



Datum van inontvangstneming : 24/05/2019

Zaak C-263/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

28 maart 2019

Verwijzende rechter:

Fővárosi Törvényszék (Hongarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 maart 2019

Verzoekende partijen:

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság
(arbitragecommissie van het aanbestedingsbureau, Hongarije)

Verwerende partijen:

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Bij de bestuursrechter ingestelde beroepen tegen een beslissing betreffende de aanbesteding van een overheidsopdracht waarbij wordt verzocht om nietigverklaring van een overeenkomst.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst voor het onrechtmatig achterwege laten van een openbare aanbestedingsprocedure.

Prejudiciële vragen

- 1) Verzetten artikel 41, lid 1, artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, de overwegingen 10, 29, 107, 109 en 111, artikel 1, lid 2, en artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, zich tegen een nationale regeling, of tegen een praktijk van uitlegging en toepassing van die regeling, volgens welke een inbreuk wegens het onrechtmatig achterwege laten van een openbare aanbesteding, waardoor bepalingen inzake de wijziging van opdrachten zouden zijn geschonden, en een inbreuk wegens schending van de bepalingen inzake de wijziging van opdrachten, gelet op de contractuele rechtsbetrekking tussen de partijen bij een overeenkomst, niet alleen wordt gepleegd door de aanbestedende dienst, maar ook door de gekozen inschrijver met wie de aanbestedende dienst een overeenkomst heeft gesloten, op grond dat de onrechtmatige wijziging van de overeenkomsten een gezamenlijk optreden van de partijen vereist[?]
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, rekening houdend met de bepalingen van artikel 41, lid 1, en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de overwegingen 10, 29, 107, 109 en 111 en artikel 1, lid 2, en artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, verzetten de overwegingen 19, 20 en 21 van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verbetering van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, en artikel 2, lid 2, van de richtlijnen 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken en 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zich dan tegen een nationale regeling, of tegen een praktijk van uitlegging en toepassing van die regeling, die toestaat dat ook aan de gekozen inschrijver die met de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten een sanctie (boete) –

anders dan een verkorting van de geldigheidsduur van de overeenkomst – wordt opgelegd wegens het onrechtmatig achterwege laten van een openbare aanbesteding en schending van de bepalingen inzake de wijziging van opdrachten[?]

- 3) Indien de eerste twee vragen ontkennend worden beantwoord, wenst de verwijzende rechter van het Hof van Justitie te vernemen of voor het bepalen van de hoogte van de sanctie (boete) kan worden volstaan met de vaststelling van het bestaan van een contractuele rechtsbetrekking tussen de partijen, zonder dat het handelen en de bijdrage van de partijen die tot de wijziging van de opdracht hebben geleid zijn onderzocht.

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 41, leden 1 en 47, van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie.

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 335, blz. 31).

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33).

Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (wet CVIII van 2011 inzake overheidsopdrachten; hierna: „oude wet inzake overheidsopdrachten”).

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (wet CXLI van 2015 inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”).

