

Rechtssache C-2019/19

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

Eingangsdatum:

11. März 2019

Vorlegendes Gericht:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

16. Januar 2019

Klägerin:

Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura

Beklagte:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Parteien des Ausgangsrechtsstreits

Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit der der klagenden Stiftung die Aufnahme in die nationale Liste der Rechtssubjekte verweigert wurde, die an Ausschreibungen teilnehmen dürfen, mit denen lokale Behörden Dienstleistungen vergeben, die die Seismologie und die Einteilung des Hoheitsgebiets auf der Grundlage des seismischen Risikos betreffen und zur Kategorie „Architektur- und Ingenieurdienstleistungen“ gehören

Gegenstand und rechtlicher Rahmen der Vorlageentscheidung

Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften, mit denen die Wirtschaftsteilnehmer, die an Ausschreibungen zur Vergabe bestimmter Leistungen (im vorliegenden Fall: „Architektur- und Ingenieurdienstleistungen“) teilnehmen dürfen, wegen ihrer Rechtsform beschränkt werden (im vorliegenden Fall: Ausschluss von Körperschaften, die keine Gewinnerzielungsabsicht haben und in der Form bestimmter Gesellschaften gegründet sind), mit der Richtlinie 2014/24/EU

Art. 267 Abs. 2 AEUV

Vorabentscheidungsfrage

Steht der 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit ihren Art. 19 Abs. 1 und 80 Abs. 2 einer Vorschrift wie Art. 46 des Decreto Legislativo n. 50 (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50) vom 18. April 2016, mit dem Italien die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU in seine innerstaatliche Rechtsordnung umgesetzt hat, entgegen, der es nur den Wirtschaftsteilnehmern, die in den dort angegebenen Rechtsformen gegründet wurden, gestattet, an Ausschreibungen für die Vergabe von „Architektur- und Ingenieurdienstleistungen“ teilzunehmen, so dass die Wirtschaftsteilnehmer, die solche Leistungen unter einer anderen Rechtsform erbringen, von der Teilnahme an solchen Ausschreibungen ausgeschlossen sind?

Angeführte Bestimmungen des Unionsrechts

14. Erwägungsgrund, Art. 19 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 2 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

Angeführte nationale Vorschriften

Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 vom 18. April 2016 – Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge):

- Art. 3 Abs. 1 Buchst. p, der „Wirtschaftsteilnehmer“ als eine natürliche oder juristische Person, eine öffentliche Einrichtung, eine Gruppe solcher Personen oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, eine Einrichtung ohne Rechtspersönlichkeit, einschließlich der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) definiert, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbietet

- Art. 3 Abs. 1 Buchst. vvvv, der „Architektur- und Ingenieurdienstleistungen und andere technische Dienstleistungen“ als diejenigen Dienstleistungen definiert, die Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten sind, die einen reglementierten Beruf im Sinne von Art. 3 der Richtlinie 2005/36/EG ausüben

- Art. 45 Abs. 1 bestimmt: „Wirtschaftsteilnehmer gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. p und Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten, die nach den in ihrem jeweiligen Land geltenden Rechtsvorschriften errichtet worden sind, sind zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge berechtigt. Wirtschaftsteilnehmer und Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich

vorübergehender Zusammenschlüsse, die gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie niedergelassen sind, zur Erbringung der den Gegenstand der Ausschreibung bildenden Leistung berechtigt sind, dürfen an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auch dann teilnehmen, wenn sie gemäß dem vorliegenden Gesetzbuch als natürliche oder juristische Personen hätten gegründet werden müssen“

- Art. 46 Abs. 1, wonach folgende Rechtssubjekte zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen berechtigt sind:

- einzelne oder zusammengeschlossene Berufsangehörige, Gesellschaften von Berufsangehörigen in der Form von Personengesellschaften oder Genossenschaften, Ingenieurgesellschaften in der Form von Kapitalgesellschaften, Konsortien, EWIV und vorübergehende Zusammenschlüsse der vorstehenden Rechtssubjekte, die für auf dem Markt tätige öffentliche und private Auftraggeber Architektur- und Ingenieurdienstleistungen und damit zusammenhängende technisch-administrative Tätigkeiten erbringen;
- diejenigen Erbringer von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen, die nach dem Gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) mit den Codes 74200000-1 bis 74276400-8 und 74310000-5 bis 74323100-0 sowie 74874000-6 identifiziert und in anderen Mitgliedstaaten nach den in ihrem jeweiligen Land geltenden Rechtsvorschriften errichtet worden sind;
- vorübergehende Zusammenschlüsse, die die vorstehenden Rechtssubjekte untereinander errichtet haben.

- Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016 (Dekret Nr. 263 des Ministeriums für Infrastruktur und Verkehr vom 2. Dezember 2016), Art. 3 und 6, mit denen die Anforderungen geregelt werden, die an die Aufnahme der an Ausschreibungen zur Vergabe von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen teilnahmeberechtigten Rechtssubjekte in die nationale Liste gestellt werden

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die Klägerin ist eine Stiftung, d. h. eine privatrechtliche Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die hochqualifiziertes Personal einsetzt, ein seismologisches Observatorium zur Erfassung seismischer Aktivitäten betreibt und in Zusammenarbeit mit dem Nationalen Institut für Geophysik und Vulkanologie und einigen Universitäten Aufgaben der Einteilung des Staatsgebiets in Zonen erledigt sowie verschiedenen lokalen Einrichtungen zu Diensten steht.
- 2 Am 25. Januar 2018 beantragte sie aufgrund ihres Wunsches, an öffentlichen Ausschreibungen für die Vergabe der Dienstleistungen der seismischen Einteilung

des Staatsgebiets in Zonen teilzunehmen, bei der ANAC die Aufnahme in die nationale Liste der Rechtssubjekte, die an Ausschreibungen zur Vergabe von „Architektur- und Ingenieurdienstleistungen“, d. h. der Kategorie, zu der die Tätigkeiten der Klägerin gehören, teilnehmen dürfen.

- 3 Mit Entscheidung vom 15. Februar 2018 lehnte die ANAC den Antrag ab, weil die Klägerin als Stiftung ohne Gewinnerzielungsabsicht nicht unter den Begriff der Wirtschaftsteilnehmer falle, die mit Architektur- und Ingenieurdienstleistungen im Sinne von Art. 46 Abs. 1 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 und des Art. 6 des Decreto ministeriale (Ministerialdekret) Nr. 263/2016 betraut werden könnten.
- 4 Die Klägerin hat diese Entscheidung beim vorlegenden Gericht angefochten und geltend gemacht, dass die italienische Regelung mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sei.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 5 Das vorlegende Gericht verweist insoweit zunächst allgemein darauf, dass der Gerichtshof hinsichtlich der Vergabe jedweder Ausschreibung entschieden hat,
 - „dass die Bestimmungen der [nunmehr durch die Richtlinie 2014/24/EU ersetzten] Richtlinie 2004/18, insbesondere die Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Art. 8 Unterabs. 1 und 2, die auf den Begriff ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ Bezug nehmen, dahin auszulegen sind, dass sie es Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht über die Organisationsstruktur eines Unternehmens verfügen und nicht ständig auf dem Markt tätig sind, wie Universitäten und Forschungsinstitute sowie Gruppen von Universitäten und Behörden, gestatten, an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrag teilzunehmen“ (Rn. 45 des Urteils vom 23. Dezember 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807), und
 - „dass die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass sie der Auslegung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, untersagt, sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu beteiligen, obwohl sie nach nationalem Recht berechtigt sind, die auftragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen“ (Rn. 51 a.a.O.).
- 6 Diese Grundsätze sind vom italienischen Gesetzgeber in Art. 45 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 übernommen worden, der eine weite Definition des „Wirtschaftsteilnehmers“ festlegt, die als solche – abstrakt betrachtet – Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht wie die Klägerin erfassen kann.

- 7 Art. 46 des Gesetzesvertretenden Dekrets sieht allerdings vor, dass nur in den entsprechenden berufsständischen Listen eingetragene berufsangehörige natürliche Personen, Ingenieurgesellschaften oder von Ingenieuren gegründete Gesellschaften – sofern es sich um gemäß dem Fünften Buch des italienischen Zivilgesetzbuchs gegründete Gesellschaften mit Gewinnerzielungsabsicht handelt – oder Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV), vorübergehende Zusammenschlüsse oder feste Konsortien – sofern sie zwischen den genannten Ingenieurgesellschaften oder den vom Fünften Buch des italienischen Zivilgesetzbuchs geregelten Gesellschaften gegründet sind – an Ausschreibungen zur Vergabe von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen teilnehmen dürfen.
- 8 In einem solchen rechtlichen Zusammenhang bleiben Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht wie die vom Ersten Buch des italienischen Zivilgesetzbuchs geregelten Stiftungen von den hier betroffenen Ausschreibungen formell ausgeschlossen. Dieser Ausschluss wird vom Ministerialdekret Nr. 263/2016 bestätigt, der zur Regelung der Modalitäten und Anforderungen für die Aufnahme der an Ausschreibungen zur Vergabe von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen teilnahmeberechtigten Rechtssubjekte in die nationale Liste ausschließlich die in Art. 46 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 aufgelisteten Rechtssubjekte nennt.
- 9 Das vorliegende Gericht führt aus, dass der italienische Gesetzgeber auf diese Weise für diese Art von Ausschreibungen eine „Sonderregelung“ geschaffen hat, die durch einen engeren Begriff des – potenziell bietenden – Wirtschaftsteilnehmers als den im allgemeinen Vergaberecht gültigen Begriff gekennzeichnet ist.
- 10 Dies vorausgeschickt, fragt es sich, ob der Grundsatz, den der Gerichtshof in der Rechtssache C-305/08 aufgestellt hat und der mit der allgemeingültigen nationalen Regelung umgesetzt worden ist, immer automatisch anzuwenden ist oder ob in Sonderfällen von ihm abgewichen werden kann.
- 11 Insoweit weist das vorliegende Gericht erstens darauf hin, dass der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und des die Vergabe von Planungsdienstleistungen* regelnden Art. 80 Abs. 2 der Richtlinie – wenn auch implizit – den Mitgliedstaaten zu gestatten scheint, die Teilnahme an Ausschreibungen nur auf natürliche Personen oder bestimmte juristische Personen zu beschränken. Es ist jedoch klarzustellen, dass in diesem Fall der ausländische Wirtschaftsteilnehmer, dem es im eigenen Land gestattet ist, die den Gegenstand der Ausschreibung bildende Leistung unter einer anderen Rechtsform zu erbringen, jedenfalls zu der Ausschreibung zugelassen werden muss.

