilken utsträckning ändringsmöjligheter kan föreskrivas i det ursprungliga kontraktet. ...”

7 Artikel 1.2 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.”

8 Avsnitt II i direktiv 2014/24, med rubriken ”Bestämmelser om offentliga kontrakt”, innehåller bland annat kapitel IV, vilket rör ”[f]ullgörande av kontrakt”, som består av artiklarna 70–73. I artikel 72, med rubriken ”Ändring av kontrakt under löptiden”, föreskrivs följande:

”1. Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

- a) Om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.
- b) För kompletterande byggentreprenader, tjänster eller varor från den ursprunglige entreprenören som har blivit nödvändiga och som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen, i de fall ett byte av entreprenör
 - i) inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl såsom krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, och
 - ii) skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Eventuella prisökningar får dock inte vara högre än 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

c) Samtliga följande villkor är uppfyllda:

- i) Behovet av ändring har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse.
- ii) Ändringen medför inte att kontraktets övergripande karaktär ändras.
- iii) Eventuella prisökningar är inte högre än 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

...

e) om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4.

Upphandlande myndigheter som har ändrat ett kontrakt i de fall som anges i leden b och c i denna punkt ska offentliggöra ett meddelande om detta i *Europeiska unionens officiella tidning*. Ett sådant meddelande ska innehålla de uppgifter som anges i del G i bilaga V och ska offentliggöras i enlighet med artikel 51.

2. Dessutom får kontrakt ändras, utan att någon kontroll behöver göras av att villkoren i punkt 4 a–d är uppfyllda, utan något nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv om värdet av ändringen är lägre än både

i) tröskelvärdena i artikel 4, och

ii) 10 % av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och lägre än 15 % av det ursprungliga kontraktets värde för byggtreprenadkontrakt.

Ändringen får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Om flera successiva ändringar görs ska värdet bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av dessa ändringar.

...

5. Ett nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i ett offentligt kontrakt eller ett ramavtal under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.”

Direktiv 2014/25/EU

9 I skäl 12, 113, 115 och 117 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243) föreskrivs följande:

”(12) Begreppen upphandlande myndigheter och särskilt offentlighetsorgan har vid upprepade tillfällen behandlats i rättspraxis från [domstolen]. För att det ska stå klart att den personkrets som omfattas av detta direktiv inte bör ändras, är det lämpligt att behålla de definitioner som domstolen använder och införliva ett visst antal förtydliganden som görs i denna rättspraxis, så att definitionerna kan förstås, utan att tolkningen av begreppet i rättspraxis ändras.

...

(113) Det är nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver ett nytt upphandlingsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från [domstolen]. Ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.

Ändringar av kontraktet som leder till smärre förändringar av kontraktsvärdet upp till ett visst värde bör alltid gå att göra utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras. I detta syfte och för att garantera rättslig säkerhet bör detta direktiv föreskriva tröskelvärden under vilka

ett nytt upphandlingsförfarande inte krävs. Ändringar av kontraktet som överstiger dessa tröskelvärden bör gå att göra utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras i den mån som de uppfyller de relevanta villkoren i detta direktiv.

...

- (115) Upphandlande enheter kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse när de tilldelade kontraktet, särskilt när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande. ...

...

- (117) Upphandlande enheter bör genom ändringsklausuler eller optioner i de enskilda kontrakten kunna föreskriva en möjlighet att införa ändringar, men dessa klausuler bör inte ge dem obegränsad frihet. I detta direktiv bör därför fastställas i vilken utsträckning ändringsmöjligheter kan föreskrivas i det ursprungliga kontraktet. ...”

- 10 I artikel 1.2 i direktivet föreskrivs följande:

”Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande enheters anskaffning genom varu-, byggentreprenad- eller tjänstekontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande enheter, förutsatt att byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för utövande av någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14.”

- 11 Avsnitt II i direktiv 2014/25, med rubriken ”Bestämmelser om offentliga kontrakt”, innehåller bland annat kapitel IV, vilket rör ”[f]ullgörande av kontrakt”, som består av artiklarna 87–90. I artikel 89, med rubriken ”Ändring av kontrakt under löptiden”, föreskrivs följande:

”1. Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

- a) Om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.
- b) För kompletterande byggentreprenader, tjänster eller varor från den ursprunglige entreprenören, oberoende av deras värde, som har blivit nödvändiga och som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen, i de fall ett byte av entreprenör
 - i) inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl såsom krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, programvara, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, och
 - ii) skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.
- c) Om samtliga följande villkor är uppfyllda:
 - i) Behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande enhet inte kunnat förutse.
 - ii) Ändringen medför inte att kontraktets övergripande karaktär ändras.

