

Дело C-263/19

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

28 март 2019 г.

Запитваща юрисдикция:

Fővárosi Törvényszék (Унгария)

Дата на акта за преюдициално запитване:

7 март 2019 г.

Жалбоподатели:

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

Ответници:

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Предмет на главното производство

Няколко жалби по съдебен ред срещу решение в областта на обществените поръчки, с които се иска обявяване на договор за недействителен.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Отговорността на изпълнителя за неправомерно непровеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка; член 267 ДФЕС.

Преюдициални въпроси

- 1) Допускат ли член 41, параграф 1 и член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз, както и съображения 10, 29, 107, 109 и 111, член 1, параграф 2 и член 72 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, национална уредба или практика за тълкуване и прилагане на тази уредба, която предвид договорното правоотношение между договарящите страни предвижда, че не само възложителят е извършил нарушение, изразяващо се в неправомерно непровеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка в евентуално нарушение на разпоредбите относно изменението на договорите и в неспазване на разпоредбите, уреждащи изменението на договорите, но и това нарушение е било извършено и от изпълнителя, сключил договор с възложителя, тъй като незаконосъобразното изменение на договорите изисква общи действия на страните?
- 2) При утвърдителен отговор на първия въпрос, имайки предвид член 41, параграф 1 и член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз, както и съображения 10, 29, 107, 109 и 111, член 1, параграф 2 и член 72 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, допускат ли съображения 19, 20 и 21 от Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки и член 2, параграф 2 от директиви 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство, и 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор, национална уредба или практика за тълкуване и прилагане на тази уредба, която допуска на изпълнителя, сключил договор с възложителя, също да бъде наложена санкция (глоба) — различна от ограничаването на действието на договора във времето — поради неправомерното непровеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка и поради неспазване на разпоредбите относно изменението на договорите?
- 3) При утвърдителен отговор на първите два въпроса запитващата юрисдикция иска от Съда на Европейския съюз да ѝ предостави насоки

и по въпроса дали за определянето на размера на санкцията (глоба) е достатъчно обстоятелството, че съществува договорно правоотношение между страните, без да се анализират действията и приносът на страните, извършили изменението на договора.

Разпоредби от правото на Съюза

Член 41, параграф 1 и член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз

Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31).

Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, 1989 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237).

Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, 1992 г., стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43).

Разпоредби от националното право

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (Закон CVIII от 2011 г. за обществените поръчки, наричан по-нататък „предишният Закон за обществените поръчки“);

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (Закон CXLI от 2015 г. за обществените поръчки, наричан по-нататък „Законът за обществените поръчки“).

Кратко представяне на фактите и на главното производство

- 1 ВКК Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (наричано по-нататък „възложителят“) е акционерно дружество, което не се котира на фондовата борса и което е учредено от Fővárosi Önkormányzat (Столична община, Унгария). Това дружество изпълнява задачи за обществени услуги в областта на обществения транспорт в столицата. С покана за участие от 31 януари 2013 г. дружеството инициира състезателна процедура с договаряне във връзка с производството, транспорта, монтажа и пълното експлоатиране на автомати за продажба на билети (Ticket Vending Machine, наричани по-нататък „TVM“). На 4 септември 2013 г. в края на тази процедура възложителят сключва договор (наричан по-нататък „основният договор по проекта“) с T-Systems Magyarország Zrt. (наричано по-нататък „изпълнителят“).
- 2 В приложението към основния договор по проекта са включени договор за изработка, договор за експлоатация, технически спецификации и офертата на изпълнителя. Общата стойност на поръчката възлиза на 5 561 690 409 HUF. По различни поводи страните изменят основния договор по проекта, като по-специално:
 - На 13 юли 2017 г. („третото изменение“) възложителят изисква от изпълнителя да допълни централната система за контрол на автоматите за продажба на билети със софтуерен модул, правещ възможни онлайн продажбите.
 - В рамките на изменението на договора, извършено на 15 септември 2017 г. (наричано по-нататък „четвъртото изменение“), са посочени действията, които водят или могат да доведат до това автоматът да спре да функционира, като се определят понятията по договора „възпрепятстване“, „изтегляне на банкноти“ и „грешка на клиента“, както и срокът за извършване на необходимите ремонти и съответните подробни правила. Предвидено е, че стойността на допълнителната насрещна престация съгласно изменението на договора не може да надвишава 2 530 195 870 HUF, тоест 50 % от първоначалната стойност на поръчката.
- 3 Преди това, на 22 декември 2016 г. е сключено споразумение (наричано по-нататък „споразумението за възстановяване на разходите“), чийто предмет е да уреди възстановяването на разходите, възникващи за изпълнителя във връзка с допълнителните престации, които възложителят изисква по отношение на експлоатацията на TVM.
- 4 На 29 септември 2017 г. директорът на Службата за обществени поръчки служебно инициира производство за обжалване по административен ред срещу договарящите страни, тъй като счита, че посредством горепосочените

