



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

11. September 2014*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 89/665/EWG — Art. 2d Abs. 4 — Auslegung und Gültigkeit — Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge — Unwirksamkeit des Vertrags — Ausschluss“

In der Rechtssache C-19/13

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Italien) mit Entscheidung vom 14. Dezember 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 15. Januar 2013, in dem Verfahren

Ministero dell'Interno

gegen

Fastweb SpA,

Beteiligte:

Telecom Italia SpA,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. von Danwitz sowie der Richter E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby und C. Vajda (Berichterstatter),

Generalanwalt: Y. Bot,

Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Fastweb SpA, vertreten durch P. Stella Richter und G.-L. Tosato, avvocati,
- der Telecom Italia SpA, vertreten durch F. Cardarelli, F. Lattanzi und F. S. Cantella, avvocati,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte, im Beistand von G. Fiengo, avvocato dello Stato,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,
- der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna, M. Szwarc und E. Gromnicka als Bevollmächtigte,
- des Europäischen Parlaments, vertreten durch J. Rodrigues und L. Visaggio als Bevollmächtigte,
- des Rates der Europäischen Union, vertreten durch P. Mahnič Bruni und A. Vitro als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Pignataro-Nolin und A. Tokár als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 10. April 2014,

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung und die Gültigkeit von Art. 2d Abs. 4 der 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. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (Innenministerium, Abteilung für öffentliche Sicherheit, im Folgenden: Ministero dell'Interno) und der Fastweb SpA (im Folgenden: Fastweb) über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Telecom Italia SpA (im Folgenden: Telecom Italia) über die Lieferung elektronischer Kommunikationsdienstleistungen im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2007/66

- 3 In den Erwägungsgründen 3, 13, 14, 21, 26 und 36 der Richtlinie 2007/66 heißt es:
„(3) [D]ie mit [den Richtlinien 89/665 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 (ABl. L 76, S. 14)] angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung [sollten] verstärkt werden, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinien 2004/18/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114)] und 2004/17/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom

31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1)] für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. Es ist daher angezeigt, die Richtlinien [89/665] und [92/13] so zu präzisieren und zu ergänzen, dass die vom Gemeinschaftsgesetzgeber angestrebten Ziele erreicht werden können.

...

- (13) Um gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen, die der Gerichtshof als die schwerwiegendste Verletzung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber bezeichnet hat, sollten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden. Ein Vertrag, der aufgrund einer rechtswidrigen freihändigen Vergabe zustande gekommen ist, sollte daher grundsätzlich als unwirksam gelten. Die Unwirksamkeit sollte nicht automatisch gelten, sondern durch eine unabhängige Nachprüfungsstelle festgestellt werden oder auf der Entscheidung einer unabhängigen Nachprüfungsstelle beruhen.
- (14) Die Unwirksamkeit ist das beste Mittel, um den Wettbewerb wiederherzustellen und neue Geschäftsmöglichkeiten für die Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen, denen rechtswidrig Wettbewerbsmöglichkeiten vorenthalten wurden. Eine freihändige Vergabe im Sinne dieser Richtlinie sollte alle Auftragsvergaben ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* im Sinne der Richtlinie [2004/18] umfassen. Dies entspricht dem Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Sinne der Richtlinie [2004/17].

...

- (21) Mit der Festlegung von Regeln durch die Mitgliedstaaten, die gewährleisten, dass ein Vertrag als unwirksam gilt, soll erreicht werden, dass die Rechte und Verpflichtungen der Parteien im Rahmen des Vertrags nicht mehr ausgeübt und nicht mehr durchgesetzt werden. Die Folgen, die sich dadurch ergeben, dass ein Vertrag als unwirksam gilt, sollten durch das einzelstaatliche Recht bestimmt werden. Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können somit z. B. vorsehen, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden (*ex tunc*) oder dass umgekehrt die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind (*ex nunc*). Dies sollte nicht dazu führen, dass strenge Sanktionen fehlen, wenn die Verpflichtungen im Rahmen eines Vertrags bereits vollständig oder fast vollständig erfüllt wurden. Für derartige Fälle sollten die Mitgliedstaaten auch alternative Sanktionen vorsehen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Umfang ein Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht Gültigkeit behält. Gleichermäßen sind die Folgen bezüglich der möglichen Rückerstattung von gegebenenfalls gezahlten Beträgen sowie alle anderen Formen möglicher Rückerstattungen – einschließlich Rückerstattungen des Werts, falls eine Rückerstattung der Sache nicht möglich ist – durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften zu regeln.