...

e) om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4.

Upphandlande myndigheter som har ändrat ett kontrakt i de fall som anges i leden b och c i denna punkt ska offentliggöra ett meddelande om detta i *Europeiska unionens officiella tidning*. Ett sådant meddelande ska innehålla de uppgifter som anges i bilaga XVI och ska offentliggöras i enlighet med artikel 71.

2. Dessutom får kontrakt ändras, utan att någon kontroll behöver göras av att villkoren i punkt 4 a–d är uppfyllda, utan något nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv om värdet av ändringen är lägre än både

i) tröskelvärdena i artikel 15, och

ii) 10 % av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och lägre än 15 % av det ursprungliga kontraktets värde för byggentreprenadkontrakt.

Ändringen får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Om flera successiva ändringar görs ska värdet bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av dessa ändringar.

3. När det gäller beräkningen av det pris som avses i punkt 2 ska det uppdaterade priset vara referensvärdet när kontraktet omfattar en indexeringsklausul.

4. En ändring av ett kontrakt eller ett ramavtal under dess löptid ska anses vara väsentlig i den mening som avses i punkt 1 e om ändringen innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. Utan att det påverkar punkterna 1 och 2 ska en ändring i alla händelser anses vara väsentlig om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.

b) Ändringen innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för entreprenören på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet.

c) Ändringen medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.

d) Om den entreprenör som den upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör i andra fall än de som avses i punkt 1 d.

5. Ett nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i ett byggentreprenad-, varu- eller tjänstekontrakt eller ett ramavtal under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.”

Ungersk rätt

- 12 I 2 § punkt 1 közbizetzerésekról szóló 2015 évi CXLIIL. törvény (lag CXLIIL om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska se till att konkurrensen är lojal och öppen i upphandlingsförfarandet och att detta förfarande är offentligt, vilket den ekonomiska aktören ska respektera.”

- 13 I 141 § punkt 8 i denna lag, i vilken fastställs de olika fall då parterna i ett avtal om offentlig upphandling kan ändra detta, föreskrivs följande:

”Kontraktet får, förutom i de fall som omfattas av bestämmelserna i denna paragraf, endast ändras efter det att ett nytt upphandlingsförfarande har genomförts. Om ändringen av kontraktet innebär att förfarandet för offentlig upphandling på ett rättsstridigt sätt inte är möjligt att genomföra, så är ändringen ogiltig enligt 137 § punkt 1 a.”

- 14 I 153 § punkt 1 i nämnda lag föreskrivs följande:

”Közbizetzerési Hatóság Elnöke [(ordföranden för myndigheten för offentliga upphandlingar, Ungern)] ska ta initiativ till att inleda förfarandet på eget initiativ inför [överklagandenämnden]

...

c) om det, mot bakgrund av myndighetens för offentliga upphandlingar övervakning enligt 187 § punkt 2 j, eller utan att någon sådan myndighetsövervakning har skett, är rimligt att anta att ändringen eller genomförandet av kontraktet har skett i strid med denna lag, i synnerhet om en överträdelse av det slag som anges i 142 § punkt 2 har begåtts.

...”

- 15 I 165 § i samma lag stadgas följande:

”...

(2) I sitt beslut ska [överklagandenämnden]

...

d) fastställa att en överträdelse har begåtts och tillämpa de rättsliga följder som avses i punkt 3,

e) i de fall som avses i punkt 6 fastställa överträdelsen och ålägga böter,

...

(3) Om [överklagandenämnden] i sitt beslut finner att en överträdelse föreligger, kan den

...

d) ådöma böter för den enhet eller den person som gjort sig skyldig till överträdelsen och den person eller enhet som står i ett rättsligt förhållande till den enhet eller den person som är ansvarig för överträdelsen, och som själv också är ansvarig för överträdelsen

...

(6) [Överklagandenämnden] ska fastställa överträdelsen och ålägga böter om

a) upphandlingsförfarandet har avbrutits på ett rättsstridigt sätt på grund av överträdelsen,

...

e) ordföranden för myndigheten för offentlig upphandling inlett ett förfarande enligt [153 §] ex officio och överklagandenämnden konstaterade att en överträdelse har begåtts.

...”

16 I 176 § i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

”(1) Om [överklagandenämnden] i sitt avgörande i sak konstaterar en sådan överträdelse som avses i 137 § punkt 1, så ska den inleda ett domstolsförfarande i syfte att se till att avtalet ogiltigförklaras och att de rättsliga följderna av rättsstridigheten tillämpas.

...

