Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GERARD HOGAN
vom 9. September 2021 [1]

Rechtssache C-497/20

Randstad Italia SpA
gegen
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

(Vorabentscheidungsersuchen der Corte suprema di cassazione [Kassationsgerichtshof, Italien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Richtlinie 89/665/EWG – Art. 1 – Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf – Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ein Nachprüfungsverfahren vorzusehen – Zugang zu Nachprüfungsverfahren – Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags – Widerklage des Zuschlagsempfängers – Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zur Beschränkung der Fälle, in denen eine Kassationsbeschwerde eingelegt werden kann – Art. 267 AEUV"

I. Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen wirft wichtige und in mancher Hinsicht neuartige Fragen danach auf, ob ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, einen weiteren Rechtsbehelf vorzusehen, wenn ein Berufungsgericht seinerseits das Unionsrecht fehlerhaft ausgelegt oder unrichtig angewandt hat. Es betrifft auch die Frage, (ob und) welche andere Abhilfe dem Geschädigten zur Verfügung steht, falls ein solcher Rechtsbehelf nicht gegeben ist.

2. Das Ersuchen betrifft insbesondere die Auslegung von Art. 4 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 EUV sowie von Art. 2 Abs. 1 und 2 und Art. 267 AEUV im Licht von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta). Es wirft auch Fragen auf nach der zutreffenden Auslegung von Art. 1 Abs. 1 und 3 sowie Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften

[1] Originalsprache: Englisch.

für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [2] in der u. a. durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 [3] geänderten Fassung.

3. Diese Vorlage erfolgt im Rahmen eines Verfahrens zwischen der Randstad Italia SpA (im Folgenden: Randstad) auf der einen und der Umana SpA, der Azienda USL (Unità Sanitaria Locale) Valle d'Aosta (örtliche Gesundheitsbehörde der Region Valle d'Aosta, Italien, im Folgenden: USL), der IN. VA SpA sowie der Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (im Folgenden: Synergie) auf der anderen Seite. In diesem Verfahren geht es zum einen um den Ausschluss von Randstad von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags und zum anderen um die Ordnungsmäßigkeit dieses Verfahrens.

4. Der Gerichtshof hat somit erneut auf Antrag eines italienischen Gerichts über die Tragweite der in Art. 1 der Richtlinie 89/665 niedergelegten Pflicht der Mitgliedstaaten zu entscheiden, eine wirksame Nachprüfung öffentlicher Aufträge sicherzustellen, wenn der Zuschlagsempfänger im Rahmen einer Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Widerklage gegen den nicht berücksichtigten Bieter erhebt.

5. Diese Vorlage erfolgt jedoch in einem besonderen und sensitiven Kontext, in dem einerseits der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) – zumindest zu dem Zeitpunkt, zu dem er über den betreffenden Rechtsstreit zu entscheiden hatte – gewisse Schwierigkeiten bei der Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser Frage zu haben scheint und in dem andererseits die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof, Italien) Zweifel am Umfang ihrer Zuständigkeit für Beschwerden gegen Urteile des Consiglio di Stato (Staatsrat) hat, wie sie kürzlich von der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) festgestellt wurde. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wird der Gerichtshof daher implizit aufgefordert, einen Konflikt zwischen den drei obersten italienischen Gerichten zu schlichten.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

6. Die Erwägungsgründe 17, 34 und 36 der Richtlinie 2007/66 lauten:

„(17) Ein Nachprüfungsverfahren sollte 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.

…

(34) … Entsprechend dem in [Art. 5 EUV] genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie bei gleichzeitiger Wahrung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten nicht über das für die Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.

…

[2] ABl. 1989, L 395, S. 33.

[3] ABl. 2007, L 335, S. 31.

(36) Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 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."

7. Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren") der Richtlinie 89/665 in ihrer geltenden Fassung lautet:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne 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 (ABl. 2014, L 94, S. 65)], sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 und 37 jener Richtlinie ausgeschlossen sind.

…

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24… beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1) fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f dieser Richtlinie auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können.

…

(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."

8. Art. 2 der Richtlinie 89/665 („Anforderungen an Nachprüfungsverfahren") bestimmt in den ersten beiden Absätzen:

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

a) so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören auch Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Durchführung jeder sonstigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen;

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.

(2) Die in Absatz 1 und in den Artikeln 2d und 2e genannten Befugnisse können getrennt mehreren Stellen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind."

B. Italienisches Recht

9. Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung bestimmt:

„Gegen die Entscheidungen des Consiglio di Stato [(Staatsrat)] und der Corte dei conti [(Rechnungshof)] ist die Kassationsbeschwerde nur aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen, zulässig."

10. Art. 360 Abs. 1 Nr. 1 des Codice di procedura civile (Zivilprozessordnung) bestimmt:

„In der Berufungsinstanz oder in einziger Instanz ergangene Urteile können mit Kassationsbeschwerde angefochten werden

1) aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen …".

11. Art. 362 Abs. 1 und 2 der Zivilprozessordnung bestimmt:

„(1) Mit Kassationsbeschwerde können … Entscheidungen eines besonderen Gerichts der Berufungsinstanz oder in einziger Instanz aus Gründen, welche die Zuständigkeit des Gerichts betreffen, angefochten werden …

(2) Im Kassationsverfahren kann jederzeit Folgendes geltend gemacht werden:

1) positive oder negative Zuständigkeitskonflikte zwischen besonderen Gerichten oder zwischen ihnen und ordentlichen Gerichten;

2) negative Zuordnungskonflikte zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem ordentlichen Gericht."

12. Art. 91 des Codice del processo amministrativo (Verwaltungsprozessordnung) bestimmt:

„Rechtsmittel zur Anfechtung von Urteilen [der Verwaltungsgerichte] sind die Berufung, die Wiederaufnahme, der Drittwiderspruch und aus Gründen, die ausschließlich die Zuständigkeit betreffen, die Kassationsbeschwerde."

13. Art. 110 dieses Gesetzes bestimmt:

„Kassationsbeschwerde gegen Urteile des Consiglio di Stato [(Staatsrat)] ist ausschließlich aus Gründen zulässig, welche die Zuständigkeit betreffen."

III. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

14. USL führte ein Ausschreibungsverfahren mit einem Wert von mehr als 12 000 000 Euro durch, um auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots einen Auftrag an eine Arbeitsagentur für die vorübergehende Bereitstellung von Personal zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber legte in den Ausschreibungsunterlagen fest, dass technische Angebote eine „Sperrschwelle" – festgesetzt auf 48 Punkte – überschreiten müssen und dass Wettbewerber, die unterhalb dieser Schwelle liegen, ausgeschlossen werden.

15. Acht miteinander konkurrierende Unternehmen beteiligten sich an der Ausschreibung, darunter Randstad, eine von Synergie und Umana gebildete zeitlich begrenzte Unternehmensvereinigung (im Folgenden: TAU) und die Gi Group Spa. Nach Prüfung der technischen Angebote unterzog der Vergabeausschuss nur die Angebote von TAU und Gi Group einer wirtschaftlichen Bewertung und schloss Randstad wegen Nichterreichens der Sperrschwelle aus. Der Auftrag wurde schließlich am 6. November 2018 an TAU vergeben.

16. Randstad klagte vor dem Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionales Verwaltungsgericht Valle d'Aosta, Italien) gegen ihren Ausschluss wegen Nichtüberschreitens der Sperrschwelle und gegen die Vergabe des Auftrags an TAU. Um zum Ausschreibungsverfahren wieder zugelassen zu werden, machte Randstad die Unangemessenheit der ihr zuerkannten Punktzahl, die Unbestimmtheit der Beurteilungskriterien, die fehlende Begründung der Bewertungen, die rechtswidrige Ernennung und Zusammensetzung der Vergabekommission sowie die fehlende Unterteilung der Ausschreibung in Lose geltend.

17. USL und TAU verteidigten diese Maßnahme und machten die Unzulässigkeit der Klagegründe von Randstad geltend: Sie waren der Ansicht, dass Randstad keine Klagebefugnis besitze, da sie jedenfalls vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei.

18. Mit Urteil vom 15. März 2019 wies das Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionales Verwaltungsgericht Valle d'Aosta) diese Unzulässigkeitseinrede zurück. Es war der Ansicht, Randstad habe die Voraussetzungen für das Vergabeverfahren erfüllt und daher rechtmäßig daran teilgenommen. Aufgrund der negativen Beurteilung ihres Angebots sei sie davon ausgeschlossen worden, weshalb sie zur Anfechtung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens berechtigt sei. Das Gericht prüfte alle Klagegründe und wies sie in der Sache zurück.

19. Gegen dieses Urteil des Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionales Verwaltungsgericht Valle d'Aosta) legte Randstad Berufung beim Consiglio di Stato (Staatsrat) ein und wiederholte ihr erstinstanzliches Vorbringen. Mit ihren gegen das Urteil des Regionalen Verwaltungsgerichts eingelegten Anschlussberufungen beanstandeten Synergie und Umana, dass das Gericht die Anträge von Randstad als zulässig behandelt und materiell geprüft habe, da sie ihrer Ansicht nach von einer Person gestellt worden seien, die wegen ihres Ausschlusses vom Vergabeverfahren nicht klagebefugt gewesen sei.

20. Mit Urteil vom 7. August 2019 wies der Consiglio di Stato (Staatsrat) den Hauptberufungsgrund, mit dem Randstad die Vergabe von unzureichenden Punkten angefochten hatte, zurück und gab den Anschlussberufungen statt. Insbesondere änderte der Consiglio di Stato (Staatsrat) das angefochtene Urteil teilweise ab und stellte fest, dass Randstad wegen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren nicht klagebefugt gewesen sei, weshalb das Regionale Verwaltungsgericht ihre anderen Klagegründe nicht in der Sache hätte prüfen dürfen.

21. Dem Consiglio di Stato (Staatsrat) zufolge war Randstad aufgrund ihres Ausschlusses nicht klagebefugt, da sie – wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer in diesem Sektor, der nicht am Vergabeverfahren teilgenommen habe – ein rein tatsächliches Interesse gehabt habe. Der Consiglio di Stato (Staatsrat) stützte sich auf eigene frühere Rechtsprechung, nach der ein Wettbewerber, wenn er vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde, nicht zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen befugt sei, es sei denn, er erwirke ein Feststellungsurteil über die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses.