...

- (26) Um eine mögliche Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit zu vermeiden, sollten die Mitgliedstaaten eine Ausnahme von der Unwirksamkeit in den Fällen vorsehen, in denen der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber der Auffassung ist, dass die freihändige Vergabe eines Auftrags ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* nach den Richtlinien [2004/18] und [2004/17] zulässig ist und er eine Mindest-Stillhaltefrist angewendet hat, die eine wirksame Nachprüfung ermöglicht. Eine solche freiwillige Veröffentlichung, die eine Stillhaltefrist auslöst, bedeutet keine Ausdehnung von Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie [2004/18] oder der Richtlinie [2004/17] ergeben

...

- (36) Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [im Folgenden: Charta] anerkannt wurden. Sie soll namentlich die uneingeschränkte Achtung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren nach Artikel 47 Absätze 1 und 2 der Charta sicherstellen.“

Richtlinie 89/665

- 4 Die dritte Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665 lautet wie folgt:

„Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus; damit diese Öffnung konkret umgesetzt werden kann, müssen für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechtes ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen“.

- 5 In Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 89/665 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie [2004/18] fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.“

- 6 Art. 2 („Anforderungen an die Nachprüfungsverfahren“) der Richtlinie 89/665 sieht in Abs. 1 vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

...

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.“

- 7 Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„Außer in den in den Artikeln 2d bis 2f genannten Fällen richten sich die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Befugnisse auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht.“

- 8 In Art. 2d („Unwirksamkeit“) der Richtlinie 89/665 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt,

- a) falls der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* vergeben hat, ohne dass dies nach der Richtlinie [2004/18] zulässig ist,

...

- (2) Die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrags richten sich nach einzelstaatlichem Recht.

Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können somit vorsehen, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Im letzteren Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass auch alternative Sanktionen im Sinne des Artikels 2e Absatz 2 Anwendung finden.

...

- (4) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Absatz 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn

- der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* gemäß der Richtlinie [2004/18] zulässig ist,
- der öffentliche Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Artikel 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
- der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

...“

- 9 Gemäß Art. 3a („Inhalt einer Bekanntmachung für die Zwecke der freiwilligen Ex-Ante-Transparenz“) der Richtlinie 89/665 enthält die Bekanntmachung nach Art. 2d Abs. 4 zweiter Gedankenstrich den Namen und die Kontaktdaten des öffentlichen Auftraggebers, die Beschreibung des Vertragsgegenstands, die Begründung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, den Namen und die Kontaktdaten des Wirtschaftsteilnehmers, zu dessen Gunsten die Zuschlagsentscheidung getroffen wurde, und gegebenenfalls jede andere vom öffentlichen Auftraggeber für sinnvoll erachtete Angabe.

Richtlinie 2004/18

- 10 Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) dieser Richtlinie lautet:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

- 11 In Art. 31 („Fälle, die das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen“) der Richtlinie 2004/18 heißt es:

„Öffentliche Auftraggeber können in folgenden Fällen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben:

1. Bei öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen:

...

- b) wenn der Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann;

...“

Richtlinie 2009/81/EG

- 12 In Art. 28 („Fälle, die das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen“) der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. L 216, S. 76) heißt es:

„In folgenden Fällen können Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben und begründen die Anwendung dieses Verfahrens in der Bekanntmachung gemäß Artikel 30 Absatz 3:

1. bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen:

...