(4) Om domstolen, vid utgången av det domstolsförfarande som avses i punkt 1, finner att avtalet är ogiltigt av de skäl som anges i 137 § punkt 1, så ska den dra de rättsliga konsekvenserna av denna ogiltighet i enlighet med bestämmelserna i civillagen och denna lag.

(5) Om domstolen i enlighet med 137 § punkt 3 förklarar det kontrakt som ingåtts efter upphandlingsförfarandet giltigt, så ska den ålägga böter som, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, får uppgå till högst 15 procent av kontraktets värde. Om domstolen, när den fastställer de rättsliga följderna av rättsstridigheten, förordnar om återbetalning av motvärdet för den tjänst som har förblivit obetald, så är den skyldig att ålägga böter som, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, får uppgå till högst 10 procent av kontraktets värde.

(6) i de tvister som avses i punkt 1 är förvaltnings- och arbetsdomstolen ensam behörig. Denna ska, vid samma överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling, tillämpa det administrativa förfarandet enligt 170 § ...”

17 Följande anges i 240 § punkt 1 Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (1959 års lag nr IV om införande av en civilprocesslag):

”Om inte annat följer av de undantag som föreskrivs i lagstiftningen kan parterna komma överens om att ändra innehållet i kontraktet eller den rättsliga arten av deras respektive åtaganden.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

18 BKK är ett bolag som bildats av Budapests stad (Ungern). Bolaget driver kollektivtrafiktjänster i denna stad.

19 Efter ett selektivt anbudsförfarande avseende tillverkning, transport, installation och drift av biljettautomater ingick BKK, i egenskap av upphandlande myndighet, den 4 september 2013 ett avtal med T-Systems, med ett belopp av 5 561 690 409 ungerska forint (HUF) (cirka 18 500 000 euro).

20 Parterna ändrade detta avtal vid flera tillfällen. En ändring av särskild vikt är den ändring som skedde den 13 juli 2017, varigenom BKK ålade T-Systems att till det centrala kontrollsystemet för biljettautomater ansluta en mjukvara som gjorde det möjligt att förvärva dessa färdbevis via internet.

- 21 Därefter föreskrevs att det ytterligare vederlag som motsvarade de olika ändringarna enligt avtalet inte fick överstiga 2 530 195 870 HUF (cirka 8 200 000 euro).
- 22 Den 29 september 2017 inledde ordföranden för myndigheten för offentlig upphandling, med stöd av 153 § punkt 1 c i lagen om offentlig upphandling, ex officio ett förfarande mot avtalsparterna avseende åsidosättande av bland annat 141 § punkt 2, 141 § punkt 4 b och 141 § punkt 4 c i denna lag och hänsköt ärendet till överklagandenämnden för detta ändamål.
- 23 Överklagandenämnden ansåg att ett nytt förfarande för offentlig upphandling borde ha genomförts för var och en av ändringarna av kontraktet. Överklagandenämnden erinrade om att båda avtalsparterna måste iaktta de villkor som föreskrivs i bestämmelserna om offentlig upphandling om ändring av avtal, vilket innebär att om de har tillämpat dessa bestämmelser på ett rättsstridigt sätt, så ska båda anses ha gjort sig skyldiga till en överträdelse.
- 24 Överklagandenämnden ansåg följaktligen att avtalsparterna genom ändringarna hade åsidosatt bland annat bestämmelserna i 141 § punkt 8 i lagen om offentlig upphandling. Med beaktande av bland annat bestämmelserna i 165 § punkt 3 d i denna lag ålade nämnden BKK böter på 80 000 000 HUF (cirka 258 941 euro) och T-Systems böter på 70 000 000 (cirka 226 573 euro).
- 25 T-Systems väckte talan vid Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern) och yrkade att det skulle fastställas att bolaget inte hade gjort sig skyldigt till någon överträdelse och att beslutet att ålägga bolaget böter skulle ändras.
- 26 T-Systems anser att den upphandlande myndigheten är skyldig att anordna ett förfarande för offentlig upphandling och att en anbudsgivare inte kan hållas ansvarig för ett beslut som myndigheten har fattat avseende sina behov i fråga om offentlig upphandling. T-systems menar att överklagandenämnden i förevarande fall åsidosatt rättssäkerhetsprincipen och rättsstatsprincipen genom att låta T-Systems bära följderna av BKK:s beslut.
- 27 T-Systems anser att rättsregeln i 141§ punkt 8 i lagen om offentlig upphandling endast riktar sig till den upphandlande myndigheten och att det därför endast är denna myndighet som kan göra sig skyldig till den överträdelse som beivras genom denna bestämmelse.
- 28 T-Systems anser att kraven på förutsebarhet och aktsamhet gäller för den upphandlande myndigheten och att ett åsidosättande av dessa krav endast kan tillskrivas den upphandlande myndigheten när myndigheten tar initiativ till att ändra ett avtal.
- 29 Även BKK väckte talan vid den hänskjutande domstolen mot beslutet att ålägga BKK böter och yrkade i huvudsak att detta beslut skulle omprövas, att det skulle fastställas att det inte förelåg någon överträdelse till följd av ändringarna i det aktuella avtalet och att böterna skulle upphävas.
- 30 Överklagandenämnden har yrkat att den hänskjutande domstolen ska fastställa att de ändringar som gjorts i det aktuella avtalet är ogiltiga, om den anser det nödvändigt förordna att den situation som förelåg före avtalet ska återställas samt ogilla BKK:s och T-Systems yrkanden. Överklagandenämnden har preciserat att den med avseende på det sistnämnda bolaget endast konstaterat att en överträdelse hade skett av att de rättsregler som är riktade till bolaget, det vill säga bestämmelserna i 141 § i lagen om offentlig upphandling. Nämnden har påpekat att det i bestämmelserna i civillagen föreskrivs att båda parter måste handla gemensamt för att ett avtal ska kunna ändras, vilket motiverar en prövning av åsidosättandet av bestämmelserna om ändring av avtalet i förhållande till båda parterna.
- 31 Ordföranden för myndigheten för offentlig upphandling anser å sin sida att det framför allt, men inte uteslutande, ankommer på den upphandlande myndigheten att se till att förfarandet för offentlig upphandling genomförs på korrekt sätt. Ordföranden har understrukit att det inte är ovanligt att den