22. Randstad legte beim vorlegenden Gericht Kassationsbeschwerde gegen das Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat) ein. Kassationsbeschwerdegegner sind Synergie, Umana und der öffentliche Auftraggeber.

23. Randstad macht geltend, dass das Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat) gegen Art. 362 Abs. 1 der italienischen Zivilprozessordnung und Art. 110 der italienischen Verwaltungsprozessordnung verstoße, da es – durch eine Maßnahme, deren Rechtmäßigkeit aufgrund ihrer gerichtlichen Anfechtung nicht endgültig festgestellt worden sei – einer vom Vergabeverfahren ausgeschlossenen Person die Klagebefugnis abgesprochen und ihr Interesse an der Geltendmachung von Rügen gegen das Vergabeverfahren selbst verneint habe. Dies stelle einen Verstoß gegen den in der Richtlinie 89/665 verankerten Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes und eine Verweigerung des Zugangs zu diesem Schutz dar, der gemäß Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung mittels Kassationsbeschwerde aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen, geltend gemacht werden könne.

24. Randstad stützt sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der auch die bloße Möglichkeit, aus der Klageerhebung einen – aus jedwedem Ergebnis bestehenden – Vorteil zu ziehen, wie etwa die Wiederholung des Vergabeverfahrens, geeignet sei, das Interesse und das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz zu begründen. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Die Kassationsbeschwerdegegner halten die Kassationsbeschwerde für unzulässig. Der fragliche Beschwerdegrund betreffe einen angeblichen Rechtsverstoß. Er sei kein Grund, der „die Zuständigkeit betreff[e]“, und könne daher nicht gegenüber der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) zur Begründung der Anfechtung eines Urteils des Consiglio di Stato (Staatsrat) geltend gemacht werden.

26. Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass in einem solchen Fall die in Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung genannte Kassationsbeschwerde zugelassen werden müsse. Die Wirksamkeit von Art. 267 AEUV würde beeinträchtigt, wenn das nationale Gericht daran gehindert würde, das Unionsrecht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs unmittelbar anzuwenden. In einem Fall wie dem vorliegenden sei eine Kassationsbeschwerde das letzte Mittel, um zu verhindern, dass ein (angeblich) gegen Unionsrecht verstoßendes Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat) Rechtskraft erlange.

27. Aus dem Urteil Nr. 6 der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) vom 18. Januar 2018 [4] zu Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung (im Folgenden: Urteil Nr. 6/2018) ergebe sich jedoch, dass es nach dem derzeitigen Stand des italienischen Verfassungsrechts, wie es in diesem Urteil ausgelegt werde, nicht zulässig sei, einen Verstoß gegen das Unionsrecht mit der Einrede

[4] Urteil vom 18. Januar 2018, Nr. 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

der fehlenden Zuständigkeit zu begründen. In diesem Urteil heißt es: „Die ‚Überschreitung der richterlichen Befugnis', die aus Gründen der Zuständigkeit [im Sinne des Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung] mit der Beschwerde beim Obersten Kassationsgerichtshof angefochten werden kann, bezieht sich, wie sie immer verstanden wurde, … ausschließlich auf zwei Arten von Fällen: solche, die durch eine absolut fehlende Zuständigkeit gekennzeichnet sind, d. h., wenn der Staatsrat oder der Rechnungshof seine Zuständigkeit in der der Legislative oder der Verwaltung vorbehaltenen Sphäre geltend macht (sog. Invasion oder Übergriff), oder wenn er im Gegenteil die Zuständigkeit in der irrigen Annahme verneint, dass der Gegenstand nicht seiner Zuständigkeit unterliegt (sog. Enthaltung), sowie die Fälle mit Zuständigkeitsfehlern, in denen ein Verwaltungsrichter oder ein Richter am Rechnungshof die Zuständigkeit für einen Gegenstand beansprucht, der einem anderen Gericht zugewiesen ist, oder im Gegenteil die Zuständigkeit in der irrigen Annahme verneint, dass sie anderen Gerichten zustehe." [5]

28. Das vorlegende Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass es, wenn es diesem Urteil der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) Folge leisten würde, die Kassationsbeschwerde von Randstad für unzulässig erklären müsste. Im Hinblick darauf fragt es sich, ob das Urteil Nr. 6/2018, wonach die Zuständigkeit der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) gemäß Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in Verwaltungssachen auf Fälle beschränkt sei, in denen geltend gemacht wird, dass der Consiglio di Stato (Staatsrat) die „äußeren Grenzen" seiner Zuständigkeit missachtet habe, gegen Unionsrecht verstößt.

29. Insoweit ist das vorlegende Gericht der Ansicht, dass der Consiglio di Stato (Staatsrat), wenn er nationale Rechtsvorschriften in einer Weise unzutreffend anwende oder auslege, die mit den Bestimmungen des Unionsrechts in der Auslegung durch den Gerichtshof unvereinbar sei, eine ihm nicht zustehende Zuständigkeit ausübe. In Wirklichkeit übe er eine Rechtsetzungsbefugnis aus, die nicht einmal der nationalen Legislative zustehe. Der Tatbestand der fehlenden Zuständigkeit und daher die Möglichkeit einer Beschwerde bei der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) sei daher gegeben. Dabei sei es unerheblich, ob das Urteil des Gerichtshofs, aus dem sich die Unvereinbarkeit zwischen der Anwendung oder Auslegung durch das nationale Gericht und dem Unionsrecht ergebe, vor oder nach dieser Anwendung oder Auslegung ergangen sei.

30. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass die ständige Rechtsprechung seiner eigenen Vereinigten Senate vor dem Urteil Nr. 6/2018 darin bestanden habe, dass im Fall einer Beschwerde gegen ein Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat) die Überprüfung der äußeren Grenzen der „Zuständigkeit" im Sinne von Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung sich nicht auf die Überprüfung der Auslegungsentscheidungen des Verwaltungsgerichts, die einfache Fehler „*in iudicando*" (in der Sache) oder „*in procedendo*" (in Bezug auf das Verfahren) beinhalten könnten, erstreckt hätte, es sei denn, es läge eine grundlegende Verfälschung der anwendbaren Vorschriften vor, die eine Rechtsverweigerung enthielten, wie z. B. ein Verfahrensfehler bei der Anwendung einer innerstaatlichen Verfahrensvorschrift, die bewirke, dass der betroffenen Partei der Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz verweigert werde, der durch unmittelbar anwendbare Bestimmungen des Unionsrechts gewährt werde.

[5] Urteil Nr. 6/2018, Rn. 15; abrufbar unter: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=6 (als englische Übersetzung auf der Internet-Webseite der Corte costituzionale [Verfassungsgerichtshof]: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206%20del%202018%20red.%20Coraggio%20EN.pdf).

31. Ein derartiger Ansatz sei mit den nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Ausübung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten erforderlichen Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität vereinbar. Das Urteil Nr. 6/2018 und die sich daraus ergebende Rechtsprechung seien dagegen mit diesen Grundsätzen unvereinbar.

32. Wie sich aus dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen ergibt, ist es für die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) auch wichtig, zu wissen, ob der vom Consiglio di Stato (Staatsrat) in dem angefochtenen Urteil verfolgte Ansatz mit den Urteilen vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), vereinbar ist. Dieser Aspekt des Rechtsstreits wirft zwei gesonderte Fragen auf.

33. Erstens fragt sich das vorlegende Gericht, ob die vom Gerichtshof bereits entwickelte Rechtsprechung zum Nachprüfungsrecht von Bietern, die von öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, auf einen Fall wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden übertragbar ist. Da zweitens der Consiglio di Stato (Staatsrat) ohne Begründung davon abgesehen habe, dem Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob die in den in der vorstehenden Nummer der vorliegenden Schlussanträge angeführten Urteilen enthaltenen Hinweise auf einen Fall wie den des Ausgangsverfahrens übertragbar sind, ist es nach Ansicht des vorlegenden Gerichts wichtig, dass es diese Frage nunmehr selbst dem Gerichtshof vorlegen könne.

IV. Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

34. Unter diesen Umständen hat die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) mit Entscheidung vom 7. Juli 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 30. September 2020, beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stehen Art. 4 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 EUV sowie Art. 2 Abs. 1 und 2 und Art. 267 AEUV auch im Licht von Art. 47 der Charta einer Auslegungspraxis wie jene betreffend Art. 111 Abs. 8 der Verfassung, Art. 360 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 362 Abs. 1 der Zivilprozessordnung sowie Art. 110 der Verwaltungsprozessordnung – soweit diese Bestimmungen die Kassationsbeschwerde gegen Urteile des Consiglio di Stato (Staatsrat) aus „Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen“, zulassen – entgegen, die aus dem Urteil der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) Nr. 6/2018 und der nachfolgenden nationalen Rechtsprechung hervorgeht, die in Abänderung der bisherigen Rechtsprechungslinie entschieden hat, dass das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde hinsichtlich der sogenannten „fehlenden Zuständigkeit“ nicht zur Anfechtung von Urteilen des Consiglio di Stato (Staatsrat) erhoben werden kann, die auf nationaler Ebene entwickelten Auslegungspraktiken folgen, die in Widerspruch zu Urteilen des Gerichtshofs in unionsrechtlich geregelten Bereichen (im vorliegenden Fall, in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge), in denen die Mitgliedstaaten auf die mit diesem Recht unvereinbare Ausübung ihrer Hoheitsrechte verzichtet haben, stehen, wodurch entgegen dem Erfordernis, dass das Unionsrecht unter Berücksichtigung der Beschränkung der „Verfahrensautonomie“ der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung von prozessualen Rechtsinstituten von jedem Gericht vollständig und umgehend, in verbindlicher Weise und in Übereinstimmung mit seiner korrekten Auslegung durch den Gerichtshof anzuwenden ist, Verstöße gegen das Unionsrecht, die mit dem zuvor

genannten Rechtsmittel korrigiert werden könnten, verfestigt werden sowie die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und der wirksame gerichtliche Rechtsschutz subjektiver, unionsrechtlich relevanter Rechtspositionen gefährdet werden?