Korte beschrijving van de feiten en het geding

- 1 BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (hierna: „aanbestedende dienst”) is een niet-beursgenoteerde naamloze vennootschap, opgericht door de Fővárosi Önkormányzat (gemeente Boedapest, Hongarije). Zij verricht openbaarvervoersdiensten in de hoofdstad. Op 31 januari 2013 startte zij, middels een oproep tot het indienen van blikken van belangstelling, een onderhandelingsprocedure voor de gunning van een opdracht voor de vervaardiging, het vervoer, de installatie en de volledige exploitatie van kaartjesautomaten [...]. Op 4 september 2013, na afloop van die gunningsprocedure, sloot zij een overeenkomst (hierna: „hoofdovereenkomst voor het project”) met T-Systems Magyarország Zrt. (hierna: „gekozen inschrijver”).
- 2 De bijlage bij de hoofdovereenkomst voor het project bevatte een overeenkomst voor werken, een exploitatie-overeenkomst, technische specificaties en de offerte van de gekozen inschrijver. De totale waarde van de opdracht bedroeg 5 561 690 409 HUF. De hoofdovereenkomst voor het project is door de partijen diverse keren gewijzigd, onder meer doordat:
 - de aanbestedende dienst de gekozen inschrijver op 13 juli 2017 verzocht om aan het centrale controlesysteem van de kaartjesautomaten een softwaremodule toe te voegen, teneinde de onlineverkoop van kaartjes mogelijk te maken (hierna: „derde wijziging”).
 - in het kader van de wijziging van de opdracht, op 15 september 2017, (hierna: „vierde wijziging”) werd vastgesteld welke handelingen ertoe leiden of kunnen leiden dat de kaartjesautomaat niet meer werkt, waarbij de in de opdracht vermelde begrippen „blokkering”, „terugtrekking van bankbiljetten” en „fout van de klant”, alsook de termijnen en gedetailleerde normen voor de benodigde reparaties werden vastgelegd. Ook werd vastgelegd dat de waarde van de aanvullende tegenprestatie ingevolge de wijziging van de opdracht niet hoger mocht zijn dan 2 530 195 870 HUF, ofwel 50 % van de initiële waarde van de opdracht.
- 3 Op een eerdere datum, 22 december 2016, was een overeenkomst gesloten over de vergoeding van kosten die de gekozen inschrijver zou moeten maken voor de door de aanbestedende dienst vereiste aanvullende prestaties in verband met de exploitatie van de kaartjesautomaten (hierna: „overeenkomst inzake de vergoeding van kosten”).
- 4 Op 29 september 2017 stelde de directeur van het aanbestedingsbureau ambtshalve administratief beroep in tegen de contractpartijen wegens schending, door middel van de voornoemde wijzigingen en overeenkomst, van – onder meer – de bepalingen van zowel de oude als de [huidige] wet inzake overheidsopdrachten.

- 5 De Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitragecommissie van het aanbestedingsbureau, Hongarije, hierna: „arbitragecommissie”) verklaarde in haar beslissing dat de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver inbreuk hadden gepleegd op artikel 141, lid 8, van de wet inzake overheidsopdrachten, om de volgende redenen:
- De derde en vierde wijziging van de opdracht voldoen niet aan de vereisten van de wet inzake overheidsopdrachten met betrekking tot de wijziging van opdrachten, zodat voor die wijzigingen een nieuwe aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgeschreven;
 - In de overeenkomst inzake de vergoeding van kosten zijn de diensten die het voorwerp van de hoofdovereenkomst voor het project zijn anders geregeld dan in die laatste overeenkomst, waardoor ook die eerste overeenkomst moet worden beschouwd als een wijziging van de opdracht die niet voldoet aan de criteria van de wet inzake overheidsopdrachten.
- 6 Op grond hiervan legde de arbitragecommissie de aanbestedende dienst een boete van 80 000 000 HUF en de gekozen inschrijver een boete van 70 000 000 HUF op. De arbitragecommissie motiveerde deze boetes met het argument dat beide partijen verplicht zijn de in de regeling inzake de plaatsing van overheidsopdrachten gestelde vereisten voor wijziging van de opdracht na te leven, en dat de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver in gelijke mate hadden bijgedragen en verantwoordelijk waren voor de onrechtmatig geachte juridische handelingen.
- 7 Tegen deze beslissing hebben de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver beide, als eerste en tweede eiser, beroep ingesteld bij de verwijzende bestuursrechter. De arbitragecommissie is partij in deze beroepsprocedures, als eerste gedaagde, en de directeur van het aanbestedingsbureau treedt in de procedure op in de hoedanigheid van interveniënt ter ondersteuning van de vorderingen van de arbitragecommissie. Bovendien heeft de arbitragecommissie, als derde eiser, de verwijzende rechter verzocht de derde en vierde wijziging en de overeenkomst inzake de vergoeding van kosten, die door haar onrechtmatig worden geacht, nietig te verklaren en de situatie van voor die wijzigingen en overeenkomst te herstellen. Met betrekking tot deze vorderingen is de aanbestedende dienst partij in de procedure als tweede gedaagde en treedt de gekozen inschrijver op als derde gedaagde.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 In het deel van zijn beroep dat betrekking heeft op de prejudiciële procedure betoogt de gekozen inschrijver dat in de beslissing van de arbitragecommissie geen rekening wordt gehouden met het feit dat de aanbestedende dienst in het licht van haar behoeften kan besluiten of zij al dan niet een openbare aanbestedingsprocedure zal uitschrijven. Daaruit volgt dat alleen de

aanbestedende dienst de geadresseerde van artikel 141 van de wet inzake overheidsopdrachten met betrekking tot de wijziging van opdrachten kan zijn. Bijgevolg stelt de arbitragecommissie de gekozen inschrijver verantwoordelijk voor besluiten waarop hij geen enkele invloed uitoefent of kan uitoefenen, hetgeen niet alleen in strijd is met de tot dusver gevolgde praktijk van de arbitragecommissie, maar ook een ernstige schending van de beginselen van rechtszekerheid en de rechtsstaat vormt.

