

Υπόθεση C-263/19

Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής απόφασεως κατά το άρθρο 98, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου

Ημερομηνία καταθέσεως:

28 Μαρτίου 2019

Αιτούν δικαστήριο:

Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία)

Ημερομηνία της απόφασης του αιτούντος δικαστηρίου:

7 Μαρτίου 2019

Προσφεύγοντες:

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (τμήμα προσφυγών της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων)

Καθών:

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Ένδικες προσφυγές ασκηθείσες κατά απόφασης αφορώσας δημόσια σύμβαση, με αίτημα να κηρυχθεί ανίσχυρη η σύμβαση.

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως προδικαστικής απόφασεως

Ευθύνη του αναδόχου για την παράνομη μη διεξαγωγή δημόσιου διαγωνισμού· άρθρο 267 ΣΛΕΕ.

Προδικαστικά ερωτήματα

- 1) Αντιβαίνει στα άρθρα 41, παράγραφος 1, και 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς και στα εκτιθέμενα στις αιτιολογικές σκέψεις 10, 29, 107, 109 και 111 και στα άρθρα 1, παράγραφος 2, και 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, εθνική διάταξη ή πρακτική ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης αυτής η οποία, λαμβανομένης υπόψη της συμβατικής έννομης σχέσης μεταξύ των συμβαλλομένων, ορίζει ότι διαπράττει παράβαση, λόγω παράνομης μη διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού και λόγω παραβάσεως των διατάξεων περί τροποποίησης των συμβάσεων, όχι μόνο η αναθέτουσα αρχή, η οποία υποστηρίζεται ότι παραβαίνει τους κανόνες περί τροποποίησης των συμβάσεων, αλλά και ο ανάδοχος ο οποίος συνήψε με την αναθέτουσα αρχή σύμβαση, καθόσον για την παράνομη τροποποίηση των συμβάσεων απαιτείται η σύμπραξη των συμβαλλομένων;
- 2) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο ερώτημα, λαμβανομένων υπόψη των διατάξεων των άρθρων 41, παράγραφος 1, και 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και των εκτιθεμένων στις αιτιολογικές σκέψεις 10, 29, 107, 109 και 111, και στα άρθρα 1, παράγραφος 2, και 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντιβαίνει στις αιτιολογικές σκέψεις 19, 20 και 21 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, καθώς και στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, και στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, εθνική διάταξη ή πρακτική ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης αυτής η οποία επιτρέπει να επιβάλλεται και στον ανάδοχο που έχει συνάψει τη σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή κύρωση (πρόστιμο) —διαφορετική από τη μείωση της χρονικής ισχύος της σύμβασης— λόγω παράνομης μη διεξαγωγής δημόσιου διαγωνισμού και λόγω παραβάσεως των διατάξεων περί τροποποίησης των συμβάσεων;

- 3) Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο υποβάλλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ακόλουθο ερώτημα: είναι επαρκής, για τον καθορισμό του προστίμου, η περίπτωση ότι υφίσταται συμβατική έννομη σχέση μεταξύ των συμβαλλομένων, χωρίς να εξεταστούν η συμπεριφορά των συμβαλλομένων και η συμβολή τους στην τροποποίηση της σύμβασης;

Παρατιθέμενες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Άρθρο 41, παράγραφος 1, και άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65).

Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31).

Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33).

Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14).

Παρατιθέμενες διατάξεις του εθνικού δικαίου

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (νόμος CVIII του 2011 περί δημοσίων συμβάσεων· στο εξής: προϊσχύσας νόμος περί δημοσίων συμβάσεων)·

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (νόμος CXLI του 2015 περί δημοσίων συμβάσεων· στο εξής: νόμος περί δημοσίων συμβάσεων)

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της διαδικασίας της κύριας δίκης

- 1 Η BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (στο εξής: αναθέτουσα αρχή) είναι μη εισηγμένη στο χρηματιστήριο ανώνυμη εταιρία ιδρυθείσα από τον Fővárosi

