



Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

15. September 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG —
Öffentliche Aufträge — Nachprüfungsverfahren — Nationale Regelung, wonach die Zulässigkeit von
Rechtsbehelfen gegen Handlungen des öffentlichen Auftraggebers die Bestellung einer
,Wohlverhaltenssicherheit‘ voraussetzt — Charta der Grundrechte der Europäischen Union —
Art. 47 — Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf“

In den verbundenen Rechtssachen C-439/14 und C-488/14

betreffend Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht von der Curte de Apel
București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien) mit Beschluss vom 19. September 2014 und von der
Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea, Rumänien) mit Beschluss vom 8. Oktober 2014, beim
Gerichtshof eingegangen am 24. September und 4. November 2014, in den Verfahren

SC Star Storage SA

gegen

Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14)

und

SC Max Boegl România SRL,

SC UTI Grup SA,

Astaldi SpA,

SC Construcții Napoca SA

gegen

RA Aeroportul Oradea,

SC Porr Construct SRL,

Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,

SC Col-Air Trading SRL,

AVZI SA,

* Verfahrenssprache: Rumänisch.

Trameco SA,

Iamsat Muntenia SA (C-488/14)

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Bay Larsen sowie der Richter D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan und M. Vilaras (Berichterstatter),

Generalanwältin: E. Sharpston,

Kanzler: L. Carrasco Marco, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2016,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der SC Star Storage SA, vertreten durch A. Fetiță, avocate,
- der SC Max Boegl România SRL, vertreten durch F. Irimia, avocat,
- der rumänischen Regierung, vertreten durch R.-H. Radu, R. Hațieganu, D. Bulancea und M. Bejenar als Bevollmächtigte,
- der griechischen Regierung, vertreten durch K. Georgiadis und K. Karavasili als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch A. Tokár und I. Rogalski als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 28. April 2016

folgendes

Urteil

- 1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 bis 3 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. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665), von Art. 1 Abs. 1 bis 3 der 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) in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 92/13) und von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta).
- 2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen der SC Star Storage SA und dem Institut Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (Nationales Institut für Informatikforschung und -entwicklung [ICI]) betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Aufbau einer IT-Infrastruktur und die Erbringung von Dienstleistungen zur

Vorbereitung, Verwaltung, Entwicklung und Einrichtung einer Plattform für Cloud-Computing (Rechtssache C-439/14) und zwischen der SC Max Boegl România SRL, der SC UTI Grup SA, der Astaldi SpA und der SC Construcții Napoca SA (im Folgenden: Max Boegl u. a.) einerseits und der RA Aeroportul Oradea SA, der SC Porr Construct SRL, der Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, der SC Col-Air Trading SRL, der AZVI SA, der Trameco SA und der Iamsat Muntenia SA andererseits betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über die Erweiterung und Modernisierung des Flughafens Oradea (Rumänien) (Rechtssache C-488/14).

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 89/665

- 3 Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne 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 [(ABl. 2004, L 134, S. 114)], sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 10 bis 18 der genannten Richtlinie ausgeschlossen sind.

Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Baukonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG 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.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

Richtlinie 92/13

- 4 Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 sieht vor:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 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. 2004, L 134, S. 1)], sofern diese Aufträge nicht gemäß Artikel 5 Absatz 2, Artikel 18 bis 26, Artikel 29 und 30 oder Artikel 62 der genannten Richtlinie ausgeschlossen sind.

Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge, Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der 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 Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines Auftrags einen Schaden geltend machen könnte.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

Richtlinie 2007/66

- 5 Der 36. Erwägungsgrund der Richtlinie 2007/66 lautet:

„Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der [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 2004/17

- 6 Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 sieht vor:

„Diese Richtlinie gilt für Aufträge, die nicht aufgrund der Ausnahme nach den Artikeln 19 bis 26 oder nach Artikel 30 in Bezug auf die Ausübung der betreffenden Tätigkeit ausgeschlossen sind und deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet:

...

b) 5 186 000 EUR bei Bauaufträgen.“

Richtlinie 2004/18

7 Art. 7 Buchst. b und c der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht aufgrund der Ausnahmen nach den Artikeln 10 und 11 und nach den Artikeln 12 bis 18 ausgeschlossen sind und deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer (MwSt) die folgenden Schwellenwerte erreicht oder überschreitet:

...

b) 207 000 [Euro]:

- bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von anderen als den in Anhang IV genannten öffentlichen Auftraggebern vergeben werden;
- bei öffentlichen Lieferaufträgen, die von den in Anhang IV genannten öffentlichen Auftraggebern im Verteidigungsbereich vergeben werden, sofern es sich um Aufträge über Waren handelt, die nicht in Anhang V aufgeführt sind;
- bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die von öffentlichen Auftraggebern für die in Anhang II Teil A Kategorie 8 genannten Dienstleistungen, für die in Anhang II Teil A Kategorie 5 genannten Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich, deren CPV-Positionen den CPC-Referenznummern 7524, 7525 und 7526 entsprechen, und/oder für die in Anhang II Teil B genannten Dienstleistungen vergeben werden;

c) 5 186 000 [Euro] bei öffentlichen Bauaufträgen.“

Rumänisches Recht

- 8 Die Art. 271¹ und 271² der Ordonanța de Urgență a Guvernului Nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Dringlichkeitsverordnung Nr. 34/2006 betreffend die Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge, öffentlicher Baukonzessionen und von Dienstleistungskonzessionen) in der durch die Ordonanța de Urgență a Guvernului Nr. 51/2014 (Dringlichkeitsverordnung Nr. 51/2014) geänderten und vervollständigten Fassung (im Folgenden: OUG Nr. 34/2006) bestimmen:

„Art. 271¹

(1) Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, zu dem Zweck, den öffentlichen Auftraggeber gegen die Gefahr eines möglichen nicht konformen Verhaltens zu schützen, für den gesamten Zeitraum zwischen der Erhebung der Beschwerde im Verwaltungsrechtsweg/der Stellung des gerichtlichen Antrags/der Klageerhebung und dem Zeitpunkt, zu dem die entsprechende Entscheidung des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen/das Urteil des zuständigen Gerichts bestands- bzw. rechtskräftig wird, eine Wohlverhaltenssicherheit zu stellen.

(2) Die Beschwerde/der Antrag/die Klage wird zurück-/abgewiesen, wenn der Beschwerdeführer die Bestellung der in Abs. 1 vorgesehenen Sicherheit nicht nachweist.

(3) Die Wohlverhaltenssicherheit ist durch Banküberweisung oder durch ein nach den gesetzlichen Vorschriften von einer Bank oder einer Versicherungsgesellschaft herausgegebenes Sicherungsinstrument zu stellen und im Original am Sitz des öffentlichen Auftraggebers und in Kopie beim Nationalen Rat für Beschwerdeentscheidungen oder beim Gericht gleichzeitig mit der Erhebung der Beschwerde/der Stellung des Antrags/der Klageerhebung zu hinterlegen.

(4) Die Höhe der Wohlverhaltenssicherheit wird unter Bezugnahme auf den geschätzten Wert des zu vergebenden Auftrags wie folgt festgelegt:

- a) 1 % des geschätzten Werts, wenn dieser geringer als die in Art. 55 Abs. 2 Buchst. a und b vorgesehenen Schwellenwerte ist;
- b) 1 % des geschätzten Werts, wenn dieser geringer als die in Art. 55 Abs. 2 Buchst. c vorgesehenen Schwellenwerte ist, jedoch nicht mehr als der 10 000 Euro entsprechende Betrag in [rumänischen Lei (RON)] zum Umrechnungskurs der rumänischen Nationalbank zum Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit;
- c) 1 % des geschätzten Werts, wenn dieser gleich den oder höher als die in Art. 55 Abs. 2 Buchst. a und b vorgesehenen Schwellenwerte ist, jedoch nicht mehr als der 25 000 Euro entsprechende Betrag in RON zum Umrechnungskurs der rumänischen Nationalbank zum Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit;
- d) 1 % des geschätzten Werts, wenn dieser gleich den oder höher als die in Art. 55 Abs. 2 Buchst. c vorgesehenen Schwellenwerte ist, jedoch nicht mehr als der 100 000 Euro entsprechende Betrag in RON zum Umrechnungskurs der rumänischen Nationalbank zum Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit.

(5) Die Wohlverhaltenssicherheit muss mindestens 90 Tage gültig und unwiderruflich sein, und sie muss auf erstes Anfordern des öffentlichen Auftraggebers zahlbar sein, wenn die Beschwerde/der Antrag/die Klage zurück-/abgewiesen wird.

(6) Ist die Entscheidung des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen oder das Urteil des Gerichts bis zum letzten Tag der Gültigkeit der Wohlverhaltenssicherheit nicht bestands- bzw. rechtskräftig geworden und hat der Beschwerdeführer die Gültigkeit der Wohlverhaltenssicherheit nicht nach den Voraussetzungen der Abs. 1 bis 5 verlängert, behält der öffentliche Auftraggeber die Wohlverhaltenssicherheit ein. Die Bestimmungen des Art. 271² Abs. 3 bis 5 gelten entsprechend.

(7) Die Abs. 1 bis 6 gelten entsprechend in dem Fall, dass eine andere Person als der öffentliche Auftraggeber oder der Beschwerdeführer nach Art. 281 Klage gegen die Entscheidung des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen erhebt.

