



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

14 mei 2020*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Plaatsen van overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 1, lid 2, en artikel 72 – Richtlijn 2014/25/EU – Artikel 1, lid 2, en artikel 89 – Beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken – Richtlijn 89/665/EEG – Artikel 2 sexies, lid 2 – Procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie – Richtlijn 92/13/EEG – Artikel 2 sexies, lid 2 – Wijzigingen van een overeenkomst die is gesloten naar aanleiding van een aanbestedingsprocedure – Geen nieuwe aanbestedingsprocedure – Aan de aanbestedende dienst en de begunstigde van de opdracht opgelegde boetes – Evenredigheidsbeginsel”

In zaak C-263/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije) bij beslissing van 7 maart 2019, ingekomen bij het Hof op 28 maart 2019, in de procedure

T-Systems Magyarország Zrt.,

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

tegen

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság,

in tegenwoordigheid van:

Közbeszerzési Hatóság Elnöke,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras (rapporteur), kamerpresident, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: M. Krausenböck, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 februari 2020,

* Procestaal: Hongaars.

gelet op de opmerkingen van:

- T-Systems Magyarország Zrt., vertegenwoordigd door P. Szilas, Zs. Okányi en V. Kovács, ügyvédek,
- de Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, vertegenwoordigd door I. Hunya als gemachtigde,
- de Közbeszerzési Hatóság Elnöke, vertegenwoordigd door T. A. Cseh als gemachtigde,
- de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door M. Z. Fehér, G. Koós en M. M. Tátrai als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Haasbeek, P. Ondrůšek en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft in wezen de uitlegging van 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 (PB 2014, L 94, blz. 65), artikel 2 sexies, lid 2, van 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), zoals gewijzigd bij 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) (hierna: „richtlijn 89/665”), artikel 2 sexies, lid 2, van 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66 (hierna: „richtlijn 92/13”), en de artikelen 41 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen T-Systems Magyarország Zrt. (hierna: „T-Systems”) en BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (hierna: „BKK”) enerzijds en de Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitragepanel voor overheidsopdrachten van de aanbestedingsautoriteit, Hongarije; hierna: „arbitragepanel”) anderzijds betreffende boetes die aan eerstgenoemde zijn opgelegd vanwege de wijziging van hun lopende overeenkomst, zonder dat er nieuwe aanbestedingsprocedures waren uitgeschreven.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 89/665

- 3 Artikel 2 sexes van richtlijn 89/665, met als opschrift „Inbreuken op deze richtlijn en alternatieve sancties”, bepaalt:

„1. In het geval van een inbreuk op artikel 1, lid 5, artikel 2, lid 3, of artikel 2 bis, lid 2, die niet onder artikel 2 quinquies, lid 1, onder b), valt, voorzien de lidstaten in onverbindendheid van de overeenkomst overeenkomstig artikel 2 quinquies, leden 1 tot en met 3, of in alternatieve sancties. De lidstaten kunnen bepalen dat een van de aanbestedende dienst onafhankelijke beroepsinstantie, nadat zij alle relevante aspecten heeft onderzocht, besluit of de overeenkomst als onverbindend moet worden beschouwd, dan wel of alternatieve sancties moeten worden opgelegd.

2. Alternatieve sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Alternatieve sancties zijn:

- het opleggen van boetes aan de aanbestedende dienst, of
- het verkorten van de looptijd van de overeenkomst.

De lidstaten kunnen de beroepsinstantie een ruime beslissingsbevoegdheid geven om alle relevante factoren in aanmerking te nemen, waaronder de ernst van de inbreuk, het gedrag van de aanbestedende dienst en, in de gevallen bedoeld in artikel 2 quinquies, lid 2, de mate waarin de overeenkomst van kracht blijft.

Het toekennen van schadevergoeding vormt geen passende sanctie met het oog op de toepassing van dit lid.”

Richtlijn 92/13

- 4 Artikel 2 sexes van richtlijn 92/13, met als opschrift „Inbreuken op deze richtlijn en alternatieve sancties”, is in identieke bewoordingen gesteld als artikel 2 sexes van richtlijn 89/665.

Richtlijn 2007/66

- 5 De overwegingen 19 tot en met 21 van richtlijn 2007/66 luiden als volgt:

„(19) In het geval van andere inbreuken op formele vereisten zouden de lidstaten kunnen oordelen dat het niet passend is het beginsel van onverbindendheid toe te passen. Voor die gevallen moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben alternatieve sancties op te leggen. Alternatieve sancties dienen beperkt te blijven tot het opleggen van boetes die betaald moeten worden aan een instantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, of tot een verkorting van de looptijd van de overeenkomst. Het is aan de lidstaten de details van de alternatieve sancties en de regels voor de toepassing ervan te bepalen.

(20) Deze richtlijn mag de toepassing van strengere sancties overeenkomstig het nationaal recht niet uitsluiten.

- (21) Doel is dat, indien een lidstaat voorschriften vastlegt die ervoor zorgen dat een overeenkomst als onverbindend wordt beschouwd, de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst niet langer worden uitgevoerd en uitgeoefend. De gevolgen van onverbindendverklaring van een overeenkomst dienen te worden bepaald door het nationaal recht. Het nationaal recht kan dus bijvoorbeeld voorzien in de vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen (ex tunc) of daarentegen de werking van de nietigverklaring beperken tot verbintenissen die nog uitgevoerd moeten worden (ex nunc). Dit mag niet ertoe leiden dat geen krachtdadige sancties worden getroffen indien de uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenissen reeds volledig of nagenoeg volledig zijn uitgevoerd. In dergelijke gevallen moeten de lidstaten ook in alternatieve sancties voorzien, rekening houdend met de mate waarin een overeenkomst van kracht blijft overeenkomstig het nationaal recht. Evenzo moeten de gevolgen wat betreft de eventuele terugvordering van bedragen die zouden zijn betaald en alle andere vormen van eventuele restitutie – met inbegrip van restitutie in geld indien restitutie in natura niet mogelijk is – worden bepaald door het nationaal recht.”