изменения и споразумение се нарушават разпоредби както от предишния Закон за обществените поръчки, така и от [действащия] Закон за обществените поръчки, наред с други.

- 5 В своето решение комисията по жалбите на Службата за обществени поръчки (наричан по-нататък „комисията по жалбите“) приема, че възложителят и изпълнителят са нарушили разпоредбите на член 141, параграф 8 от Закона за обществените поръчки поради следните причини:
- Третото и четвъртото изменение на договора не отговарят на условията, предвидени в Закона за обществените поръчки по отношение на измененията на договорите, и следователно е трябвало да бъде проведена нова процедура за възлагане.
 - Споразумението за възстановяване на разходите урежда услугите, които са предмет на основния договор по проекта, по различен начин от последния, поради което то също трябва да се разглежда като изменение на договора, във връзка с което не са изпълнени условията, предвидени в Закона за обществените поръчки.
- 6 Въз основа на изложеното по-горе комисията по жалбите налага глоба в размер на 80 000 000 HUF на възлагащия орган и в размер на 70 000 000 HUF на изпълнителя. Той мотивира налагането на тази глоба с обстоятелството, че двете договарящи страни имат задължението да спазват изискванията, предвидени в правната уредба в областта на обществените поръчки, що се отнася до изменението на договора, и преценява, че приносът и отговорността на възложителя и на изпълнителя във връзка със считаните за неправомерни действия са еднакви.
- 7 Като първи и втори жалбоподател възложителят и изпълнителят подават пред запитващата юрисдикция жалби по съдебен ред срещу това решение. Що се отнася до тези жалби, комисията по жалбите участва в производството като първи ответник, а директорът на Службата за обществени поръчки встъпва в подкрепа на неговите искания. Освен това комисията по жалбите, като трети жалбоподател, иска от запитващата юрисдикция да обяви недействителността на третото и четвъртото изменение и на споразумението за възстановяване на разходите, които той е приел за незаконосъобразни, и да възстанови положението, съществувало преди тях. Във връзка с тези искания възложителят участва в производството като втори ответник, а изпълнителят — като трети ответник.

Основни доводи на страните в главното производство

- 8 В частта от жалбата си, отнасяща се до производството за преюдициално запитване, *изпълнителят* твърди, че решението на комисията по жалбите не отчита обстоятелството, че именно възложителят решава с оглед на необходимостта от договаряне дали да организира процедура за възлагане на

обществена поръчка, или евентуално да прецени, че това не е необходимо. Следователно само възложителят можел да бъде адресат на член 141 от Закона за обществените поръчки, отнасящ се до измененията на договора. Ето защо според изпълнителя комисията по жалбите търси отговорност от него за решения, върху които той не упражнява и не може да упражнява никакво влияние, което освен че противоречи на досегашната практика на този състав, представлява тежко нарушение на принципите на правна сигурност и на правовата държава.