2. Stehen Art. 4 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 EUV sowie Art. 267 AEUV, auch im Licht von Art. 47 der Charta, einer Auslegung und Anwendung von Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung, Art. 360 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 362 Abs. 1 der italienischen Zivilprozessordnung sowie Art. 110 der italienischen Verwaltungsprozessordnung entgegen, die aus der nationalen Rechtsprechungspraxis hervorgeht, nach der die Kassationsbeschwerde vor den Vereinigten Senaten aus „Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen", hinsichtlich der sogenannten „fehlenden Zuständigkeit" nicht zur Anfechtung von Urteilen des Consiglio di Stato (Staatsrat) erhoben werden kann, die bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über die Anwendung des Unionsrechts betreffende Fragen die Vorlage an den Gerichtshof ohne Begründung unterlassen, ohne dass die von diesem (ausgehend vom Urteil vom 6. Oktober 1982, Cilfit, C-283/81, EU:C:1982:335) abschließend aufgestellten und eng auszulegenden Voraussetzungen, die das nationale Gericht von der oben genannten Pflicht befreien, vorlägen, was in Widerspruch zu dem Grundsatz steht, nach dem nationale, wenn auch gesetzliche oder verfassungsrechtliche Verfahrensvorschriften oder -praktiken mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, die vorsehen, dass dem (letztinstanzlichen oder einem anderen) nationalen Gericht – auch vorübergehend – die Freiheit zur Vorlage entzogen wird, wodurch die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofs zur richtigen und verbindlichen Auslegung des Unionsrechts beschnitten wird, sich die etwaige zum Unionsrecht in Widerspruch stehende Auslegung des vom nationalen Gericht angewandten Rechts nicht ausräumen lässt (und deren Verfestigung begünstigt wird) sowie die einheitliche Auslegung und die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes für subjektive, sich aus dem Unionsrecht ergebende Rechtspositionen beeinträchtigt werden?

3. Sind die vom Gerichtshof in den Urteilen vom 5. September 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, und vom 4. Juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, hinsichtlich Art. 1 Abs. 1 und 3 sowie Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der Fassung der Richtlinie 2007/66 aufgestellten Grundsätze auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbar, in dem der Consiglio di Stato (Staatsrat), nachdem die Wettbewerberin den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und die Auftragsvergabe an ein anderes Unternehmen beanstandet hat, in der Sache nur den Klagegrund, mit dem das ausgeschlossene Unternehmen die für sein technisches Angebot vergebene, unter der „Sperrschwelle" liegende Punktzahl beanstandet, prüft und vorrangig die Anschlussberufungen des öffentlichen Auftraggebers und der Zuschlagsempfängerin prüft und diesen stattgibt sowie die anderen Hauptklagegründe, die das Ergebnis des Vergabeverfahrens aus anderen Gründen (Unbestimmtheit der Kriterien für die Beurteilung der Angebote im Lastenheft; fehlende Begründung der vergebenen Bewertung; rechtswidrige Ernennung und Zusammensetzung des Vergabeausschusses) beanstanden, für unzulässig erklärt (und deren Prüfung in der Sache unterlässt), und zwar in Anwendung einer nationalen Rechtsprechungspraxis, nach der das von einem Vergabeverfahren ausgeschlossene Unternehmen nicht zur Geltendmachung von Rügen zur Anfechtung der Auftragsvergabe an die Wettbewerberin – auch durch Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens – legitimiert sei, da zu prüfen wäre, ob die Wirkung, dass dem Unternehmen das Recht verwehrt wird, dem Gericht jedweden Grund für die Anfechtung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens zur Prüfung vorzulegen, mit dem Unionsrecht in einer Situation vereinbar ist, in der der Ausschluss des Unternehmens nicht endgültig festgestellt wurde und sich jeder Wettbewerber auf ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen

berufen kann, was zu der Feststellung, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen, sowie zur Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens führen kann, an dem jeder Bieter teilnehmen könnte?

35. Die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) hatte beantragt, das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen im beschleunigten Verfahren nach Art. 105 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs zu behandeln.

36. Zur Begründung seines Antrags hatte das vorlegende Gericht im Wesentlichen ausgeführt, dass es triftige Gründe für eine rasche Klärung verfassungsrechtlich bedeutsamer Fragen gebe. Die Anzahl der Berufungen gegen Urteile des Consiglio di Stato (Staatsrat) in unionsrechtlichen Rechtssachen, die bei der Corte di cassazione (Kassationsgerichtshof) anhängig seien, zeige, dass eine große Unsicherheit über den Umfang des gerichtlichen Schutzes der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte bestehe. Diese müsse insbesondere in einem Schlüsselbereich wie dem öffentlichen Auftragswesen ausgeräumt werden, um u. a. zu vermeiden, dass sich die nationale Rechtsprechung letztinstanzlicher Gerichte verfestige, der zahlreiche weitere Entscheidungen folgen könnten.

37. Am 21. Oktober 2020 hat der Präsident des Gerichtshofs nach Anhörung des Berichterstatters und des Generalanwalts beschlossen, den Antrag des vorlegenden Gerichts auf Durchführung eines beschleunigten Verfahrens abzulehnen. Am selben Tag hat der Präsident des Gerichtshofs außerdem entschieden, dass die vorliegende Rechtssache gemäß Art. 53 Abs. 3 der Verfahrensordnung mit Vorrang entschieden wird.

38. Schriftliche Erklärungen sind von Randstad, Umana, USL, Synergie, der italienischen Regierung und der Kommission eingereicht worden. Darüber hinaus haben Randstad, Umana, die italienische Regierung und die Kommission in der Sitzung vom 6. Juli 2021 mündliche Ausführungen gemacht.

V. Vorbemerkungen zum Kontext

39. Wie in der Einleitung dieser Schlussanträge bereits erwähnt, geht es in der vorliegenden Rechtssache zunächst um die Tragweite der in Art. 1 der Richtlinie 89/665 festgelegten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine wirksame Nachprüfung öffentlicher Aufträge in der besonderen Situation zu gewährleisten, in der vom Zuschlagsempfänger eine Widerklage erhoben wird. Die Vorlagefragen sind im Übrigen Teil einer breiteren Debatte zwischen den drei obersten italienischen Gerichten. Insoweit erscheint es vor genauerer Betrachtung der von der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) gestellten Fragen sinnvoll, die Analyse mit einer Darstellung sowohl der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesem Gegenstand als auch des italienischen verfahrensrechtlichen Kontexts zu beginnen.

A. Zusammenfassung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Richtlinie 89/665 bei Widerklage des Zuschlagsempfängers

40. Die Frage, wie nach der Richtlinie 89/665 zu verfahren ist, wenn gegen einen Bieter auf Ausschluss geklagt und Widerklage erhoben wird, ist nicht neu. Man kann meines Erachtens mit Recht sagen, dass die Frage der Klagebefugnis in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom Gerichtshof durch verschiedene Vorlagen eindeutig geklärt ist.

41. Erstens ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665, dass Nachprüfungen von Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber nur dann als wirksam angesehen werden können, wenn sie 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 [6].

42. Demgemäß hat in einer Situation, in der im Anschluss an ein Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe zwei Bieter Klage mit dem Ziel erheben, den Ausschluss des jeweils anderen zu erwirken, jeder der beiden Bieter ein Interesse daran, einen bestimmten Auftrag im Sinne der in der vorstehenden Nummer angeführten Bestimmungen zu erhalten. Zum einen kann nämlich der Ausschluss eines Bieters dazu führen, dass der andere den Auftrag unmittelbar im Rahmen desselben Verfahrens erhält. Zum anderen könnte im Fall eines Ausschlusses aller Bieter und der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens jeder von ihnen daran teilnehmen und auf diese Weise mittelbar den Auftrag erhalten [7].

43. Daraus folgt, dass die Widerklage des erfolgreichen Bieters nicht zur Abweisung der Nachprüfungsklage eines erfolglosen Bieters führen kann, wenn die Gültigkeit des von jedem der Wirtschaftsteilnehmer eingereichten Angebots im Rahmen desselben Verfahrens angefochten wird, da in einem solchen Fall jeder Mitbewerber ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des vom anderen eingereichten Angebots geltend machen kann, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen [8].

44. Zweitens hat der Gerichtshof auch darauf hingewiesen, dass die Zahl der Teilnehmer an dem betreffenden Vergabeverfahren sowie die Zahl der Teilnehmer, die Nachprüfungsverfahren eingeleitet haben, und die unterschiedlichen Rechtsgründe, auf die sich diese Teilnehmer berufen, für die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes, wonach die mit Klagen von Bietern verfolgten Interessen im Rahmen von wechselseitigen „Ausschlussklagen“ grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind, unerheblich sind [9].

45. Das bedeutet, dass dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn andere Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens Angebote abgegeben haben und wenn die wechselseitigen Ausschlussklagen von Parteien nicht solche Angebote betreffen, die schlechter gereiht wurden als die mit diesen wechselseitigen Ausschlussklagen angefochtenen Angebote [10]. Sollte die Klage des nicht berücksichtigten Bieters nämlich als begründet erachtet werden, könnte der Auftraggeber die Entscheidung treffen, das Verfahren zu annullieren und ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, weil die verbleibenden ordnungsgemäßen Angebote seinen Erwartungen nicht hinreichend gerecht werden [11].

6 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 25), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 23), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 22).

7 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 27), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 23).

8 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 24), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 24).

9 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 29), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 30).

10 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 26).

11 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 28).

46. Drittens hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang festgestellt, dass unter diesen Umständen die Zulässigkeit der Klage im Ausgangsverfahren nicht von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht werden kann, dass alle Angebote, die schlechter gereiht wurden als die des Bieters, unrechtmäßig sind, da andernfalls die Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 beeinträchtigt würde [12].