Richtlijn 2014/24

- 6 De overwegingen 10, 29, 107, 109 en 111 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

„(10) De begrippen ‚aanbestedende diensten’ en met name ‚publiekrechtelijke instellingen’ zijn regelmatig aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Om te preciseren dat het toepassingsgebied van deze richtlijn *ratione personae* ongewijzigd moet blijven, dient de definitie waarop het Hof zich gebaseerd heeft te worden behouden, met een aantal verduidelijkingen uit die rechtspraak, voor een goed begrip van de definities zelf; daarbij is het niet de bedoeling de interpretatie van het in de rechtspraak uitgewerkte concept te veranderen. [...]

[...]

(29) Er zij aan herinnerd dat deze richtlijn alleen van toepassing is op de aanbestedende diensten van de lidstaten. [...]

[...]

(107) Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het [Hof] moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen, waaronder de verdeling van intellectuele-eigendomsrechten. Deze wijzigingen tonen aan dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. Dat doet zich met name voor indien de gewijzigde voorwaarden, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure, invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure.

Wijzigingen van de opdracht die een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg hebben, moeten tot op zekere hoogte altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is. Hiertoe en met het oog op de rechtszekerheid moet deze richtlijn voorzien in de-minimisdrempels waaronder een nieuwe aanbestedingsprocedure niet nodig is. Wijzigingen van de opdracht boven die drempels moeten mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is, mits zij voldoen aan de relevante voorwaarden die zijn vastgelegd in deze richtlijn.

[...]

(109) Aanbestedende diensten kunnen worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. [...]

[...]

(111) De aanbestedende dienst moet zelf, zij het niet onbeperkt, in een opdracht wijzigingen kunnen aanbrengen op grond van herzienings- of optieclausules. Deze richtlijn moet derhalve bepalen in welke mate de oorspronkelijke opdracht in wijzigingen kan voorzien. [...]"

7 Artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24 bepaalt:

„Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.”

8 Titel II van richtlijn 2014/24, „Voorschriften inzake overheidsopdrachten”, bevat onder meer hoofdstuk IV, betreffende de „uitvoering van de opdracht”, waarin de artikelen 70 tot en met 73 van deze richtlijn zijn opgenomen. Artikel 72, „Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd”, bepaalt:

„1. Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

- a) wanneer de wijzigingen, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen, waaronder eventueel prijsherzieningsclausules of opties. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen;
- b) voor door de oorspronkelijke aannemer te verrichten aanvullende werken, diensten of leveringen die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen, indien een verandering van aannemer:
 - i) niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven, en
 - ii) tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende dienst.

Prijsverhogingen mogen evenwel niet hoger zijn dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om deze richtlijn te omzeilen;

- c) indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
 - i) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien;
 - ii) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht;

iii) de prijsverhogingen zijn niet hoger dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om deze richtlijn te omzeilen;

[...]

e) indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4.

De aanbestedende diensten die in de onder b) en c) van dit lid genoemde gevallen een opdracht hebben gewijzigd, maken een aankondiging hiervan bekend in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Zulke aankondiging bevat de in bijlage V, deel G, bedoelde informatie en wordt bekendgemaakt overeenkomstig artikel 51.

2. Voorts, en zonder dat onderzocht moet worden of de in lid 4, onder a) tot en met d), genoemde voorwaarden vervuld zijn, kunnen opdrachten ook zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure in overeenstemming met deze richtlijn worden gewijzigd indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan elk van de volgende bedragen:

i) de in artikel 4 genoemde drempels, en

ii) 10 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en minder dan 15 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.

De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst evenwel niet veranderen. Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.

[...]

5. Voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde wijzigingen die tijdens de looptijd van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst dienen te worden aangebracht, is een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn nodig.”

Richtlijn 2014/25

9 De overwegingen 12, 113, 115 en 117 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243) luiden als volgt:

„(12) De begrippen ‚aangebestede diensten‘ en met name ‚publiekrechtelijke instellingen‘ zijn regelmatig aan de orde geweest in de rechtspraak van het [Hof]. Om te preciseren dat het toepassingsgebied van deze richtlijn *ratione personae* ongewijzigd moet blijven, dient de definitie waarop het Hof zich gebaseerd heeft te worden behouden, met een aantal verduidelijkingen uit die rechtspraak, voor een goed begrip van de definities zelf; daarbij is het niet de bedoeling de interpretatie van het in de rechtspraak uitgewerkte concept te veranderen.

[...]

(113) Rekening houdend met de desbetreffende rechtspraak van het [Hof] moet duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. Een nieuwe

aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen, waaronder de verdeling van intellectuele-eigendomsrechten. Deze wijzigingen tonen dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van die opdracht. Dat doet zich met name voor indien de gewijzigde voorwaarden, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure, invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure.

Wijzigingen van de opdracht die een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg hebben, moeten tot op zekere hoogte altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is. Hiertoe en met het oog op de rechtszekerheid moet deze richtlijn voorzien in de-minimisdrempels waaronder een nieuwe aanbestedingsprocedure niet nodig is. Wijzigingen van de opdracht boven die drempels moeten mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is, mits zij voldoen aan de relevante voorwaarden die zijn vastgelegd in deze richtlijn.