- e) wenn der Auftrag aus technischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann;

...“

- 13 Art. 60 („Unwirksamkeit“) dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt:

- a) falls der Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* vergeben hat, ohne dass dies nach der vorliegenden Richtlinie zulässig ist;

...

- (4) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Absatz 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn

- der Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* gemäß dieser Richtlinie zulässig ist,
- der Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Artikel 64 beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
- der Vertrag nicht vor Ablauf von zehn Tagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.“

Italienisches Recht

- 14 Die Richtlinie 2007/66 wurde mit dem gesetzesvertretenden Dekret Nr. 53 vom 20. März 2010, dessen Inhalt in der Folge in die Art. 120 bis 125 des gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 104 über die Verwaltungsprozessordnung (Decreto legislativo Nr. 104 – Codice del processo amministrativo) vom 2. Juli 2010 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 158 vom 7. Juli 2010, im Folgenden: Codice del processo amministrativo) integriert wurde, in die italienische Rechtsordnung umgesetzt.
- 15 Aus Art. 121 des Codice del processo amministrativo geht hervor, dass es im Fall schwerwiegender Verstöße wie einer unzulässigen Vergabe eines Auftrags durch ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung erforderlich ist, ohne Ausnahmen und ungeachtet der dem Verwaltungsgericht zustehenden Beurteilungsbefugnis den infolge eines solchen Verfahrens abgeschlossenen Vertrag für unwirksam zu erklären.
- 16 Unter den Ausnahmen von dieser Regel sieht Art. 121 Abs. 5 dieses Gesetzes, der Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 umsetzt, vor, dass ein Vertrag trotzdem seine Wirksamkeit behält, wenn der öffentliche Auftraggeber mit begründetem, vor Einleitung des Ausschreibungsverfahrens erlassenem Akt erklärt hat, dass das Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vom Codice del processo amministrativo gestattet werde, eine Bekanntmachung für die Zwecke der freiwilligen *Ex-ante*-Transparenz veröffentlicht hat und den betreffenden Vertrag nicht vor Ablauf von zehn Tagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen hat.
- 17 Gemäß Art. 122 des Codice del processo amministrativo, der die anderen Fälle von Verstößen betrifft, stellt das nationale Gericht in den von diesem Artikel festgelegten Grenzen fest, ob der Vertrag für unwirksam zu erklären ist.

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

- 18 Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass das Ministero dell'Interno im Jahr 2003 mit Telecom Italia eine Vereinbarung über die Verwaltung und Entwicklung von Telekommunikationsdienstleistungen schloss.
- 19 Da diese Vereinbarung am 31. Dezember 2011 auslief, bestimmte das Ministero dell'Interno mit Entscheidung vom 15. Dezember 2011 Telecom Italia als seinen Lieferanten und seinen Technologiepartner für die Verwaltung und Entwicklung dieser Dienstleistungen.
- 20 Im Hinblick auf die Vergabe des Auftrags über die elektronischen Kommunikationsdienstleistungen war es der Meinung, das in Art. 28 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2009/81 und in Art. 57 Abs. 2 Buchst. b des gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163 betreffend das Gesetz über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge in Anwendung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Decreto legislativo Nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) vom 12. April 2006 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006) in der durch das gesetzvertretende Dekret Nr. 152 vom 11. September 2008 geänderten Fassung (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 231 vom 2. Oktober 2008, im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 163/2006) vorgesehene Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchführen zu können.