47. Das Besondere hierbei ist, dass jeder der Verfahrensbeteiligten ein berechtigtes Interesse an dem Ausschluss der Angebote der anderen Wettbewerber hat. Die Begründung hierfür ist, dass eine der Regelwidrigkeiten, die dem Ausschluss des Angebots sowohl des Zuschlagsempfängers als auch des Bieters, der die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers anficht, zugrunde lagen, auch die anderen im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen Angebote erfasst, was dazu führen kann, dass der öffentliche Auftraggeber gezwungen sein könnte, ein neues Verfahren einzuleiten [13].

48. Aus dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass die Zulässigkeit der Hauptklage nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass dieser Bieter nachweist, dass der öffentliche Auftraggeber gehalten wäre, das Vergabeverfahren zu wiederholen. Es reicht insoweit aus, dass diese Möglichkeit besteht [14].

49. Mit anderen Worten, ein Bieter, der von einem öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, muss das Recht haben, eine Nachprüfung der Entscheidung, ihn von dem Vergabeverfahren auszuschließen, sowie eine Nachprüfung anderer Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zu beantragen, sofern eine solche Nachprüfung zumindest *theoretisch* entweder zur Vergabe des Auftrags an den Kläger oder zu einem neuen Vergabeverfahren führen könnte [15].

50. Indem ich nun den im Rahmen der dritten Frage anzusprechenden Sachverhalt vorwegnehme, komme ich somit zu dem Schluss, dass, soweit der Consiglio di Stato (Staatsrat) in der zu beurteilenden Rechtssache anders entschieden hat, dies – objektiv gesehen [16] – eine fehlerhafte Anwendung der geltenden Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Klagebefugnis in Vergabeangelegenheiten darstellt. Diese Grundsätze zur Klagebefugnis – die notwendigerweise weit gefasst und liberal sind – dienen der wichtigen öffentlichen Zielsetzung, sicherzustellen, dass Unternehmen, die meinen, dass sie zu Unrecht oder in unfairer Weise vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden seien, diese Entscheidung anfechten können. Die Vergabebestimmungen sollen sicherstellen, dass öffentliche Gelder korrekt ausgegeben und öffentliche Aufträge auf der Grundlage objektiv vertretbarer Kriterien vergeben werden. Die fehlerhafte Anwendung dieser Bestimmungen über die Klagebefugnis ist daher nicht einfach ein technisches Versagen oder ein Fehler des nationalen Gerichts, sondern kann sich – mitunter weitreichend – auf die Effizienz und sogar auf die Integrität des gesamten Vergabeverfahrens auswirken.

51. Zwar erging das Urteil Lombardi (auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato hin) im September 2019, also etwa einen Monat nach dem in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat). Doch in Wirklichkeit hatte die

[12] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 29).

[13] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 28), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 27).

[14] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 29).

[15] Vgl. in diesem Sinne Ginter, C., Väljaots, T., „Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, S. 301 bis 306, insbesondere S. 303.

[16] Siehe hierzu den Vorbehalt in Nr. 78 der vorliegenden Schlussanträge.

bestehende Rechtsprechung des Gerichtshofs etwa in den Rechtssachen Fastweb und PFE bereits sehr klare Hinweise zu dieser allgemeinen Frage der Klagebefugnis in Vergabeangelegenheiten gegeben. Selbst wenn es innerhalb der verschiedenen Kammern des Consiglio di Stato (Staatsrat) echte Zweifel an der richtigen Anwendung dieser bereits bestehenden Rechtsprechung gegeben haben sollte – was im Urteil Lombardi sachgerecht festgehalten wird [17] –, war dieses Gericht als letztinstanzliches Gericht jedenfalls selbst zu einer Vorlage gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet.

B. Öffentliches Auftragswesen und Nachprüfungsverfahren in Italien

52. Vom Schema her gehören die Nachprüfungsverfahren in Italien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Es gibt zwei Stufen der Zuständigkeit: Die Tribunali amministrativi regionali (regionale Verwaltungsgerichte) befassen sich mit Streitfällen in erster Instanz, und eine Berufung kann dann beim Consiglio di Stato (Staatsrat) eingelegt werden.

53. Zusätzlich zu dieser „klassischen" Organisation sieht Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung vor, dass Kassationsbeschwerden gegen Entscheidungen des Consiglio di Stato (Staatsrat) zulässig sind, allerdings nur aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen.

54. Die Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) hat den Anwendungsbereich dieses besonderen Rechtsbehelfs vor der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) kürzlich im Urteil Nr. 6/2018 umschrieben. Wie bereits erläutert, bezieht sich gemäß diesem Urteil der Begriff „Überschreitung der Zuständigkeit" ausschließlich auf zwei Arten von Tatbeständen: solche, die durch gänzlich fehlende Zuständigkeit gekennzeichnet sind, d. h., wenn der Consiglio di Stato (Staatsrat) seine eigene Zuständigkeit in einem Bereich, der dem Gesetzgeber oder der Verwaltung vorbehalten ist, ausübt (sogenannte Invasion oder Übergriff) oder wenn er im Gegenteil die Zuständigkeit mit der irrigen Annahme, dass der Gegenstand seiner gerichtlichen Kontrolle absolut unzugänglich sei, verneint (sogenannte Enthaltung), sowie solche Fälle von fehlender Zuständigkeit, in denen ein Verwaltungsgericht die Zuständigkeit für einen einem anderen Gericht zugewiesenen Gegenstand in Anspruch nimmt oder im Gegenteil in der irrigen Annahme verneint, dass sie anderen Gerichten zustehe [18].

55. In demselben Urteil hat die Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) zudem zweierlei Klarstellungen vorgenommen: Zum einen kann das Eingreifen der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) bei der Überprüfung der Zuständigkeit „nicht mit der Verletzung von [Unionsrecht] begründet werden" [19]. Zum anderen sei es auch „unzulässig, Urteile [auf diesem Verfahrensweg] anzufechten, wenn ein Verwaltungsgericht … eine prozessuale oder materiell-rechtliche Vorschrift in der Weise ausgelegt hat, dass die gesamte materielle Begründetheit nicht zur Entscheidung steht" [20].

[17] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 13 bis 19).

[18] Vgl. in diesem Sinne Urteil Nr. 6/2018, Rn. 15. Vgl. die englische Fassung auf der in Fn. 5 der vorliegenden Schlussanträge angegebenen Internetseite.

[19] Urteil Nr. 6/2018, Rn. 14.1. Vgl. die englische Fassung auf der in Fn. 5 der vorliegenden Schlussanträge angegebenen Internetseite.

[20] Urteil Nr. 6/2018, Rn. 17. Vgl. die englische Fassung auf der in Fn. 5 der vorliegenden Schlussanträge angegebenen Internetseite.

VI. Würdigung

A. Erste Frage

56. Mit ihrer ersten Frage möchte die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) wissen, ob Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV, Art. 2 Abs. 1 und 2 AEUV und Art. 267 AEUV im Licht von Art. 47 der Charta einer Vorschrift wie Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in der Auslegung durch das Urteil Nr. 6/2018 entgegensteht, wonach eine Kassationsbeschwerde zur Anfechtung von Urteilen, in denen das Gericht zweiter Instanz eine auf nationaler Ebene entwickelte, aber im Widerspruch zu Urteilen des Gerichtshofs stehende Auslegungspraxis in Bereichen, die dem Unionsrecht unterliegen, angewandt hat, aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen, nicht zur Verfügung steht.

1. Für die Beantwortung der ersten Frage relevante Bestimmungen

57. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist es im Rahmen des in Art. 267 AEUV eingeführten Verfahrens der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof dessen Aufgabe, dem nationalen Gericht eine für die Entscheidung des bei diesem anhängigen Verfahrens Antwort zu erteilen. Hierzu hat der Gerichtshof die ihm vorgelegten Fragen gegebenenfalls umzuformulieren. Es ist nämlich Aufgabe des Gerichtshofs, alle Bestimmungen des Unionsrechts auszulegen, die die nationalen Gerichte benötigen, um die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, auch wenn diese Bestimmungen in den dem Gerichtshof von diesen Gerichten vorgelegten Fragen nicht ausdrücklich genannt sind [21].

58. Auch wenn das vorlegende Gericht seine erste Frage formal auf die Auslegung von Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV, Art. 2 Abs. 1 und 2 AEUV und Art. 267 AEUV im Licht von Art. 47 der Charta beschränkt hat, hindert dies demnach den Gerichtshof nicht daran, diesem Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts zu geben, die für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein können, und zwar unabhängig davon, ob es bei seiner Fragestellung darauf Bezug genommen hat. Der Gerichtshof hat insoweit aus dem gesamten von dem nationalen Gericht vorgelegten Material, insbesondere aus der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Ausgangsrechtsstreits einer Auslegung bedürfen [22].

59. Insoweit erscheint die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 und 2 AEUV sowie von Art. 267 AEUV in Anbetracht der im Vorabentscheidungsersuchen enthaltenen Angaben für eine sachdienliche Beantwortung der ersten Vorlagefrage nicht erforderlich, da sich diese Artikel auf Bestimmungen über die ausschließliche und die geteilte Zuständigkeit der Union bzw. auf den Vorabentscheidungsmechanismus beziehen. Demgegenüber zielen, wie aus ihrem 36. Erwägungsgrund hervorgeht, die Richtlinie 2007/66, und damit auch die durch sie geänderte und ergänzte Richtlinie 89/665, darauf ab, die uneingeschränkte Wahrung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein faires Verfahren gemäß Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta zu gewährleisten [23].

[21] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. April 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, Rn. 43).

[22] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. November 2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, Rn. 34), und vom 22. April 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, Rn. 50).

[23] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2016, Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 45).

60. In ähnlicher Weise spiegelt Art. 47 der Charta, soweit er auf die Mitgliedstaaten Anwendung findet, Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV wider und konkretisiert den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV [24]. Demgemäß steht nach ständiger Rechtsprechung erstens fest, dass „die Gerichte der Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV den gerichtlichen Schutz der Rechte zu gewährleisten haben, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen[, und dass zweitens mit] Art. 19 Abs. 1 EUV … den Mitgliedstaaten im Übrigen aufgegeben [wird], die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz *im Sinne von insbesondere Art. 47 der Charta* in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist“ [25]. Außerdem hat der Gerichtshof bereits darauf hingewiesen, dass die in Art. 19 Abs. 1 EUV festgelegte Verpflichtung der Mitgliedstaaten „dem in Art. 47 … der Charta verankerten Grundsatz [*entspricht*]“ [26].