Önkormányzat (Δήμο Βουδαπέστης, Ουγγαρία). Η εταιρία παρέχει υπηρεσίες κοινής ωφέλειας στον τομέα των δημόσιων μεταφορών στην πρωτεύουσα. Μέσω πρόσκλησης υποβολής υποψηφιοτήτων της 31ης Ιανουαρίου 2013, η εταιρία δρομολόγησε διαδικασία σύναψης σύμβασης με διαπραγμάτευση για την κατασκευή, τη μεταφορά, την εγκατάσταση και την πλήρη εκμετάλλευση εκδοτηρίων εισιτηρίων (στο εξής: εκδοτήρια εισιτηρίων). Στις 4 Σεπτεμβρίου 2013, στο πέρας αυτής της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η εταιρία συνήψε σύμβαση (στο εξής: κύρια σύμβαση) με την T-Systems Magyarorszáგ Zrt. (στο εξής: ανάδοχος).

- 2 Το παράρτημα της κύριας σύμβασης περιλάμβανε σύμβαση έργου, σύμβαση εκμετάλλευσης, τεχνικές προδιαγραφές και την προσφορά του αναδόχου. Η συνολική αξία της σύμβασης ανερχόταν σε 5 561 690 409 ουγγρικά φιορίνια (HUF). Οι συμβαλλόμενοι τροποποίησαν επανειλημμένως την κύρια σύμβαση, μεταξύ άλλων ως εξής:
 - Στις 13 Ιουλίου 2017 (στο εξής: τρίτη τροποποίηση), η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από τον ανάδοχο να συμπληρώσει το κεντρικό σύστημα ελέγχου των εκδοτηρίων εισιτηρίων με υλισμικό το οποίο θα καθιστούσε εφικτή την πώληση εισιτηρίων στο διαδίκτυο.
 - Στο πλαίσιο της τροποποίησης της σύμβασης στις 15 Σεπτεμβρίου 2017 (στο εξής: τέταρτη τροποποίηση), καθορίστηκαν οι πράξεις οι οποίες προκαλούν ή μπορούν να προκαλέσουν διακοπή της λειτουργίας του εκδοτηρίου, ορίζοντας τις συμβατικές έννοιες της «έμφραξης», της «λήψης τραπεζογραμματίων» και του «σφάλματος του πελάτη», καθώς και η προθεσμία για τις αναγκαίες επισκευές και οι λεπτομερείς κανόνες αυτών. Προβλέφθηκε ότι το ύψος του πρόσθετου ανταλλάγματος, λόγω της τροποποίησης της σύμβασης, δεν μπορεί να υπερβαίνει τα 2 530 195 870 HUF, ήτοι 50 % της αρχικής αξίας της σύμβασης.
- 3 Προηγουμένως, στις 22 Δεκεμβρίου 2016, είχε συναφθεί συμφωνία (στο εξής: συμφωνία αποζημίωσης εξόδων), με αντικείμενο τη ρύθμιση της αποζημίωσης των εξόδων που συνεπάγονταν για τον ανάδοχο οι πρόσθετες παροχές που ζήτησε η αναθέτουσα αρχή σε σχέση με την εκμετάλλευση των εκδοτηρίων εισιτηρίων.
- 4 Στις 29 Σεπτεμβρίου 2017, ο διευθυντής της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων κίνησε αυτεπαγγέλτως διαδικασία διοικητικής προσφυγής κατά των συμβαλλομένων, εκτιμώντας ότι, μέσω των προμνησθεισών τροποποιήσεων και της συμφωνίας, παραβιάζονταν, μεταξύ άλλων, διατάξεις τόσο του προϊσχύσαντος όσο και του ισχύοντος νόμου περί δημόσιων συμβάσεων.
- 5 Το τμήμα προσφυγών της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων (στο εξής: τμήμα προσφυγών) αναγνώρισε στην απόφασή του ότι η αναθέτουσα αρχή και ο ανάδοχος παρέβησαν τις διατάξεις του άρθρου 141, παράγραφος 8, του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων για τους εξής λόγους:

- Η τρίτη και η τέταρτη τροποποίηση της σύμβασης δεν πληρούν τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον νόμο περί δημόσιων συμβάσεων όσον αφορά τις τροποποιήσεις των συμβάσεων και, επομένως, έπρεπε να είχαν αποτελέσει αντικείμενο νέας διαδικασίας διαγωνισμού.
 - Η συμφωνία αποζημίωσης εξόδων ρυθμίζει τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο της κύριας σύμβασης κατά τρόπο διαφορετικό από ό,τι η κύρια σύμβαση και, επομένως, πρέπει επίσης να θεωρηθεί τροποποίηση της σύμβασης σε σχέση με την οποία δεν πληρούνται τα κριτήρια που προβλέπονται στον νόμο περί δημόσιων συμβάσεων.
- 6 Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, το τμήμα προσφυγών επέβαλε πρόστιμο ύψους 80 000 000 HUF στην αναθέτουσα αρχή και 70 000 000 HUF στον ανάδοχο. Στήριξε την επιβολή του προστίμου στην περίπτωση ότι αμφότεροι οι συμβαλλόμενοι υποχρεούνται να τηρούν τις απαιτήσεις που προβλέπονται από τη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις νομοθεσία όσον αφορά την τροποποίηση της σύμβασης, εκτίμησε δε ότι η συμβολή και η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου σε σχέση με τις δικαιπραξίες που χαρακτηρίστηκαν παράνομες ήταν ίδιες.
- 7 Κατά της απόφασης αυτής, ο ανάδοχος και η αναθέτουσα αρχή άσκησαν έκαστος, ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, ένδικες προσφυγές, ως πρώτος και δεύτερος προσφεύγων. Όσον αφορά αυτές τις ένδικες προσφυγές, το τμήμα προσφυγών είναι διάδικος ως πρώτος καθού και ο διευθυντής της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων παρεμβαίνει, υπό την ιδιότητα αυτή, προς στήριξη των αιτημάτων της. Επιπλέον, το τμήμα προσφυγών, ως τρίτος προσφεύγων, ζητεί από το αιτούν δικαστήριο να κηρύξει ανίσχυρες την τρίτη και την τέταρτη τροποποίηση και τη συμφωνία αποζημίωσης των εξόδων, τις οποίες έκρινε παράνομες, και να επαναφέρει τα πράγματα στην προτέρα κατάσταση. Σε σχέση με τα αιτήματα αυτά, η αναθέτουσα αρχή είναι διάδικος ως δεύτερος καθού και ο ανάδοχος ως τρίτος καθού.

Κύρια επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

- 8 Στο μέρος της προσφυγής του που αφορά τη διαδικασία αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως, ο ανάδοχος υποστηρίζει ότι η απόφαση του τμήματος προσφυγών δεν λαμβάνει υπόψη την περίπτωση ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να αποφασίζει, λαμβανομένων υπόψη των αναγκών της σύμβασης, αν θα προκηρύξει διαγωνισμό ή αν, ενδεχομένως, η προκήρυξη διαγωνισμού δεν είναι αναγκαία. Ως εκ τούτου, μόνο η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 141 του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων σχετικά με τις τροποποιήσεις της σύμβασης. Επομένως, το τμήμα προσφυγών καθιστά τον ανάδοχο υπεύθυνο για αποφάσεις επί των οποίων αυτός ούτε ασκεί ούτε μπορεί να ασκήσει οποιαδήποτε επιρροή και τούτο, πέραν του ότι αντιβαίνει στην έως τώρα πρακτική του τμήματος προσφυγών, συνιστά σοβαρή παραβίαση των αρχών της ασφάλειας δικαίου και του κράτους δικαίου.