- 21 Gemäß der letztgenannten Vorschrift können Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben, „wenn der Auftrag aus technischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann“.
- 22 Im vorliegenden Fall war das Ministero dell’Interno der Ansicht, dass Telecom Italia aus technischen Gründen und aus Gründen des Schutzes (bestimmter) ausschließlicher Rechte der einzige Wirtschaftsteilnehmer sei, der den Dienstleistungsauftrag durchführen könne.
- 23 Nachdem es am 20. Dezember 2011 die Zustimmung der Avvocatura Generale zum beabsichtigten Verfahren eingeholt hatte, veröffentlichte das Ministero dell’Interno am selben Tag im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung, mit der es seine Absicht bekundete, den Auftrag an Telecom Italia zu vergeben.
- 24 Am 22. Dezember 2011 forderte das Ministero dell’Interno Telecom Italia auf, an der Verhandlung teilzunehmen.
- 25 Nach Abschluss der Verhandlung unterzeichneten die Parteien am 31. Dezember 2011 eine Rahmenvereinbarung über die „Erbringung von elektronischen Kommunikationsdienstleistungen, insbesondere Sprachtelefonie, Mobilfunk und Datenübertragung, für das Dipartimento di pubblica sicurezza und die Arma dei Carabinieri“.
- 26 Die Bekanntmachung der Vergabe des Auftrags wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 16. Februar 2012 veröffentlicht.
- 27 Fastweb erhob beim Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht für Latium) Klage auf Aufhebung der Vergabe des Auftrags und auf Unwirksamkeitserklärung des Vertrags, weil die in Art. 28 der Richtlinie 2009/81 und in Art. 57 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannten Voraussetzungen, die erlaubten, ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, nicht erfüllt seien.
- 28 Das Tribunale amministrativo regionale per il Lazio gab der Klage von Fastweb statt. Es war der Auffassung, dass die vom Ministero dell’Interno geltend gemachten Gründe, um die Durchführung dieses Verfahrens zu rechtfertigen, keine technischen Gründe im Sinne von Art. 57 Abs. 2 Buchst. b des Decreto legislativo Nr. 163/2006, aus denen der Auftrag nur an einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden könne, sondern eher Zweckmäßigkeitserwägungen darstellten. Obwohl es die Vergabeentscheidung aufhob, war das Tribunale amministrativo regionale per il Lazio der Ansicht, dass es den am 31. Dezember 2011 geschlossenen Vertrag in Anwendung von Art. 121 Abs. 5 des Codice del processo amministrativo nicht für unwirksam erklären könne, da die in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen, die die Anwendung dieses Grundsatzes ausschließen, erfüllt seien. Jedoch erklärte es den Vertrag in Anwendung von Art. 122 dieses Gesetzes vom 31. Dezember 2013 an für unwirksam.
- 29 Das Ministero dell’Interno und Telecom Italia legten gegen dieses Urteil Rechtsmittel beim Consiglio di Stato ein.

- 30 Mit Beschluss vom 8. Januar 2013 bestätigte der Consiglio di Stato die Aufhebung der Vergabe des Auftrags mit der Begründung, dass das Ministero dell'Interno nicht nachgewiesen habe, dass die für ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Er war nämlich der Auffassung, dass sich aus dem Inhalt der Akten keine objektive Unmöglichkeit, diese Dienstleistungen an verschiedene Wirtschaftsteilnehmer zu vergeben, sondern vielmehr die Unzweckmäßigkeit einer solchen Lösung ergebe, vor allem, weil dies nach Ansicht des Ministero dell'Interno Änderungen, Kosten und notwendige Anpassungszeiten mit sich brächte.
- 31 Hierzu führt der Consiglio di Stato aus, die Richtlinie 2009/81 enthalte in Bezug auf die Nachprüfung eine Regelung, die derjenigen der Richtlinie 89/665 beinahe entspreche; er konzentriert sich in seinen Ausführungen jedoch auf die Richtlinie 89/665.
- 32 Da er allerdings Zweifel hinsichtlich der Folgerungen hat, die aus einer solchen Aufhebung in Bezug auf die Wirkungen des in Rede stehenden Vertrags in Anbetracht des Wortlauts von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 zu ziehen sind, hat der Consiglio di Stato beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass es in Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber – bevor er den Auftrag direkt an einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer vergibt, den er ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung ausgewählt hat – im *Amtsblatt der Europäischen Union* die Bekanntmachung für die Zwecke der freiwilligen *Ex-ante*-Transparenz veröffentlicht und für den Abschluss des Vertrags mindestens zehn Tage abgewartet hat, dem nationalen Gericht – automatisch und in jedem Fall – verwehrt ist, den Vertrag für unwirksam zu erklären, auch wenn es einen Verstoß gegen die Vorschriften feststellt, die unter bestimmten Bedingungen die Vergabe des Vertrags ohne Durchführung einer Ausschreibung erlauben?
 2. Steht Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 – wenn er dahin ausgelegt wird, dass er die Möglichkeit ausschließt, den Vertrag nach nationalem Recht (Art. 122 des Codice del processo amministrativo) für unwirksam zu erklären, obwohl das Gericht einen Verstoß gegen die Vorschriften feststellt, die unter bestimmten Bedingungen die Vergabe des Vertrags ohne Durchführung einer Ausschreibung erlauben – mit den Grundsätzen der Gleichheit der Parteien, der Nichtdiskriminierung und des Schutzes des Wettbewerbs in Einklang, und stellt er das in Art. 47 der Charta verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sicher?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

