

Sprawa C-263/19

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym
złożonego zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem
Sprawiedliwości**

Data wpływu:

28 marca 2019 r.

Sąd odsyłający:

Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego, Węgry)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie
orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

7 marca 2019 r.

Strona skarżąca:

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (komisja
arbitrażowa urzędu zamówień publicznych)

Strona przeciwna:

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Przedmiot postępowania głównego

Kilka skarg administracyjnych na decyzje o udzieleniu zamówienia publicznego,
w których wnioskowano o unieważnienie umowy.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Odpowiedzialność wykonawcy z tytułu bezprawnego zaniechania procedury przetargowej; art. 267 TFUE.

Pytania prejudycjalne

- 1) Czy art. 41 ust. 1 i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a także motywy 10, 29, 107, 109 i 111 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz uchylającej dyrektywę 2004/18/WE sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które, biorąc pod uwagę umowny stosunek prawny między umawiającymi się stronami, stanowią, że naruszenia z tytułu bezprawnego zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego (z naruszeniem przepisów regulujących zmiany umów) oraz z tytułu nieprzestrzegania przepisów regulujących zmiany w umowach, dopuszcza się nie tylko instytucja zamawiająca, ale również wykonawca, który zawarł z nią umowę, na tej podstawie, że niezgodna z prawem zmiana umów wymaga wspólnego działania stron [?]
- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, biorąc pod uwagę postanowienia art. 41 ust. 1 i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a także motywy 10, 29, 107, 109 i 111 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, czy motywy 19, 20 i 21 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, a także art. 2 ust. 2 dyrektyw Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane oraz dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które pozwalają na zastosowanie kary (grzywny) — innej niż skrócenie okresu obowiązywania umowy — z tytułu niezgodnego z prawem zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz nieprzestrzegania przepisów dotyczących zmiany umów

również w stosunku do wykonawcy, który zawiera umowę z instytucją zamawiającą [?]

- 3) W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na dwa pierwsze pytania, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o udzielenie mu wskazówek co do tego, czy w celu określenia wysokości kary (grzywny) wystarczająca jest okoliczność istnienia umownego stosunku prawnego między stronami, bez konieczności badania działania i wkładu stron, które doprowadziły do zmiany umowy.

Powołane przepisy prawa Unii

Artykuły 41 ust. 1 i 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31).

Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33).

Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14).

Przytoczone przepisy prawa krajowego

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (ustawa CVIII z 2011 r. o zamówieniach publicznych; zwana dalej „dawną ustawą o zamówieniach publicznych”);

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (ustawa CXLI z 2015 r. o zamówieniach publicznych; zwana dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”)

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania głównego

- 1 BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (zwana dalej „instytucją zamawiającą”) jest spółką akcyjną, która działa w obszarze zamkniętym – nienotowaną na giełdzie – założoną przez Fővárosi Önkormányzat (urząd miasta stołecznego, Węgry). Spółka ta wykonuje zadania publiczne w dziedzinie transportu publicznego w stolicy. W drodze zaproszenia do składania ofert z dnia 31 stycznia 2013 r. wszczęto procedurę negocjacyjną odnoszącą się do przetargu w zakresie produkcji, transportu, instalacji i pełnej obsługi automatów do sprzedaży biletów (Ticket Vend Machine; zwanych dalej „TVM”). Po zakończeniu rzeczony przetargowej, w dniu 4 września 2013 r. została zawarta umowa (zwana dalej „główną umową projektu”) z T-Systems Magyarorszáig Zrt. (zwanym dalej „wykonawcą”).
- 2 Załącznik do głównej umowy projektu zawierał zamówienie na roboty budowlane, umowę na obsługę, specyfikację techniczną oraz ofertę wykonawcy. Całkowita wartość zamówienia wynosiła 5 561 690 409 HUF. Strony wielokrotnie dokonywały zmian głównej umowy projektu, między innymi:
 - W dniu 13 lipca 2017 r. (zwana dalej „trzecią zmianą”), instytucja zamawiająca nakazała wykonawcy, aby uzupełnił centralny system kontroli automatów sprzedających wykorzystując moduł oprogramowania, który umożliwiał sprzedaż przez Internet.
 - W ramach zmiany umowy dokonanej w dniu 15 września 2017 r. (zwanej dalej „czwartą zmianą”) określono czynności, które powodują lub mogą powodować, że maszyna przestaje działać, ustanawiając pojęcia umowne „przeszkody”, „cofnięcia banknotów” i „błędu klienta”, jak również termin dokonania niezbędnych napraw i ich szczegółowe zasady. Ustalono, że wartość dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zmiany umowy nie może przekroczyć 2 530 195 870 HUF, tj. 50% początkowej wartości umowy.
- 3 Wcześniej w dniu 22 grudnia 2016 r. zawarto umowę (zwaną dalej „umową w sprawie rekompensaty kosztów”), której celem było uregulowanie rekompensaty kosztów poniesionych przez wykonawcę, dotyczących świadczenia dodatkowych usług wymaganych przez instytucję zamawiającą w związku z obsługą TVM.
- 4 W dniu 29 września 2017 r. dyrektor urzędu zamówień publicznych wszczął postępowanie administracyjne przeciwko umawiającym się stronom ze względu na fakt, że w wyniku zmian i umowy, o których mowa powyżej, doszło do naruszenia, między innymi, przepisów zarówno dawnej ustawy o zamówieniach publicznych, jak i [obecnej] ustawy o zamówieniach publicznych.
- 5 Komisja arbitrażowa urzędu zamówień publicznych (zwana dalej „komisją arbitrażową”) stwierdziła w swojej decyzji, że instytucja zamawiająca