61. Da es in diesem Zusammenhang unstrittig ist, dass es in Italien Nachprüfungsverfahren vor unabhängigen Gerichten gibt und es in der vorliegenden Auseinandersetzung nicht um die Schaffung eines Rechtsbehelfs, sondern um die Art und Weise geht, wie dieser Rechtsbehelf von den zuständigen Gerichten zu handhaben ist, sind auch Art. 4 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 EUV nicht einschlägig.

62. Daher bin ich der Ansicht, dass die erste Frage des vorlegenden Gerichts, wie von der Kommission vorgeschlagen [27], dahin zu verstehen ist, ob Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 im Licht von Art. 47 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung wie Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in der Auslegung durch das Urteil Nr. 6/2018 entgegensteht, wonach eine Kassationsbeschwerde aus Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen, nicht zur Verfügung steht, um Urteile, in denen das Gericht zweiter Instanz eine auf nationaler Ebene entwickelte, aber mit Urteilen des Gerichtshofs unvereinbare Auslegungspraxis angewandt hat, in Bereichen anzufechten, die dem Unionsrecht unterliegen.

2. Prüfungsrahmen: die Verfahrensautonomie nach Art. 47 der Charta

63. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ein Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens einzurichten, ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665. Gemäß deren Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 bzw. der Richtlinie 2014/23 fallende Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können.

64. Insoweit bestimmt Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 lediglich, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, 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.

[24] Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston in den verbundenen Rechtssachen Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:307, Fn. 32).

[25] Urteil vom 14. Juni 2017, Online Games u. a. (C-685/15, EU:C:2017:452, Rn. 54; Hervorhebung nur hier). Vgl. auch Urteil vom 2. März 2021, A.B. u. a. (Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Klagen) (C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 143).

[26] Urteil vom 27. September 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 58). Hervorhebung nur hier. Vgl. auch in diesem Sinne Urteil vom 16. Mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, Rn. 44).

[27] Schriftliche Erklärung der Kommission, Nrn. 35 und 39.

65. Mit anderen Worten, die Richtlinie 89/665 enthält keine spezifischen Bestimmungen über die Bedingungen, die für die Anwendung dieser Nachprüfungsverfahren gelten. Diese Richtlinie enthält nur die Mindestvoraussetzungen, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten [28]. Jedenfalls ist nicht zu bestreiten, dass die Richtlinie 89/665 keine spezifischen Bestimmungen über Rechtsbehelfe enthält, die eingerichtet werden können oder eingerichtet werden müssen.

66. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist es mangels einer einschlägigen Unionsregelung Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, die Modalitäten für das Verwaltungsverfahren und das Gerichtsverfahren zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen [29]. Diese Wahrung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wird im 34. Erwägungsgrund der Richtlinie 2007/66 ausdrücklich erwähnt und findet sich auch in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665.

67. Dementsprechend müssen die Mitgliedstaaten, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, bei der Festlegung detaillierter Verfahrensregeln für Klagen zum Schutz der Rechte, die die Richtlinie 89/665 den durch Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, die Beachtung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewährleisten [30].

68. Mit anderen Worten: Zwar behalten die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie 89/665 entsprechend ihrer Verfahrensautonomie die Möglichkeit, Vorschriften zu erlassen, die von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlich sein können. Gleichwohl müssen sie darauf achten, dass die sich aus dieser Richtlinie ergebenden Anforderungen, insbesondere hinsichtlich des Art. 47 der Charta zugrunde liegenden und durch ihn verbürgten gerichtlichen Rechtsschutzes, nicht vereitelt werden [31]. Das bedeutet, dass die Modalitäten eines Rechtsbehelfs, wie sie in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 vorgesehen sind, in Übereinstimmung mit Art. 47 der Charta und nicht durch Bezugnahme auf die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität bestimmt werden, „in denen die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den gerichtlichen Schutz der Einzelnen aus dem [Unionsrecht] erwachsenden Rechte zu gewährleisten, ihren Niederschlag findet“ [32]; diese Verpflichtung ist jetzt in Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 47 der Charta verankert [33].

69. Eine Einschränkung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta kann daher gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, wenn sie den Wesensgehalt dieses Rechts achtet und

[28] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, Rn. 52).

[29] Vgl. in Bezug auf die Richtlinie 89/665 das Urteil vom 12. März 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 39).

[30] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2016, Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 46).

[31] Vgl. in diesem Sinne in Bezug auf den Rahmenbeschluss 2002/584/JHA des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. 2002, L 190, S. 1) in der Fassung des Rahmenbeschlusses 2009/299/JHA des Rates vom 26. Februar 2009 (ABl. 2009, L 81, S. 24), Urteil vom 10. März 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, Rn. 58).

[32] Urteil vom 15. April 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, Rn. 47). Vgl. auch Urteile vom 18. März 2010, Alassini u. a. (C-317/08 bis C-320/08, EU:C:2010:146, Rn. 49), und vom 14. September 2016, Martínez Andrés und Castrejana López (C-184/15 und C-197/15, EU:C:2016:680, Rn. 59).

[33] Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in der Rechtssache Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, Nrn. 32 bis 35).

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 [34].

3. Anwendung der Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache

70. Im vorliegenden Fall betrifft die fragliche Vorschrift die Beschränkung des Rechts auf Kassationsbeschwerde auf Gründe, welche die Zuständigkeit betreffen. Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch, dass Art. 47 der Charta keine zwei Gerichtsinstanzen verlangt [35]. In der Tat gewährt der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfs nach dieser Bestimmung nicht das Recht auf Zugang zu zwei Gerichtsinstanzen, sondern nur zu einem Gericht [36].

71. Unter diesen Umständen kann die Tatsache, dass die dem nicht berücksichtigten Bieter zur Verfügung stehende Kassationsbeschwerde als dritte Instanz auf Fragen, welche die Zuständigkeit betreffen, beschränkt ist, für sich genommen sicherlich nicht als gegen des Unionsrecht verstoßend angesehen werden, auch wenn damit die Anfechtung eines Urteils unmöglich ist, in dem das Gericht der zweiten Instanz eine Auslegung des nationalen Rechts angewandt hat, die objektiv gesehen gegen Unionsrecht verstößt.

72. Das Unionsrecht hindert die Mitgliedstaaten nämlich grundsätzlich nicht daran, im Einklang mit dem Grundsatz der Verfahrensautonomie die Kassationsgründe zu beschränken oder unter Bedingungen zu stellen, sofern die in Art. 47 der Charta vorgesehenen Garantien gewahrt bleiben [37]. Stellen aber die nationalen Verfahrensvorschriften sicher, dass das Recht auf Prüfung der Begründetheit der Klage des Bieters durch das Gericht der ersten Instanz und gegebenenfalls in der Berufungsinstanz gewahrt wird [38], ist die fragliche Verfahrensvorschrift nicht geeignet, die Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 oder die Anforderungen von Art. 47 der Charta zu beeinträchtigen.

73. Der Vollständigkeit halber möchte ich noch hinzufügen, dass jedenfalls dann, wenn eine Verfahrensvorschrift wie die über die Begrenzung des Rechts auf Kassationsbeschwerde, um die es im Ausgangsverfahren geht, als eine Beschränkung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta anzusehen wäre, es sich doch um eine Maßnahme handelt, die zum einen „gesetzlich“ vorgesehen und zum anderen geeignet ist, von missbräuchlichen Beschwerden abzuschrecken, und die allen Beteiligten die Behandlung

[34] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2016, Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 49).

[35] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, Rn. 57), und vom 26. September 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels) (C-175/17, EU:C:2018:776, Rn. 34). Angemerkt sei, dass auch die am 4. November 1950 in Rom unterzeichnete Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) zumindest in Zivilsachen bis heute kein Recht auf eine zweite gerichtliche Instanz begründet oder verlangt.

[36] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17. Juli 2014, Sánchez Morcillo und Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, Rn. 36), vom 11. März 2015, Oberto und O'Leary (C-464/13 und C-465/13, EU:C:2015:163, Rn. 73), vom 19. Juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, Rn. 57), vom 26. September 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels) (C-175/17, EU:C:2018:776, Rn. 34), und vom 29. Juli 2019, Bayerische Motoren Werke und Freistaat Sachsen/Kommission (C-654/17 P, EU:C:2019:634, Rn. 51).

[37] Vgl. in diesem Sinne (mit Bezug auf die Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz und nicht auf Art. 47 der Charta) Urteil vom 17. März 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, Rn. 27).

[38] Vgl. zu dieser Anforderung Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 33).

ihrer Rechtsbehelfe im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege im Einklang mit Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta innerhalb möglichst kurzer Fristen garantieren kann [39]. Schließlich geht die betreffende Regelung nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

74. Art. 47 der Charta verlangt natürlich die Schaffung eines Rechtsbehelfs, der sowohl nach den Rechtsvorschriften als auch in der Praxis Wirksamkeit entfaltet [40]. Wenn aber einerseits der Zugang zu einem „Gericht" im Sinne von Art. 47 der Charta ohne Schwierigkeiten gewährleistet ist und andererseits das nationale Recht diesem „Gericht" die Zuständigkeit für die Prüfung des Rechtsstreits in der Sache verleiht – wie es das Urteil des Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionales Verwaltungsgericht Valle d'Aosta) in der vorliegenden Rechtssache zeigt –, können weder die Richtlinie 89/665 noch Art. 47 der Charta dahin ausgelegt werden, dass sie eine weitere Rechtsmittelinstanz erfordern, um eine fehlerhafte Anwendung dieser Vorschriften durch das Berufungsgericht zu beheben.