- 9 Bovendien heeft de arbitragecommissie volgens de gekozen inschrijver niet uiteengezet op welke wijze hij de inbreuk zou hebben begaan. De vereisten van voorspelbaarheid en zorgvuldigheid zijn omstandigheden die met betrekking tot de aanbestedende dienst moeten worden beoordeeld, zodat de niet-naleving ervan alleen aan de aanbestedende dienst kan worden toegerekend, en niet aan de partij die met die dienst een overeenkomst heeft gesloten.
- 10 Voorts betoogt de gekozen inschrijver dat de toepassing van de sanctie onwettig is en verwijt hij de arbitragecommissie dat deze zijn bijdrage aan en verantwoordelijkheid voor de wijzigingen van de opdracht gelijkwaardig achtte aan die van de aanbestedende dienst, zonder in aanmerking te nemen dat het de aanbestedende dienst is geweest die de wijzigingen van de opdracht noodzakelijk achtte en het initiatief daartoe heeft genomen. Aan de zijde van de gekozen inschrijver is er geen sprake geweest van opzettelijkheid, kwade trouw of samenzwering. De verplichting tot naleving van de bepalingen inzake de procedurele waarborgen die van toepassing zijn op openbare aanbestedingen rust op de aanbestedende dienst, zodat de niet-naleving ervan niet kan worden toegerekend aan de gekozen inschrijver.
- 11 De *arbitragecommissie*, eerste gedaagde, betoogt dat de enige geconstateerde inbreuk door de gekozen inschrijver er een is op een rechtsregel waarvan hij een geadresseerde was, aangezien de geadresseerden van de bepalingen inzake de wijziging van opdrachten in artikel 141 van de wet inzake overheidsopdrachten de contractpartijen zijn. Met uitzondering van de aspecten die in de wet inzake overheidsopdrachten op andere wijze zijn geregeld, vallen overeenkomsten die zijn gesloten na een aanbestedingsprocedure onder de bepalingen van het burgerlijk recht, in casu de Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (wet IV van 1959 tot vaststelling van het burgerlijk wetboek; hierna „oud burgerlijk wetboek”). Volgens artikel 240, lid 1, van het oud burgerlijk wetboek kunnen de partijen bij een overeenkomst, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, in onderlinge overeenstemming de inhoud van de overeenkomst of de juridische aard van de door hen in de overeenkomst vastgelegde afspraken wijzigen. Omdat dit gezamenlijk optreden door de partijen noodzakelijk is om de verweten handelingen tot stand te brengen, was het gerechtvaardigd om de rol van beide partijen bij de inbreuken in verband met de wijziging van de opdracht te onderzoeken. De vraag op welke contractpartij het onderzoek naar de vereiste van voorspelbaarheid moet worden toegespitst, houdt geen verband met de vraag welke contractpartij de juridische consequenties moet dragen van de

onrechtmatigheid van een wijziging van een opdracht die volgens de overeenstemmende wil van de partijen heeft plaatsgevonden.