- 9 Επιπλέον, κατά τον ανάδοχο, το τμήμα προσφυγών δεν εξέθεσε τον τρόπο με τον οποίο ο ανάδοχος διέπραξε την παράβαση. Οι απαιτήσεις προβλεψιμότητας και δέουσας επιμέλειας είναι περιστάσεις οι οποίες πρέπει να εξετάζονται σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή και, επομένως, η μη τήρηση αυτών μπορεί, το πολύ, να καταλογιστεί στην αναθέτουσα αρχή και όχι στο πρόσωπο που συμβάλλεται με αυτήν.
- 10 Ο ανάδοχος υποστηρίζει επίσης ότι η επιβολή της κύρωσης είναι παράνομη και προσάπτει, συναφώς, στο τμήμα προσφυγών ότι έκρινε ότι η συμβολή και η ευθύνη του σε σχέση με τις τροποποιήσεις της σύμβασης είναι ίδιες με εκείνες της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να λάβει υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή είναι αυτή που θεώρησε αναγκαία την τροποποίηση της σύμβασης και ανέλαβε τη σχετική πρωτοβουλία. Ο ανάδοχος δεν επέδειξε δόλο ή κακή πίστη ούτε συνέπραξε με οποιονδήποτε αθέμιτο τρόπο στην τροποποίηση. Η τήρηση των διαδικαστικών κανόνων εγγύησης που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις συνιστά υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής και, επομένως, η παράβασή τους δεν μπορεί να καταλογιστεί στον ανάδοχο.
- 11 Το *τμήμα προσφυγών*, ως πρώτος καθού, υποστηρίζει ότι η μόνη παράβαση η οποία διαπιστώθηκε εις βάρος του αναδόχου αφορά νομικό κανόνα ο οποίος εφαρμόζεται σε αυτόν, δεδομένου ότι στις διατάξεις περί τροποποίησης των συμβάσεων του άρθρου 141 του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων εμπίπτουν τα μέρη που συνάπτουν τη σύμβαση. Εξαιρουμένων των ζητημάτων που ρυθμίζονται διαφορετικά από τον νόμο περί δημόσιων συμβάσεων, οι συμβάσεις που συνάπτονται βάσει της διαδικασίας διαγωνισμού διέπονται από τις διατάξεις του αστικού δικαίου, ήτοι, εν προκειμένω, από τον *a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény* (νόμο IV του 1959 περί Αστικού Κώδικα· στο εξής: *προϊσχύσας Αστικός Κώδικας*). Βάσει του άρθρου 240, παράγραφος 1, του *προϊσχύσαντος Αστικού Κώδικα*, εκτός εάν ορίζεται κάτι διαφορετικό, τα μέρη δύνανται να τροποποιούν, με κοινή συμφωνία, το περιεχόμενο της σύμβασης ή τον νομικό χαρακτήρα των δεσμεύσεων που ανέλαβαν. Δεδομένου ότι η κοινή αυτή πράξη των μερών είναι αναγκαία για τη στοιχειοθέτηση των προσαπτόμενων πράξεων, ήταν δικαιολογημένη η εξέταση των σχετικών με την τροποποίηση της σύμβασης παραβάσεων ως προς αμφότερα τα μέρη. Ο προσδιορισμός του συμβαλλομένου τον οποίο μπορεί να αφορά η εξέταση της απαίτησης προβλεψιμότητας είναι ζήτημα ανεξάρτητο του προσδιορισμού του συμβαλλομένου στον οποίο πρέπει να εφαρμοστεί η έννομη συνέπεια της αναγνώρισης του παράνομου χαρακτήρα τροποποίησης σύμβασης, η οποία επήλθε διά της συμπτώσεως της βούλησης των μερών.
- 12 Ο *διευθυντής της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων*, ως παρεμβαίνων προς στήριξη των αιτημάτων του καθού, υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ο κύριος, αλλά όχι ο μόνος, υπεύθυνος για τη σύννομη διεξαγωγή της διαδικασίας διαγωνισμού. Υπογραμμίζει ότι, όσον αφορά την τροποποίηση σύμβασης συναφθείσας δυνάμει διαδικασίας διαγωνισμού, η ευθύνη για την τήρηση των διατάξεων της νομοθεσίας περί δημόσιων συμβάσεων διαφοροποιείται περισσότερο και δεν είναι ασυνήθιστο την πρωτοβουλία για την τροποποίηση να αναλαμβάνει ο ανάδοχος.

