

Rechtssache C-263/19

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

28. März 2019

Vorlegendes Gericht:

Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtischer Gerichtshof, Ungarn)

Datum der Vorlageentscheidung:

7. März 2019

Klägerinnen:

T-Systems Magyarország Zrt.

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

Beklagte:

Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt.

T-Systems Magyarország Zrt.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Klagen auf gerichtliche Überprüfung einer Entscheidung im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrags

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Haftung der erfolgreichen Bieterin für rechtswidrige Unterlassungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Art. 267 AEUV

Vorlagefragen

1. Stehen Art. 41 Abs. 1 und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie die Erwägungsgründe 10, 29, 107, 109 und 111, Art. 1 Abs. 2 und Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG einer nationalen Rechtsvorschrift oder einer Auslegungs- und Anwendungspraxis dieser Rechtsvorschrift entgegen, wonach wegen einer rechtswidrigen Unterlassung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, durch die gegen die Vorschriften über Vertragsänderungen verstoßen worden sein soll, sowie wegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über Vertragsänderungen nicht nur zu Lasten der Auftraggeberin, sondern auch zu Lasten der Bieterin, die mit der Auftraggeberin einen Vertrag geschlossen hat, im Hinblick auf das zwischen den Vertragsparteien entstandene Schuldverhältnis eine Rechtsverletzung aus dem Grund festgestellt wird, dass die rechtswidrige Änderung der Verträge ein Zusammenwirken der Parteien erfordert?
2. Sofern die erste Frage verneint wird: Stehen die Erwägungsgründe 19, 20 und 21 der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie die inhaltsgleichen Art. 2 Abs. 2 der Richtlinien 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge und 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor – in Anbetracht von Art. 41 Abs. 1 und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie der Erwägungsgründe 10, 29, 107, 109 und 111, von Art. 1 Abs. 2 und Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG – einer nationalen Rechtsvorschrift oder einer Auslegungs- und Anwendungspraxis dieser Rechtsvorschrift entgegen, die es ermöglicht, wegen einer rechtswidrigen Unterlassung bei einem öffentlichen Auftrag und wegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über Vertragsänderungen auch gegen die Bieterin, die mit der Auftraggeberin einen Vertrag geschlossen hat, – außer bei einer Verkürzung der Laufzeit des Vertrags – eine Sanktion (Geldbuße) zu verhängen?
3. Sofern die ersten beiden Fragen verneint werden, ersucht das Prozessgericht den Gerichtshof der Europäischen Union auch um Hinweise zu der Frage, ob es für die Festsetzung der Höhe der Sanktion (Geldbuße) ausreicht, den

Umstand der zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vertragsbeziehung zu berücksichtigen, ohne dass eine Prüfung des zur Vertragsänderung führenden Verhaltens der Parteien und ihres Beitrags hierzu stattgefunden hätte?

Angeführte Bestimmungen des Unionsrechts

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41 Abs. 1, Art. 47

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65)

Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. 2007, L 335, S. 31)

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33)

Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992, L 76, S. 14).

Angeführte nationale Vorschriften

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (Gesetz Nr. CVIII von 2011 über die Vergabe öffentlicher Aufträge; im Folgenden: Vergabegesetz von 2011)

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (Gesetz Nr. CXLI von 2015 über die Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: Vergabegesetz von 2015)

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. (im Folgenden: Auftraggeberin) ist eine von der Budapester Selbstverwaltung errichtete Geschlossene Aktiengesellschaft. Sie erbringt in Budapest im öffentlichen Interesse liegende öffentliche Verkehrsdienstleistungen. Mit Aufforderung zur Interessenbekundung vom 31. Januar 2013 leitete sie ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines

öffentlichen Auftrags ein, der die Herstellung, die Lieferung, die Aufstellung und den gesamten Betrieb von Fahrkartenautomaten zum Gegenstand hatte. Im Ergebnis dieses öffentlichen Vergabeverfahrens schloss die Auftraggeberin am 4. September 2013 einen Vertrag (im Folgenden: Hauptprojektvertrag) mit der T-Systems Magyarország Zrt. (im Folgenden: erfolgreiche Bieterin).