i wykonawca naruszyli art. 141 ust. 8 ustawy o zamówieniach publicznych z następujących powodów:

- Trzecia i czwarta zmiana umowy nie spełniają wymogów ustawy o zamówieniach publicznych w zakresie dotyczącym zmian umów, a zatem powinny być przedmiotem nowego postępowania przetargowego.
 - Umowa w sprawie rekompensaty kosztów reguluje usługi będące przedmiotem głównej umowy projektu w sposób odmienny od tej ostatniej i w związku z tym powinna być również traktowana jak zmiana umowy, która nie spełnia kryteriów określonych w ustawie o zamówieniach publicznych.
- 6 W związku z powyższym komisja arbitrażowa nałożyła na instytucję zamawiającą grzywnę w wysokości 80 000 000 HUF i 70 000 000 HUF na wykonawcę. Komisja uzasadniła tę grzywnę faktem, że obie umawiające się strony były zobowiązane do przestrzegania wymogów prawa zamówień publicznych w zakresie zmiany umowy i uznała, że wkład i odpowiedzialność instytucji zamawiającej oraz wykonawcy w odniesieniu do czynów prawnych uznanych za niezgodne z prawem były identyczne.
- 7 Wykonawca i instytucja zamawiająca wniosły do sądu odsyłającego skargi administracyjne na tę decyzję w charakterze pierwszej i drugiej strony skarżącej. W odniesieniu do tych skarg komisja arbitrażowa jest stroną postępowania jako pierwsza strona przeciwna, a dyrektor urzędu zamówień publicznych występuje w charakterze interwenienta w celu poparcia jej twierdzeń. Ponadto komisja arbitrażowa w charakterze trzeciej strony skarżącej wnosi do sądu odsyłającego o stwierdzenie nieważności trzeciej i czwartej zmiany oraz umowy w sprawie rekompensaty kosztów, które uznała za niezgodne z prawem, a także o przywrócenie sytuacji sprzed wprowadzenia tych zmian. W odniesieniu do tych roszczeń instytucja zamawiająca jest stroną postępowania jako druga strona przeciwna, a wykonawca jako trzecia strona przeciwna.

Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 8 W części skargi dotyczącej postępowania prejudycjalnego *wykonawca* twierdzi, że decyzja komisji arbitrażowej nie uwzględnia okoliczności, że instytucja zamawiająca jest w stanie zdecydować, w świetle potrzeb w zakresie zamówień publicznych, czy wszcząć postępowanie przetargowe, czy też uznać, że w stosownych przypadkach nie jest ono konieczne. W konsekwencji jedynie instytucja zamawiająca może być adresatem art. 141 ustawy o zamówieniach publicznych odnoszącego się do zmian umowy. Komisja arbitrażowa nakłada zatem na wykonawcę odpowiedzialność za decyzje, na które nie ma on i nie może wywierać żadnego wpływu, co oprócz tego, że jest sprzeczne z dotychczasową praktyką komisji arbitrażowej, stanowi poważne naruszenie zasad pewności prawa i państwa prawa.

