

**Rechtssache C-332/20**

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

**Eingangsdatum:**

22. Juli 2020

**Vorlegendes Gericht:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

13. Februar 2020

**Berufungsklägerinnen:**

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

**Berufungsbeklagte:**

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Der Rechtsstreit betrifft die Rechtmäßigkeit der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, der eine Bietergemeinschaft zweier Unternehmen von einem Vergabeverfahren zur Auswahl des privaten Gesellschafters in einer neu zu gründenden öffentlich-privaten Gesellschaft mit der Begründung ausgeschlossen hat, dass seine eigene mittelbare Beteiligung an einer dieser beiden Gesellschaften dazu geführt habe, dass die auf 51 % festgelegte Obergrenze für die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers selbst an der neu zu gründenden öffentlich-privaten Gesellschaft überschritten worden sei.

**Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlageentscheidung**

Auslegung der Richtlinien 2014/23/EU [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94,

S. 1)], 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)] und 2014/25/EU [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243)] sowie von Art. 107 AEUV im Hinblick auf die italienischen Rechtsvorschriften, die die öffentliche Beteiligung an gemischt öffentlich-privaten Gesellschaften beschränken.

Art. 267 AEUV.

### **Vorlagefragen**

1. Ist es mit dem [Unions]recht und mit der richtigen Auslegung der Erwägungsgründe 14 und 32, von Art. 12 und 18 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 30 der Richtlinie 2014/23/EU sowie im Hinblick auf Art. 107 AEUV vereinbar, dass zur Bestimmung der Untergrenze von 30 % für die Beteiligung des privaten Gesellschafters an einer zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft – einer Grenze, die vom nationalen Gesetzgeber in Umsetzung der in diesem Bereich von der Unionsrechtsprechung festgelegten [unionsrechtlichen] Grundsätze als angemessen erachtet wurde – ausschließlich die formalen/aktenkundigen Beteiligungsverhältnisse des oben genannten Gesellschafters zu berücksichtigen sind, oder kann – bzw. muss sogar – die Verwaltungsstelle, die die Ausschreibung durchführt, ihre mittelbare Beteiligung an dem am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter berücksichtigen?

2. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Ist es folgerichtig und mit den [unionsrechtlichen] Grundsätzen, insbesondere mit dem Grundsatz des Wettbewerbs, der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit, vereinbar, dass die Verwaltungsstelle, die die Ausschreibung durchführt, den am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter, dessen tatsächliche Beteiligung an der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft aufgrund der festgestellten unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Beteiligung in Wirklichkeit weniger als 30 % beträgt, vom Verfahren ausschließen kann?

### **Angeführte Vorschriften des Unionsrechts**

Richtlinie 2014/24/EU, insbesondere Erwägungsgründe 14 und 32 sowie Art. 12 und 18

Richtlinie 2014/23/EU, insbesondere Art. 3 und 30

Urteil des Gerichtshofs vom 15. Oktober 2009, C-196/08, Acoset

Urteil des Gerichtshofs vom 22. Dezember 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen [in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP) (ABl. 2008, C 91, S. 4)] vom 12. April 2008

Grünbuch [zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen (KOM/2004/0327 endg.)] der Europäischen Kommission vom 30. April 2004

Art. 106 AEUV

### **Angeführte nationale Vorschriften**

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 175 vom 19. August 2016, „Vereinheitlichter Text der Rechtsvorschriften über Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung“), insbesondere die nachstehenden Artikel.

Art. 4 legt die Ziele fest, die von öffentlichen Verwaltungsstellen bei der Gründung von Gesellschaften, an denen sie sich beteiligen, verfolgt werden können: Zum einen muss es sich um Gesellschaften handeln, die Tätigkeiten zum Zweck haben, die zur Verfolgung der institutionellen Ziele der staatlichen Stelle unbedingt erforderlich sind. Zum anderen müssen die durchzuführenden Tätigkeiten unter jene fallen, die in Abs. 2 ausdrücklich genannt sind, d. h. insbesondere: a) Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse, einschließlich der Errichtung und Verwaltung der Netze und Anlagen, die diese Dienstleistungen unterstützen; b) Planung und Errichtung eines öffentlichen Bauwerks auf Grundlage einer Programmvereinbarung zwischen öffentlichen Verwaltungsstellen; c) Errichtung und Verwaltung eines öffentlichen Bauwerks oder Organisation und Verwaltung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse im Wege eines Partnerschaftsvertrags.

Art. 7 Abs. 5 bestimmt, dass die privaten Gesellschafter gemäß Art. 5 Abs. 9 des Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 vom 18. April 2016, [Gesetzbuch über öffentliche Aufträge]) durch Vergabeverfahren vorab ausgewählt werden, während Art. 17 Abs. 2 vorsieht, dass „[d]er private Gesellschafter ... die in Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften vorgesehenen Eignungsvoraussetzungen hinsichtlich der Tätigkeit, für die die Gesellschaft gegründet wurde, erfüllen [muss]“. Diese Eignungsvoraussetzungen (allgemeine und besondere, technischer und wirtschaftlich-finanzieller Natur) müssen in der Ausschreibung angegeben werden.