75. In der Tat muss man sich, wie mehrere Verfahrensbeteiligte angemerkt haben, fragen, was geschehen würde, wenn das Gericht der dritten Instanz seinerseits die Auslegung des Gerichts der zweiten Instanz bestätigen würde. Würde dann Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 im Licht von Art. 47 der Charta die Einrichtung einer vierten Ebene der Zuständigkeit erfordern? Diese Frage beantwortet sich von selbst. Meines Erachtens muss die Lösung für eine fehlerhafte Anwendung des Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht in anderen Verfahrensarten gefunden werden, wie z. B. in einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV [41] oder z. B. in einer Klage wie in der Rechtssache Francovich [42], die die Möglichkeit bieten, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Weg einen gerichtlichen Schutz der dem Einzelnen durch das Unionsrecht anerkannten Rechte zu erlangen [43].

4. Weitere Anmerkungen zur Francovich-Rechtsprechung und zur Notwendigkeit ihrer Weiterentwicklung

76. Tatsächlich ist die Frage, welche Rechtsbehelfe Randstad unter den gegebenen Umständen zur Verfügung stehen könnten, in der mündlichen Verhandlung ausführlich erörtert worden, da die konkrete Entscheidung des Consiglio di Stato (Staatsrat) – der die Beschwerde aus Gründen der fehlenden Klagebefugnis zurückwies – kaum Fürsprecher hatte.

77. In der mündlichen Verhandlung wurde die Ansicht geäußert, dass sich Randstad vielleicht auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 stützen könne, der die Gewährung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Vergabeverfahren vorsieht. Obwohl es streng genommen nicht notwendig ist, diesen Punkt zu entscheiden, scheint es mir, dass sich diese Bestimmung lediglich auf die Zuständigkeit der nationalen Gerichte bezieht, bei Verstößen

[39] Vgl. in diesem Sinne (in Bezug auf eine Wohlverhaltenssicherheit) Urteil vom 15. September 2016, Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 54). Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 dahin ausgelegt hat, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die von den öffentlichen Auftraggebern in den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge getroffenen Entscheidungen wirksam und insbesondere möglichst rasch auf Verstöße gegen das Vergaberecht der Union oder die dieses Recht umsetzenden nationalen Vorschriften hin überprüft werden können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. März 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 50), vom 15. September 2016, Star Storage u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 39), und vom 29. Juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, Rn. 50).

[40] Vgl. in diesem Sinne (zu den Art. 6 und 13 EKMR), Varga, Z., „National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts", *CML Rev.*, 2017, Bd. 54, S. 52 bis 80, insbesondere S. 75.

[41] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 4. Oktober 2018, Kommission/Frankreich (Vorauszahlung) (C-416/17, EU:C:2018:811).

[42] Urteil vom 19. November 1991, Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428).

[43] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. März 2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, Rn. 67 bis 69), und vom 29. Juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, Rn. 64).

gegen Vergabevorschriften durch einen *öffentlichen Auftraggeber* Schadensersatz auf der Grundlage einer verschuldensunabhängigen Haftung zuzusprechen, und nicht auf die unrichtige Anwendung des unionsrechtlichen Vergaberechts durch ein Gericht. Es wurde auch die Ansicht vertreten, dass für einen Schadensersatzanspruch gemäß dem Urteil Francovich eine Haftung des italienischen Staates wegen Nichtanwendung des Unionsrechts durch die Justiz dieses Staates gegeben sein könnte.

78. Hierzu ist festzustellen, dass die genauen Umstände, unter denen der Consiglio di Stato (Staatsrat) in diesem Punkt gegen Randstad entschieden hat, nicht ganz klar sind. Für den Fall, dass Randstad in der Folge eine anderweitige Klage erhebt, wäre es Sache des zuständigen nationalen Gerichts, diese Frage zu prüfen und zu beurteilen, warum der Consiglio di Stato (Staatsrat), *wie es den Anschein hat*, die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Klagebefugnis im öffentlichen Auftragswesen nicht angewandt hat oder, sofern dieses Gericht Zweifel hatte, warum es (als letztinstanzliches Gericht) nicht die entsprechende Vorlage nach Art. 267 AEUV veranlasst hat. Möglicherweise gibt es eine Erklärung für die Entscheidung des Consiglio di Stato (Staatsrat) in dieser Frage.

79. Gleichwohl möchte ich bei dieser Gelegenheit anmerken, dass die Francovich-Rechtsprechung meines Erachtens noch einmal mit neuem Blick im Licht der Anforderungen von Art. 47 der Charta gelesen und gegebenenfalls in diesem Licht weiterentwickelt werden sollte. Aus dem Urteil vom 5. März 1996, Brasserie du pêcheur und Factortame (C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79) (im Folgenden: Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame), ergibt sich klar, dass ein Mitgliedstaat bei einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht schadensersatzpflichtig ist, wenn er „die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat“ [44].

80. Die Schwierigkeit bei der praktischen Anwendung dieses Kriteriums besteht jedoch darin, dass eindeutiges Fehlverhalten durch Mitgliedstaaten (einschließlich Fehler eines Gerichts) zu oft und vielleicht zu leicht mit der Begründung entschuldigt wird, dass solche Fehler in gutem Glauben begangen wurden oder unter den gegebenen Umständen anderweitig entschuldbar waren oder dass sie jedenfalls nicht „offenkundig und erheblich“ seien. Erwägungen richterlicher Höflichkeit oder des Respekts vor ehrwürdigen nationalen Gerichtseinrichtungen sollten aber nicht dazu führen, dass man sich scheut, solche Fehler als „offenbar und erheblich“ im Sinne des Urteils Brasserie du pêcheur und Factortame zu benennen, wenn dies gerechtfertigt ist. Die Bereitschaft oder Neigung, offenbare und erhebliche Fehler eines Mitgliedstaats bei der Anwendung des Unionsrechts dadurch zu entschuldigen, dass die Schwere solcher Fehler heruntergespielt wird, wäre an sich schon die klare Verweigerung eines wirksamen Rechtsbehelfs für Rechtsuchende nach Art. 47 der Charta, insbesondere dann, wenn die Nichtanwendung von eindeutig geltendem Unionsrecht, objektiv betrachtet, realistischerweise nicht gerechtfertigt ist oder anderweitig entschuldigt werden kann. Zwar befindet sich die Anwendbarkeit des Urteils Francovich im vorliegenden Fall zwangsläufig immer im Blickfeld, doch wird die Frage zu einem späteren Zeitpunkt zu klären sein, da sie im vorliegenden Verfahren nicht direkt aufgeworfen worden ist.

81. Gleichzeitig ist jede Bereitschaft, Fehler der Mitgliedstaaten zu entschuldigen, nur ein schwacher Trost für einen Rechtsuchenden, wenn die Verfügbarkeit einer „Francovich-Klage“ in der Praxis übermäßig erschwert wird. Zusammenfassend ist festzustellen, dass dann, wenn die Nichtanwendung der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs durch ein

[44] Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame (Rn. 55).

Rechtsmittelgericht, gegen dessen Entscheidungen kein weiteres Rechtsmittel eingelegt werden kann, als solche keine Schadensersatzklage aufgrund der Kriterien der „offenbaren und erheblichen Überschreitung“ begründet, diese Kriterien – die noch aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Charta stammen – selbst weiter verfeinert werden müssen. Wenn das Versprechen in Art. 47 der Charta keine leere Worthülse sein soll, muss eine derartige Nichtanwendung der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs durch ein letztinstanzliches Gericht eine Haftung des betreffenden Mitgliedstaats nach französischem Vorbild begründen. Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass ein Verstoß gegen das Unionsrecht jedenfalls dann hinreichend qualifiziert ist, wenn „die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs offenkundig verkannt worden ist“ [45].

82. All dies erinnert an den Fall der Sherlock-Holmes-Geschichte mit dem Hund, der nicht bellt [46]. In diesem Sinne ist das generelle Fehlen von Rechtsprechung zu diesem Thema aufschlussreich [47]. Das ist an sich schon ein Indiz dafür, dass diese Irrtümer und Fehler in der Praxis zu leicht entschuldigt werden und dass für viele, deren Unionsrechte nicht gesichert sind, ein Francovich-Rechtsschutz eher Illusion als Wirklichkeit bleibt. Dies ist ein weiterer Grund, warum die Kriterien „offenkundig und erheblich“ im Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame möglicherweise einer Neubewertung bedürfen, damit das Unionsrecht von den Gerichten der Mitgliedstaaten mit dem angemessenen Maß an Nachdruck durchgesetzt wird, auch wenn die besonderen Faktoren, die der Gerichtshof im Urteil vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), in Bezug auf die Haftung für Justizirrtum herausgearbeitet hat, nämlich „die Besonderheit der richterlichen Funktion“ sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit, berücksichtigt werden sollten [48]. Dennoch ist das Urteil Francovich gleichsam ein Hund, den man bellen lassen muss, denn genau dieses Bellen sollte uns warnen, dass die Rechte, die das Unionsrecht gewährleisten und schützen sollte, durch nationale Justizirrtümer – mitunter geräuschlos – beeinträchtigt werden.

83. Hinzu kommt, dass es im besonderen Kontext eines Verstoßes gegen das Vergaberecht in gewisser Weise als ein Widerspruch erscheint, dass die Richtlinie 89/665 für Fehler eines öffentlichen Auftraggebers eine Art verschuldensunabhängiger Haftung begründet, wohingegen für die Haftung für einen nationalen Justizirrtum bei der Nachprüfung des Vergabeverfahrens weiterhin eine unerreichbar hohe Schwelle gelten soll.

84. Ich für meinen Teil bin jedenfalls der Ansicht, dass sich das Recht seit dem Urteil vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), in gewissem Maße weiterentwickelt hat. Angesichts des nachfolgenden Inkrafttretens von Art. 47 der Charta halte ich es aus den bereits genannten Gründen für erforderlich, dass sich die Prüfung darauf zu beziehen hat, ob der betreffende Rechtsirrtum *objektiv* entschuldbar war. Ohne eine derartige Prüfung besteht die reale Gefahr, dass die Anwendung der im Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame aufgestellten Kriterien in der Praxis dazu führt, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Justizirrtums übermäßig erschwert werden würde, so dass diese Haftungsvoraussetzungen nur unter ganz besonderen Umständen erfüllt sein dürften.