som tilldelas ett offentligt kontrakt tar initiativ till att ändra detta kontrakt. Ordföranden har även hänvisat till den grundläggande civilrättsliga principen att en ändring av avtalet förutsätter att de berörda parterna har kommit överens om detta.

- 32 Den hänskjutande domstolen har erinrat om att det ankommer på den upphandlande myndigheten att anordna ett förfarande för offentlig upphandling.
- 33 Den hänskjutande domstolen anser att för att upprätthålla en så omfattande konkurrens som möjligt, även efter undertecknandet av avtalet, måste det åläggas stränga påföljder för rättsstridiga beteenden inom ramen för parternas rättsförhållande. Den hänskjutande domstolen har preciserat att dessa förhållanden omfattas av civilrätten på grund av att avtalet ingåtts.
- 34 Den hänskjutande domstolen anser att det följer av bestämmelserna i 141 § i lagen om offentlig upphandling att även om en ändring av ett kontrakt endast kan ske i samförstånd mellan parterna, så är den upphandlande myndigheten den enda som kan göra sig skyldig till en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling, eftersom den omfattas av den personkrets på vilken lagstiftningen är tillämplig.
- 35 Den hänskjutande domstolen har angett att det i de nationella bestämmelserna om prövning inte anges vilka aktörer i upphandlingsförfarandet som kan bli föremål för sanktionsåtgärder. För att avgöra vilket rättssubjekt som ska anses ha överträtt en bestämmelse måste det emellertid fastställas vilken person som är mottagare av den bestämmelse som har överträtts. Den hänskjutande domstolen anser att den föreskrivna påföljden, som är av repressiv karaktär och endast ska drabba den som begått överträdelsen, avser den person som är skyldig att genomföra ett upphandlingsförfarande, det vill säga den upphandlande myndigheten.
- 36 Den hänskjutande domstolen har hänvisat till flera domar från ungerska domstolar i vilka den upphandlande myndigheten eller den ekonomiska aktören har befriats från skyldigheten att betala de ålagda böterna, bland annat på grund av att den sistnämnda inte var ansvarig för genomförandet av upphandlingsförfarandet.
- 37 Den hänskjutande domstolen har angett att den omständigheten att bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling vad avser ändring av kontrakt riktar sig till den som tilldelas ett kontrakt inte innebär att det ska anses att denne har ett ansvar som är identiskt med det ansvar som den upphandlande myndigheten har enligt bestämmelserna om offentlig upphandling.
- 38 Den anser att även om avtalsparternas ansvar kan ifrågasättas ur ett rättsligt perspektiv, så ska de ges möjlighet att lägga fram bevisning som kan klargöra deras delaktighet i ändringen av avtalet i fråga och i den eventuella överträdelsen.
- 39 Mot denna bakgrund beslutade Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Utgör artiklarna 41.1 och 47 i [stadgan], skälen 10, 29, 107, 109 och 111 samt artikel 1.2 och 72 i [direktiv 2014/24] hinder för en nationell bestämmelse eller en tolkning och tillämpning av denna bestämmelse enligt vilken det – med beaktande av det rättsliga avtalsförhållandet mellan avtalsparterna – fastställs att inte bara den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till överträdelse genom att rättsstridigt underlåta att genomföra ett anbuds-förfarande, vilket medfört ett åsidosättande av bestämmelserna om ändring av avtal, och genom att inte iaktta bestämmelserna som reglerar ändring av avtal enligt vilka den rättsstridiga ändringen av avtalen kräver ett gemensamt agerande av parterna, utan att även den anbudsgivare som har ingått avtal med denna enhet har gjort sig skyldig till denna överträdelse[?]”