[...]

(115) Aanbestedende instanties kunnen worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. [...]

[...]

(117) De aanbestedende instantie moet zelf, zij het niet onbepaald, wijzigingen kunnen aanbrengen op grond van herzienings- of optieclausules. Deze richtlijn moet derhalve bepalen in welke mate wijzigingen in de oorspronkelijke opdracht mogelijk zijn. [...]"

10 Artikel 1, lid 2, van deze richtlijn luidt als volgt:

„Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een opdracht voor werken, leveringen of diensten, van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende instanties van door deze aanbestedende instanties gekozen ondernemers, mits de werken, leveringen of diensten bedoeld zijn voor de uitoefening van een van de in de artikelen 8 tot en met 14 bedoelde activiteiten.”

11 Titel II van richtlijn 2014/25, „Op opdrachten toepasselijke bepalingen”, bevat onder meer hoofdstuk IV, betreffende de „uitvoering van de opdracht”, waarin de artikelen 87 tot en met 90 van deze richtlijn zijn opgenomen. Artikel 89, „Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd”, bepaalt:

„1. Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

a) wanneer de initiële aanbestedingsstukken duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder eventueel prijsherzieningsclausules, of opties bevatten die voorzien in die wijzigingen, ongeacht hun monetaire waarde. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of keuzemogelijkheden die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst zouden veranderen;

- b) voor door de oorspronkelijke aannemer te verrichten aanvullende werken, diensten of leveringen, ongeacht hun waarde, die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen, indien een verandering van aannemer:
 - i) [...] niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende producten of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, software, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven, en
 - ii) tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende instantie;
 - c) indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:
 - i) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige ondernemer niet kon voorzien;
 - ii) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht;
- [...]
- e) indien de wijzigingen, ongeacht hun waarde, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4.

De aanbestedende instanties die in de onder b) en c) van dit lid genoemde gevallen een opdracht hebben gewijzigd, zorgen voor de bekendmaking van een daartoe strekkende aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Deze aankondiging bevat de in bijlage XVI omschreven informatie en wordt bekendgemaakt overeenkomstig artikel 71.

2. Opdrachten kunnen zonder toetsing aan de voorwaarden van lid 4, onder a) tot en met d), en zonder nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn eveneens worden gewijzigd indien de waarde van de wijziging beneden beide volgende waarden blijft:

- i) de in artikel 15 genoemde drempels, en
- ii) 10 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en minder dan 15 % van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.

De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst evenwel niet veranderen. In het geval van verscheidene opeenvolgende wijzigingen wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.

3. Voor de berekening van de in lid 2 vermelde prijs wordt – voor zover de opdracht in een indexeringsclausule voorziet – de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.

4. Een wijziging van een opdracht of een raamovereenkomst tijdens de looptijd wordt als wezenlijk beschouwd in de zin van lid 1, onder e), wanneer de opdracht of raamovereenkomst hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst. Onverminderd de leden 1 en 2 wordt een wijziging geacht wezenlijk te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
- b) de wijziging verandert het economische evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst;

- c) de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst;
 - d) een nieuwe aannemer is in de plaats gekomen van de aannemer aan wie de aanbestedende instantie de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan de in lid 1, onder d), genoemde gevallen.
5. Een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn is vereist voor andere wijzigingen van de bepalingen van een opdracht voor werken, leveringen of diensten of een raamovereenkomst gedurende de looptijd dan die bedoeld in de leden 1 en 2.”

Hongaars recht

- 12 § 2, lid 1, van de közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (wet nr. CXLI inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”) bepaalt:

„De aanbestedende dienst zorgt voor een eerlijke en transparante mededinging in de aanbestedingsprocedure en voor het publieke karakter ervan, dat de ondernemer moet eerbiedigen.”

- 13 § 141 van deze wet, waarin de verschillende gevallen zijn vastgelegd waarin de partijen bij een aanbestedingsovereenkomst deze overeenkomst mogen wijzigen, bepaalt in lid 8:

„Buiten de in dit artikel bedoelde gevallen, kan de overeenkomst alleen na een nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd. Indien de aanbestedingsprocedure bij de wijziging van de overeenkomst op onrechtmatige wijze achterwege wordt gelaten, is de wijziging nietig op grond van § 137, lid 1, onder a).”

- 14 § 153, lid 1, van die wet bepaalt:

„De Közbeszerzési Hatóság Elnöke [(voorzitter van de aanbestedingsautoriteit, Hongarije)] neemt het initiatief tot ambtshalve instelling van de procedure voor het [arbitragepanel]

[...]

- c) indien het, in het licht van het resultaat van het door de aanbestedingsautoriteit overeenkomstig § 187, lid 2, onder j), uitgeoefende bestuursrechtelijke toezicht, of zelfs zonder dat er sprake van bestuursrechtelijk toezicht is geweest, aannemelijk is dat de overeenkomst in strijd met deze wet is gewijzigd of uitgevoerd, vooral indien een inbreuk van het in § 142, lid 2, bedoelde type is gepleegd;

[...]”

- 15 § 165 van deze wet luidt:

„[...]

- (2) In de beslissing van het [arbitragepanel]

[...]

- d) stelt het [arbitragepanel] vast dat er een inbreuk is gepleegd en past het de in lid 3 bedoelde rechtsgevolgen toe;
- e) stelt het [arbitragepanel], in de in lid 6 bedoelde gevallen, de inbreuk vast en legt het een boete op;

[...]