- 12 De *directeur van het aanbestedingsbureau*, interveniënt ter ondersteuning van de vorderingen van gedaagde, betoogt dat de aanbestedende dienst de belangrijkste, maar niet de enige partij is die verplicht is om de aanbestedingsprocedure volgens de wet uit te voeren. Met betrekking tot de wijziging van een opdracht die is gegund na een aanbestedingsprocedure, onderstreept hij dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van de wettelijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten genuanceerder ligt en dat het niet uitzonderlijk is dat de gekozen inschrijver het initiatief voor een wijziging neemt. In dergelijke gevallen beschikt de gekozen inschrijver noodzakelijkerwijs over meer informatie over de uitvoering van de na een aanbestedingsprocedure gegunde opdracht en over de mogelijke naleving van de vereisten inzake wijziging van de opdracht zoals neergelegd in die wet. De wet inzake overheidsopdrachten beperkt de contractuele vrijheid van de partijen met betrekking tot de wijziging van opdrachten. Dat doet evenwel niets af aan het civielrechtelijk beginsel dat aan een wijziging van de opdracht een overeenstemmende wilsuiving van de partijen bij de overeenkomst vooraf moet gaan. Tezamen met de verplichting tot samenwerking impliceert dit ook de overdracht van informatie tussen de partijen. Het is dan ook onjuist om te stellen dat de gekozen inschrijver geen enkele mogelijkheid heeft om na te gaan of een wijziging van de opdracht in overeenstemming is met de vereisten van de wet inzake overheidsopdrachten. In de zienswijze van de directeur van het aanbestedingsbureau heeft de arbitragecommissie in overeenstemming met de wet gehandeld door te verklaren dat de gekozen inschrijver een inbreuk heeft begaan en door hem een boete op te leggen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 13 Om de goede werking van de interne markt te waarborgen, heeft de Europese Unie voorschriften voor het plaatsen van overheidsopdrachten vastgesteld. De voornaamste instrumenten van de Uniewetgeving op het gebied van overheidsopdrachten zijn het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en de bepalingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten die discriminatie verbieden, de bepalingen van de richtlijnen die de transparantie van aanbestedingsprocedures waarborgen en de bepalingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten die gericht zijn op het wegnemen van bepaalde belemmeringen voor de toegang tot de markt.
- 14 Aanbestedende diensten die overheidsopdrachten plaatsen zijn verplicht om hun aankopen van bepaalde producten en met een bepaalde waarde te verrichten conform de voorschriften inzake overheidsopdrachten, teneinde een rationeel en doelmatig gebruik van overheidsmiddelen mogelijk te maken, de openbare controle op dat gebruik mogelijk te maken en de mededinging te waarborgen. De aanbestedingsverplichting en de verplichting om een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten uit te voeren, rusten op de aanbestedende dienst. De

aanbestedende dienst besluit in het licht van haar behoeften of zij al dan niet een openbare aanbestedingsprocedure zal uitschrijven. Het plaatsen van overheidsopdrachten door de aanbestedende dienst dient te geschieden in een gedocumenteerd en controleerbaar kader.

- 15 De verantwoordelijkheid van de ondernemer die inschrijft op een openbare aanbesteding is hoofdzakelijk neergelegd in de wetgeving inzake overheidsopdrachten, die de mededinging waarborgt, en de sancties wegens door die ondernemer begane inbreuken zijn vastgelegd in de toepasselijke regelingen.
- 16 De aanbestedingsprocedure wordt afgesloten met de gunning van de opdracht. Vanaf het ontstaan van de verplichting om een overeenkomst te sluiten tot het moment waarop deze wordt gesloten en uitgevoerd, heeft het optreden van de partijen bij de overeenkomst, dat wordt geregeld door de wetgeving inzake overheidsopdrachten, noodzakelijkerwijs wederzijdse gevolgen. Wanneer de overeenkomst uiteindelijk niet wordt gesloten, wegens een reden die na het besluit dat een einde aan de procedure heeft gemaakt naar voren is gekomen, wanneer er sprake is van een inbreuk op de voorschriften betreffende de termijn gedurende welke de gunning wordt opgeschort, of wanneer de overeenkomst wordt gesloten op een wijze die de wetgeving inzake overheidsopdrachten schendt, heeft dit voor de aanbestedende dienst dezelfde gevolgen als voor de gekozen inschrijver. Om in verband met de sluiting van de overeenkomst de mededinging zo veel mogelijk in stand te houden, leggen de bepalingen van artikel 137, lid 1, onder a) en c), van de wet inzake overheidsopdrachten, en de bepalingen van artikel 141 van diezelfde wet zware, op identieke beginselen gebaseerde sancties op voor onrechtmatig handelen dat voortvloeit uit de rechtsbetrekking tussen de partijen, die de werkingssfeer van het burgerlijk recht bij het sluiten van de overeenkomst overstijgt.
- 17 Artikel 141 van de wet inzake overheidsopdrachten bevat de voorschriften die, op identieke wijze als de voorschriften van artikel 72 van richtlijn 2014/24, wijziging van de opdracht mogelijk maken wanneer zich gedurende de looptijd van die opdracht veranderingen voordoen. Ook brengt de niet-ervulling van de in die regeling vastgestelde vereisten de verplichting met zich mee om een nieuwe aanbestedingsprocedure uit te voeren. Daaruit kan worden afgeleid, onafhankelijk van het feit dat de opdracht slechts kan worden gewijzigd op basis van de overeenstemmende wil van de partijen, dat de geadresseerde van de bepaling inzake overheidsopdrachten waarop inbreuk is gemaakt enkel een aanbestedende dienst kan zijn die binnen de subjectieve werkingssfeer van de regeling valt.
- 18 Niettemin kan de arbitragecommissie, wanneer zij een inbreuk vaststelt, ingevolge artikel 65, lid 3, onder d), van de wet inzake overheidsopdrachten in haar beslissing een boete opleggen aan de inbreukplegende entiteit of persoon én aan de persoon of entiteit die een rechtsbetrekking met de voor de inbreuk verantwoordelijke persoon of entiteit heeft en medeverantwoordelijk is voor de inbreuk. In de regeling inzake beroepsprocedures wordt op dit punt niet gespecificeerd aan welke deelnemers aan de openbare aanbestedingsprocedure een