* AdÜ: In der deutschen Fassung steht der Begriff „Wettbewerb“. Meines Erachtens ist das ein Fehler. Richtigerweise ist das mit dem Begriff „Planung“ bzw. „Design“ zu übersetzen.

- 12 Zweitens hebt das vorlegende Gericht hervor, dass sich die vom italienischen Gesetzgeber aufgestellte Beschränkung, um die es im Ausgangsverfahren geht, durch den sensiblen Charakter der fraglichen Dienstleistungen, die für ihre Qualitätssicherung erforderliche hohe Professionalität und die Vermutung rechtfertigen lässt, dass Rechtssubjekte, die solche Dienstleistungen kontinuierlich, berufsmäßig und gegen Vergütung erbringen, aufgrund ihrer fortlaufenden Praxis und Weiterbildung größtenteils vertrauenswürdig sind.
- 13 Drittens führt das vorlegende Gericht hinsichtlich des für die Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens beim Gerichtshof erforderlichen Vorliegens eines grenzüberschreitenden Interesses aus, dass Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat an den Ausschreibungen zur Vergabe der fraglichen Dienstleistungen zwar auch dann teilnehmen dürfen, wenn sie in keiner der in Art. 46 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 vorgesehenen Formen gegründet sind, weil Art. 45 des Gesetzesvertretenden Dekrets die allgemeine Klausel enthält, wonach „Wirtschaftsteilnehmer und Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich vorübergehender Zusammenschlüsse, die gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie niedergelassen sind, zur Erbringung der den Gegenstand der Ausschreibung bildenden Leistung berechtigt sind, ... an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auch dann teilnehmen [dürfen], wenn sie gemäß dem vorliegenden Gesetzbuch als natürliche oder juristische Personen hätten gegründet werden müssen.“
- 14 Nichtsdestotrotz ist zum einen zu beachten, dass sich ausländische Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf die Teilnahme an dieser Art von Ausschreibungen eines italienischen öffentlichen Auftraggebers verpflichtet fühlen könnten, sich zuvor in einer der in Art. 46 genannten Formen in Italien niederzulassen, und zum anderen der Ausschluss einiger inländischer Wirtschaftsteilnehmer von den Ausschreibungen eine wettbewerbsverzerrende Wirkung für eine Art von Dienstleistungen haben könnte, die auch für ausländische Wirtschaftsteilnehmer von erheblichem Interesse ist, zumal der Betrag, über den hinaus die Ausschreibung europäische Bedeutung annimmt, relativ gering ist (und zwischen 135 000 Euro und 209 000 Euro schwankt, je nachdem, ob der öffentliche Auftraggeber zentral oder dezentral ist).
- 15 Im Übrigen stellte auch in dem Fall, den der Gerichtshof im angeführten Urteil C-305/08 geprüft hat, die streitige italienische Regelung (Art. 34 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163/2006) keine Beschränkungen für die Teilnahme ausländischer Wirtschaftsteilnehmer auf, sofern sie gemäß den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats gegründet waren. Diese Regelung verhinderte nämlich nur die Teilnahme von in einer anderen als den in der Regelung vorgeschriebenen Formen gegründeten italienischen Wirtschaftsteilnehmern an Ausschreibungen öffentlicher Aufträge. Der Gerichtshof hat es in Bezug auf die Frage seiner Zuständigkeit für die Entscheidung über die Vorlagefrage insbesondere für unerheblich gehalten, welchen Betrag die ausgeschriebenen Dienstleistungen hatten, der in dem Urteil noch nicht einmal erwähnt wird.

- 16 Viertens und letztens weist das vorlegende Gericht in Bezug auf die Erheblichkeit der Vorlagefrage darauf hin, dass aufgrund dessen, dass sich die angefochtene Entscheidung auf die gesetzliche Beschränkung der Rechtssubjekte stützt, die in die nationale Liste der für Ausschreibungen zur Vergabe von Architektur- und Ingenieurdienstleistungen teilnahmeberechtigten Wirtschaftsteilnehmer aufgenommen werden dürfen, entscheidend ist, ob diese Beschränkung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wovon das vorlegende Gericht ausgeht, oder ob sie mit ihm unvereinbar ist, was zur Folge hätte, dass die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt und infolgedessen die Klägerin in die Liste aufgenommen werden müsste.

ARBEITSDOKUMENT