(3) Indien het [arbitragepanel] in zijn beslissing een inbreuk vaststelt, kan het [arbitragepanel]

[...]

d) een boete opleggen aan de inbreukplegende entiteit of persoon, alsook aan de persoon of de entiteit die een rechtsbetrekking onderhoudt met de voor de inbreuk verantwoordelijke entiteit of persoon heeft en die eveneens verantwoordelijk is voor de inbreuk.

[...]

(6) Het [arbitragepanel] stelt de inbreuk vast en legt een boete op indien

a) de aanbestedingsprocedure als gevolg van de inbreuk onrechtmatig achterwege wordt gelaten;

[...]

e) de voorzitter van de aanbestedingsautoriteit ambtshalve de procedure [van § 153] heeft ingesteld en het arbitragepanel heeft vastgesteld dat een inbreuk is gepleegd.

[...]”

16 § 176 van de wet inzake overheidsopdrachten bepaalt:

„(1) Indien het [arbitragepanel] in zijn beslissing over de grond van de zaak een in § 137, lid 1, bedoelde inbreuk vaststelt, stelt het een contentieuze procedure in die strekt tot ongeldigverklaring van de overeenkomst en toepassing van de rechtsgevolgen van de onrechtmatigheid.

[...]

(4) Indien de rechter de overeenkomst naar aanleiding van de in lid 1 bedoelde contentieuze procedure ongeldig verklaart op een van de in § 137, lid 1, genoemde gronden, stelt hij de rechtsgevolgen van deze ongeldigheid vast overeenkomstig de bepalingen van het burgerlijk wetboek en van de onderhavige wet.

(5) Indien de rechter de naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomst op grond van § 137, lid 3, geldig verklaart, dient hij een boete op te leggen die, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, niet hoger mag zijn dan 15 % van de waarde van de overeenkomst. Indien de rechter bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van de onrechtmatigheid de terugbetaling gelast van de waarde van de dienst waarvoor geen tegenprestatie is ontvangen, dient hij een boete op te leggen die, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, niet hoger mag zijn dan 10 % van de waarde van de overeenkomst.

(6) De in lid 1 bedoelde contentieuze procedure valt onder de exclusieve bevoegdheid van de bestuurs- en arbeidsrechter, die in het geval van dezelfde inbreuk op de aanbestedingsregels de administratieve geschilprocedure van § 170 toepast. [...]”

17 § 240, lid 1, van de Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (wet nr. IV van 1959 betreffende het burgerlijk wetboek) luidt als volgt:

„Onder voorbehoud van de uitzonderingen waarin de regelgeving voorziet, kunnen de partijen in onderlinge overeenstemming de inhoud van de overeenkomst of de juridische aard van hun verbintenissen wijzigen.”

Hoofding en prejudiciële vragen

- 18 BKK is een door de gemeente Boedapest (Hongarije) opgerichte vennootschap die openbaarvervoerdiensten verricht in Boedapest.
- 19 Na een niet-openbare aanbestedingsprocedure inzake de vervaardiging, het vervoer, de installatie en de exploitatie van kaartjesautomaten, heeft BKK, als aanbestedende dienst, op 4 september 2013 een overeenkomst gesloten met T-Systems voor een bedrag van 5 561 690 409 HUF (ongeveer 18 500 000 EUR).
- 20 De partijen hebben deze overeenkomst meerdere malen gewijzigd. In het bijzonder heeft BKK T-Systems op 13 juli 2017 via een amendement verzocht om aan het centrale controlesysteem van de kaartjesautomaten een softwaremodule toe te voegen om de onlineverkoop van kaartjes mogelijk te maken.
- 21 Daarna is bepaald dat het bedrag van de aanvullende tegenprestatie ingevolge de verschillende wijzigingen van de overeenkomst niet hoger mocht zijn dan 2 530 195 870 HUF (ongeveer 8 200 000 EUR).
- 22 Op 29 september 2017 heeft de voorzitter van de aanbestedingsautoriteit op grond van § 153, lid 1, onder c), van de wet inzake overheidsopdrachten ambtshalve een procedure voor het arbitragepanel tegen de partijen bij de overeenkomst ingesteld wegens schending van onder meer § 141, lid 2 en lid 4, onder b) en c), van deze wet.
- 23 Het arbitragepanel was van oordeel dat voor elk van de wijzigingen van de overeenkomst een nieuwe aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgeschreven. Het heeft erop gewezen dat beide partijen bij de overeenkomst verplicht zijn de vereisten van de wet inzake overheidsopdrachten met betrekking tot de wijziging van opdrachten na te leven, wat impliceert dat deze partijen, indien zij deze bepalingen onrechtmatig hebben toegepast, beide een inbreuk hebben gepleegd.
- 24 Bijgevolg heeft het arbitragepanel geoordeeld dat de partijen bij de overeenkomst door de wijzigingen van de overeenkomst met name de bepalingen van § 141, lid 8, van de wet inzake overheidsopdrachten hadden geschonden. Rekening houdend met onder meer § 165, lid 3, onder d), van deze wet, heeft het arbitragepanel BKK een boete van 80 000 000 HUF (ongeveer 258 941 EUR) en T-Systems een boete van 70 000 000 HUF (ongeveer 226 573 EUR) opgelegd.
- 25 In beroep heeft laatstgenoemde de Fővárosi Törvényszék (rechter voor de agglomeratie Boedapest, Hongarije) verzocht vast te stellen dat zij geen inbreuk heeft gepleegd en bijgevolg de beslissing waarbij haar een boete is opgelegd te doen herzien.
- 26 Volgens T-Systems geldt de verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure uit te schrijven voor de aanbestedende dienst en kan een gekozen inschrijver niet verantwoordelijk worden gesteld voor een beslissing van de aanbestedende dienst met betrekking tot diens behoeften op het gebied van overheidsopdrachten. Derhalve heeft het arbitragepanel in het onderhavige geval, door haar de gevolgen van de door BKK genomen beslissingen te laten dragen, de beginselen van rechtszekerheid en de rechtsstaat geschonden.
- 27 T-Systems stelt dat alleen de aanbestedende dienst de geadresseerde van § 141, lid 8, van de wet inzake overheidsopdrachten is en dat alleen deze dienst een door deze bepaling gesanctioneerde inbreuk kan plegen.
- 28 T-Systems is van mening dat de vereisten van voorspelbaarheid en zorgvuldigheid voor de aanbestedende dienst gelden en dat de niet-naleving van deze vereisten uitsluitend aan deze laatste kan worden toegerekend wanneer deze het initiatief voor de wijziging van een overeenkomst neemt.