- 2) För det fall den första frågan besvaras nekande önskas svar på om skälen 19–21 i [direktiv 2007/66] och artikel 2e.2 i [direktiv 89/665] samt artikel 2e.2 (med samma innehåll) i [direktiv 92/13], mot bakgrund av artiklarna 41.1 och 47 i [stadgan], och skälen 10, 29, 107, 109 och 111 samt artiklarna 1.2 och 72 i [direktiv 2014/24], utgör hinder för en nationell bestämmelse eller en tolkning och tillämpning av denna bestämmelse, vilken tillåter att en påföljd (böter) – skild från den förkortade giltighetstiden för avtalet – även tillämpas på anbudsgivaren som ingått avtal med den upphandlade enheten på grund av rättsstridig underlåtelse att genomföra ett anbudsförfarande och underlåtelse att iaktta bestämmelserna avseende ändring av avtal[?]
- 3) För det fall de båda första frågorna besvaras nekande, önskar den hänskjutande domstolen att Europeiska unionens domstol även anger huruvida det för att fastställa påföljdens (böternas) storlek, räcker att det finns ett rättsligt avtalsförhållande mellan parterna, utan att det gjorts en prövning av parternas agerande och deltagande som har bidragit till ändringen av avtalet.”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 40 Enligt den hänskjutande domstolen beror utgången i det nationella målet på svaret på frågan huruvida stadgan, tillsammans med direktiven 89/665, 92/13, 2007/66 och 2014/24, utgör hinder för en nationell lagstiftning som, inom ramen för ett prövningsförfarande som en tillsynsmyndighet på eget initiativ inleder, gör det möjligt att hålla den upphandlande myndigheten ansvarig för överträdelsen och att inte bara ålägga den upphandlande myndigheten böter, utan även ålägga den som tilldelats ett offentligt kontrakt böter, för det fall att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts på ett rättsstridigt sätt i samband med en ändring av kontraktet under dess genomförande.
- 41 Domstolen konstaterar för det första att bestämmelserna i stadgan inte är relevanta för att ge den hänskjutande domstolen vägledning i det nationella målet.
- 42 Det framgår nämligen klart av ordalydelsen i artikel 41 i stadgan att denna bestämmelse inte riktar sig till medlemsstaterna utan endast till unionens institutioner, organ och byråer (dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 63 och där angiven rättspraxis).
- 43 Vad gäller artikel 47 i stadgan, vilken också har åberopats av den hänskjutande domstolen, erinrar domstolen om att medlemsstaterna, när de fastställer processuella regler som gäller för talan som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av unionsrätten och som tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, ska se till att enskildas rättigheter enligt unionsrätten inte undergrävs, särskilt rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, som slås fast i artikel 47 i stadgan (dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 64 och där angiven rättspraxis).
- 44 Det framgår emellertid inte av handlingarna i målet att det förfarande som leder till att böter, i fall av rättsstridig ändring av ett offentligt kontrakt under genomförande, åläggs inte bara den upphandlande myndigheten, utan även den som tilldelats kontraktet, skulle kränka rätten till ett effektivt rättsmedel eller rätten till en opartisk domstol.
- 45 Domstolen erinrar för det andra om att det av fast rättspraxis framgår att det, enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF, ankommer på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den har att pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits. EU-domstolen kan dessutom behöva ta hänsyn till

unionsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin fråga (dom av den 12 december 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punkt 8, och dom av den 8 juni 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, punkt 55).