sanctie kan worden opgelegd. De logische conclusie is dat degenen die nauwkeurige materiële voorschriften overtreden en degenen die verboden handelingen verrichten, op dezelfde wijze kunnen worden bestraft. In het kader dat door de wetgeving inzake overheidsopdrachten wordt geregeld kan de vraag welke persoon of juridische entiteit moet worden geacht de inbreuk te hebben gepleegd echter worden beantwoord aan de hand van de vraag wie de geadresseerde is van het voorschrift waarop inbreuk is gepleegd. Desondanks, en rekening houdend met het beoogde doel van de boete, te weten te bevorderen dat personen of entiteiten die binnen de subjectieve werkingssfeer van de wetgeving inzake overheidsopdrachten vallen overeenkomstig de wet handelen, kan die alternatieve sanctie worden opgelegd aan de persoon of entiteit die verplicht is de aanbestedingsprocedure uit te voeren, dat wil zeggen uitsluitend aan de aanbestedende dienst. De boete is niet kenmerkend voor de contractuele rechtsbetrekking, maar vloeit uitsluitend voort uit de bijzondere bepalingen op het gebied van overheidsopdrachten, en een derde, die geen partij is bij de overeenkomst, te weten de entiteit van een lidstaat die is geselecteerd om een taak van objectieve rechtsbescherming uit te oefenen, legt die boete op omdat zij de wettelijke verplichting heeft om van buitenaf in te grijpen in de contractuele betrekking die tussen de partijen is ontstaan, in het belang van de door de wetgeving inzake overheidsopdrachten beschermde doelstellingen en ongeacht of er tussen de partijen bij de overeenkomst een geschil bestaat. De boete heeft een punitief karakter en moet daarom daadwerkelijk aan de inbreukpleger worden opgelegd.

- 19 Wanneer de inbreuk leidt tot nietigheid van de overeenkomst, kan aan de inbreukpleger, krachtens de toepasselijke regeling, een boete wegens inbreuk worden opgelegd. Een boete moet, respectievelijk kan – als alternatieve sanctie – ook worden opgelegd wanneer de rechter, indien de oorspronkelijke situatie niet kan worden hersteld, de op basis van een openbare aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomst geldig verklaart.
- 20 De praktijk van de Hongaarse rechters ten aanzien van de boete die van toepassing is op inbreuken die de nietigheid van de overeenkomst meebrengen, wordt geïllustreerd door enkele kenmerkende gevallen: in een van zijn arresten heeft de Fővárosi Ítéltábla (rechter in tweede aanleg, Boedapest, Hongarije) niet alleen vastgesteld dat een overeenkomst die op onrechtmatige wijze is gesloten – zonder uitschrijving van een openbare aanbesteding – ongeldig is, en deze met terugwerkende kracht tot de datum van sluiting van de overeenkomst geldig verklaard, maar heeft hij de aanbestedende dienst ook, onder verwijzing naar het arrest [REDACTED] (14/83, ECLI:EU:C:1984:153) en het arrest RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180), punt 58, in overeenstemming met de toepassing van de richtlijn beroepsprocedures, ontheven van de betaling van de boete. Gegeven de specifieke kenmerken van de sluiting van de overeenkomst achtte de rechter het niet gerechtvaardigd om een alternatieve sanctie op te leggen, aangezien de arbitragecommissie reeds een boete wegens dezelfde omstandigheid had opgelegd (ne bis in idem). In een ander arrest heeft de Fővárosi Ítéltábla het vonnis in eerste aanleg – waarbij een overeenkomst ongeldig werd verklaard