Στις περιπτώσεις αυτές, ο ανάδοχος διαθέτει κατ' ανάγκη περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τη σύμφωνη προς τον νόμο περί δημόσιων συμβάσεων εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης που συνήφθη μέσω διαδικασίας διαγωνισμού και σχετικά με την ενδεχόμενη εκπλήρωση των προϋποθέσεων τροποποίησης της σύμβασης που προβλέπονται στον εν λόγω νόμο. Όσον αφορά τις τροποποιήσεις της σύμβασης, ο νόμος περί δημόσιων συμβάσεων περιορίζει τη συμβατική ελευθερία των μερών. Εντούτοις, δεν επηρεάζει την αρχή του αστικού δικαίου κατά την οποία η τροποποίηση της σύμβασης προϋποθέτει σύμπτωση της βούλησης των συμβαλλομένων μερών. Η περίπτωση αυτή, σε συνδυασμό με την υποχρέωση συνεργασίας, συνεπάγεται επίσης την ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των μερών. Επομένως, δεν είναι ορθό το επιχείρημα ότι ο ανάδοχος δεν έχει καμία δυνατότητα να αξιολογήσει αν η τροποποίηση της σύμβασης πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων. Κατά την άποψη του διευθυντή της Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων, η διαπίστωση της διάπραξης παράβασης εκ μέρους του αναδόχου και η επιβολή προστίμου σε αυτόν ήταν σύννομες.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της διατάξεως περί παραπομπής

- 13 Η Ευρωπαϊκή Ένωση ρυθμίζει τις δημόσιες συμβάσεις προκειμένου να διασφαλίζεται η λειτουργία της ενιαίας εσωτερικής αγοράς. Οι κύριες νομοθετικές πράξεις της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων είναι η ΣΛΕΕ και οι διατάξεις των οδηγιών περί δημόσιων συμβάσεων που απαγορεύουν τις δυσμενείς διακρίσεις, οι διατάξεις των οδηγιών που εγγυώνται τη διαφάνεια των διαδικασιών διαγωνισμού και οι διατάξεις των οδηγιών περί δημόσιων συμβάσεων που σκοπούν στην εξάλειψη συγκεκριμένων εμποδίων στην πρόσβαση στην αγορά.
- 14 Οι φορείς οι οποίοι υπόκεινται στη νομοθεσία περί δημόσιων συμβάσεων υποχρεούνται να πραγματοποιούν τις αγορές συγκεκριμένων προϊόντων και ορισμένης αξίας σύμφωνα με τους κανόνες περί δημόσιων συμβάσεων, με σκοπό την ορθολογική και αποδοτική χρήση των δημόσιων πόρων, τη διευκόλυνση του δημόσιου ελέγχου και τη διασφάλιση του ανταγωνισμού. Η απαίτηση σύναψης δημόσιας σύμβασης και η υποχρέωση διεξαγωγής διαδικασίας διαγωνισμού αφορούν την αναθέτουσα αρχή. Λαμβανομένων υπόψη των αναγκών σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει ότι θα προκηρύξει διαδικασία διαγωνισμού ή μπορεί να θεωρήσει ότι κάτι τέτοιο δεν είναι αναγκαίο. Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να πραγματοποιούν τις δημόσιες αγορές τους εντός τεκμηριωμένου και ελεγχόμενου πλαισίου.
- 15 Η ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος είναι υποψήφιος σε δημόσιο διαγωνισμό προβλέπεται κυρίως στη νομοθεσία περί δημόσιων συμβάσεων, η οποία εγγυάται τον σεβασμό του ανταγωνισμού, οι δε κυρώσεις για τις παραβάσεις που διαπράττει ο οικονομικός φορέας ορίζονται συγκεκριμένα στη σχετική νομοθεσία.