Art. 271²

(1) Wird die Beschwerde vom Nationalen Rat für Beschwerdeentscheidungen oder, wenn der Beschwerdeführer sich unmittelbar an das Gericht wendet, von diesem zurückgewiesen, ist der öffentliche Auftraggeber zur Einbehaltung der Wohlverhaltenssicherheit verpflichtet, sobald die Entscheidung des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen/das Urteil des Gerichts bestands-/rechtskräftig geworden ist. Die Einbehaltung erfolgt für die Lose, bezüglich deren die Beschwerde zurückgewiesen wurde.

(2) Abs. 1 findet auch Anwendung, wenn der Beschwerdeführer die Beschwerde/den Antrag/die Klage zurücknimmt.

(3) Die Maßnahme nach Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn der Nationale Rat für Beschwerdeentscheidungen/das Gericht die Beschwerde als gegenstandslos zurückweist oder wenn die Beschwerde/der Antrag/die Klage zurückgenommen worden ist, nachdem der öffentliche Auftraggeber nach Maßgabe des Art. 256³ Abs. 1 die erforderlichen Abhilfemaßnahmen getroffen hat.

(4) Gibt der Nationale Rat für Beschwerdeentscheidungen der Beschwerde bzw. das zuständige Gericht der Klage gegen die die Beschwerde zurückweisende Entscheidung des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen statt, so ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dem Beschwerdeführer die Wohlverhaltenssicherheit spätestens fünf Tage nach dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung/das Urteil bestands-/rechtskräftig geworden ist, herauszugeben.

(5) Wendet sich der Beschwerdeführer unmittelbar an das Gericht und gibt dieses der Klage statt, findet Abs. 4 entsprechende Anwendung.

(6) Die dem öffentlichen Auftraggeber aus der Wohlverhaltenssicherheit zufließenden Beträge stellen Einnahmen dieses öffentlichen Auftraggebers dar.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Rechtssache C-439/14

- 9 Das ICI veröffentlichte als öffentlicher Auftraggeber am 1. April 2014 im Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Elektronisches System für öffentliche Beschaffungen, im Folgenden: SEAP) eine Bekanntmachung über die Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Aufbau einer IT-Infrastruktur und die Erbringung von Dienstleistungen zur Vorbereitung, Verwaltung, Entwicklung und Einrichtung einer Plattform für Cloud-Computing sowie die entsprechenden Ausschreibungsunterlagen. Das Vergabekriterium für diesen Auftrag mit einem geschätzten Wert von 61 287 713,71 RON (etwa 13 700 000 Euro) ohne Mehrwertsteuer war das „des niedrigsten Preises“.
- 10 Aufgrund von Anfragen mehrerer Wirtschaftsteilnehmer veröffentlichte das ICI im SEAP Erläuterungen zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen.
- 11 Am 30. Juni 2014 erhob Star Storage gegen die Erläuterungen Nrn. 4 und 5 vom 24. Juni 2014 und Nr. 7 vom 26. Juni 2014 Beschwerde beim Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Nationaler Rat für Beschwerdeentscheidungen, im Folgenden: CNSC).
- 12 Mit Entscheidung vom 18. Juli 2014 wies der CNSC diese Beschwerde u. a. auf der Grundlage von Art. 271¹ Abs. 2 der OUG Nr. 34/2006 als unzulässig zurück, da Star Storage keine Wohlverhaltenssicherheit gestellt habe.
- 13 Am 5. August 2014 erhob Star Storage Klage bei der Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien) u. a. auf Aufhebung dieser zurückweisenden Entscheidung und machte geltend, dass die nach rumänischem Recht vorgesehene Verpflichtung zur Bestellung einer Wohlverhaltenssicherheit sowohl gegen die rumänische Verfassung als auch gegen Unionsrecht verstoße.
- 14 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist die Wohlverhaltenssicherheit aufgrund ihrer Höhe und ihrer rechtlichen Ausgestaltung geeignet, das Recht des Wirtschaftsteilnehmers auf ein wirksames Verfahren zur Nachprüfung von Handlungen der öffentlichen Auftraggeber erheblich zu beeinträchtigen.

- 15 Unter diesen Umständen hat die Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Zugang zu den Verfahren zur Nachprüfung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers von der Erfüllung der Verpflichtung abhängig macht, im Voraus eine „Wohlverhaltenssicherheit“ wie die in Art. 271¹ und Art. 271² der OUG Nr. 34/2006 geregelte zu hinterlegen?