- 33 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass, wenn ein öffentlicher Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben wird, ohne dass die von der Richtlinie 2004/18 verlangten Voraussetzungen für die Durchführung dieses Verfahrens erfüllt sind, diese Bestimmung es ausschließt, dass der Auftrag für unwirksam erklärt wird, wenn der Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung zur Sicherstellung der *Ex-ante*-Transparenz veröffentlicht und vor dem Abschluss des Vertrags die Stillhaltefrist von mindestens zehn Tagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, eingehalten hat.
- 34 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, die die Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen, darauf abzielen, die vorhandenen Mechanismen zur Gewährleistung der effektiven Anwendung der Unionsvorschriften im Bereich des

öffentlichen Auftragswesens zu verstärken, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können (Urteil Kommission/Österreich, C-212/02, EU:C:2004:386, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 35 Wie aus den Erwägungsgründen 3 und 4 der Richtlinie 2007/66 außerdem hervorgeht, sollen die mit der Richtlinie 89/665 angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verbessert werden, um die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren zu stärken, die in den Mitgliedstaaten von Personen eingeleitet werden, die ein Interesse an einem Auftrag haben.
- 36 Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 89/665 verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Art. 2 bis 2f dieser Richtlinie nachgeprüft werden können.
- 37 Zu diesem Zweck bestimmt Art. 2 („Anforderungen an die Nachprüfungsverfahren“) der Richtlinie 89/665 in Abs. 1 Buchst. b, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, der für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Stelle die Befugnis einzuräumen, die rechtswidrigen Entscheidungen aufzuheben oder aufheben zu lassen.
- 38 Art. 2d Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/665 verlangt insoweit, dass die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle den Auftrag für unwirksam erklärt, wenn der Auftraggeber den Vertrag vergeben hat, ohne vorher eine Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht zu haben und ohne dass dies nach den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 zulässig war.
- 39 Allerdings hat der Unionsgesetzgeber in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 eine Ausnahme von dieser Regel über die Unwirksamkeit des Auftrags vorgesehen. Gemäß dieser Bestimmung kommt diese Regel nicht zur Anwendung, wenn erstens der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* nach den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 zulässig ist, zweitens der öffentliche Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Art. 3a der Richtlinie 89/665 beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und drittens der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.
- 40 Da Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 eine Ausnahme von der Regel der Unwirksamkeit des Auftrags im Sinne von Art. 2d Abs. 1 dieser Richtlinie darstellt, ist er eng auszulegen (vgl. entsprechend Urteil Kommission/Deutschland, C-275/08, EU:C:2009:632, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Auslegung dieser Ausnahme muss jedoch mit den Zielen in Einklang stehen, die sie verfolgt. Daher entspricht es nicht dem Sinn dieses Grundsatzes einer engen Auslegung, wenn die zur Umschreibung der in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 verwendeten Begriffe so ausgelegt werden, dass sie dieser ihre Wirkung nehmen (vgl. entsprechend Urteil Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 41 Fastweb macht geltend, gemäß den Zielen der Richtlinie 89/665 sowie den Regeln über die Niederlassungsfreiheit und den Wettbewerb, die das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu realisieren beabsichtigten, sei diese Ausnahme nur fakultativ. Aus den Erwägungsgründen 20 bis 22 der Richtlinie 2007/66 gehe hervor, dass Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 die Anwendung schärferer Sanktionen nach innerstaatlichem Recht und damit die Möglichkeit für das nationale Gericht nicht ausschließe, am Ende einer Abwägung der beteiligten allgemeinen und individuellen Interessen zu entscheiden, ob der Auftrag für unwirksam zu erklären sei.