- 46 Eftersom det kontrakt som är i fråga i det nationella målet avsåg tillverkning, transport, installation och drift av biljettautomater, är det direktiv 2014/25 som kan tillämpas, och inte direktiv 2014/24, vilket det emellertid ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.
- 47 För att kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar är det därför nödvändigt att beakta skälen 12, 113, 115 och 117 i direktiv 2014/25 samt artikel 1.2 och artikel 89 i samma direktiv, vilka, i sistnämnda direktiv, motsvarar de skäl och bestämmelser i direktiv 2014/24 som har åberopats i begäran om förhandsavgörande.
- 48 Under dessa omständigheter ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt den första och den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2e.2 i direktiv 89/665, artikel 2e.2 i direktiv 92/13, skälen 19–21 i direktiv 2007/66, skälen 12, 113, 115 och 117 i direktiv 2014/25 samt artikel 1.2 och artikel 89 i samma direktiv utgör hinder för en nationell bestämmelse som, inom ramen för ett prövningsförfarande som en tillsynsmyndighet på eget initiativ inleder, gör det möjligt att hålla den upphandlande myndigheten ansvarig för överträdelsen och att inte bara ålägga den upphandlande myndigheten böter, utan även ålägga den som tilldelats ett offentligt kontrakt böter, för det fall att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts på ett rättsstridigt sätt i samband med en ändring av kontraktet under dess genomförande. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida, för det fall den första och den andra frågan besvaras nekande, det bötesbelopp som påförs för en rättsstridig ändring av ett avtal om offentlig upphandling som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet ska fastställas enbart med beaktande av att det föreligger ett avtalsförhållande mellan parterna, enligt vilket parterna ska agera gemensamt för att ändra det offentliga kontrakt som är bindande för dem, eller om det är nödvändigt att beakta var och en av dessa parter egna beteenden.

Den första och den andra tolkningsfrågan

- 49 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2e.2 i direktiv 89/665, artikel 2e.2 i direktiv 92/13, skälen 19–21 i direktiv 2007/66, skälen 12, 113, 115 och 117 i direktiv 2014/25 samt artikel 1.2 och artikel 89 i samma direktiv utgör hinder för en nationell bestämmelse som, inom ramen för ett prövningsförfarande som en tillsynsmyndighet på eget initiativ inleder, gör det möjligt att hålla den upphandlande myndigheten ansvarig för överträdelsen och att inte bara ålägga den upphandlande myndigheten böter, utan även ålägga den som tilldelats ett offentligt kontrakt böter, för det fall att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts på ett rättsstridigt sätt i samband med en ändring av kontraktet under dess genomförande.
- 50 Det ska för det första understrykas att direktiven 89/665 och 92/13 visserligen endast föreskriver att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse (dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 71).
- 51 Bestämmelserna i dessa direktiv syftar nämligen till att skydda de ekonomiska aktörerna mot den upphandlande myndighetens godtycke och syftar således till att säkerställa att det i alla medlemsstater finns effektiva rättsmedel för att säkerställa en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt i ett skede då överträdelser fortfarande kan rättas till (dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 72).

- 52 Det är mot denna bakgrund som artikel 2e i direktiv 89/665 och artikel 2e i direktiv 92/13, vilka har samma lydelse, ålägger medlemsstaterna att vid överträdelse av vissa bestämmelser i dessa direktiv föreskriva antingen att kontraktet inte får ha någon verkan eller att alternativa påföljder åläggs, vilka kan bestå i att den upphandlande myndigheten åläggs ekonomiska sanktioner.
- 53 Även om det i direktiven 89/665 och 92/13 föreskrivs att det ska finnas rättsmedel som står till buds för företag som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, så kan dessa direktiv inte anses innebära en fullständig harmonisering och följaktligen anses avse samtliga möjliga rättsmedel på området för offentlig upphandling (dom av den 26 mars 2020, HUNGEOD m.fl., C-496/18 och C-497/18, EU:C:2020:240, punkt 73).
- 54 Av detta följer att artikel 2e i direktiv 89/665 och artikel 2e i direktiv 92/13 endast avser talan som väcks av företag som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.
- 55 Under dessa omständigheter kan dessa artiklar inte utgöra hinder vare sig för att en tillsynsmyndighet ex officio kan inleda ett prövningsförfarande eller för att en överträdelse som består i att ett offentligt kontrakt under dess fullgörande ändrats på ett sätt som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling kan tillskrivas inte bara den upphandlande myndigheten utan även den som tilldelats kontraktet och, följaktligen, att såväl den upphandlande myndigheten som den som tilldelats kontraktet åläggs en sanktion i form av böter.
- 56 En sådan tolkning motsägs inte heller av skälen 19–21 i direktiv 2007/66, genom vilket artikel 2e infördes i direktiven 89/665 och 92/13.
- 57 För det andra går det inte att av vare sig artikel 1.2 i direktiv 2014/25, som avgränsar direktivets materiella och personliga tillämpningsområde, eller av skäl 12 i direktivet, som till stöd för denna bestämmelse preciserar bland annat begreppet upphandlande myndighet, dra slutsatsen att de anbudsgivare som tilldelats kontrakt inte omfattas av de rättsregler som föreskrivs i direktivet.
- 58 Enligt artikel 1.2 i direktiv 2014/25 avses nämligen med upphandling en eller flera upphandlande enheters anskaffning genom varu-, byggtreprenad- eller tjänstekontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande enheter. Av detta följer att uttrycket ”ekonomiska aktörer” som används i denna bestämmelse med nödvändighet omfattar dem som tilldelas offentliga upphandlingar.
- 59 Vidare bekräftar artikel 89 i direktiv 2014/25, med rubriken ”Ändring av kontrakt under löptiden”, vilken ingår i kapitel IV om fullgörande av kontrakt i avdelning II i direktivet, att direktivet är tillämpligt på anbudsgivare.
- 60 I punkterna 1 och 2 i artikel 89 i direktiv 2014/25 uppräknas nämligen de olika fall då ett kontrakt som håller på att genomföras kan ändras av de avtalsslutande parterna, det vill säga den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, utan att ett nytt upphandlingsförfarande används, oavsett om ändringen innebär att ett meddelande offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning* eller ej.
- 61 Enligt artikel 89.5 i direktivet är det obligatoriskt att anordna ett nytt upphandlingsförfarande för andra ändringar av bestämmelserna i ett offentligt kontrakt än dem som föreskrivs i punkterna 1 och 2 i denna artikel. Av detta följer att det krävs att ett nytt upphandlingsförfarande anordnas för ändringar som uppvisar betydande skillnader i förhållande till det ursprungliga kontraktet och som följaktligen visar på parternas vilja att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (se, analogt, dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34, och dom av den 29 april 2010, kommissionen/Tyskland, C-160/08, EU:C:2010:230, punkt 99).