- 29 Ook BKK is voor de verwijzende rechter opgekomen tegen de beslissing waarbij haar een boete is opgelegd, en heeft ten principale gevorderd dat die beslissing wordt herzien, dat wordt vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wijzigingen van de overeenkomst geen inbreuk inhouden, en dat die boete nietig wordt verklaard.
- 30 Het arbitragepanel verzoekt de verwijzende rechter de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wijzigingen van de overeenkomst ongeldig te verklaren, te gelasten dat de situatie van vóór die overeenkomst wordt hersteld indien die rechter dat opportuun acht, en de vorderingen van BKK en T-Systems af te wijzen. Het arbitragepanel stelt dat het ten aanzien van T-Systems uitsluitend een inbreuk heeft vastgesteld op een rechtsregel waarvan zij een geadresseerde is, te weten § 141 van de wet inzake overheidsopdrachten. Het arbitragepanel wijst erop dat het burgerlijk wetboek voor de wijziging van een overeenkomst een gezamenlijk optreden van beide partijen vereist, waardoor het gerechtvaardigd was dat de rol van beide partijen bij de inbreuk op de regels inzake de wijziging van een overeenkomst werd onderzocht.
- 31 De voorzitter van de aanbestedingsautoriteit 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. Hij onderstreept dat het niet uitzonderlijk is dat de partij aan wie een overheidsopdracht is gegund, het initiatief voor de wijziging van een overeenkomst neemt. Ook verwijst hij naar het civielrechtelijk grondbeginsel volgens hetwelk de wijziging van de overeenkomst de overeenstemmende wil van de betrokken partijen vereist.
- 32 De verwijzende rechter wijst erop dat het de plicht van de aanbestedende dienst is om een aanbestedingsprocedure uit te schrijven.
- 33 Hij is van oordeel dat er aan onrechtmatig handelen dat voortvloeit uit de rechtsbetrekking tussen de partijen, zware sancties zijn verbonden teneinde de mededinging ook na het sluiten van de overeenkomst zoveel mogelijk in stand te houden. Deze rechtsbetrekking valt als gevolg van de sluiting van de overeenkomst binnen de werkingssfeer van het burgerlijk recht.
- 34 Volgens de verwijzende rechter vloeit uit § 141 van de wet inzake overheidsopdrachten voort dat een overeenkomst weliswaar uitsluitend door de partijen in onderlinge overeenstemming kan worden gewijzigd, maar dat alleen de aanbestedende dienst een inbreuk kan plegen op de aanbestedingsregels, aangezien deze dienst binnen de personele werkingssfeer van de regeling valt.
- 35 Hij geeft aan dat in de nationale regeling inzake beroep niet wordt gespecificeerd aan welke deelnemers aan de aanbestedingsprocedure een sanctie kan worden opgelegd. Om te bepalen welk rechtssubject een voorschrift heeft geschonden, moet worden bepaald welke persoon de geadresseerde is van de geschonden bepaling. Hij is van oordeel dat de sanctie waarin is voorzien, die een punitief karakter heeft en alleen aan de inbreukpleger moet worden opgelegd, betrekking heeft op de persoon die verplicht is een aanbestedingsprocedure uit te voeren, te weten de aanbestedende dienst.
- 36 De verwijzende rechter verwijst naar diverse arresten van Hongaarse rechters waaruit blijkt dat de aanbestedende dienst of de ondernemer werd vrijgesteld van betaling van de opgelegde boete, met name vanwege het feit dat deze laatste niet verantwoordelijk was voor het uitschrijven van de aanbestedingsprocedure.
- 37 Volgens de verwijzende rechter kan de omstandigheid dat de gekozen inschrijver een geadresseerde is van de bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten betreffende de wijziging van overeenkomsten, niet betekenen dat hem dezelfde verantwoordelijkheid wordt opgelegd als die welke krachtens het aanbestedingsrecht rust op de aanbestedende dienst.