- 42 Hierzu ist festzustellen, dass sich nach Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 außer in den in den Art. 2d bis 2f genannten Fällen die Wirkungen der Ausübung der in Abs. 1 dieses Art. 2 genannten Befugnisse auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht richten. Daraus folgt, dass für die insbesondere in Art. 2d dieser Richtlinie genannten Situationen die Maßnahmen, die für die Zwecke der gegen die öffentlichen Auftraggeber gerichteten Beschwerden getroffen werden können, nur nach den von dieser Richtlinie vorgesehenen Regeln bestimmt werden. Nach Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 fallen die in den Art. 2d bis 2f dieser Richtlinie vorgesehenen Fälle nicht unter die allgemeine Regel, nach der die Wirkungen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch das nationale Recht bestimmt werden. Folglich sind die Mitgliedstaaten nicht berechtigt, in ihrem nationalen Recht Bestimmungen über die Wirkungen von Verstößen gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unter Umständen wie denen in Art. 2d Abs. 4 dieser Richtlinie vorzusehen.
- 43 Auch wenn aus den Erwägungsgründen 13 und 14 der Richtlinie 2007/66 hervorgeht, dass die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen die schwerwiegendste Verletzung des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens darstellt, gegen die grundsätzlich als Sanktion die Unwirksamkeit des Vertrags vorzusehen ist, legt der 26. Erwägungsgrund dieser Richtlinie die Betonung auf die Notwendigkeit, Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die sich aus einer solchen Unwirksamkeit im besonderen Fall von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 ergeben könnte.
- 44 Wie der Generalanwalt in Nr. 57 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, zielt der Unionsgesetzgeber mit der Einführung dieser Ausnahme von der Regel der Unwirksamkeit des Vertrags durch Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 darauf ab, die in Rede stehenden unterschiedlichen Interessen in Einklang zu bringen, und zwar die Interessen des geschädigten Unternehmens, dem die Möglichkeit der Beantragung vorvertraglichen vorläufigen Rechtsschutzes und der Aufhebung des rechtswidrig geschlossenen Vertrags verschafft werden muss, sowie diejenigen des öffentlichen Auftraggebers und des ausgewählten Unternehmens, die darin bestehen, die Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die sich aus der Unwirksamkeit des Vertrags ergeben kann.
- 45 Demzufolge ist festzustellen, dass es sowohl dem Wortlaut als auch dem Ziel von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 zuwiderlaufen würde, den nationalen Gerichten zu erlauben, den Auftrag für unwirksam zu erklären, wenn die drei in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.
- 46 Um die in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 89/665 genannten Ziele, u. a. die Einrichtung von wirksamen Rechtsbehelfen gegen die von den öffentlichen Auftraggebern unter Verstoß gegen das Vergaberecht getroffenen Entscheidungen, zu erreichen, ist es allerdings wichtig, dass die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle eine wirksame Kontrolle ausübt, wenn sie nachprüft, ob die in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.
- 47 Insbesondere betrifft die in diesem Art. 2d Abs. 4 erster Gedankenstrich vorgesehene Voraussetzung die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* gemäß der Richtlinie 2004/18 zulässig ist. Außerdem sieht die im zweiten Gedankenstrich von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 enthaltene Voraussetzung vor, dass der öffentliche Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Art. 3a dieser Richtlinie beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen. Gemäß diesem Art. 3a Buchst. c muss diese Bekanntmachung die Begründung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers enthalten, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben.
- 48 Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in

voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.