- 2 Dem Hauptprojektvertrag waren als Anlagen ein Werkvertrag, ein Betreibervertrag, die technischen Spezifikationen sowie das Angebot der erfolgreichen Bieterin beigefügt. Der Gesamtauftragswert betrug 5 561 690 409 HUF. Der Hauptprojektvertrag wurde von den Parteien mehrfach geändert, u. a. dadurch, dass
 - die öffentliche Auftraggeberin die erfolgreiche Bieterin am 13. Juli 2017 beauftragte, das zentrale Steuerungssystem der Fahrkartenautomaten mit einem Softwaremodul für den Onlineverkauf zu ergänzen (im Folgenden: dritte Änderung),
 - im Rahmen der Vertragsänderung vom 15. September 2017 (im Folgenden: vierte Änderung) die Verhaltensweisen definiert wurden, die Funktionsstörungen verursachen (können); dabei wurden die vertraglichen Begriffe „Verstopfung“, „Zurückziehen des Geldscheins“ und „Kundenfehler“ sowie die Fristen für die Behebung dieser Störungen und genaue Regelungen hierfür festgelegt. Die zusätzliche Gegenleistung aufgrund der Vertragsänderung sollte 2 530 195 870 HUF, d. h. 50 % des ursprünglichen Auftragswerts, nicht überschreiten.
- 3 Zuvor war am 22. Dezember 2016 eine Vereinbarung getroffen worden, mit der der Ausgleich der Kosten geregelt wurde, die der erfolgreichen Bieterin beim Betrieb der Fahrkartenautomaten infolge zusätzlicher Ansprüche der öffentlichen Auftraggeberin entstehen (im Folgenden: Kostenausgleichsvereinbarung).
- 4 Der Közbeszerezési Hatóság Elnöke (Präsident der Behörde für das öffentliche Auftragswesen, Ungarn; im Folgenden: Behördenvorsteher) leitete am 29. September 2017 auf der Grundlage des Vergabegesetzes von 2015 von Amts wegen gegen die Vertragsparteien ein Nachprüfungsverfahren ein, weil die oben genannten Änderungen bzw. Vereinbarungen gegen Bestimmungen der Vergabegesetze von 2011 und 2015 verstießen.
- 5 Die Közbeszerezési Hatóság Közbeszerezési Döntőbizottság (Schiedskommission bei der Behörde für das öffentliche Auftragswesen, Ungarn; im Folgenden: Schiedskommission) stellte in ihrem Bescheid fest, dass die öffentliche Auftraggeberin und die erfolgreiche Bieterin gegen § 141 Abs. 8 des Vergabegesetzes von 2015 verstoßen hätten, da
 - die dritte und die vierte Änderung nicht die im Vergabegesetz von 2015 festgelegten Voraussetzungen für Vertragsänderungen erfüllten,

so dass insoweit ein neues Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen;

- die Kostenausgleichsvereinbarung die dem Gegenstand des Hauptprojektvertrags entsprechenden Dienstleistungen abweichend von diesem geregelt habe, so dass diese ebenfalls als eine Vertragsänderung zu betrachten sei, bei der die im Vergabegesetz von 2015 festgelegten Kriterien nicht erfüllt seien.
- 6 Aus diesen Gründen verhängte die Schiedskommission gegen die Auftraggeberin eine Geldbuße in Höhe von 80 000 000 HUF und gegen die erfolgreiche Bieterin eine Geldbuße in Höhe von 70 000 000 HUF. Sie begründete dies damit, dass beide Vertragsparteien für die Einhaltung der durch das Vergaberecht geregelten Voraussetzungen für Vertragsänderungen verantwortlich seien, und sah den Beitrag und die Verantwortlichkeit der Auftraggeberin und der erfolgreichen Bieterin im Rahmen der als rechtswidrig eingestuften Rechtshandlungen als gleichwertig an.
- 7 Gegen den oben genannten Bescheid haben die erfolgreiche Bieterin als Klägerin zu 1 und die Auftraggeberin als Klägerin zu 2 beim vorlegenden Gericht Klagen eingereicht. An diesen Klageverfahren nimmt die Schiedskommission als Beklagte zu 1 teil und wird insoweit vom Behördenvorsteher als Streithelfer unterstützt. Darüber hinaus hat die Schiedskommission als Klägerin zu 3 beim vorlegenden Gericht beantragt, die Unwirksamkeit der von ihr als rechtswidrig eingestuften dritten und vierten Änderung sowie der Kostenausgleichsvereinbarung festzustellen und die vor deren Zustandekommen bestehende Lage wiederherzustellen. In Bezug auf diese Anträge nehmen die Auftraggeberin als Beklagte zu 2 und die erfolgreiche Bieterin als Beklagte zu 3 am Verfahren teil.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 8 Die *erfolgreiche Bieterin* macht in dem für das Vorabentscheidungsverfahren relevanten Teil ihrer Klage geltend, der Bescheid der Schiedskommission lasse unberücksichtigt, dass die Auftraggeberin über die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens im Hinblick auf ihren Beschaffungsbedarf entscheide bzw. gegebenenfalls feststelle, dass ein solches nicht erforderlich sei. Dementsprechend könne auch die Adressatin des Vertragsänderungen betreffenden § 141 des Vergabegesetzes von 2015 nur die Auftraggeberin sein. Somit mache die Schiedskommission die erfolgreiche Bieterin für Entscheidungen verantwortlich, auf die diese keinerlei Einfluss habe und auch nicht haben könne, was – abgesehen davon, dass es auch der bisherigen Praxis der Schiedskommission widerspreche – einen schweren Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit darstelle.
- 9 Überdies habe die Schiedskommission nicht angegeben, wie die erfolgreiche Bieterin das Recht verletzt habe. Die Erfordernisse der Vorhersehbarkeit und der