- 38 Hij is van oordeel dat wanneer de partijen bij de overeenkomst vanuit het oogpunt van het aanbestedingsrecht verantwoordelijkheid kunnen dragen, moet worden gewaarborgd dat zij de mogelijkheid hebben om elementen aan te dragen ter verduidelijking van hun bijdrage aan de betrokken wijziging van de overeenkomst en het plegen van de eventuele inbreuk.
- 39 In deze omstandigheden heeft de Fővárosi Törvényszék de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:
- „1) Verzetten artikel 41, lid 1, en artikel 47 van het [Handvest], alsook de overwegingen 10, 29, 107, 109 en 111, artikel 1, lid 2, en artikel 72 van richtlijn [2014/24] zich tegen een nationale regeling of 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 overeenkomsten zouden zijn geschonden, en een inbreuk wegens schending van de bepalingen inzake de wijziging van overeenkomsten, gelet op de contractuele rechtsbetrekking tussen de partijen bij een overeenkomst, niet alleen worden toegerekend aan de aanbestedende dienst, maar ook aan 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], alsook de overwegingen 10, 29, 107, 109 en 111, artikel 1, lid 2, en artikel 72 van richtlijn [2014/24], verzetten de overwegingen 19, 20 en 21 van richtlijn [2007/66] en het in identieke bewoordingen gestelde artikel 2 sexies, lid 2, van de richtlijnen [89/665] en [92/13] zich dan tegen een nationale regeling, of 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) – naast een verkorting van de geldigheidsduur van de overeenkomst – wordt opgelegd wegens het onrechtmatig achterwege laten van een openbare aanbestedingsprocedure 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.”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

- 40 Volgens de verwijzende rechter hangt de beslissing in het hoofdgeding af van de vraag of het Handvest en de richtlijnen 89/665, 92/13, 2007/66 en 2014/24 zich verzetten tegen een nationale regeling die toestaat dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van de overheidsopdracht een inbreuk wordt toegerekend en een boete wordt opgelegd, wanneer bij de wijziging van die lopende opdracht ten onrechte geen rekening is gehouden met de aanbestedingsregels.
- 41 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de bepalingen van het Handvest niet relevant zijn om de verwijzende rechter opheldering te verschaffen over het hoofdgeding.

- 42 Om te beginnen blijkt immers duidelijk uit de bewoordingen van artikel 41 van het Handvest dat dit artikel niet tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, de organen en de instanties van de Unie is gericht (arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 Wat verder het eveneens door de verwijzende rechter genoemde artikel 47 van het Handvest betreft, zij eraan herinnerd dat wanneer de lidstaten de procesregels vaststellen van de beroepsprocedures die ertoe strekken de rechten te beschermen die het Unierecht aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, zij moeten waarborgen dat geen inbreuk wordt gemaakt op de rechten die het Unierecht aan particulieren verstrekt, in het bijzonder het in artikel 47 van het Handvest vastgelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht (arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 44 Uit de stukken waarover het Hof beschikt blijkt echter geenszins dat de procedure naar aanleiding waarvan in het geval van een onrechtmatige wijziging van een lopende aanbestedingsovereenkomst, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de gekozen inschrijver een boete wordt opgelegd, afdoet aan het recht op een doeltreffende voorziening in rechte of aan het recht op toegang tot een onpartijdig gerecht.
- 45 In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vragen in voorkomend geval te herformuleren. Ook kan het Hof bepalingen van het Unierecht in aanmerking nemen, waarnaar in de vraag van de verwijzende rechter niet wordt verwezen (arresten van 12 december 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punt 8, en 8 juni 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, punt 55).
- 46 Aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht betrekking had op de vervaardiging, het vervoer, de installatie en de exploitatie van kaartjesautomaten, kan in het onderhavige geval richtlijn 2014/25 toepassing vinden, en niet richtlijn 2014/24, wat de verwijzende rechter evenwel dient na te gaan.
- 47 Om die rechter een nuttig antwoord te geven, moet derhalve rekening worden gehouden met de overwegingen 12, 113, 115 en 117, artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25, die overeenkomen met de in het verzoek om een prejudiciële beslissing genoemde overwegingen en bepalingen van richtlijn 2014/24.
- 48 In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn eerste en tweede vraag wenst te vernemen of artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 89/665, artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 92/13, de overwegingen 19 tot en met 21 van richtlijn 2007/66, alsook de overwegingen 12, 113, 115 en 117, artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25 zich verzetten tegen een nationale regeling die toestaat dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van de opdracht een inbreuk wordt toegerekend en een boete wordt opgelegd, wanneer bij de wijziging van die lopende overeenkomst ten onrechte geen rekening is gehouden met de aanbestedingsregels, en met zijn derde vraag of, indien de eerste twee vragen ontkennend worden beantwoord, voor het bepalen van het bedrag van de boete voor de onrechtmatige wijziging van de tussen de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver gesloten overeenkomst enkel rekening hoeft te worden gehouden met het bestaan van de contractuele rechtsbetrekking tussen deze partijen, of dat ook rekening moet worden gehouden met het handelen van elk van die partijen.