[45] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 56), und vom 25. November 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, Rn. 52).

[46] „The Adventure of the Silver Blaze“ in Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes*, London, 1892.

[47] Vgl. allgemein, Beutler, B., „State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?“, *CML Rev.*, 46, 2009, S. 773 bis 787.

[48] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 53).

5. Ergebnis zur ersten Frage

85. Zusammenfassend bin ich daher der Ansicht, dass Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 im Licht von Art. 47 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung wie der des Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in der Auslegung durch das Urteil Nr. 6/2018 nicht entgegensteht, wonach eine Kassationsbeschwerde aus Gründen „fehlender Zuständigkeit" nicht zur Verfügung steht, um Urteile anzufechten, in denen das Gericht zweiter Instanz eine auf nationaler Ebene entwickelte Auslegungspraxis angewandt hat, die aber objektiv im Widerspruch zu Urteilen des Gerichtshofs in Bereichen steht, die dem Unionsrecht unterliegen.

86. Die Lösung für eine fehlerhafte Anwendung von Unionsrecht durch ein letztinstanzliches Gericht muss in anderen Verfahrensarten gefunden werden, wie z. B. in einer Vertragsverletzungsklage gemäß Art. 258 AEUV oder in der Möglichkeit, den Staat haftbar zu machen, um auf diese Weise Rechtsschutz für die durch das Unionsrecht anerkannten Rechte zu erhalten.

B. Zweite Frage

87. Mit ihrer zweiten Frage möchte die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) wissen, ob Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 267 AEUV im Licht von Art. 47 der Charta den Bestimmungen über Kassationsbeschwerden aus „Gründen, welche die Zuständigkeit betreffen", in einer Auslegung und Anwendung entgegenstehen, wonach eine Kassationsbeschwerde bei den Vereinigten Kammern der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) nicht zur Anfechtung eines Urteils eingelegt werden kann, in dem der Consiglio di Stato (Staatsrat) ohne Begründung von einem Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof abgesehen hat, obwohl die Voraussetzungen nicht gegeben sind, die ein nationales Gericht von dieser Verpflichtung entbinden, wie sie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 6. Oktober 1982, Cilfit u. a. (283/81, EU:C:1982:335), festgelegt hat.

88. Dieser Frage liegt der Gedanke zugrunde, dass ein nationales Gericht nicht, auch nicht nur vorübergehend, daran gehindert werden darf, ein Vorabentscheidungsersuchen einzureichen, weil dadurch die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofs für die korrekte und verbindliche Auslegung des Unionsrechts beschnitten und die einheitliche Anwendung und der wirksame gerichtliche Schutz der Rechte, die der Einzelne aufgrund des Unionsrechts genießt, beeinträchtigt würde.

89. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) im einleitenden Teil des Vorabentscheidungsersuchens in Bezug auf die zweite Vorlagefrage eine zusätzliche Frage aufwirft, die im Wortlaut der dann gestellten Vorlagefrage nicht zum Ausdruck kommt. Aus Rn. 50 des Vorabentscheidungsersuchens geht nämlich hervor, dass die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) neben der formell gestellten Vorlagefrage auch den Ansatz in Frage stellt, wonach sie nicht selbst unmittelbar zu einem Vorabentscheidungsersuchen befugt sei.

90. Da dieses Thema in der dann vorgelegten Frage nicht angesprochen wird, werde ich mich kurzfassen. Zudem ist die Antwort auf diese Frage nicht zweifelhaft. Es ist ständige Rechtsprechung, dass Art. 267 AEUV den nationalen Gerichten ein unbeschränktes Recht zur Vorlage an den Gerichtshof gibt, wenn sie der Auffassung sind, dass eine bei ihnen anhängige Rechtssache Fragen der Auslegung oder der Gültigkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen

aufwirft, über die diese Gerichte im konkreten Fall entscheiden müssen [49]. Wird die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) rechtswirksam angerufen, können die nationalen Verfahrensvorschriften folglich die ihr nach Art. 267 AEUV zukommenden Befugnisse und Pflichten nicht beeinträchtigen [50].

91. Davon abgesehen, und damit komme ich zur zweiten ausdrücklich gestellten Frage, bin ich nicht der Ansicht, dass die nationalen Verfahrensvorschriften wie die fragliche Vorschrift über die Beschränkung der Kassationsbeschwerde auf Fragen, welche die Zuständigkeit betreffen, um mit dem Unionsrecht vereinbar zu sein, notwendigerweise dahin auszulegen sind, dass sie eine Kassationsbeschwerde zulassen, wenn ein erstinstanzliches Gericht oder ein Gericht, gegen dessen Entscheidungen nach nationalem Recht kein Rechtsmittel eingelegt werden kann, dem Gerichtshof eine Frage nicht zur Vorabentscheidung vorlegt.

92. Da es nämlich Sache der nationalen Gerichte ist, das Unionsrecht anzuwenden, fällt ihnen zwangsläufig als Ersten die Aufgabe der Auslegung zu. Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, erfüllen die nationalen Gerichte in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof die Aufgabe, die ihnen gemeinsam übertragen ist, um die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung der Verträge zu sichern [51]. Aus dem durch die Verträge geschaffenen Rechtsprechungssystem – insbesondere aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 267 AEUV, auf die das vorlegende Gericht verweist – ergibt sich, dass der Gerichtshof kein Monopol für die Auslegung des Unionsrechts hat, sondern vielmehr die ausschließliche Zuständigkeit für die *verbindliche* Auslegung des Unionsrechts besitzt [52].

93. Die Pflicht der nationalen Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, den Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen, beruht auf der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten als den mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten Gerichten und dem Gerichtshof, die mit dem Ziel eingerichtet wurde, die ordnungsgemäße Anwendung und einheitliche Auslegung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen [53].

94. Was Art. 267 AEUV ermöglicht, ist also die Eröffnung eines Dialogs zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten [54]. Wie bereits in den vorliegenden Schlussanträgen ausgeführt, räumt diese Bestimmung den nationalen Gerichten nach ständiger Rechtsprechung ein weites Ermessen bei der Anrufung des Gerichtshofs ein, wenn sie der Auffassung sind, dass ein bei ihnen anhängiges Verfahren Fragen nach der Auslegung von Vorschriften des Unionsrechts oder der Prüfung ihrer Gültigkeit aufwirft, die für die

[49] Vgl. in diesem Sinne neben anderen Urteile vom 16. Dezember 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, Rn. 88), vom 15. Januar 2013, Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 64), und vom 2. März 2021, A.B. u. a. (Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Klagen) (C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[50] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, Rn. 32). Der Umstand, dass sowohl der Consiglio di Stato (Staatsrat) als auch die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) in ein und demselben Rechtsstreit als verpflichtet angesehen werden könnten, den Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen, ist insoweit unerheblich. Vielmehr muss in diesem Fall, wenn ein Gericht wie der Consiglio di Stato (Staatsrat) den Gerichtshof nicht angerufen hat, ein Gericht wie die Vereinigten Kammern der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) die Frage selbst dem Gerichtshof vorlegen (vgl. in diesem Sinne in einem Kontext, in dem zwei Gerichte verpflichtet sein können, den Gerichtshof anzurufen, Urteil vom 4. November 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, Rn. 30).

[51] Vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/09 (Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems) vom 8. März 2011 (EU:C:2011:123, Rn. 69) und Urteil vom 27. Februar 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, Rn. 33).

[52] Vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/17 vom 30. April 2019 (EU:C:2019:341, Rn. 111).

[53] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Oktober 1982, Cilfit u. a. (283/81, EU:C:1982:335, Rn. 7), und vom 9. September 2015, X und van Dijk (C-72/14 und C-197/14, EU:C:2015:564, Rn. 54).

[54] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. März 2021, A.B. u. a. (Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Klagen) (C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 90).

Entscheidung des bei ihnen anhängigen Verfahrens erforderlich sind [55]. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass dann, wenn gegen die Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaats kein Rechtsbehelf nach nationalem Recht gegeben ist, dieses Gericht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV *grundsätzlich* verpflichtet ist, den Gerichtshof anzurufen, wenn sich in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts stellt [56].

95. In diesem besonderen durch Art. 267 AEUV geschaffenen System der Zusammenarbeit ist es daher nicht erlaubt, dass eine Vorschrift des nationalen Rechts ein nationales Gericht daran *hindert*, dieses Ermessen auszuüben oder dieser Pflicht nachzukommen [57]. Mit anderen Worten besteht die *Mindestanforderung* darin, dass das vom nationalen Verfahrenssystem für die Entscheidung von Fragen im Zusammenhang mit dem Unionsrecht vorgesehene Gericht – wie in diesem Fall die Tribunali amministrativi regionali (regionale Verwaltungsgerichte) und der Consiglio di Stato (Staatsrat) im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – die Möglichkeit, wenn nicht sogar die Pflicht, haben müsse, eine Vorabentscheidung einzuholen. Ist dies der Fall, so ist es allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung zu tragen hat, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen [58]. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es, wie kürzlich von Generalanwalt Bobek erläutert, zum Grundgedanken der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf diesem Gebiet gehört, sicherzustellen, dass nationale Verfahrensvorschriften der Geltendmachung unionsrechtlicher Fragen nicht entgegenstehen, wobei ein Vorabentscheidungsersuchen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens gestellt werden kann [59].

96. Wie sich jedoch bei der Prüfung der dritten Frage der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) ergeben wird, ist zwar klar, dass der Consiglio di Stato (Staatsrat) den Gerichtshof hätte anrufen müssen, wenn er Zweifel am Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 in der zuvor vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung gehabt hätte, jedoch gab es keine nationale Verfahrensvorschrift, die ihn daran gehindert hätte, diesen Dialog mit dem Gerichtshof einzuleiten.