- 49 Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, hat der öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchgeführt und sich dabei auf Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 gestützt. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Verhandlungsverfahren nur in bestimmten, von den Art. 30 und 31 der Richtlinie 2004/18 genau festgelegten Fällen zur Anwendung gelangen darf und im Verhältnis zum offenen und nicht offenen Verfahren Ausnahmecharakter hat (Urteil Kommission/Belgien, C-292/07, EU:C:2009:246, Rn. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 50 Im Rahmen ihrer Kontrolle ist die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle verpflichtet, zu würdigen, ob der öffentliche Auftraggeber, als er die Entscheidung gefällt hat, einen Auftrag unter Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, sorgfältig gehandelt hat und ob er der Ansicht sein durfte, dass die in Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren.
- 51 Zu den Gesichtspunkten, die diese Stelle hierbei zu berücksichtigen hat, gehören die Umstände und Gründe, die in der in Art. 2d Abs. 4 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Bekanntmachung genannt werden und die den öffentlichen Auftraggeber dazu veranlasst haben, ein Verhandlungsverfahren nach Art. 31 der Richtlinie 2004/18 durchzuführen.
- 52 Wenn die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle am Ende ihrer Kontrolle feststellt, dass die in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, dann muss sie gemäß der in Abs. 1 Buchst. a dieses Artikels aufgestellten Regel den Auftrag für unwirksam erklären. Sie bestimmt die Folgen der Unwirksamkeitserklärung des Auftrags nach Art. 2d Abs. 2 der Richtlinie 89/665 gemäß dem nationalen Recht.
- 53 Wenn diese Stelle hingegen feststellt, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist sie verpflichtet, die Wirkungen des Auftrags gemäß Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 aufrechtzuerhalten.
- 54 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass, wenn ein öffentlicher Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* vergeben wird, obwohl dies nach der Richtlinie 2004/18 nicht zulässig war, diese Bestimmung es ausschließt, dass der Auftrag für unwirksam erklärt wird, wenn die Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllt sind, was zu überprüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

Zur zweiten Frage

- 55 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob, falls die erste Frage bejaht wird, Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 im Hinblick auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf im Sinne von Art. 47 der Charta gültig ist.
- 56 Hierzu macht Fastweb geltend, die Veröffentlichung einer Bekanntmachung für die Zwecke der freiwilligen *Ex-ante*-Transparenz im *Amtsblatt der Europäischen Union* und die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist zwischen dieser Veröffentlichung und der Vergabe des Auftrags stellten die Beachtung des Grundsatzes des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nicht sicher. Eine solche Veröffentlichung garantiere nämlich nicht, dass die potenziellen Mitbewerber über die Vergabe eines

Auftrags an einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer informiert würden, insbesondere wenn die Veröffentlichung während eines Zeitraums erfolge, in dem die Geschäftstätigkeiten verringert oder unterbrochen seien.