- 9 Ponadto zdaniem wykonawcy, komisja arbitrażowa nie określiła sposobu, w jaki wykonawca dopuścił się naruszenia. Wymogi przewidywalności i należytej staranności są okolicznościami, które należy zbadać w odniesieniu do instytucji zamawiającej, w związku z czym ich niedopełnienie można przypisać tej ostatniej, a nie umawiającej się z nią stronie.
- 10 Wykonawca podnosi również, że zastosowanie kary jest niezgodne z prawem i krytykuje w tym względzie fakt, że komisja arbitrażowa uznała jego wkład i odpowiedzialność w zakresie zmian umowy za identyczne z wkładem i odpowiedzialnością instytucji zamawiającej, nie uwzględniając okoliczności, że to ta ostatnia uznała za konieczne wprowadzenie zmian do umowy i podjęła inicjatywę w tym zakresie. Nie było zamierzonego działania, złej wiary ani zmowy ze strony wykonawcy. Przestrzeganie zasad dotyczących gwarancji proceduralnych w odniesieniu do zamówień publicznych jest obowiązkiem instytucji zamawiającej i w związku z tym ich niedopełnienia nie można przypisać wykonawcy.
- 11 *Komisja arbitrażowa* w charakterze pierwszej strony przeciwnej twierdzi, że jedynym naruszeniem stwierdzonym przeciwko wykonawcy było naruszenie normy prawnej, której był adresatem, ponieważ adresatami przepisów dotyczących zmiany umów zawartych w art. 141 ustawy o zamówieniach publicznych są strony, które zawierają umowę. O ile przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowią inaczej, umowy zawierane w ramach procedury przetargowej podlegają przepisom prawa cywilnego, to znaczy, w niniejszej sprawie, przepisom ustawy Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (ustawa IV z 1959 r., kodeks cywilny, zwanej dalej „dawnym kodeksem cywilnym”). Zgodnie z art. 240 ust. 1 dawnego kodeksu cywilnego, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej, strony mogą za obopólną zgodą zmienić treść umowy lub charakter prawny zaciągniętych zobowiązań. Biorąc pod uwagę, że takie wspólne działanie stron jest niezbędne do powstania zarzucanych czynów, uzasadnione było zbadanie naruszeń związanych ze zmianą umowy w stosunku do obu stron. Pytanie, do której strony umowy może odnosić się badanie wymogu przewidywalności, nie jest związane z pytaniem, do której strony umowy powinny mieć zastosowanie skutki prawne niezgodnej z prawem zmiany umowy dokonanej za zgodną wolą stron.
- 12 *Dyrektor urzędu zamówień publicznych* jako interwenient popierający twierdzenia strony przeciwnej podnosi, że instytucja zamawiająca jest główną, lecz nie jedyną stroną zobowiązaną do przeprowadzenia procedury przetargowej zgodnie z prawem. Podkreśla, że jeżeli chodzi o zmianę umowy zawartej w ramach procedury przetargowej, odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów dotyczących zamówień publicznych jest bardziej zróżnicowana i nie jest niczym dziwnym, że wykonawca podejmuje inicjatywę w sprawie zmiany. W takich przypadkach wykonawca posiada obowiązkowo więcej informacji na temat realizacji zamówienia publicznego udzielonego w drodze przetargu zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych oraz na temat ewentualnego spełnienia określonych w tej ustawie wymogów dotyczących zmiany umowy. Jeśli chodzi

o zmiany umowy, ustawa o zamówieniach publicznych ogranicza swobodę zawierania umów przez strony. Nie wpływa to jednak na zasadę prawa cywilnego, zgodnie z którą zmiana umowy wymaga zgodnego wyrażenia woli przez strony umowy. Powyższe, wraz z obowiązkiem współpracy, wiąże się również z przekazywaniem informacji między stronami. Błędny jest zatem argument, że wykonawca nie ma żadnej możliwości oceny, czy zmiana umowy jest zgodna z wymogami ustawy o zamówieniach publicznych. Jego zdaniem, zgodne z prawem było stwierdzenie, że wykonawca dopuścił się naruszenia i nałożenie na niego grzywny.