- 9 Освен това според изпълнителя комисията по жалбите не посочил начина, по който той е извършил нарушението. Изискванията за предвидимост и дължима грижа били обстоятелства, които трябвало да се анализират по отношение на възложителя, поради което тяхното неизпълнение можело да се вмени най-много на последния, но не и на страната в договорни отношения с него.
- 10 В допълнение, изпълнителят твърди, че прилагането на санкцията е неправомерно и упреква в това отношение комисията по жалбите за извода му, че приносят и отговорността на изпълнителя във връзка с измененията на договора са еднакви с тези на възложителя, без да вземе предвид, че именно последният е намерил за необходимо да измени договора и именно той е поел инициативата в това отношение. Няма преднамереност, недобросъвестност или тайни договорки от страна на изпълнителя. Изпълнението на процедурните правила, гарантиращи законосъобразното протичане на обществените поръчки, било задължение на възложителя и затова за неспазването им не можело да се търси отговорност от изпълнителя.
- 11 *Комисията по жалбите* като първи ответник твърди, че единственото установено нарушение на изпълнителя е на правна норма, на която той е адресат, тъй като адресатите на съдържащите се в член 141 от Закона за обществените поръчки разпоредби относно изменението на договорите са сключилите договора страни. Освен в аспектите, уредени по друг начин в Закона за обществените поръчки, договорите, сключени след провеждане на процедура за възлагане, се уреждали от гражданското право, тоест в настоящия случай — от a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (Закон IV от 1959 г. относно Гражданския кодекс, наричан по-нататък „предишният Граждански кодекс“). Съгласно член 240, параграф 1 от предишния Граждански кодекс, освен ако е предвидено друго, страните могат по общо съгласие да изменят съдържанието на договора или правната природа на поетите от тях задължения. След като тези общи действия на страните са необходими, за да се стигне до укоримото поведение, било оправдано да се анализират свързаните с изменението на договора нарушения по отношение и на двете страни. Според комисията по жалбите въпросът до коя договаряща страна може да се отнася анализът на изискването за предвидимост, няма връзка с въпроса за коя договаряща

страна трябва да настъпят правните последици от незаконосъобразността на изменение на договор, извършено при съгласувана воля на страните.

- 12 *Директорът на Службата за обществени поръчки* като страна, встъпила в подкрепа на исканията на ответника, твърди, че възложителят е основният субект, който носи отговорност за законосъобразното протичане на процедурата за възлагане, но не и единственият. Той подчертава, че що се отнася до изменението на договор, сключен след провеждането на процедура за възлагане, отговорността за спазването на разпоредбите от законодателството относно обществените поръчки е по-нюансирана и нерядко именно изпълнителят поема инициативата за изменението. Според него в такива случаи изпълнителят неизбежно разполага с повече информация относно изпълнението в съответствие със Закона за обществените поръчки на договора за обществена поръчка, сключен след провеждането на процедура за възлагане, както и относно възможното изпълнение на предвидените в посочения закон изисквания за изменение на договора. Що се отнася до измененията на договора, Законът за обществените поръчки ограничавал свободата на договаряне на страните. Това обаче не засягало гражданскоправния принцип, че изменението на договора предполага съгласувани волеизявления на страните по него. Това обстоятелство, заедно със задължението за сътрудничество, предполагало и обмен на информация между страните. Ето защо било погрешно твърдението, че изпълнителят не разполага с никаква възможност да прецени дали изменението на договора съответства на изискванията по Закона за обществените поръчки. По мнение на директора на Службата за обществени поръчки е било законосъобразно да се приеме, че изпълнителят е допуснал нарушение, и да му се наложи глоба.

Кратко изложение на мотивите за преюдициалното запитване

- 13 Европейският съюз урежда обществените поръчки с цел да се гарантира функционирането на единния вътрешен пазар. Основните инструменти от законодателството на Съюза в областта на обществените поръчки са Договорът за функционирането на Европейския съюз, разпоредбите на директивите относно обществените поръчки, които забраняват дискриминацията, разпоредбите на директивите, гарантиращи прозрачността на процедурите за възлагане, както и разпоредбите на директивите относно обществените поръчки, предназначени за елиминиране на определени пречки пред достъпа до пазара.
- 14 Субектите, възлагащи обществени поръчки, са длъжни да извършват придобиването на определени стоки и на определена стойност в съответствие с нормите относно обществените поръчки с цел да се осигури разумно и ефективно използване на публичните ресурси, да се направи възможен публичният контрол и да се гарантира конкуренцията. Изискването за възлагане на обществена поръчка и задължението за

провеждане на процедура за възлагане важат за възложителя. С оглед на нуждите от договаряне възложителят решава дали да организира процедура за възлагане или да счете, че това не е необходимо. Възложителите трябва да извършват публичните си придобивания по документиран и контролиран начин.