gebotenen Sorgfalt seien Umstände, die in Bezug auf die Auftraggeberin zu beurteilen seien, so dass deren Verletzung allenfalls dieser, nicht jedoch ihrer Vertragspartnerin zur Last gelegt werden könnte.

- 10 Darüber hinaus macht die erfolgreiche Bieterin geltend, die Sanktion sei in rechtswidriger Weise verhängt worden, und rügt in diesem Zusammenhang, dass die Schiedskommission ihren Beitrag und ihre Verantwortlichkeit für die Vertragsänderungen als mit denen der Auftraggeberin gleichwertig angesehen und dabei außer Acht gelassen habe, dass der Bedarf für die Vertragsänderungen bei der öffentlichen Auftraggeberin entstanden sei und die Änderungen von jener angeregt worden seien. Seitens der erfolgreichen Bieterin habe es keine Absicht, Bösgläubigkeit oder Kollusion irgendwelcher Art gegeben. Die Pflicht zur Einhaltung der in der Regelung über die Vergabe öffentlicher Aufträge enthaltenen verfahrensrechtlichen Garantiebestimmungen obliege der Auftraggeberin, so dass deren Nichteinhaltung nicht der erfolgreichen Bieterin zur Last gelegt werden könnte.
- 11 Die *Schiedskommission* macht in ihrer Eigenschaft als Beklagte zu 1 geltend, dass bei der erfolgreiche Bieterin als Rechtsverletzung nur der Verstoß gegen solche Rechtsvorschriften festgestellt worden sei, deren Adressatin sie gewesen sei; Adressaten der Vertragsänderungen betreffenden Bestimmungen in § 141 des Vergabegesetzes von 2015 seien nämlich die vertragsschließenden Parteien. Die aufgrund eines öffentlichen Vergabeverfahrens geschlossenen Verträge unterlägen mit den im Vergabegesetzes von 2015 vorgesehenen Abweichungen dem Zivilrecht, im vorliegenden Fall dem Gesetz Nr. IV von 1959 über das Bürgerliche Gesetzbuch (A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény, im Folgenden: altes BGB). Nach § 240 Abs. 1 des alten BGB könnten die Parteien, sofern keine Rechtsvorschrift eine Ausnahme vorsehe, den Inhalt des Vertrags ändern oder den Rechtsgrund ihrer Verpflichtungsübernahme im gegenseitigen Einvernehmen austauschen. Da für das Zustandekommen der beanstandeten Handlungen dieses Zusammenwirken der Parteien erforderlich sei, sei die Prüfung der mit den Vertragsänderungen zusammenhängenden Rechtsverletzung bei beiden Parteien gerechtfertigt gewesen. Bei welcher Vertragspartei eine Überprüfung des Erfordernisses der Vorhersehbarkeit erfolgen könne, weise keinen Zusammenhang damit auf, gegen welche Vertragspartei die Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit der mit dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zustande gekommenen Vertragsänderung verhängt werden könne.
- 12 Der *Behördenvorsteher* macht als Streithelfer zur Unterstützung der Beklagten geltend, dass die öffentliche Auftraggeberin zwar primäre, aber nicht alleinige Verpflichtete sei, was die ordnungsgemäße Durchführung des öffentlichen Vergabeverfahrens betreffe. Er betont, dass bei der Änderung eines infolge eines öffentlichen Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrags auch die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Bestimmungen des Vergaberechts differenzierter zu betrachten sei und es nicht ungewöhnlich sei, dass eine Änderung vom erfolgreichen Bieter angeregt werde. In solchen Fällen verfüge der