97. Meines Erachtens kann die unterlassene Vorlage einer Frage an den Gerichtshof zur Vorabentscheidung daher zu einer materiellen Rechtswidrigkeit (aufgrund der fehlerhaften Anwendung des Unionsrechts, das vom nationalen Gericht unzutreffend ausgelegt wurde) und/oder zu einer verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit (aufgrund der unterlassenen Vorlage einer Frage an den Gerichtshof zur Vorabentscheidung, obwohl das betreffende Gericht dazu verpflichtet war) führen, was aber nicht als eine Frage der Zuständigkeit im Sinne des Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung anzusehen sein sollte. Wie ich am Ende meiner Untersuchung der ersten Vorlagefrage erwähnt habe, muss, selbst wenn diese Lösungen nicht optimal sind, die Antwort auf eine fehlerhafte Anwendung des Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht – und ich füge hier hinzu, einschließlich der Verpflichtungen nach

[55] Vgl. die in Fn. 49 angeführte Rechtsprechung.

[56] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Oktober 2018, XC u. a. (C-234/17, EU:C:2018:853, Rn. 43). Vgl. auch mit anderen Formulierungen Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn.32), und vom 2. März 2021, A.B. u. a. (Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Klagen) (C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 92).

[57] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 32 und 33), und vom 2. März 2021, A.B. u. a. (Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Klagen) (C-824/18, EU:C:2021:153, Rn. 93).

[58] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. September 2015, X und van Dijk (C-72/14 und C-197/14, EU:C:2015:564, Rn. 57).

[59] Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Bobek in der Rechtssache Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, Nr. 27).

Art. 267 AEUV – in anderen Verfahrensarten gefunden werden, wie z. B. einer Vertragsverletzungsklage oder der Möglichkeit, den Staat auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, um Rechtsschutz für die Rechte des Einzelnen zu erwirken.

98. In Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre, wie ich bereits ausgeführt habe, die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats beeinträchtigt wird [60].

99. Im Einklang mit den vorstehenden Erwägungen komme ich daher zu dem Ergebnis, dass Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 267 AEUV im Licht von Art. 47 der Charta einer Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Kassationsbeschwerde aus Gründen der Zuständigkeit, wonach eine Kassationsbeschwerde vor den Vereinigten Kammern der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) zur Anfechtung eines Urteils, in dem der Consiglio di Stato (Staatsrat) es ohne Begründung unterlässt, dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen, nicht zur Verfügung steht, nicht entgegenstehen.

C. Dritte Frage

100. Mit ihrer dritten Frage möchte die Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) wissen, ob die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 und 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung, die sich aus den Urteilen des Gerichtshofs vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), ergibt, im Ausgangsverfahren Anwendung findet.

101. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Rechtfertigung für ein Vorabentscheidungsersuchen nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen liegt, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits über das Unionsrecht erforderlich ist [61].

102. Da ich jedoch in Bezug auf die erste Vorlagefrage zu dem Ergebnis gekommen bin, dass die in Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in der Auslegung durch das Urteil Nr. 6/2018 vorgesehene Beschränkung der Zuständigkeit der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof) nicht gegen Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 und Art. 47 der Charta verstößt, ergibt sich, dass das vorlegende Gericht für die Prüfung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 89/665 im Ausgangsverfahren keine Befugnis besitzt. Ich möchte diese Frage dennoch für den Fall prüfen, dass der Gerichtshof anders entscheiden sollte.

103. Zur Erinnerung: Im Ausgangsverfahren wendet sich Randstad gegen ihren Ausschluss von einem Ausschreibungsverfahren und gegen die Vergabe des Auftrags an ein anderes Unternehmen. Der Consiglio di Stato (Staatsrat) prüfte in materieller Hinsicht jedoch nur den Berufungsgrund, mit dem Randstad die für ihr technisches Angebot vergebenen Punkte, die

[60] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 33), und vom 9. September 2015, Ferreira da Silva e Brito u. a. (C-160/14, EU:C:2015:565, Rn. 47).

[61] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Oktober 2019, A u. a. (C-70/18, EU:C:2019:823, Rn. 73).

unter der „Sperrschwelle“ lagen, beanstandete, und vorrangig die Anschlussberufungen des öffentlichen Auftraggebers und des Zuschlagsempfängers. Er gab diesen Anschlussberufungen statt, ohne die übrigen Berufungsgründe zu prüfen, mit denen Randstad das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens aus anderen Gründen als denjenigen, die sich auf die für ihr technisches Angebot vergebenen Punkte bezogen, angefochten hatte.

104. In den Vorbemerkungen zu diesen Schlussanträgen habe ich bereits die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Tragweite der in Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 niedergelegten Verpflichtung, ein Nachprüfungsverfahren vorzusehen, in dem besonderen Kontext der Erhebung einer Widerklage durch den Zuschlagsempfänger dargelegt. An dieser Stelle kann daher festgestellt werden, dass das Kriterium, das für die Verpflichtung des Gerichts zur Prüfung der Berufung der Rechtsmittelführerin maßgebend ist, darin besteht, dass jeder der Verfahrensbeteiligten ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der von den anderen Wettbewerbern eingereichten Angebote hat. Das bedeutet, dass sich nicht ausschließen lässt, dass eine der Unregelmäßigkeiten, die den Ausschluss sowohl des Angebots des Zuschlagempfängers als auch des Angebots des Bieters, der die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers anficht, rechtfertigen, auch die anderen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens eingereichten Angebote unwirksam macht, was dazu führen kann, dass der öffentliche Auftraggeber ein neues Verfahren einleiten muss [62].

105. Der Gerichtshof hat sich in diesem Punkt besonders deutlich geäußert: „Die Zulässigkeit der Hauptklage kann nicht von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht werden, dass alle Angebote, die schlechter gereiht wurden als die des Bieters, der die Klage erhoben hat, ebenfalls unrechtmäßig sind, da andernfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 beeinträchtigt würde [oder] dass dieser Bieter nachweist, dass der öffentliche Auftraggeber gehalten wäre, das Vergabeverfahren zu wiederholen. *Es reicht insoweit aus, dass diese Möglichkeit besteht*.“ [63] Einem Bieter, dessen Angebot vom öffentlichen Auftraggeber von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, kann der Zugang zu einer Nachprüfung der Entscheidung über die Vergabe des öffentlichen Auftrags nur dann verweigert werden, wenn die Entscheidung über den Ausschluss dieses Bieters durch eine rechtskräftige Entscheidung bestätigt wurde, bevor das mit der Nachprüfung der Vergabeentscheidung befasste Gericht seine Entscheidung getroffen hat, so dass dieser Bieter als endgültig von dem in Rede stehenden Vergabeverfahren ausgeschlossen anzusehen ist [64].

106. Im Ausgangsverfahren ist erstens unstreitig, dass Randstad noch nicht endgültig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war, als sie ihre Berufung beim Consiglio di Stato (Staatsrat) einlegte. Zweitens ergibt sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen, dass Randstad als einen der Gründe für ihre Wiederzulassung zum Ausschreibungsverfahren die Rechtswidrigkeit der Ernennung und der Zusammensetzung des für die Durchführung der wirtschaftlichen Bewertung zuständigen Vergabeausschusses geltend gemacht hat. Sollte es diese Unregelmäßigkeiten gegeben haben, würden diese Gründe den Ausschluss sowohl des Angebots des Zuschlagempfängers als auch des Angebots des Bieters, der die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers angefochten hat, rechtfertigen und würden auch die anderen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens eingereichten Angebote ungültig machen, was dazu führen könnte, dass der öffentliche Auftraggeber ein neues Verfahren einleiten muss.

[62] Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 28), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 27).

[63] Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 29). Hervorhebung nur hier.

[64] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).

107. Unter diesen Umständen halte ich es für eindeutig, dass der durch die Rechtsprechung aufgestellte und bestätigte Grundsatz, auf den das vorlegende Gericht verweist, im Ausgangsverfahren anwendbar war. Der Consiglio di Stato (Staatsrat) hätte daher das Rechtsschutzinteresse von Randstad, die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens und damit der Entscheidung über die Auftragsvergabe sowohl in der ersten Instanz als auch im Rechtsmittelverfahren anzufechten, anerkennen bzw. im Fall von Zweifeln dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorlegen müssen.

VII. Ergebnis

108. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Corte suprema di cassazione (Kassationsgerichtshof, Italien) vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 1 Abs. 1 und 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 u. a. durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist im Licht von Art. 47 der Charta dahin auszulegen, dass er einer Vorschrift wie Art. 111 Abs. 8 der italienischen Verfassung in der Auslegung durch das Urteil Nr. 6/2018 nicht entgegensteht, wonach eine Kassationsbeschwerde aus Gründen, die die Zuständigkeit betreffen, nicht zur Verfügung steht, um Urteile anzufechten, in denen das Gericht zweiter Instanz eine auf nationaler Ebene entwickelte Auslegungspraxis angewandt hat, die im Widerspruch zu Urteilen des Gerichtshofs in Bereichen steht, die dem Unionsrecht unterliegen.

   Die Lösung für die fehlerhafte Anwendung des Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht muss in anderen Verfahrensarten gefunden werden, z. B. in einer Vertragsverletzungsklage gemäß Art. 258 AEUV oder in der Möglichkeit, den Staat haftbar zu machen, um Rechtsschutz für die durch das Unionsrecht anerkannten Rechte des Einzelnen zu erwirken.

2. Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 267 AEUV stehen im Licht von Art. 47 der Charta einer Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Kassationsbeschwerde aus Gründen, die die Zuständigkeit betreffen, nicht entgegen, wonach es ausgeschlossen ist, eine Kassationsbeschwerde bei den Vereinigten Kammern der Corte di cassazione (Kassationsgerichtshof) zur Anfechtung eines Urteils einzulegen, in dem der Consiglio di Stato (Staatsrat) es ohne Grund unterlässt, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

   Hilfsweise:

3. Die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 und 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung in den Urteilen des Gerichtshofs vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), und vom 5. September 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), ist im Ausgangsverfahren anwendbar, in dem die Entscheidung über den Ausschluss des unterlegenen Bieters nicht durch eine Entscheidung bestätigt worden war, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des mit

der Nachprüfung der Vergabeentscheidung befassten Gerichts rechtskräftig geworden war, und in dem dieser Bieter einen Klagegrund geltend gemacht hatte, der dazu führen konnte, dass der öffentliche Auftraggeber ein neues Verfahren hätte einleiten müssen.