Art. 17 Abs. 1 sieht vor, dass „[i]n den Gesellschaften mit gemischt öffentlich-privater Beteiligung ... der Anteil der Beteiligung der Privatperson nicht weniger

als 30 % betragen [kann], und deren Auswahl ... über ein Vergabeverfahren [erfolgt] ..., das gleichzeitig die Übernahme oder den Erwerb des Gesellschaftsanteils durch den privaten Gesellschafter und die Vergabe des Auftrags oder Konzessionsvertrags, der den ausschließlichen Gegenstand der Tätigkeit der gemischten Gesellschaft darstellt, betrifft“.

### **Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens**

- 1 Die Stadt Rom, genannt Roma Capitale (Hauptstadt Rom, Italien), führte eine Ausschreibung für die Auswahl des privaten Gesellschafters und für die Vergabe des unter die Zuständigkeit von Roma Capitale fallenden integrierten Schuldienstes an eine gemischt öffentlich-private Aktiengesellschaft durch, wobei sie die Beteiligung von Roma Capitale auf 51 % und jene des privaten Gesellschafters auf 49 % festlegte sowie bestimmte, dass Letzterer das gesamte Betriebsrisiko zu tragen habe.
- 2 An der Ausschreibung nahm u. a. die zu gründende Bietergemeinschaft aus der Roma Multiservizi s.p.a. und der Rekeep s.p.a. teil, die jedoch mit der Begründung ausgeschlossen wurde, dass an der Roma Multiservizi s.p.a. zu 51 % die AMA s.p.a. beteiligt sei, deren Kapital zur Gänze der öffentliche Auftraggeber selbst, Roma Capitale, halte. Bei Zusammenrechnung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung wäre Roma Capitale daher an der zu gründenden öffentlich-privaten Gesellschaft tatsächlich zu 73,5 % und somit in Überschreitung der in der Ausschreibung festgelegten Grenze von 51 % beteiligt gewesen.
- 3 Mit zwei gesonderten Klagen beehrten die Roma Multiservizi s.p.a. und die Rekeep s.p.a. vor dem Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien) die Nichtigerklärung der Ausschlussmaßnahme. Beide Gesellschaften beantragten hilfsweise, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, damit dieser die nationale Regelung über die Auswahl des privaten Gesellschafters in einer zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft richtig auslege.
- 4 Das Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium) wies beide Klagen als unbegründet ab. Beide Gesellschaften legten beim vorlegenden Gericht Berufung ein und wiederholten den Antrag, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

### **Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens**

Die Berufungsklägerinnen haben ähnliche Argumente vorgebracht. Insbesondere hat die Roma Multiservizi s.p.a. geltend gemacht, dass:

a) die Ausschreibung nicht ausdrücklich festgelegt habe, dass der Anteil von 49 % des privaten Geschafters nicht auch mit einer mittelbaren öffentlichen Beteiligung erreicht werden könne;

b) die Ausschlussmaßnahme jedenfalls gegen den Grundsatz des abschließenden Charakters der Ausschlussklauseln verstoßen habe.

### **Kurze Darstellung der Begründung der Vorlageentscheidung**

- 5 Das vorliegende Gericht erläutert zunächst die genannte italienische Vorschrift, die die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU umsetzt und u. a. die gemischt öffentlich-privaten Gesellschaften regelt. Diese Vorschrift hat festgelegt, dass die öffentliche Verwaltung für die Verwaltung bestimmter Tätigkeiten zwischen der „In-House“-Verwaltung mittels einer Gesellschaft, die sie zur Gänze besitzt, und der Gründung einer gemischten Gesellschaft wählen kann, wobei die Vorschrift für das letztere Modell eine detaillierte Regelung aufstellt, damit es mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Hierdurch wurde den Bedenken Rechnung getragen, die in der Unionsrechtsprechung gegen die frühere nationale Regelung geäußert wurden, die den Gesellschaften mit überwiegender oder gänzlicher (unmittelbarer oder mittelbarer) staatlicher oder öffentlicher Beteiligung die Möglichkeit vorbehielt, mit der öffentlichen Verwaltung – ohne Ausschreibung – Vereinbarungen über Tätigkeiten oder Dienstleistungen zu schließen. Zur Begründung dieser Bedenken wurde nämlich ausgeführt, dass die unmittelbare Vergabe der Dienstleistung an die gemischte Gesellschaft geeignet sein könne, den Grundsatz des freien Wettbewerbs zu umgehen. Dieser Grundsatz könne nur insofern Ausnahmen unterliegen, als diese in angemessener Weise durch die Notwendigkeit, eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erfüllen – d. h., wie im „Grünbuch“ der Europäischen Kommission vom 30. April 2004 ausgeführt, im Hinblick auf eine gewinnbringende öffentlich-private Partnerschaft –, gerechtfertigt seien.
- 6 In dieser Hinsicht ist die (Gewinnerzielungs-)Absicht der gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft zu bestimmen und von jener der öffentlichen Verwaltung, die unbestreitbar öffentlich ist, abzugrenzen. Dies führt dazu, dass die Tätigkeit der gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft und die von ihr angebotenen Dienstleistungen Zugangsvoraussetzungen unterliegen, die eine ausschließlich private Person als nicht vorteilhaft erachten würde. Die Obergrenze von 70 % für die öffentliche Beteiligung an der gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft zeigt somit den Punkt auf, bei dessen Überschreitung die Tätigkeit der Gesellschaft den Wettbewerb am Markt beeinträchtigen würde, weil dieser bestimmte Marktsektor wenig attraktiv wäre und es dem privaten Geschafter der gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft ermöglicht würde, das wirtschaftliche Risiko der Beteiligung an diesem Unternehmen unverhältnismäßig zu beschränken (auf unter 30%). Im Übrigen geht die gemischt öffentlich-private Gesellschaft, an der ein privater, durch Ausschreibung mit zweifachem Gegenstand ausgewählter Geschafter beteiligt ist, auf die vom Gerichtshof (Urteil vom 15. Oktober