- 16 Η διαδικασία διαγωνισμού περατώνεται με την ανάθεση της σύμβασης. Από τη γένεση της υποχρέωσης σύναψης σύμβασης έως τη σύναψη και την εκτέλεση της σύμβασης, η συμπεριφορά των συμβαλλομένων μερών, η οποία ρυθμίζεται από τη νομοθεσία περί δημόσιων συμβάσεων, παράγει κατ' ανάγκη αμοιβαία αποτελέσματα. Στην περίπτωση που η σύμβαση δεν συναφθεί για λόγο που επήλθε μετά την έκδοση της απόφασης με την οποία περατώθηκε η διαδικασία ή όταν δεν τηρήθηκαν οι κανόνες σχετικά με το χρονικό διάστημα κατά το οποίο η σύναψη της σύμβασης παραμένει εκκρεμής ή όταν η σύμβαση συνάπτεται κατά παράβαση της νομοθεσίας περί δημόσιων συμβάσεων, οι συνέπειες αφορούν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τον ανάδοχο. Σε σχέση με τη σύναψη της σύμβασης, οι διατάξεις του άρθρου 137, παράγραφος 1, στοιχεία α έως c, του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων και, όσον αφορά την τροποποίηση της σύμβασης, οι διατάξεις του άρθρου 141 του ίδιου αυτού νόμου προβλέπουν, βάσει των ίδιων αρχών και με σκοπό τη διασφάλιση όσο το δυνατόν ευρύτερου ανταγωνισμού, αυστηρές κυρώσεις για τις παράνομες συμπεριφορές οι οποίες απορρέουν από την έννομη σχέση μεταξύ των μερών η οποία, με τη σύναψη της σύμβασης, παραβαίνει τις ρυθμίσεις του αστικού δικαίου.
- 17 Το άρθρο 141 του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων προβλέπει, σύμφωνα προς τα οριζόμενα στο άρθρο 72 της οδηγίας 2014/24, τους κανόνες βάσει των οποίων επιτρέπεται η τροποποίηση της σύμβασης σε περίπτωση επέλευσης μεταβολών κατά τη διάρκεια ισχύος της. Επιπλέον, η μη πλήρωση των προϋποθέσεων που προβλέπονται στην εν λόγω διάταξη συνεπάγεται την υποχρέωση διεξαγωγής νέας διαδικασίας διαγωνισμού. Εξ αυτού συνάγεται ότι, ανεξαρτήτως της περίπτωσης ότι η σύμβαση μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με σύμπτωση της βούλησης των μερών, μόνο αναθέτουσα αρχή η οποία εμπίπτει στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας μπορεί να παραβεί διάταξη στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων.
- 18 Εντούτοις, κατά το άρθρο 165, παράγραφος 3, στοιχείο d, του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων, όταν διαπιστώνει παράβαση, το τμήμα προσφυγών δύναται να επιβάλει με την απόφασή του πρόστιμο στην οντότητα ή στο πρόσωπο που διέπραξε την παράβαση, καθώς και στο πρόσωπο ή στην οντότητα που έχει έννομη σχέση με το πρόσωπο ή την οντότητα που ευθύνεται για την παράβαση και το οποίο καθίσταται επίσης υπεύθυνο για την παράβαση. Στη νομοθεσία περί προσφυγών δεν προσδιορίζονται, συναφώς, οι μετέχοντες σε διαδικασία σύναψης σύμβασης στους οποίους μπορούν να επιβληθούν κυρώσεις. Το λογικό συμπέρασμα είναι ότι στα πρόσωπα που παραβαίνουν συγκεκριμένους ουσιαστικούς κανόνες και στα πρόσωπα που τελούν απαγορευμένες πράξεις μπορούν να επιβληθούν κυρώσεις με τον ίδιο τρόπο. Εντούτοις, σε πλαίσιο το οποίο ρυθμίζεται από τη νομοθεσία περί δημόσιων συμβάσεων, το πρόσωπο ή η νομική οντότητα που πρέπει να θεωρηθεί ότι παρέβη τη νομοθεσία μπορεί να καθοριστεί προσδιορίζοντας το πρόσωπο ή τη νομική οντότητα που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παραβιασθέντος κανόνα. Εντούτοις, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού του προστίμου, το οποίο προορίζεται να επιβάλει στα πρόσωπα που εμπίπτουν στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής των κανόνων περί δημόσιων συμβάσεων συμπεριφορά σύμφωνη προς τον νόμο, η εναλλακτική αυτή κύρωση