Zwięzłe uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 13 Unia Europejska reguluje zamówienia publiczne w celu zapewnienia funkcjonowania jednolitego rynku wewnętrznego. Głównymi instrumentami prawodawstwa Unii w dziedzinie zamówień publicznych są TFUE oraz przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych zakazujące dyskryminacji, przepisy dyrektyw, które zapewniają przejrzystość procedur przetargowych i przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych mające na celu usunięcie niektórych barier w dostępie do rynku.
- 14 Podmioty podlegające zamówieniom publicznym są zobowiązane do zamawiania określonych produktów oraz wartości zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, w celu racjonalnego i efektywnego wykorzystania funduszy publicznych, umożliwienia ich publicznej kontroli i zapewnienia konkurencji. Wymóg udzielenia zamówienia i obowiązek przeprowadzenia procedury przetargowej mają zastosowanie do instytucji zamawiającej. W świetle potrzeb w zakresie zamówień publicznych instytucja zamawiająca decyduje, czy rozpocząć procedurę przetargową, czy też może uznać, że nie jest to konieczne. Instytucje zamawiające powinny udzielać zamówień publicznych w sposób udokumentowany i kontrolowany.
- 15 Odpowiedzialność wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady określona w przepisach dotyczących zamówień publicznych, które gwarantują poszanowanie zasad konkurencji, a kary za dopuszczenie się przez niego naruszenia są określone w odpowiednich przepisach.
- 16 Postępowanie przetargowe kończy się wraz z udzieleniem zamówienia. Od momentu powstania obowiązku zawarcia umowy do czasu jej zawarcia i wykonania, działania stron umowy, regulowane przez prawo zamówień publicznych, wywołują obowiązkowo skutki wzajemne. W przypadku, gdy umowa nie została zawarta, ponieważ jest to uzasadnione przyczyną powstałą po zakończeniu postępowania lub gdy naruszone zostały zasady dotyczące terminu, w którym zawarcie umowy jest zawieszona, lub gdy umowa została zawarta z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, konsekwencje dotyczą zarówno instytucję zamawiającą, jak i wykonawcę. W odniesieniu do zawarcia umowy, przepisy art. 137 ust. 1 lit. a)-c) ustawy o zamówieniach publicznych

oraz, w odniesieniu do zmiany umowy, przepisy art. 141 przedmiotowej ustawy nakładają, na podstawie tych samych zasad i w celu zachowania jak największej konkurencji, surowe kary za niezgodne z prawem działania wynikające ze stosunku prawnego między stronami, który w momencie zawierania umowy wykracza poza zakres regulowany przez prawo cywilne.

- 17 Artykuł 141 ustawy o zamówieniach publicznych zawiera, w taki sam sposób jak przepisy art. 72 dyrektywy 2014/24, przepisy dopuszczające modyfikację umowy w przypadku powstania zmian w okresie jej obowiązywania. Ponadto nieprzestrzeganie wymogów określonych w tych przepisach pociąga za sobą obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego. Wynika z tego, niezależnie od faktu czy zmiana umowy może nastąpić jedynie za zgodą stron, że adresatem naruszonego przepisu w zakresie zamówień publicznych może być jedynie instytucja zamawiająca objęta subiektywnym zakresem stosowania przepisów.
- 18 Jednakże zgodnie z art. 165 ust. 3 lit. d) ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku stwierdzenia przez komisję arbitrażową naruszenia, może ona swoją decyzją nałożyć grzywnę na podmiot lub osobę naruszającą, a także na osobę lub podmiot pozostające w stosunku prawnym z osobą lub podmiotem odpowiedzialnym za naruszenie i które są również odpowiedzialne za to naruszenie. Przepisy dotyczące odwołań nie określają na tym etapie, którzy uczestnicy procedury udzielania zamówień publicznych mogą zostać ukarani. Logiczny wniosek jest taki, że ci, którzy naruszają precyzyjne przepisy prawa materialnego i ci, którzy popełniają czyny zabronione, mogą zostać ukarani w ten sam sposób. W zakresie regulowanym przez prawo zamówień publicznych pytanie o to, którą osobę lub podmiot prawny należy uznać za sprawcę naruszenia, może być jednak rozstrzygnięta w zależności od okoliczności kogo należy uznać za adresata naruszonej normy. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę cel grzywny, którym jest zmuszenie osób objętych subiektywnym zakresem stosowania zamówień publicznych do działania zgodnie z prawem, taką alternatywną sankcją można interpretować przeciwko podmiotowi zobowiązanemu do wszczęcia postępowania przetargowego, to znaczy wyłącznie przeciwko instytucji zamawiającej. Grzywna nie jest specyficzna dla umownego stosunku prawnego, lecz wynika wyłącznie ze szczególnych przepisów dotyczących zamówień publicznych, a strona trzecia niebędąca stroną umowy, organ państwa członkowskiego wybrany do wykonywania zadania w zakresie obiektywnej ochrony prawnej, nakłada ją, ponieważ istnieje obowiązek prawny interwencji z zewnątrz w umowny stosunek powstały między stronami, ze względu na realizację celów chronionych przez prawo zamówień publicznych, niezależnie od tego, czy istnieje spór między stronami umowy. Grzywna ma charakter represyjny i dlatego powinna w rzeczywistości zostać nałożona na sprawcę naruszenia.
- 19 W przypadku gdy naruszenie pociąga za sobą nieważność umowy, na sprawcę naruszenia, na mocy odpowiednich przepisów, może zostać nałożona grzywna za naruszenie i nakładana jest lub może być nałożona grzywna jako kara

alternatywna wtedy, gdy z uwagi na fakt, że sytuacja początkowa nie może zostać przywrócona, sąd stwierdza ważność umowy zawartej na podstawie procedury zamówień publicznych.