wegens het onrechtmatig achterwege laten van een aanbestedingsprocedure, de overeenkomsten voor werken toepasselijk werden verklaard tot er een beslissing lag en de partijen de hoofdelijke betaling van een boete werd opgelegd – gewijzigd en de boete die was opgelegd aan de ondernemer die partij was bij de overeenkomst ingetrokken. Hij was van oordeel dat de verplichting om een aanbestedingsprocedure uit te schrijven rust op de aanbestedende dienst en dat, daarvan uitgaande, de ongeldigheid van de overheidsopdracht derhalve te wijten was aan de nalatigheid van de aanbestedende dienst. De rechter in eerste aanleg beschikte over geen enkel gegeven waaruit kwade trouw van de ondernemer had moeten worden afgeleid, dat wil zeggen op grond waarvan de rechter had moeten vaststellen dat de ondernemer wist of had moeten weten dat de overeenkomsten een inbreuk op de wet inzake overheidsopdrachten veroorzaakten. De Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest) baseerde zich op vergelijkbare argumenten als die waarop de Fővárosi Ítéltábla dit laatste vonnis had gegrond, namelijk dat er geen rechtsgrondslag bestond om de ondernemer een boete op te leggen of de partijen bij de overeenkomst hoofdelijk te veroordelen.

- 21 Voor een wijziging van een opdracht is ingevolge artikel 240, lid 1, van het oud burgerlijk wetboek – en ook ingevolge de vigerende wetgeving – een overeenstemmende wilsuiting van de contractpartijen nodig, en de gekozen inschrijver is noodzakelijkerwijs een geadresseerde van de bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten met betrekking tot de wijziging van opdrachten. Dat betekent evenwel niet, of niet noodzakelijkerwijs, dat volgens de voorschriften van het burgerlijk recht de juridische verantwoordelijkheid van de gekozen inschrijver op het gebied van overheidsopdrachten voor de wijziging van een opdracht moet worden geacht identiek te zijn aan die van de aanbestedende dienst. In de procedure waarin de arbitragecommissie bevoegd is om de rechtmatigheid van een contractuele wijziging te onderzoeken, kunnen juridische aspecten van de overeenkomst zelf (zoals een onjuiste uitvoering) niet worden beoordeeld, maar moet het onderzoek betrekking hebben op juridische aspecten van het plaatsen van de overheidsopdracht die door het Unierecht en het nationaal recht op dezelfde wijze zijn geregeld (zoals, bijvoorbeeld, voorspelbaarheid, zorgvuldigheid en het ontstaan van nieuwe behoeften). Wanneer de juridische verantwoordelijkheid op het gebied van het plaatsen van de overheidsopdrachten rust op beide contractpartijen, dan moet worden gewaarborgd dat zij de mogelijkheid hebben om hun bijdrage aan de oorzaak van de inbreuk duidelijk te maken. Op grond van het verbintenissenrecht (uitdrukking van gezamenlijke wil) kan geen wettelijk vermoeden op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten worden vastgesteld dat de contractpartijen van die mogelijkheid berooft (arresten [REDACTED] C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, en Fabricom, C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127).
- 22 Voor de verwijzende rechter is niet duidelijk welke grenzen er, op grond van de subjectieve werkingssfeer van de toepasselijke Uniewetgeving, kunnen worden gesteld aan de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van beroepsprocedures, zonder dat de waarborging van het recht op een doeltreffende, evenredige en afschrikkende beroepsprocedure in het gedrang komt. Omdat er met betrekking tot

de in de onderhavige procedure opgeworpen vragen geen duidelijke richtsnoeren van de rechterlijke instanties van de Unie aan de nationale rechters bestaan, heeft de Fővárosi Törvényszék besloten een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.