erfolgreiche Bieter notwendigerweise über mehr Informationen hinsichtlich der dem Vergabegesetz von 2015 entsprechenden Erfüllung des im öffentlichen Vergabeverfahren geschlossenen Vertrags und hinsichtlich des Bestehens der im Vergabegesetz von 2015 vorgesehenen Voraussetzungen für eine mögliche Vertragsänderung. Das Vergabegesetz von 2015 schränke die Vertragsabschlussfreiheit der Parteien bei Vertragsänderungen ein. Dies ändere jedoch nichts daran, dass das Zivilrecht für eine Vertragsänderung grundsätzlich eine übereinstimmende Willenserklärung der Vertragsparteien erfordere. Dies, wie auch die Verpflichtung zur Zusammenarbeit, setze zugleich auch einen Informationsaustausch zwischen den Parteien voraus. Daher sei die Argumentation unzutreffend, dass der Bieter keine Möglichkeit habe, die Erfüllung der im Vergabegesetz von 2015 vorgesehenen Voraussetzungen für Vertragsänderungen zu überprüfen. Es sei rechtmäßig gewesen, die Rechtsverletzung gegenüber der erfolgreichen Bieterin festzustellen und ihr eine Geldbuße aufzuerlegen.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 13 Die Europäische Union regelt die Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel, das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten. Die wichtigsten Instrumente des Unionsrechts im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge sind der AEU-Vertrag sowie die Bestimmungen zum Verbot von Diskriminierung in den Vergaberichtlinien, die Richtlinienbestimmungen zur Gewährleistung der Transparenz der öffentlichen Vergabeverfahren Aufträge und die Bestimmungen der Vergaberichtlinien, die bezwecken, bestimmte Hindernisse für den Marktzugang zu beseitigen.
- 14 Einrichtungen, die in den persönlichen Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts fallen, sind nach den Bestimmungen über die öffentliche Auftragsvergabe verpflichtet, ihre Beschaffungen, sofern sie sich auf bestimmte Gegenstände beziehen und einen bestimmten Wert haben, mit angemessenen und effizientem Einsatz öffentlicher Mittel und öffentlich überprüfbar vorzunehmen und dabei den Wettbewerb zu gewährleisten. Der Beschaffungsbedarf und die Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge manifestieren sich beim Auftraggeber. Der Auftraggeber entscheidet im Hinblick auf seinen Beschaffungsbedarf über die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens oder kann feststellen, dass ein solches nicht erforderlich ist. Die öffentlichen Auftraggeber müssen ihre öffentlichen Aufträge in einem dokumentierten und kontrollierten Rahmen vergeben.
- 15 Die Verantwortlichkeit des sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Wirtschaftsteilnehmers ist im Wesentlichen in den Vergaberechtsvorschriften festgelegt, die die Lauterkeit des Wettbewerbs gewährleisten, und auch die Ahndung der von ihm begangenen Rechtsverletzungen wird in den einschlägigen Vorschriften geregelt.