Rechtssache C-488/14

- 16 Die RA Aeroportul Oradea veröffentlichte als öffentliche Auftraggeberin am 21. Januar 2014 im SEAP eine Bekanntmachung über die Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über Arbeiten zur Erweiterung und Modernisierung der Infrastruktur des Flughafens Oradea (Rumänien). Der geschätzte Wert des Auftrags beträgt ohne Mehrwertsteuer 101 232 054 RON (etwa 22 800 000 Euro), das festgelegte Vergabekriterium war das „des wirtschaftlich günstigsten Angebots“.
- 17 Dem nach der Bewertung der Angebote erstellten Bericht zufolge wurde das von der Arbeitsgemeinschaft SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA und Astaldi SpA abgegebene Angebot für nicht den Vorschriften entsprechend erklärt, während das von der Arbeitsgemeinschaft SC Construcții Napoca SA, SC Aici Cluj SA und CS Icco Energ SRL abgegebene Angebot unter Anwendung der festgelegten Vergabekriterien zweitplatziert wurde.
- 18 Diese beiden Bietergemeinschaften erhoben jeweils eine Beschwerde gegen diesen Bericht beim CNSC. Mit Entscheidung vom 10. Juli 2014 wurden diese Beschwerden als unbegründet zurückgewiesen. Folglich erhoben die beiden Bietergemeinschaften jeweils eine Klage gegen diese Entscheidung bei der Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea).
- 19 Dieses Gericht wies die Kläger des Ausgangsverfahrens im Verhandlungstermin vom 10. September 2014 darauf hin, dass sie aufgrund des Inkrafttretens der Art. 271¹ und 271² der OUG Nr. 34/2006 am 1. Juli 2014 verpflichtet waren, eine „Wohlverhaltenssicherheit“ zu stellen. Max Boegl u. a. beantragte sodann, bei der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof, Rumänien) einen Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsvorschriften zu stellen und dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen.
- 20 Unter diesen Umständen hat die Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea, Rumänien) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Zugang zu den Verfahren zur Nachprüfung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers von der Erfüllung der Verpflichtung abhängig macht, im Voraus eine „Wohlverhaltenssicherheit“ wie die in Art. 271¹ und Art. 271² der OUG Nr. 34/2006 geregelte zu hinterlegen?

Verfahren vor dem Gerichtshof

- 21 Mit Beschlüssen des Präsidenten des Gerichtshofs vom 13. November und 10. Dezember 2014 sind die Anträge der Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) und der Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea), die Rechtssachen C-439/14 und C-488/14 dem in Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vorgesehenen beschleunigten Verfahren zu unterwerfen, zurückgewiesen worden.

- 22 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 13. November 2014 sind die Rechtssachen C-439/14 und C-488/14 zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.
- 23 Mit Urteil Nr. 5 vom 15. Januar 2015 hat die Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) die teilweise Verfassungswidrigkeit der Art. 271¹ und 271² der OUG Nr. 34/2006 festgestellt, die Star Storage und Max Boegl u. a. geltend gemacht hatten.
- 24 Mit Schreiben vom 21. Juli 2015 hat der Gerichtshof gemäß Art. 101 seiner Verfahrensordnung ein Ersuchen um Klarstellung an die Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) und die Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea) mit der Aufforderung gerichtet, sich zu dem Urteil Nr. 5 vom 15. Januar 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) und seinen möglichen Auswirkungen auf ihre Vorabentscheidungsersuchen zu äußern.
- 25 Die Curte de Apel Oradea (Berufungsgericht Oradea) hat mit Schreiben vom 11. August 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 26. August 2015, im Wesentlichen ausgeführt, dass das Urteil Nr. 5 vom 15. Januar 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) die Verfassungswidrigkeit von Art. 271² Abs. 1 und 2 der OUG Nr. 34/2006 festgestellt habe, aber die Verfassungswidrigkeit von Art. 271¹ und Art. 271² Abs. 3 bis 6 der OUG Nr. 34/2006 verneint habe, so dass ihr Vorabentscheidungsersuchen nur mehr diese letzten Bestimmungen betreffe.
- 26 Die Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) hat mit Schreiben vom 14. September 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 23. September 2015, ebenfalls angegeben, dass das Urteil Nr. 5 vom 15. Januar 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) bestätigt habe, dass die verpflichtende Bestellung einer Wohlverhaltenssicherheit als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen verfassungsmäßig sei und dass es daher weiterhin notwendig sei, zu prüfen, ob die Bestimmungen der Art. 271¹ und 271² der OUG Nr. 34/2006, die für mit der rumänischen Verfassung vereinbar erklärt worden seien und die Ausübung von Rechtsbehelfen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge von der Voraussetzung abhängig machten, dass eine „Wohlverhaltenssicherheit“ bestellt werde, als mit dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, der durch die Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 in Verbindung mit Art. 47 der Charta gewährleistet sei, vereinbar angesehen werden könnten.
- 27 Sie ist außerdem der Ansicht, dass die rumänische Regelung einer eingehenden Analyse zum einen des Umstands bedürfe, dass die Wohlverhaltenssicherheit zu der „Teilnahmesicherheit“ hinzukomme, die der Bieter nach Art. 43¹ der OUG Nr. 34/2006 ebenfalls leisten müsse und die bis zu 2 % des geschätzten Auftragswerts ausmache, und zum anderen des Umstands, dass es weder möglich sei, von der Höhe der Wohlverhaltenssicherheit, die nach Art. 271¹ Abs. 4 der OUG Nr. 34/2006 automatisch mit 1 % des geschätzten Auftragswerts festgesetzt werde und bis zu einem 100 000 Euro entsprechenden Maximalbetrag gestellt werden müsse, abzuweichen, noch eine Ermäßigung zu gewähren oder eine Staffelung der Zahlungen nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu vereinbaren.
- 28 Die Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) ersucht den Gerichtshof daher, folgende Vorlagefrage zu beantworten:

Sind Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 in Verbindung mit Art. 47 der Charta dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung entgegenstehen, die den Zugang zu den Verfahren zur Nachprüfung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers von der Erfüllung der Verpflichtung abhängig macht, eine „Wohlverhaltenssicherheit“ wie die in Art. 271¹ und Art. 271² der OUG Nr. 34/2006 geregelte zugunsten des öffentlichen Auftraggebers zu hinterlegen?

- 29 Schließlich hat die Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) mit Urteil Nr. 750 vom 4. November 2015 auch Art. 271¹ Abs. 5 der OUG Nr. 34/2006, der die unbedingte Zahlung der Wohlverhaltenssicherheit an den öffentlichen Auftraggeber auf erstes Anfordern hin vorsieht, wenn die Beschwerde, der Antrag oder die Klage zurück- bzw. abgewiesen wird, für mit der rumänischen Verfassung unvereinbar erklärt.

Vorbemerkungen

- 30 Da es sich bei dem in der Rechtssache C-439/14 in Rede stehenden öffentlichen Auftrag um Lieferungen und Dienstleistungen handelt, deren Wert den in Art. 7 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 angegebenen Schwellenwert übersteigt, findet die Richtlinie 89/665 im Ausgangsrechtsstreit Anwendung.
- 31 Die rumänische Regierung und die Europäische Kommission sind sich hingegen über die Art des in der Rechtssache C-488/14 in Rede stehenden öffentlichen Auftrags uneinig. Erstere ist der Ansicht, dass dieser Auftrag unter die Richtlinie 2004/18 und folglich unter die Richtlinie 89/665 falle, während Letztere meint, dass dieser Auftrag unter die Richtlinie 2004/17 und demnach unter die Richtlinie 92/13 falle.
- 32 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es dem Gerichtshof nicht möglich ist, festzustellen, ob der im Ausgangsverfahren in Rede stehende öffentliche Auftrag unter die Richtlinie 2004/17 oder die Richtlinie 2004/18 fällt, da das vorlegende Gericht in der Rechtssache C-488/14 nur sehr wenige Angaben zu diesem Auftrag gemacht hat.
- 33 Diese Unklarheit, deren Behebung dem vorlegenden Gericht obliegt, hat jedoch auf das Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache C-488/14 keine Auswirkung, da – wie die Generalanwältin in Nr. 25 ihrer Schlussanträge festgestellt hat – die in Rede stehende Höhe des öffentlichen Auftrags die Schwellenwerte für öffentliche Bauaufträge in Art. 7 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 und Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 erreicht.
- 34 Der Gerichtshof wird daher die in der Rechtssache C-439/14 und die in der Rechtssache C-488/14 gestellte Frage gleichzeitig beantworten, da die Bestimmungen der Richtlinien 89/665 und 92/13, deren Auslegung erbeten wird, den gleichen Wortlaut haben.

Zu den Vorlagefragen

- 35 Wie aus den Erläuterungen der beiden vorlegenden Gerichte in Beantwortung des Ersuchens um Klarstellung des Gerichtshofs und aus den in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen hervorgeht, sind die Bestimmungen der Art. 271² Abs. 1 und 2 und Art. 271¹ Abs. 5 letzter Satz der OUG Nr. 34/2006 durch die Urteile Nr. 5 vom 15. Januar 2015 und Nr. 750 vom 4. November 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) für mit der rumänischen Verfassung unvereinbar erklärt worden.
- 36 Die beiden vorlegenden Gerichte haben erklärt, dass sie diese Bestimmungen demnach nicht mehr anwenden dürfen, was die rumänische Regierung in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat. Sie haben jedoch ausdrücklich erklärt, dass sie ihre Vorlagefrage aufrechterhielten, da die anderen Bestimmungen der in den Ausgangsverfahren streitigen rumänischen Regelung nach wie vor Anwendung fänden.
- 37 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Vorabentscheidungsersuchen ausschließlich diejenigen Bestimmungen der rumänischen Regelung über die Wohlverhaltenssicherheit betreffen, die für mit der rumänischen Verfassung vereinbar erachtet worden sind. Dabei ist es allein Sache der

vorlegenden Gerichte, im Rahmen ihrer Entscheidung über die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Konsequenzen aus den Urteilen Nr. 5 vom 15. Januar 2015 und Nr. 750 vom 4. November 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) zu ziehen.