- 15 Отговорността на икономическия оператор, участващ в процедура за възлагане на обществена поръчка, като цяло е уредена в законодателството относно обществените поръчки, което гарантира зачитането на конкуренцията, като санкциите за извършените от него нарушения се уточняват в съответната правна уредба.
- 16 Процедурата за възлагане приключва с възлагането на обществената поръчка. От момента на възникването на задължение за сключване на договор до този на неговото сключване и изпълнение действията на страните по договора, уредени от законодателството в областта на обществените поръчки, неизбежно имат последици и за двете страни. В случай че договорът не бъде сключен по причина, настъпила след приемането на решението, слагащо край на процедурата, или когато са нарушени разпоредбите относно срока, през който договарянето е в ход, или когато договорът се сключва в нарушение на законодателството относно обществените поръчки, последиците засягат както възложителя, така и изпълнителя. Въз основа на същите принципи и с цел да се гарантира възможно най-голяма конкуренция, разпоредбите на член 137, параграф 1, букви а)–с) от Закона за обществените поръчки (във връзка със сключването на договора) и разпоредбите на член 141 от същия закон (що се отнася до изменението на договора) налагат строги санкции за неправомерни действия, произтичащи от правоотношението между страните, което излиза извън уредената от гражданското право сфера относно сключването на договорите.
- 17 По същия начин като член 72 от Директива 2014/24 член 141 от Закона за обществените поръчки съдържа разпоредби, допускащи изменения в договора в случай на промени през срока на неговото изпълнение. Освен това, ако не са изпълнени предвидените в посочената уредба изисквания, е налице задължение за организиране на нова процедура за възлагане. Следователно независимо от обстоятелството, че договорът може да бъде изменен само при съгласувана воля на страните, адресатът на нарушената разпоредба в областта на обществените поръчки може да бъде само възлагащ орган, попадащ в приложното поле *ratione personae* на съответната правна уредба.
- 18 Същевременно съгласно член 165, параграф 3, буква d) от Закона за обществените поръчки, когато комисията по жалбите установи нарушение, в решението си той може да наложи глоба на извършилото нарушение лице, както и на лицето, което има правоотношение с отговорния за нарушението субект и което също носи отговорност за нарушението. Правната уредба

относно обжалването не уточнява на този етап кои участници в процедурата за възлагане на обществена поръчка могат да бъдат санкционирани. Логичният извод, който се налага, е, че лицата, които нарушават конкретни материалноправни норми, и тези, които извършват забранени действия, могат да бъдат санкционирани по един и същ начин. Въпреки това в рамка, регулирана от законодателството относно обществените поръчки, определящо за отговора на въпроса кое физическо или юридическо лице следва да се приеме за нарушител, може да бъде обстоятелството кой трябва да се счита за адресат на нарушената норма. Същевременно, имайки предвид целта на глобата, предназначена да насочи към законосъобразно поведение лицата, попадащи в приложното поле *ratione personae* на уредбата относно обществената поръчка, подобна заместваща санкция може да се тълкува като насочена срещу лицето, задължено да организира процедурата за възлагане, тоест само срещу възложителя. Глобата не е свързана с договорното правоотношение, а следва изключително от специалните разпоредби в областта на обществените поръчки, като трето лице, което не е страна по договора — орган на определена държава членка, натоварен с правомощия за предоставяне на обективна правна защита — я налага, тъй като има правно задължение за външна намеса в договорното правоотношение между страните с оглед на целите, преследвани от законодателството в областта на обществените поръчки, независимо дали съществува спор между страните по договора. Глобата има санкционен характер, поради което трябва всъщност да се налага на нарушителя.