- 62 I artikel 89.5 i direktivet föreskrivs emellertid inte vilka slutsatser de nationella myndigheterna ska dra av den omständigheten att ett offentligt kontrakt som håller på att fullgöras har ändrats väsentligt utan att ett nytt upphandlingsförfarande har genomförts.
- 63 Det ska dessutom påpekas att skälen 113, 115 och 117 i direktiv 2014/25, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, inte ger något klagande i detta avseende. I skäl 113 anges för övrigt att väsentliga ändringar av ett offentligt kontrakt som håller på att genomföras vittnar om parternas avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor.
- 64 Av det ovan anförda följer att eftersom varken artikel 1.2 eller artikel 89 i direktiv 2014/25 innebär en fullständig harmonisering, kan ingen av dessa två bestämmelser utgöra hinder för att, inom ramen för ett förfarande som inletts av tillsynsmyndigheten, en överträdelse som består i att ett offentligt kontrakt under dess fullgörande ändrats på ett sätt som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling tillskrivs inte bara den upphandlande myndigheten utan även den som tilldelats kontraktet, och, följaktligen, att den sistnämnde åläggs en sanktion för denna överträdelse.
- 65 Faktum kvarstår emellertid att när det så föreskrivs i nationell lagstiftning måste ett prövningsförfarande som på eget initiativ inleds av en tillsynsmyndighet och som leder till att den som tilldelats ett kontrakt tillskrivs en överträdelse på grund av en rättsstridig ändring av kontraktet under genomförande, och denne följaktligen åläggs böter, vara förenligt med unionsrätten, eftersom ett sådant kontrakt i sig självt omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, oavsett om denna överträdelse förelåg från början eller till följd av att kontraktet ändrats på ett olagligt sätt.
- 66 Ett sådant förfarande för överklagande på eget initiativ måste således vara förenligt med unionsrätten, inklusive unionsrättens allmänna principer.
- 67 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 2e.2 i direktiv 89/665, artikel 2e.2 i direktiv 92/13, skälen 19–21 i direktiv 2007/66, skälen 12, 113, 115 och 117 i direktiv 2014/25 samt artikel 1.2 och artikel 89 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, som, inom ramen för ett prövningsförfarande som en tillsynsmyndighet på eget initiativ inleder, gör det möjligt att hålla den upphandlande myndigheten ansvarig för överträdelsen och att inte bara ålägga den upphandlande myndigheten böter, utan även ålägga den som tilldelats ett offentligt kontrakt böter, för det fall att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts på ett rättsstridigt sätt i samband med en ändring av kontraktet under dess genomförande. När en sådan möjlighet föreskrivs i nationell lagstiftning måste emellertid prövningsförfarandet vara förenligt med unionsrätten, inbegripet unionsrättens allmänna principer, eftersom det berörda kontraktet i sig omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, oavsett om denna överträdelse förelåg från början eller till följd av att kontraktet ändrats på ett olagligt sätt.