- 38 Daraus folgt, dass die vorlegenden Gerichte mit ihrer Frage im Wesentlichen wissen möchten, ob Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 im Licht des Art. 47 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, die die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen eine Handlung des öffentlichen Auftraggebers von der Bestellung der in dieser Regelung vorgesehenen Wohlverhaltenssicherheit durch den Beschwerdeführer zugunsten des öffentlichen Auftraggebers abhängig macht, wobei diese Sicherheit dem Beschwerdeführer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zurückzuerstatten ist.
- 39 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 92/13 die Mitgliedstaaten verpflichten, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.
- 40 Sowohl nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 als auch nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 sind die Mitgliedstaaten im Übrigen verpflichtet, sicherzustellen, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.
- 41 Diese Vorschriften, die die Wirtschaftsteilnehmer vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen, zielen somit darauf ab, sicherzustellen, dass in allen Mitgliedstaaten Möglichkeiten einer wirksamen Nachprüfung bestehen, um die effektive Anwendung der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 71, vom 11. September 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, Rn. 34, und vom 12. März 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 50).
- 42 Weder die Richtlinie 89/665 noch die Richtlinie 92/13 enthalten aber Bestimmungen, die die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieses Rechtsschutzes konkret regeln. Der Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass die Richtlinie 89/665 nur die Mindestvoraussetzungen festlegt, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten (vgl. insbesondere Urteile vom 27. Februar 2003, *Santex* C-327/00, EU:C:2003:109, Rn. 47, vom 19. Juni 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, Rn. 45, und vom 30. September 2010, *Strabag u. a.*, C-314/09, EU:C:2010:567, Rn. 33).
- 43 Nach ständiger Rechtsprechung dürfen jedoch die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte, die das Unionsrecht den durch Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, die praktische Wirksamkeit der Richtlinien 89/665 und 92/13 nicht beeinträchtigen, deren Zweck es ist, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber Gegenstand einer wirksamen und möglichst raschen Nachprüfung sein können (vgl. insbesondere Urteile vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 72, vom 27. Februar 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, Rn. 51, und vom 3. März 2005, *Fabricom*, C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127, Rn. 42, Beschluss vom 4. Oktober 2007, *Conorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, Rn. 29, Urteile vom 12. März 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 40, und vom 6. Oktober 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, Rn. 47).

- 44 Es ist insbesondere darauf zu achten, dass weder die Wirksamkeit der Richtlinien 89/665 und 92/13 (vgl. Urteile vom 18. Juni 2002, HI, C-92/00, EU:C:2002:379, Rn. 58 und 59, und vom 11. Dezember 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, Rn. 40) noch der Schutz der Rechte, die das Unionsrecht Einzelnen einräumt, beeinträchtigt werden (Urteile vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 72, und vom 28. Januar 2010, *Uniplex [UK]*, C-406/08, EU:C:2010:45, Rn. 49).
- 45 Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2007/66, wie sich aus ihrem 36. Erwägungsgrund ergibt, und damit die Richtlinien 89/665 und 92/13, die durch sie geändert und vervollständigt wurden, im Einklang mit Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta die uneingeschränkte Achtung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren sicherstellen sollen.
- 46 Bei der Festlegung der Modalitäten gerichtlicher Nachprüfungsverfahren zum Schutz der Rechte, die die Richtlinien 89/665 und 92/13 den durch Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bieter einräumen, müssen die Mitgliedstaaten daher die Beachtung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewährleisten.
- 47 Im vorliegenden Fall schreiben die Art. 271¹ Abs. 1 bis 5 der OUG Nr. 34/2006 vor, dass jede Person, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnimmt und eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers vor dem CNSC oder unmittelbar bei einem Gericht anfechten will, als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Rechtsbehelfe zur Bestellung einer Wohlverhaltenssicherheit verpflichtet ist. Diese Sicherheit in Höhe eines Betrags, der 1% des geschätzten Werts des betreffenden öffentlichen Auftrags entspricht und dessen Obergrenze im Fall von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 25 000 Euro und im Fall von öffentlichen Bauaufträgen 100 000 Euro beträgt, ist durch Banküberweisung oder durch ein von einer Bank oder einer Versicherungsgesellschaft bereitgestelltes Sicherungsinstrument zugunsten des öffentlichen Auftraggebers zu stellen und muss mindestens 90 Tage gültig sein.
- 48 Nach 271² Abs. 4 und 5 der OUG Nr. 34/2006 muss diese Sicherheit jedoch spätestens fünf Tage nach dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung oder das Urteil bestands- oder rechtskräftig geworden ist, wieder herausgegeben werden, wenn der Beschwerde oder Klage stattgegeben wird, aber auch dann, wenn die Beschwerde oder die Klage zurückgenommen oder zurück- bzw. abgewiesen wird, weil der Einbehaltung der Sicherheit durch den öffentlichen Auftraggeber in Anbetracht der Urteile Nr. 5 vom 15. Januar 2015 und Nr. 750 vom 4. November 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) von diesem Zeitpunkt an die Rechtsgrundlage fehlt.
- 49 Wie die Generalanwältin in Nr. 37 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, stellt somit die Bestellung der Wohlverhaltenssicherheit als eine Voraussetzung dafür, einen Rechtsbehelf prüfen lassen zu können, eine Einschränkung des Rechts im Sinne von Art. 47 der Charta dar, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Eine solche Einschränkung kann nach Art. 52 Abs. 1 der Charta nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt dieses Rechts achtet und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist und den von der Europäischen Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. Urteil vom 4. Mai 2016, *Pillbox 38*, C-477/14, EU:C:2016:324, Rn. 160).
- 50 Es ist festzustellen, dass die gesetzliche Grundlage für die Wohlverhaltenssicherheit in den Ausgangsverfahren durch die OUG Nr. 34/2006 klar und genau festgelegt ist, so dass sie als durch das nationale Recht vorgesehen anzusehen ist (vgl. Urteile vom 27. Mai 2014, *Spasic*, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, vom 6. Oktober 2015, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648, Rn. 47, und vom 17. Dezember 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, Rn. 81). Im Übrigen lässt der Umstand, dass die Wohlverhaltenssicherheit den erheblichen Betrag von 25 000 Euro oder 100 000 Euro ausmachen kann, nicht den Schluss zu, dass die Verpflichtung, eine solche Sicherheit zu stellen,