- 19 В случай че нарушението води до недействителност на договора, съгласно релевантната правна уредба на нарушителя може да бъде наложена глоба за нарушение и е възможно да се наложи глоба като заместваща санкция, когато поради невъзможност за възстановяване на първоначалното положение съдът обяви за действителен договора, сключен въз основа на процедурата за възлагане на обществена поръчка.
- 20 Някои типични случаи свидетелстват за практиката на унгарските съдилища, що се отнася до глобата, която се налага за нарушения, водещи до недействителност на договора: в едно от решенията си, освен че установява недействителността на незаконосъобразно сключен договор без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка и че го обявява за действителен с обратна сила от датата на сключването му, *Fővárosi Ítéltábla* (Апелативен съд Будапеща) освобождава възложителя от заплащането на глоба, позовавайки се на решенията *von Colson* (14/83, EU:C:1984:153) и *RWE Vertrieb* (C-92/11, EU:C:2013:180, т. 58), в съответствие с прилагането на Директивата относно производствата по обжалване. Предвид специфичните характеристики на сключването на договора съдът не приема за оправдано налагането на заместваща санкция, тъй като комисията по жалбите вече бил наложил глоба за същото обстоятелство (*ne bis in idem*). В друго свое решение *Fővárosi Ítéltábla* (Апелативен съд Будапеща) изменя решението на първоинстанционния съд, с което се обявява недействителността на договора поради неправомерна липса на процедура за възлагане, приема за

приложими договорите за изработка до приемането на съответното решение и налага на страните солидарно задължение за заплащане на глоба, като отменя глобата, наложена на икономическия оператор — страна по договора. Съдът посочва, че задължението за организиране на процедура за възлагане е на възложителя и че следователно недействителността на сключения договор се дължи на пропуската на възложителя. Първоинстанционният съд не е разполагал с никакви данни, от които да може да се направи извод за недобросъвестност на икономическия оператор, тоест които да налагат констатацията, че последният е знаел или е трябвало да знае за нарушението на Закона за обществените поръчки при сключването на договорите. Fővárosi Törvényszék се основава на съображения, сходни с изложените от Fővárosi Ítéltábla като обосновка на последното решение, и приема, че не съществува правно основание за налагане на глоба на икономическия оператор, нито за солидарна отговорност на страните по договора.

- 21 Съгласно член 240, параграф 1 от предишния Граждански кодекс — както и според действащото понастоящем законодателство — за изменение на договора са необходими съвпадащи волеизявления на договарящите страни и изпълнителят по необходимост е адресат на разпоредбите на Закона за обществените поръчки относно изменението на договора. Това обаче не означава или не означава непременно, че съгласно нормите на гражданското право юридическата отговорност на изпълнителя в областта на обществените поръчки за изменението на договора трябва да се счита за еднаква с отговорността на възложителя. В производството, в което комисията по жалбите има правомощието да преценява законосъобразността на изменение на договора, не могат да бъдат оценявани договорноправни аспекти (например неточното изпълнение), а проверката трябва да има за предмет правните аспекти на обществената поръчка, уредени по еднакъв начин от правото на Съюза и от националното право (например предвидимостта, длъжимата грижа и появата на нови нужди). В случай че се предлага и двете договарящи страни да носят юридическа отговорност в областта на обществените поръчки, трябва да се гарантира, че те разполагат с възможността да разяснят приноса си във връзка с нарушението. Въз основа на договорното право (израз на съгласувана воля) не може да се установи правна презумпция в областта на обществените поръчки, която да лишава договарящите страни от тази възможност (решения Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, и Fabricom, C-21/03 и C-34/03, EU:C:2005:127).
- 22 За запитващата юрисдикция не е ясно какви граници на компетентността на държавите членки в областта на обжалването могат да се определят въз основа на приложното поле *ratione personae*, предвидено в релевантното законодателство на Съюза, без да престане да бъде гарантирано правото на ефективни правни средства за защита, които са пропорционални и имат възпиращ ефект. Тъй като не съществуват ясни насоки от юрисдикциите на Съюза към националните юрисдикции във връзка с повдигнатите в

настоящото производство въпроси, Fővárosi Törvényszék решава да отправи запитване в това отношение до Съда на Европейския съюз.

РАБОТЕН ДОКУМЕНТ