Den tredje frågan

- 68 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida, för det fall den första och den andra frågan besvaras nekande, det bötesbelopp som påförs för en rättsstridig ändring av ett avtal om offentlig upphandling som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet ska fastställas enbart med beaktande av att det föreligger ett avtalsförhållande mellan parterna, enligt vilket parterna ska agera gemensamt för att ändra det offentliga kontrakt som är bindande för dem, eller om det är nödvändigt att beakta var och en av dessa parter egna beteenden.
- 69 Såsom framgår av punkt 65 i förevarande dom måste, när det så föreskrivs i nationell lagstiftning, ett prövningsförfarande som på eget initiativ inleds av en tillsynsmyndighet och som leder till att den som tilldelats ett kontrakt tillskrivs en överträdelse på grund av en rättsstridig ändring av kontraktet

under genomförande, och denne följaktligen åläggs böter, vara förenligt med unionsrätten, eftersom ett sådant kontrakt i sig självt omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, oavsett om denna överträdelse förelåg från början eller till följd av att kontraktet ändrats på ett olagligt sätt.

- 70 Med hänsyn till omfattningen av den tredje frågan är det således nödvändigt att fastställa vilka krav som följer av proportionalitetsprincipen och som ska iakttas när det, inom ramen för ett prövningsförfarande ex officio, ska fastställas vilket bötesbelopp som ska åläggas den som tilldelats kontraktet.
- 71 Det ska erinras om att enligt proportionalitetsprincipen, som utgör en allmän unionsrättslig princip, får de regler som medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna fastställer vid tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas med dessa direktiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 februari 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punkt 32, och dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 45).
- 72 Även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida det bötesbelopp som ålagts T-Systems är proportionerligt i förhållande till målen med lagen om offentlig upphandling, får dock i förevarande fall tillsynsmyndigheten eller den hänskjutande domstolen inte fastställa ett sådant belopp enbart med beaktande av den omständigheten att parterna, enligt avtalsförhållandet mellan dem, måste agera gemensamt för att deras avtal om offentlig upphandling ska kunna ändras. Detta belopp ska nämligen fastställas i förhållande till hur parterna i det aktuella avtalet om offentlig upphandling har agerat eller agerat under den period då de avsåg att ändra det.
- 73 När det särskilt gäller den anbudsgivare som tilldelats kontraktet kan det bland annat beaktas att denne har tagit initiativet till att föreslå en ändring av kontraktet eller att denne har föreslagit, eller till och med krävt, att den upphandlande myndigheten inte ska anordna något upphandlingsförfarande för att tillgodose de behov som gör det nödvändigt att ändra kontraktet.
- 74 Däremot kan storleken på de böter som ålagts den som tilldelats kontraktet inte vara beroende av att denne inte har använt sig av ett upphandlingsförfarande för att ändra kontraktet, eftersom det endast är den upphandlande myndigheten som är behörig att besluta om att tillämpa ett sådant förfarande.
- 75 Den tredje frågan ska således besvaras enligt följande. Det bötesbelopp som påförs för en rättsstridig ändring av ett avtal om offentlig upphandling som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet ska fastställas med beaktande av var och en av dessa parter egna beteenden.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) Artikel 2e.2 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007, artikel 2e.2 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om**

upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt direktiv nr 2007/66, skälen 19–21 i direktiv 2007/66, skälen 12, 113, 115 och 117 samt artikel 1.2 och artikel 89 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, som, inom ramen för ett prövningsförfarande som en tillsynsmyndighet på eget initiativ inleder, gör det möjligt att hålla den upphandlande myndigheten ansvarig för överträdelsen och att inte bara ålägga den upphandlande myndigheten böter, utan även ålägga den som tilldelats ett offentligt kontrakt böter, för det fall att bestämmelserna om offentlig upphandling har åsidosatts på ett rättsstridigt sätt i samband med en ändring av kontraktet under dess genomförande. När en sådan möjlighet föreskrivs i nationell lagstiftning måste emellertid prövningsförfarandet vara förenligt med unionsrätten, inbegripet unionsrättens allmänna principer, eftersom det berörda kontraktet i sig omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, oavsett om denna överträdelse förelåg från början eller till följd av att kontraktet ändrats på ett olagligt sätt.

- 2) Det bötesbelopp som påförs för en rättsstridig ändring av ett avtal om offentlig upphandling som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den som tilldelats kontraktet ska fastställas med beaktande av var och en av dessa parter's egna beteenden.

Underskrifter