- 20 Niektóre typowe sprawy pokazują praktykę sądów węgierskich w odniesieniu do grzywien nakładanych za naruszenia prowadzące do unieważnienia umowy: w jednym ze swoich wyroków, Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry), oprócz stwierdzenia nieważności umowy zawartej niezgodnie z prawem bez ogłoszenia o zamówieniu publicznym i uznania jej ważności ze skutkiem wstecznym od dnia jej zawarcia, zwolnił instytucję zamawiającą z obowiązku zapłaty grzywny, powołując się na wyrok w sprawie von Colson (C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153) i wyrok w sprawie RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180), pkt 58, zgodnie ze stosowaniem dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych. Biorąc pod uwagę szczególny charakter zawarcia umowy sąd nie uznał za uzasadnione zastosowanie kary alternatywnej z uwagi na fakt, że komisja arbitrażowa nałożyła już grzywnę dotyczącą tej samej okoliczności (ne bis in idem). W innym wyroku Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) zmienił wyrok wydany w pierwszej instancji, który stwierdzał nieważność umowy z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie przeprowadzenia postępowania przetargowego, uznawał, że umowy o roboty budowlane mają zastosowanie do czasu podjęcia decyzji i nakładał na strony odpowiedzialnością solidarną za zapłatę grzywny, oraz uchylił grzywnę nałożoną na wykonawcę będącego stroną umowy. Argumentował, że obowiązek wszczęcia postępowania przetargowego spoczywa na instytucji zamawiającej i że w związku z tym nieważność zamówienia publicznego wynika z zaniechania instytucji zamawiającej. Sąd pierwszej instancji nie dysponował żadnymi informacjami, z których należałoby wywnioskować złą wiarę wykonawcy, to znaczy informacjami, które wymagałyby stwierdzenia, że wiedział on lub powinien był wiedzieć, że umowy spowodowały naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Fővárosi Törvényszék oparł się na argumentach podobnych do tych, którymi Fővárosi Ítéltábla uzasadnił ten ostatni wyrok, uznając, że nie było podstawy prawnej do nałożenia grzywny na wykonawcę ani do solidarnego skazania stron umowy.
- 21 W celu zmiany umowy, zgodnie z art. 240 ust. 1 dawnego kodeksu cywilnego – w taki sam sposób jak w obowiązującym ustawodawstwie – konieczne wyrażenie wspólnej woli stron umowy, a wykonawca jest obowiązkowo adresatem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych dotyczących zmiany umowy. Nie oznacza to jednak, lub niekoniecznie oznacza, że na mocy przepisów prawa cywilnego odpowiedzialność prawną wykonawcy w zakresie zamówień publicznych z uwagi na zmianę umowy należy uznać za identyczną z odpowiedzialnością instytucji zamawiającej. W procedurze, w ramach której komisja arbitrażowa jest uprawniona do zbadania zgodności z prawem zmiany umowy, aspekty prawne umowy (np. nieprawidłowe wykonanie) nie mogą być oceniane, a badanie powinno obejmować aspekty prawne zamówień publicznych uregulowane w ten sam sposób w prawie unijnym i krajowym (np. przewidywalność, należyta staranność i pojawienie się nowych potrzeb).

W przypadku gdy na obie umawiające się strony nakłada się odpowiedzialność prawną w zakresie zamówień publicznych, należy zapewnić im możliwość wyjaśnienia ich wkładu w źródło naruszenia. Zgodnie z prawem umów (wyrażenie wspólnej woli), domniemanie prawne w zakresie zamówień publicznych, które pozbawiałoby umawiające się strony tej możliwości, nie może zostać ustanowione (wyroki w sprawie *Michaniki*, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 i w sprawie *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127).

- 22 Dla sądu odsyłającego nie jest jasne, jakie ograniczenia kompetencji państw członkowskich w dziedzinie środków odwoławczych można ustalić na podstawie subiektywnego zakresu stosowania przewidzianego w odpowiednich przepisach prawa Unii, jednocześnie nadal zapewniając prawo do skutecznego, proporcjonalnego i odstrasającego środka odwoławczego. Wobec braku jasnych wytycznych ze strony sądów Unii dla sądu krajowego w odniesieniu do kwestii podniesionych w niniejszym postępowaniu, Fővárosi Törvényszék postanowił zwrócić się w tym zakresie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.