- 57 Was das Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz angeht, hat nach Art. 47 Abs. 1 der Charta jede Person, deren durch das Unionsrecht garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.
- 58 Nach ständiger Rechtsprechung ist die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit, die zugleich den Abgabepflichtigen und die Behörde schützt, mit dem Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vereinbar. Solche Fristen dürfen nicht geeignet sein, die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren (vgl. in diesem Sinne Urteil Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 59 Außerdem zielen die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, die die Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen, darauf ab, die vorhandenen Mechanismen zur Gewährleistung der effektiven Anwendung der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu verstärken, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können. Ein solcher Schutz kann nicht effektiv sein, wenn sich der Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht auf diese Vorschriften berufen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Österreich, EU:C:2004:386, Rn. 20).
- 60 Somit verlangt ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz, dass die Beteiligten über die Zuschlagsentscheidung eine gewisse Zeit vor dem Vertragsschluss informiert werden, damit sie über eine tatsächliche Möglichkeit verfügen, einen Rechtsbehelf, insbesondere einen Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen bis zum Vertragsschluss, einzulegen (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Spanien, C-444/06, EU:C:2008:190, Rn. 38 und 39, und Kommission/Irland, C-456/08, EU:C:2010:46, Rn. 33).
- 61 Art. 2d Abs. 4 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 89/665 garantiert dadurch die Transparenz der Vergabe eines Auftrags, dass er die Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Sinne von Art. 3a der Richtlinie 89/665 im *Amtsblatt der Europäischen Union* vorsieht, mit der eine Absicht bekundet wird, einen Vertrag abzuschließen. Diese Bestimmung soll so sicherstellen, dass alle potenziell betroffenen Bewerber in der Lage sind, von der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, Kenntnis zu erlangen. Außerdem ist der öffentliche Auftraggeber gemäß dem dritten Gedankenstrich dieser Bestimmung verpflichtet, eine Stillhaltefrist von zehn Tagen einzuhalten. So werden die Beteiligten in die Lage versetzt, die Vergabe eines Auftrags gerichtlich anzufechten, bevor der Vertrag geschlossen wird.
- 62 Zudem ist hervorzuheben, dass, selbst wenn die in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 vorgesehene Stillhaltefrist von mindestens zehn Kalendertagen abgelaufen ist, die geschädigten Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 eine Schadensersatzklage erheben können.
- 63 Wie aus Rn. 44 des vorliegenden Urteils hervorgeht, ist insoweit die Tatsache zu berücksichtigen, dass der Unionsgesetzgeber mit der Ausnahme in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 darauf abzielt, die unterschiedlichen Interessen in Einklang zu bringen, und zwar die Interessen des geschädigten Unternehmens, indem ihm das Recht eingeräumt wird, vorvertraglichen vorläufigen Rechtsschutz zu beantragen und die Aufhebung des rechtswidrig geschlossenen Vertrags zu erlangen, sowie die des öffentlichen Auftraggebers und des ausgewählten Unternehmens, indem die Rechtsunsicherheit beschränkt wird, die sich aus der Unwirksamkeit des Vertrags ergeben kann.

- 64 Demzufolge ist festzustellen, dass Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665, soweit er die Aufrechterhaltung der Wirksamkeit eines Auftrags vorsieht, nicht gegen die Erfordernisse aus Art. 47 der Charta verstößt.
- 65 Ebenso verhält es sich mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der im Bereich des öffentlichen Auftragswesens dieselben Ziele u. a. der Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten verfolgt (vgl. insbesondere Urteile Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, Rn. 48, und Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 28). Wie nämlich bereits in Rn. 61 des vorliegenden Urteils festgestellt wurde, soll Art. 2d Abs. 4 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 89/665 sicherstellen, dass alle potenziell betroffenen Bewerber in der Lage sind, von der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, Kenntnis zu erlangen und so eine Klage auf Prüfung der Rechtmäßigkeit gegen eine solche Entscheidung zu erheben.
- 66 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass deren Prüfung nichts ergeben hat, was die Gültigkeit von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 beeinträchtigen könnte.

Kosten

- 67 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

- 1. Art. 2d Abs. 4 der 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 in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass, wenn ein öffentlicher Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* vergeben wird, obwohl dies nach der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge nicht zulässig war, diese Bestimmung es ausschließt, dass der Auftrag für unwirksam erklärt wird, wenn die Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllt sind, was zu überprüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.**
- 2. Die Prüfung der zweiten Frage hat nichts ergeben, was die Gültigkeit von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung beeinträchtigen könnte.**

Unterschriften