μπορεί να νοηθεί κατά του υποχρέου να προκηρύξει τη διαδικασία διαγωνισμού, ήτοι μόνο κατά της αναθέτουσας αρχής. Το πρόστιμο δεν είναι στοιχείο της συμβατικής έννομης σχέσης αλλά προκύπτει αποκλειστικά και μόνο από τις ειδικές διατάξεις περί δημόσιων συμβάσεων, το επιβάλλει δε τρίτος μη συμβαλλόμενος, ήτοι η οντότητα κράτους μέλους η οποία ορίστηκε για να παράσχει αντικειμενική νομική προστασία, δεδομένου ότι υφίσταται νομική υποχρέωση εξωτερικής παρέμβασης στη συμβατική σχέση που δημιουργείται μεταξύ των μερών, χάριν των σκοπών που προστατεύει η νομοθεσία περί δημόσιων συμβάσεων, ανεξαρτήτως της ύπαρξης ένδικης διαφοράς μεταξύ των συμβαλλομένων. Το πρόστιμο έχει χαρακτήρα ποινής και, επομένως, πρέπει να επιβάλλεται στην πραγματικότητα στον παραβάτη.

- 19 Στην περίπτωση που η παράβαση συνεπάγεται την ακυρότητα της σύμβασης, μπορεί να επιβληθεί στον παραβάτη, δυνάμει της σχετικής νομοθεσίας, πρόστιμο λόγω παράβασης, και επιβάλλεται ή μπορεί να επιβληθεί πρόστιμο ως εναλλακτική κύρωση εάν, όταν δεν είναι δυνατή η επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση, το δικαστήριο αναγνωρίζει το κύρος της σύμβασης που συνήφθη βάσει της διαδικασίας δημόσιας σύμβασης.
- 20 Μερικές χαρακτηριστικές υποθέσεις αναδεικνύουν την πρακτική των ουγγρικών δικαστηρίων όσον αφορά το πρόστιμο που επιβάλλεται για παραβάσεις που συνεπάγονται την ακυρότητα της σύμβασης: σε απόφασή του, το Fővárosi Ítéltábla (εφετείο περιφέρειας πρωτεύουσας, Ουγγαρία) διαπίστωσε ότι σύμβαση συναφθείσα παράνομα, χωρίς προκήρυξη δημόσιου διαγωνισμού, ήταν ανίσχυρη, αναγνώρισε αναδρομικώς την ισχύ της από την ημερομηνία σύναψής της και απάλλαξε την αναθέτουσα αρχή από την υποχρέωση καταβολής του προστίμου παραπέμποντας στην απόφαση von Colson (14/83, ECLI:EU:C:1984:153) και στην απόφαση RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180), σκέψη 58, σύμφωνα με την οδηγία περί διαδικασιών προσφυγής. Λαμβανομένων υπόψη των ειδικών χαρακτηριστικών της σύμβασης, το Fővárosi Ítéltábla (εφετείο περιφέρειας πρωτεύουσας) δεν έκρινε δικαιολογημένη την επιβολή εναλλακτικής κύρωσης, δεδομένου ότι το τμήμα προσφυγών είχε ήδη επιβάλει πρόστιμο για την ίδια περίπτωση (ne bis in idem). Σε άλλη απόφαση, το Fővárosi Ítéltábla (εφετείο περιφέρειας πρωτεύουσας) τροποποίησε την πρωτοβάθμια απόφαση, με την οποία κηρύχθηκε ανίσχυρη η σύμβαση λόγω παράνομης μη διεξαγωγής διαδικασίας διαγωνισμού, αναγνωρίστηκε η ισχύς των συμβάσεων έργου έως την έκδοση απόφασης και επιβλήθηκε στα μέρη η υποχρέωση καταβολής προστίμου αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, και ανακάλεσε το πρόστιμο που επιβλήθηκε στον συμβαλλόμενο οικονομικό φορέα. Το Fővárosi Ítéltábla (εφετείο περιφέρειας πρωτεύουσας) έκρινε ότι υπόχρεη να προκηρύξει διαδικασία διαγωνισμού είναι η αναθέτουσα αρχή και ότι, επομένως, η δημόσια σύμβαση κατέστη ανίσχυρη λόγω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν διέθετε κανένα στοιχείο από το οποίο μπορούσε να συναγάγει την κακή πίστη του οικονομικού φορέα, ήτοι, στοιχείο το οποίο το υποχρέωνε να διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει ότι οι συμβάσεις συνιστούσαν παράβαση του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων. Το Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας

πρωτεύουσας) στηρίχθηκε σε συλλογιστική παρόμοια εκείνης επί της οποίας το Fővárosi Ítéltábla (εφετείο περιφέρειας πρωτεύουσας) είχε θεμελιώσει την τελευταία ως άνω απόφαση, όταν εκτίμησε ότι δεν υφίστατο νομική βάση για την επιβολή προστίμου στον οικονομικό φορέα ή για την αλληλέγγυο και εις ολόκληρον καταδίκη των συμβαλλομένων στην καταβολή του προστίμου.

- 21 Για την τροποποίηση της σύμβασης απαιτείται, βάσει του άρθρου 240, παράγραφος 1, του προϊσχύσαντος Αστικού Κώδικα —όπως και στην ισχύουσα νομοθεσία—, κοινή δήλωση βούλησης των συμβαλλομένων, ο δε ανάδοχος εμπίπτει κατ' ανάγκη στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων σχετικά με την τροποποίηση της σύμβασης. Εντούτοις, αυτό δεν σημαίνει, ή δεν σημαίνει υποχρεωτικώς, ότι, δυνάμει των κανόνων του αστικού δικαίου, η νομική ευθύνη του αναδόχου, στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, για την τροποποίηση σύμβασης πρέπει να θεωρείται ίδια με την ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. Στη διαδικασία στην οποία το τμήμα προσφυγών εξουσιοδοτείται να εξετάσει τη νομιμότητα της τροποποίησης της σύμβασης δεν μπορούν να αξιολογηθούν συμβατικά νομικά ζητήματα (για παράδειγμα, πλημμελής εκτέλεση), αλλά μόνο νομικά ζητήματα της δημόσιας σύμβασης τα οποία ρυθμίζονται με τον ίδιο τρόπο από το δίκαιο της Ένωσης και το εθνικό δίκαιο (για παράδειγμα, προβλεψιμότητα, δέουσα επιμέλεια και επέλευση νέων αναγκών). Στην περίπτωση που η νομική ευθύνη στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων καταλογίζεται σε αμφοτέρους τους συμβαλλομένους, πρέπει να διασφαλίζεται ότι αυτοί έχουν τη δυνατότητα να διευκρινίζουν τον τρόπο με τον οποίο συνέβαλαν στην παράβαση. Δεν είναι δυνατόν να θεσπιστεί, βάσει της νομοθεσίας περί των συμβάσεων (κοινή δήλωση βούλησης), νόμιμο τεκμήριο στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων το οποίο στερεί από τους συμβαλλομένους την προμνησθείσα δυνατότητα (αποφάσεις *Mηχανική*, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, και *Fabricom*, C-21/03 και C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127).
- 22 Το αιτούν δικαστήριο διατηρεί αμφιβολίες σχετικά με τα όρια που μπορούν να τεθούν στην αρμοδιότητα των κρατών μελών όσον αφορά τα μέσα παροχής έννομης προστασίας, βάσει του υποκειμενικού πεδίου εφαρμογής που προβλέπεται στη σχετική νομοθεσία της Ένωσης, χωρίς να θιγεί το δικαίωμα σε αποτελεσματική, σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας και αποτρεπτική προσφυγή. Ελλείπει σαφούς καθοδήγησης στη νομολογία της Ένωσης προς το εθνικό δικαστήριο σε σχέση με τα ζητήματα που αναφέρονται στην υπό κρίση υπόθεση, το Fővárosi Törvényszék (πρωτοδικείο περιφέρειας πρωτεύουσας) αποφάσισε να υποβάλει συναφώς προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.