- 16 Mit der Erteilung des Zuschlags wird das öffentliche Vergabeverfahren abgeschlossen. In dem Zeitraum, der sich von der Verpflichtung zum Vertragsschluss über den Vertragsschluss bis zur Erfüllung des Vertrags erstreckt, wirkt sich das durch das Vergaberecht geregelte Verhalten der Vertragsparteien notwendigerweise auf die jeweils andere Partei aus. Sofern der Vertrag doch nicht abgeschlossen wird, weil ein nach der verfahrensabschließenden Entscheidung hervorgetretener Grund dies rechtfertigt, ein Verstoß gegen die Regeln über das Vertragsschlussmoratorium vorliegt oder ein nach dem Vergabegesetz untersagter Vertragsschluss erfolgt, wirken sich die sich daraus ergebenden Folgen sowohl auf den Auftraggeber als auch auf den erfolgreichen Bieter in gleicher Weise aus. Um den Wettbewerb so weit wie möglich aufrechtzuerhalten, sieht das Vergabegesetz von 2015 im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss in § 137 Abs. 1 Buchst. a bis c und in Bezug auf Vertragsänderungen in § 141 an identischen Prinzipien orientierte strenge Sanktionen für rechtswidriges Verhalten vor, das seinen Ursprung in dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien hat, das mit dem Vertragsschluss in den durch das Zivilrecht geregelten Bereich übergeht.
- 17 Die Bestimmungen des § 141 des Vergabegesetzes von 2015 enthalten – ebenso wie die Bestimmungen des Art. 72 der Richtlinie 2014/24 – eine Regelung, die für den Fall während der Laufzeit eines bestehenden Vertrags eintretender Änderungen die Modifizierung des Vertrags zulässt. Werden die in dieser Regelung festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt, zieht dies zugleich die Verpflichtung zur Durchführung eines neuen öffentlichen Vergabeverfahrens nach sich. Daraus würde – unbeschadet der Tatsache, dass eine Vertragsänderung nur mit dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien erfolgen kann – folgen, dass der Adressat der verletzten Vergaberechtsvorschrift ausschließlich ein Auftraggeber sein kann, der in den persönlichen Anwendungsbereich der Regelung fällt.
- 18 Andererseits kann die Schiedskommission nach § 165 Abs. 3 Buchst. d des Vergabegesetzes von 2015 im Falle der Feststellung der Rechtsverletzung in ihrem Bescheid eine Geldbuße gegen die rechtsverletzende Einrichtung oder Person sowie gegen die Person oder Einrichtung verhängen, die mit der für die Rechtsverletzung verantwortlichen Person oder Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht und ebenfalls für die Rechtsverletzung verantwortlich ist. In den Nachprüfungsvorschriften ist an dieser Stelle nicht festgelegt, welche der am öffentlichen Vergabeverfahren Beteiligten belangt werden können. Daraus ist abzuleiten, dass diejenigen, die gegen materiell-rechtliche Vorschriften verstoßen, und diejenigen, die verbotene Handlungen begehen, auf diese Weise bestraft werden können. Welche Person bzw. welches Rechtssubjekt wiederum im Rahmen des Vergaberechts als Rechtsverletzer zu betrachten ist, kann dafür ausschlaggebend sein, wer als Adressat der verletzten Vorschrift zu betrachten ist. Gleichzeitig soll die Geldbuße in Anbetracht ihres Zwecks diejenigen, die in den persönlichen Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts fallen, zu rechtmäßigem Verhalten anhalten, diese alternative Sanktion kann gegen den zur Durchführung des öffentlichen Vergabeverfahrens Verpflichteten, d. h. nur gegen den Auftraggeber, ausgelegt werden. Die Geldbuße ist kein Merkmal des

Schuldverhältnisses, sie ergibt sich ausschließlich aus den speziellen Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts, diese wird von einem im Vertrag nicht genannten Dritten, von der mit dem objektiven Rechtsschutz betrauten mitgliedstaatlichen Organisation, verhängt, weil eine gesetzliche Verpflichtung besteht, von außen in das zwischen den Vertragsparteien zustande gekommene Schuldverhältnis zugunsten der durch das Vergaberecht geschützten Ziele einzugreifen, unabhängig davon, ob zwischen den Vertragsparteien ein Rechtsstreit geführt wird oder nicht. Die Geldbuße hat Strafcharakter, so dass wirklich der Rechtsverletzer zu belasten ist.