den Wesensgehalt des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf beeinträchtigt, da diese Sicherheit unabhängig vom Ausgang des Nachprüfungsverfahrens vom öffentlichen Auftraggeber jedenfalls nicht einbehalten werden darf.

- 51 Es bleibt trotzdem zu überprüfen, ob die Wohlverhaltenssicherheit einer dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung entspricht und, wenn ja, ob sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta wahrt.
- 52 Nach Art. 271¹ Abs. 1 der OUG Nr. 34/2006 dient die Wohlverhaltenssicherheit dem Zweck, den öffentlichen Auftraggeber gegen die Gefahr „eines möglichen nicht konformen Verhaltens“ zu schützen. Die rumänische Regierung hat in ihren schriftlichen Erklärungen und während der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass es das Hauptziel der Wohlverhaltenssicherheit gewesen sei, für einen reibungslosen Ablauf der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu sorgen, indem die missbräuchliche Ausübung von Rechtsbehelfen und Verzögerungen bei der Auftragsvergabe verhindert würden.
- 53 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Abwehr missbräuchlicher Rechtsbehelfe, wie die Generalanwältin in Nr. 44 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ein legitimes Ziel ist, das nicht nur zur Erreichung der mit den Richtlinien 89/665 und 92/13 verfolgten Ziele, sondern auch generell zu einer ordnungsgemäßen Rechtspflege beiträgt.
- 54 Eine finanzielle Voraussetzung wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Wohlverhaltenssicherheit ist nämlich eine Maßnahme, die geeignet ist, von missbräuchlichen Beschwerden abzuschrecken, und die allen Beteiligten die Behandlung ihrer Rechtsbehelfe im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege im Einklang mit Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta innerhalb möglichst kurzer Fristen garantieren kann.
- 55 Jedoch muss, auch wenn das Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege die Auferlegung einer finanziellen Beschränkung für den Zugang einer Person zu einem Rechtsbehelf rechtfertigen kann, diese Beschränkung in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Dezember 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, Rn. 47 und 60).
- 56 Insoweit ist festzustellen, dass die Verpflichtung zur Bestellung der Wohlverhaltenssicherheit in ihrer jetzigen Fassung zwar eine weniger abschreckende Maßnahme als in ihrer ursprünglichen Fassung darstellt, da sie bei Rücknahme oder Zurückweisung des Rechtsbehelfs vom öffentlichen Auftraggeber nicht mehr automatisch und unbedingt einbehalten werden darf, aber sie trotzdem geeignet ist, das mit der rumänischen Regelung verfolgte Ziel der Abwehr missbräuchlicher Rechtsbehelfe zu erreichen.
- 57 Erstens bildet die Stellung der Wohlverhaltenssicherheit, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, für den Beschwerdeführer unabhängig davon eine finanzielle Belastung, ob er eine Banküberweisung vornimmt oder eine Bankgarantie stellt.
- 58 Die Höhe der Wohlverhaltenssicherheit wird in Form eines Prozentsatzes des herangezogenen Werts des öffentlichen Auftrags festgesetzt und kann im Fall von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu 25 000 Euro und im Fall von öffentlichen Bauaufträgen bis zu 100 000 Euro ausmachen.
- 59 Die Aufbringung eines Betrags dieser Höhe durch Banküberweisung und die Notwendigkeit, die erforderlichen Schritte für die Bestellung einer Bankgarantie zu ergreifen und die dafür anfallenden Kosten zu tragen, können die Beschwerdeführer zu einer gewissen Vorsicht bei der Erhebung ihrer Rechtsbehelfe veranlassen. Im Übrigen kann die Wohlverhaltenssicherheit, da sie die Mittel oder zumindest die Kreditmöglichkeiten der Beschwerdeführer bis zu ihrer Freigabe bindet, einen Anreiz bieten, im Rahmen der von ihnen eingeleiteten Verfahren im Einklang mit dem Gebot der