Eerste en tweede vraag

- 49 Met zijn eerste en tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 89/665, artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 92/13, de overwegingen 19 tot en met 21 van richtlijn 2007/66, alsook de overwegingen 12, 113, 115 en 117, artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die toestaat dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van de opdracht een inbreuk wordt toegerekend en een boete wordt opgelegd, wanneer bij de wijziging van die lopende overeenkomst ten onrechte geen rekening is gehouden met de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 50 In de eerste plaats moet worden onderstreept dat het stellig juist is dat de richtlijnen 89/665 en 92/13 louter bepalen dat de lidstaten er zorg voor dragen dat beroepsprocedures op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad (arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 71).
- 51 De bepalingen van deze richtlijnen strekken er namelijk toe de ondernemers tegen willekeur van de aanbestedende dienst te beschermen en beogen aldus te garanderen dat in alle lidstaten doeltreffende voorzieningen in rechte beschikbaar zijn, teneinde een daadwerkelijke naleving van de voorschriften van de Unie inzake overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 72).
- 52 Daarom dienen de lidstaten krachtens artikel 2 sexies van richtlijn 89/665 en artikel 2 sexies van richtlijn 92/13, die in identieke bewoordingen zijn gesteld, in het geval van een inbreuk op bepaalde bepalingen van die richtlijnen te voorzien in de onverbindendheid van de overeenkomst of in alternatieve sancties zoals het opleggen van boetes aan de aanbestedende dienst.
- 53 Ook al verlangen de richtlijnen 89/665 en 92/13 dat er beroepsmogelijkheden ter beschikking staan van ondernemingen die belang hebben of hebben gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk worden of dreigen te worden geschaad, dit betekent als zodanig evenwel niet dat deze richtlijnen tot een volledige harmonisatie strekken en zich dus tot alle mogelijke beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten zouden uitstrekken (arrest van 26 maart 2020, Hungeod e.a., C-496/18 en C-497/18, EU:C:2020:240, punt 73).
- 54 Hieruit volgt dat artikel 2 sexies van richtlijn 89/665 en artikel 2 sexies van richtlijn 92/13 uitsluitend betrekking hebben op beroepen die zijn ingesteld door ondernemingen die belang hebben of hebben gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk worden of dreigen te worden geschaad.
- 55 In deze omstandigheden staan deze artikelen er niet aan in de weg dat een toezichthoudende autoriteit ambtshalve een beroepsprocedure instelt, noch dat een inbreuk – bestaande in een met de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten strijdige wijziging van een lopende aanbestedingsovereenkomst – niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van de opdracht kan worden toegerekend, en dat derhalve een sanctie in de vorm van een boete wordt opgelegd aan zowel de aanbestedende dienst als aan die begunstigde.
- 56 De overwegingen 19 tot en met 21 van richtlijn 2007/66, die deze artikelen 2 sexies in de richtlijnen 89/665 en 92/13 heeft ingevoegd, doen overigens geenszins afbreuk aan die uitlegging.

- 57 In de tweede plaats kan noch uit artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/25, waarin zowel de materiële als de personele werkingssfeer van de richtlijn wordt afgebakend, noch uit overweging 12 van deze richtlijn, waarin ter ondersteuning van die bepaling onder meer het begrip „aanbestedende dienst” wordt verduidelijkt, worden afgeleid dat de bepalingen van die richtlijn geen betrekking hebben op de begunstigden van de overheidsopdracht.
- 58 Om te beginnen bepaalt artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/25 namelijk dat aanbesteding de aankoop is door middel van een opdracht voor werken, leveringen of diensten, van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende instanties van ondernemers die, nadat zij hun belangstelling hebben geuit of zich hebben ingeschreven, door deze instanties zijn gekozen. Hieruit volgt dat de in deze bepaling gebruikte uitdrukking „ondernemers” noodzakelijkerwijs de begunstigden van de overheidsopdracht omvat.
- 59 Verder wordt de toepasbaarheid van deze richtlijn op de begunstigden van opdrachten bevestigd door artikel 89 van richtlijn 2014/25, dat het opschrift „Wijziging van opdrachten gedurende de looptijd” draagt en deel uitmaakt van hoofdstuk IV van titel II van de richtlijn, dat betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht.
- 60 Artikel 89 van richtlijn 2014/25 bevat namelijk in de leden 1 en 2 een opsomming van de verschillende gevallen waarin een opdracht gedurende de looptijd door de partijen bij de overeenkomst, namelijk de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver, zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden gewijzigd, ongeacht of die wijziging aanleiding geeft tot bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.
- 61 Artikel 89, lid 5, van deze richtlijn bepaalt dat een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist voor andere wijzigingen van de bepalingen van een overheidsopdracht dan die bedoeld in de leden 1 en 2 van dat artikel. Hieruit volgt dat een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist voor wijzigingen die kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de kenmerken van de oorspronkelijke opdracht en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze opdracht (zie naar analogie arresten van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punt 34, en 29 april 2010, Commissie/Duitsland, C-160/08, EU:C:2010:230, punt 99).
- 62 In artikel 89, lid 5, van die richtlijn wordt echter niet bepaald welke gevolgen de nationale autoriteiten moeten verbinden aan het feit dat een overheidsopdracht gedurende de looptijd zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure wezenlijk is gewijzigd.
- 63 Voorts moet worden opgemerkt dat de door de verwijzende rechter genoemde overwegingen 113, 115 en 117 van richtlijn 2014/25 dienaangaande geen opheldering verschaffen, aangezien in overweging 113 ook wordt gesteld dat materiële wijzigingen van een overheidsopdracht gedurende de looptijd tonen dat de partijen bij die opdracht de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden daarvan.
- 64 Uit het voorgaande vloeit voort dat, aangezien artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25 geen volledige harmonisatie bewerkstelligen, deze bepalingen niet eraan in de weg kunnen staan dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, een inbreuk – bestaande in een met de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten strijdige wijziging van een lopende aanbestedingsovereenkomst – niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van die opdracht wordt toegerekend, en dat derhalve aan laatstgenoemde een sanctie in de vorm van een boete wordt opgelegd.
- 65 Niettemin moet een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, wanneer de nationale wetgeving daarin voorziet, die ertoe leidt dat aan de begunstigde van een overheidsopdracht een inbreuk wegens onrechtmatige wijziging van die lopende opdracht wordt

toegerekend en bijgevolg een boete wordt opgelegd, in overeenstemming zijn met het Unierecht voor zover die opdracht zelf – hetzij ab initio, hetzij na de onrechtmatige wijziging ervan – binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