2009, C-196/08, Acoset) als richtig anerkannte Rechtsfortbildung des Consiglio di Stato (Staatsrat), dem vorliegenden Gericht im Ausgangsverfahren, zurück.

- 7 Außerdem kann auch im Licht des geltenden Unionsrechts davon ausgegangen werden, dass:
- a) die Entscheidung einer öffentlichen Verwaltungsstelle, eine gemischt öffentlich-private Gesellschaft zu gründen, ein typischer Ausdruck des Ermessensspielraums ist, den das Gesetz dieser Verwaltungsstelle zur Wahrnehmung der öffentlichen Interessen, deren Schutz ihr zugewiesen ist, gewährt;
  - b) der private Gesellschafter, der im Wege einer öffentlichen Ausschreibung auszuwählen ist, angesichts der spezifischen Rolle, die er bei der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks übernehmen muss, operativ tätig und nicht bloß Kapitalgeber sein muss; im Übrigen ist die Beteiligung des privaten Gesellschafters für die Verfolgung der Zwecke von allgemeinem Interesse gerade dadurch gerechtfertigt, dass innerhalb der öffentlichen Verwaltungsstelle die notwendigen Kenntnisse fehlen, über die der private Gesellschafter verfügt;
  - c) die Beteiligung des privaten, operativ tätigen Gesellschafters angemessen bzw. geeignet sein muss, um die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zu ermöglichen. Diese Angemessenheit wurde vom nationalen Gesetzgeber gerade im Hinblick auf die Beachtung der Grundsätze des Unionsrechts mit dem Mindestbeteiligungsanteil von 30 % festgelegt, so dass eine unter dieser Grenze liegende Beteiligung an sich ungeeignet ist, um die Verfolgung des Gesellschaftszwecks tatsächlich zu ermöglichen;
  - d) dementsprechend die öffentliche Beteiligung an der gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft nicht mehr als 70 % betragen darf.
- 8 Zur Entscheidung des Rechtsstreits ist zu klären, ob für die Einhaltung der richtigen Beteiligungsquoten der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft (nicht mehr als 70 % hinsichtlich der öffentlichen Beteiligung, nicht weniger als 30 % für die Beteiligung des privaten Gesellschafters) allein die Rechtsnatur des privaten Gesellschafters (der in „formaler“ Hinsicht eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ist) oder, wenn bei diesem eine öffentliche Kapitalbeteiligung vorliegt, auch die „materielle“ Seite dieser Beteiligung zu berücksichtigen ist. Im ersten Fall würden – wie von den Berufungsklägerinnen vorgebracht – die Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer und das Diskriminierungsverbot sowie der allgemeinere Grundsatz der Freiheit privater unternehmerischer Initiative bevorzugt. Im zweiten Fall bestünde, wenn die öffentliche Kapitalbeteiligung nicht berücksichtigt würde, die Gefahr der Umgehung der genannten nationalen Regelung, und es könnte eine Situation der Marktineffizienz eintreten und gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen

werden, da es einem privaten Gesellschafter ermöglicht würde, ungerechtfertigterweise von den Vorteilen der öffentlichen Beteiligung zu profitieren. Im letzteren Fall müsste die Entscheidung einer öffentlichen Verwaltungsstelle (im vorliegenden Fall Roma Capitale), die die Beteiligungsverhältnisse der Partner, die eine Teilnahme am Verfahren zur Auswahl des Gesellschafters einer zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft beabsichtigen, im Konkreten prüft und entscheidet, einen Teilnehmer, an dem die Verwaltungsstelle selbst in erheblichem Umfang beteiligt ist, auszuschließen, mit den nationalen Verfassungsprinzipien und den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effizienz, Effektivität, Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit in Zusammenschau mit den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsverbots vereinbar sein. Durch die Wahl der einen oder der anderen Auslegung lässt sich der Rechtsstreit in einer Weise oder in völlig entgegengesetzter Weise entscheiden, weshalb die dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegende Frage von Bedeutung ist.

ARBEITSDOKUMENT