Schnelligkeit der Nachprüfungsverfahren in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 92/13 Sorgfalt walten zu lassen. Wie die rumänische Regierung in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche finanzielle Voraussetzung potenzielle Beschwerdeführer zu einer ernsthaften Bewertung ihres Interesses an der Einleitung eines Gerichtsverfahrens und ihrer Chance, zu obsiegen, veranlasst und sie somit von der Einreichung von Anträgen abschreckt, die offensichtlich unbegründet sind oder nur der Verzögerung des Vergabeverfahrens dienen (vgl. entsprechend Urteil vom 6. Oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, Rn. 73).

- 60 Zweitens ist nicht davon auszugehen, dass die bloße Verpflichtung, diese Sicherheit als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen zu stellen, über das hinausgeht, was zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels der Abwehr missbräuchlicher Rechtsbehelfe erforderlich ist, da nach den Urteilen Nr. 5 vom 15. Januar 2015 und Nr. 750 vom 4. November 2015 der Curte Constituțională (Verfassungsgerichtshof) die automatische und unbedingte Einbehaltung der Wohlverhaltenssicherheit durch den öffentlichen Auftraggeber und ihre Zahlbarkeit auf erstes Anfordern hin nicht mehr möglich sind.
- 61 Die Wohlverhaltenssicherheit bleibt mit einer Größenordnung von 1 % des Werts des öffentlichen Auftrags und einer Obergrenze je nach der Art des Auftrags mäßig (vgl. Urteil vom 6. Oktober 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, Rn. 58). Dies gilt insbesondere für Bieter, die normalerweise eine gewisse finanzielle Leistungsfähigkeit nachweisen müssen. Weiter kann diese Sicherheit jedenfalls in Form einer Bankgarantie gestellt werden. Sie muss schließlich nur für den Zeitraum von der Einreichung des Rechtsbehelfs bis zur endgültigen Entscheidung über ihn gestellt werden.
- 62 Schließlich hat die Curte de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) den Gerichtshof in ihrer Antwort auf dessen Ersuchen um Klarstellung hin ersucht, ihre Frage unter Berücksichtigung der Kumulierung der Wohlverhaltenssicherheit und der Teilnahmesicherheit, die der Bieter nach Art. 43¹ der OUG Nr. 34/2006 ebenfalls leisten muss, zu beantworten. Sie hat jedoch insoweit keine näheren Angaben zu der geltenden Regelung über die Teilnahmesicherheit oder zu ihrem Verhältnis zur Wohlverhaltenssicherheit gemacht. Unter diesen Umständen kann sich der Gerichtshof dazu nicht äußern.
- 63 Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 92/13 im Licht des Art. 47 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen, die die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen eine Handlung des öffentlichen Auftraggebers von der Bestellung der in dieser Regelung vorgesehenen Wohlverhaltenssicherheit durch den Beschwerdeführer zugunsten des öffentlichen Auftraggebers abhängig macht, nicht entgegenstehen, da diese Sicherheit dem Beschwerdeführer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zurückzuerstatten ist.

Kosten

- 64 Für die Parteien der Ausgangsverfahren sind die Verfahren ein Zwischenstreit in den bei den vorliegenden Gerichten anhängigen Rechtsstreitigkeiten; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieser Gerichte. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

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

Art. 1 Abs. 1 bis 3 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 und Art. 1 Abs. 1 bis 3 der 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 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung sind im Licht des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen, die die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen eine Handlung des öffentlichen Auftraggebers von der Bestellung der in dieser Regelung vorgesehenen Wohlverhaltenssicherheit durch den Beschwerdeführer zugunsten des öffentlichen Auftraggebers abhängig macht, nicht entgegenstehen, da diese Sicherheit dem Beschwerdeführer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zurückzuerstatten ist.

Unterschriften