- 66 Derhalve moet een dergelijke ambtshalve ingestelde beroepsprocedure in overeenstemming zijn met het Unierecht, met inbegrip van de algemene beginselen ervan.
- 67 Gelet op een en ander dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 89/665, artikel 2 sexies, lid 2, van richtlijn 92/13, de overwegingen 19, 20 en 21 van richtlijn 2007/66, alsook de overwegingen 12, 113, 115 en 117, artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling die toestaat dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van de opdracht een inbreuk wordt toegerekend en een boete wordt opgelegd, wanneer bij de wijziging van een lopende aanbestedingsovereenkomst ten onrechte geen rekening is gehouden met de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Wanneer de nationale wetgeving in een dergelijke mogelijkheid voorziet, moet die beroepsprocedure evenwel in overeenstemming zijn met het Unierecht, met inbegrip van de algemene beginselen ervan, voor zover de betrokken overheidsopdracht zelf – hetzij ab initio, hetzij na de onrechtmatige wijziging ervan – binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

Derde vraag

- 68 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of er, indien de eerste twee vragen ontkennend worden beantwoord, voor het bepalen van het bedrag van de boete voor de onrechtmatige wijziging van de tussen de aanbestedende dienst en de begunstigde van de opdracht gesloten overeenkomst enkel rekening hoeft te worden gehouden met het bestaan van de contractuele rechtsbetrekking tussen deze partijen, op grond waarvan voor de wijziging van hun aanbestedingsovereenkomst een gezamenlijk optreden van beide partijen is vereist, of dat ook rekening moet worden gehouden met het handelen van elk van die partijen.
- 69 Zoals blijkt uit punt 65 van het onderhavige arrest, moet een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, wanneer de nationale wetgeving daarin voorziet, die ertoe leidt dat aan de begunstigde van een overheidsopdracht een inbreuk wordt toegerekend wegens onrechtmatige wijziging van die lopende opdracht, en bijgevolg een boete wordt opgelegd, in overeenstemming zijn met het Unierecht voor zover die opdracht – hetzij ab initio, hetzij na de onrechtmatige wijziging ervan – binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.
- 70 Gelet op de strekking van de derde vraag, moet derhalve worden vastgesteld welke uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende eisen in acht moeten worden genomen wanneer in het kader van een ambtshalve ingestelde beroepsprocedure het bedrag van de aan de gekozen inschrijver opgelegde geldboete moet worden vastgesteld.
- 71 Er zij aan herinnerd dat overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, de door lidstaten of aanbestedende diensten opgestelde regels in het kader van de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van die richtlijnen (zie in die zin arresten van 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punt 32, en 30 januari 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 45).

- 72 Hoewel het in casu aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen of het bedrag van de aan T-Systems opgelegde boete evenredig is aan de doelstellingen van de wet inzake overheidsopdrachten, kan de toezichthoudende autoriteit of de verwijzende rechter voor het bepalen van dat bedrag niet louter rekening houden met de omstandigheid dat de partijen krachtens hun contractuele rechtsbetrekking voor een wijziging van hun aanbestedingsovereenkomst gezamenlijk moeten optreden. Dat bedrag moet namelijk worden vastgesteld rekening houdend met de gedragingen en de handelingen van de partijen bij de betrokken aanbestedingsovereenkomst gedurende de periode waarin zij voornemens waren die overeenkomst te wijzigen.
- 73 Wat meer in het bijzonder de begunstigde betreft, kan onder meer rekening worden gehouden met het feit dat hij het initiatief heeft genomen om een wijziging van de overeenkomst voor te stellen of dat hij de aanbestedende dienst heeft voorgesteld, of zelfs van die dienst heeft verlangd, om geen aanbestedingsprocedure uit te schrijven om te voldoen aan de behoeften die de wijziging van die overeenkomst noodzakelijk maakte.
- 74 Het bedrag van de aan die begunstigde opgelegde boete mag daarentegen niet afhangen van de omstandigheid dat voor de wijziging van de overeenkomst geen aanbestedingsprocedure is uitgeschreven, aangezien de beslissing om die procedure uit te schrijven onder de exclusieve bevoegdheid van de aanbestedende dienst valt.
- 75 Bijgevolg dient op de derde vraag te worden geantwoord dat voor het bepalen van het bedrag van de boete voor de onrechtmatige wijziging van een tussen een aanbestedende dienst en een begunstigde gesloten aanbestedingsovereenkomst rekening moet worden gehouden met het handelen van elk van deze partijen.

Kosten

- 76 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 2 sexies, lid 2, van 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, zoals gewijzigd bij 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, artikel 2 sexies, lid 2, van 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, de overwegingen 19, 20 en 21 van richtlijn 2007/66, alsook de overwegingen 12, 113, 115 en 117, artikel 1, lid 2, en artikel 89 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling die toestaat dat, in het kader van een door een toezichthoudende autoriteit ambtshalve ingestelde beroepsprocedure, niet alleen aan de aanbestedende dienst maar ook aan de begunstigde van**

de opdracht een inbreuk wordt toegerekend en een boete wordt opgelegd, wanneer bij de wijziging van een lopende aanbestedingsovereenkomst ten onrechte geen rekening is gehouden met de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Wanneer de nationale wetgeving in een dergelijke mogelijkheid voorziet, moet die beroepsprocedure evenwel in overeenstemming zijn met het Unierecht, met inbegrip van de algemene beginselen ervan, voor zover de betrokken overheidsopdracht zelf – hetzij ab initio, hetzij na de onrechtmatige wijziging ervan – binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

- 2) Voor het bepalen van het bedrag van de boete voor de onrechtmatige wijziging van een tussen een aanbestedende dienst en een begunstigde gesloten aanbestedingsovereenkomst moet rekening worden gehouden met het handelen van elk van deze partijen.

ondertekeningen