- 19 Wenn die Rechtsverletzung die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat, kann gegen den Rechtsverletzer aufgrund der einschlägigen Rechtsvorschriften wegen des Vorliegens einer Rechtsverletzung eine Geldbuße verhängt werden, sie ist als alternative Sanktion auch zu verhängen bzw. kann als solche auch verhängt werden, wenn das Gericht den aufgrund eines öffentlichen Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrag für gültig erklärt, da die ursprüngliche Situation nicht wiederhergestellt werden kann.
- 20 Die Praxis der ungarischen Gerichte bei Geldbußen, die im Fall von Rechtsverletzungen, die zur Nichtigkeit des Vertrags führen, zu verhängen sind, wird durch einige typische Fälle verdeutlicht: Das Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtische Tafelgericht, Ungarn) hat in einem Urteil, in dem es die Unwirksamkeit eines Vertrags, der rechtswidrig ohne öffentliche Ausschreibung geschlossen worden war, festgestellt und diesen rückwirkend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für gültig erklärt hat, den Auftraggeber – unter Berufung auf das Urteil vom 10. April 1984, von Colson und Kamann (14/83, ECLI:EU:C:1984:153), und auf Rn. 58 des Urteils vom 21. März 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180), in Verbindung mit der Nachprüfungsrichtlinie – von der Zahlung der Geldbuße freigestellt. Angesichts der besonderen Merkmale der Vertragsschlusses hielt es die Anwendung einer alternativen Sanktion auch deshalb für ungerechtfertigt, weil die Schiedskommission für denselben Umstand bereits eine Geldbuße verhängt hatte („*ne bis in idem*“). In einem anderen Urteil hat das Fővárosi Ítéltábla das erstinstanzliche Urteil abgeändert, mit dem wegen rechtswidriger Unterlassung des öffentlichen Vergabeverfahrens die Unwirksamkeit des Vertrags festgestellt, die Werkverträge bis zum Erlass des Bescheids für wirksam erklärt und die Vertragsparteien gesamtschuldnerisch zur Zahlung einer Geldbuße verurteilt worden waren, und der Vertragspartei, die Wirtschaftsteilnehmer war, die verhängte Geldbuße erlassen. Es war der Ansicht, dass die Durchführung des öffentlichen Vergabeverfahrens dem Auftraggeber obliege, so dass der Grund für die Unwirksamkeit der Vergabe des öffentlichen Auftrags auf dessen Unterlassung zurückzuführen sei. Dem erstinstanzlichen Gericht lagen keinerlei Angaben vor, aus denen die Bösgläubigkeit des Wirtschaftsteilnehmers hätte geschlossen werden müssen, so dass die Feststellung hätte getroffen werden müssen, dass dieser wusste oder hätte wissen müssen, dass die Verträge gegen das Vergabegesetz von 2015 verstießen. Der Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtischer Gerichtshof) hat ähnlich argumentiert wie das Fővárosi Ítéltábla in der

Begründung des letztgenannten Urteils, als es keine Rechtsgrundlage für die den Wirtschaftsteilnehmer belastende Zahlung einer Geldbuße und für die gesamtschuldnerische Inanspruchnahme der Vertragsparteien sah.

- 21 Gemäß § 240 Abs.1 des alten BGB ist – wie auch nach der derzeit geltenden Regelung – für die Änderung des Vertrags eine gemeinsame Willenserklärung der Vertragsparteien erforderlich, und Adressat der Vertragsänderungen betreffenden Bestimmungen des Vergabegesetzes von 2015 ist notwendigerweise der erfolgreiche Bieter. Dies bedeutet jedoch nicht bzw. nicht zwangsläufig, dass die vergaberechtliche Verantwortlichkeit des erfolgreichen Bieters für die Vertragsänderung infolge der zivilrechtlichen Regelung als mit der Verantwortlichkeit gleichgestellt betrachtet werden kann, die auf dem Auftraggeber lastet. Die zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Vertragsänderung ermächtigte Schiedskommission kann während des Verfahrens keine schuldrechtlichen Gesichtspunkte (z. B. Schlechterfüllung) bewerten; Gegenstand der Überprüfung können jedoch in gleicher Weise durch Unionsrecht und nationales Recht geregelte vergaberechtliche Gesichtspunkte sein (z. B. Vorhersehbarkeit, gebotene Sorgfalt, Anmeldung zusätzlichen Bedarfs). Falls beide Vertragsparteien den vergaberechtlichen Verantwortlichkeiten unterliegen, muss ihnen die Möglichkeit gewährleistet sein, ihren Beitrag am Zustandekommen des rechtswidrigen Zustandes zu klären. Aus dem Schuldrecht (gemeinsame Willenserklärung) kann keine vergaberechtliche Vermutung aufgestellt werden, die die Vertragsparteien davon ausschließt (Urteile vom 16. Dezember 2008, Michanki, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, und vom 3. März 2005, Fabricom, C-21/03 und C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127).
- 22 Das vorliegende Gericht fragt sich, welche Grenzen aufgrund des persönlichen Anwendungsbereichs, den das als maßgeblich erachtete Unionsrecht vorgibt, der Befugnis eines Mitgliedstaats in Bezug auf die Nachprüfungsinstrumente – neben dem Erfordernis, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Nachprüfung zu gewährleisten – gesetzt sind. Hinsichtlich der Fragen, die sich in dem vorliegenden Verfahren stellen, stehen den nationalen Gerichten keine eindeutigen unionsgerichtlichen Hinweise zur Verfügung, so dass der Fővárosi Törvényszék beschließt, den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.