

Rechtssache C-89/19

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

Eingangsdatum:

5. Februar 2019

Vorlegendes Gericht:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

8. November 2018

Rechtsmittelführerin:

Rieco SpA

Rechtsmittelgegnerinnen:

Comune di Lanciano

Ecolan SpA

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Rechtsmittel an den Consiglio di Stato (Staatsrat) gegen das Urteil des Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo (Regionalverwaltungsgericht Abruzzen), mit dem eine Klage auf Nichtigerklärung der Rechtsakte, mit denen die Gemeinde Lanciano eine „in house“-Gesellschaft im System der gemeinsamen entsprechenden Kontrolle mit der Verwaltung der kommunalen Abfallbewirtschaftungsvorsorge betraut hat, abgewiesen wurde.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage zur Vorabentscheidung

Das Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV hat die Auslegung des Grundsatzes der Verwaltungsautonomie der Behörden gemäß Art. 2 der Richtlinie 2014/23/EU und des Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU sowie den möglichen Widerspruch der italienischen Rechtsvorschriften im Bereich der Direktvergabe an „in house“-Gesellschaften zu diesen Bestimmungen zum Gegenstand.

Vorabentscheidungsfragen

1. Steht das Unionsrecht (konkret der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden sowie der Grundsatz der materiellen Gleichwertigkeit zwischen den unterschiedlichen Modalitäten der Vergabe und Verwaltung von Leistungen im Interesse der öffentlichen Verwaltung) einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift (wie jener des Art. 192 Abs. 2 des Codice dei contratti pubblici [Vergabegesetzbuch], decreto legislativo [gesetzesvertretende Verordnung] Nr. 50 aus 2016) entgegen, die „*in house*“-Vergaben gegenüber Vergaben mittels Ausschreibungsverfahren nur hilfs- und ausnahmsweise zulässt, indem sie i) solche Vergaben nur im Fall einer erwiesenen Unzulänglichkeit des betreffenden Marktes erlaubt und ii) die Verwaltung, wenn sie eine Vergabe in Form einer internen Delegation plant, zu einer spezifischen Begründung hinsichtlich der mit dieser Vergabebform verbundenen Vorteile für die Körperschaft verpflichtet?

2. Steht das Unionsrecht (konkret Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU bezüglich der „*in house*“-Vergabe in Form einer gemeinsamen entsprechenden Kontrolle zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern) einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift (wie jener des Art. 4 Abs. 1 des Testo Unico delle società partecipate [Kodifizierter Text über Beteiligungsgesellschaften] – decreto legislativo Nr. 175 aus 2016 –) entgegen, die einen öffentlichen Auftraggeber daran hindert, im Rahmen einer Beteiligungsgemeinschaft mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine Beteiligung zu erwerben (die ihm allerdings weder Kontrolle noch Stimmrecht garantieren kann), wenn dieser öffentliche Auftraggeber den künftigen Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit der Möglichkeit zur Direktvergabe zugunsten der Beteiligungsgemeinschaft beabsichtigt?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

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) (im Folgenden: Richtlinie 2014/24/EU); im Besonderen:

- Erwägungsgrund 5, nach dem „die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten“;

- Art. 12 Abs. 3, der die Voraussetzungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Fall einer gemeinsamen entsprechenden Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber festlegt.

Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1) (im Folgenden: Richtlinie 2014/23/EU); im Besonderen Art. 2 Abs. 1, der den Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden normiert.

Angeführte innerstaatliche Vorschriften

Decreto legislativo (gesetzesvertretende Verordnung) Nr. 50 vom 18. April [2016] – Codice dei contratti pubblici (im Folgenden: Vergabegesetzbuch); im Besonderen:

- Art. 5, der in Umsetzung von Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU die Voraussetzungen für die innerstaatliche Zulässigkeit von „*in house*“-Vergaben bei gemeinsamer entsprechender Kontrolle festlegt;
- Art. 192 Abs. 2, der Folgendes bestimmt: „Für die ‚*in house*‘-Vergabe eines Auftrags über auf dem Wettbewerbsmarkt verfügbare Dienstleistungen müssen die Auftraggeber zuvor die wirtschaftliche Opportunität des ‚*in house*‘-Angebots unter Berücksichtigung des Gegenstands und des Wertes der Leistung prüfen und in der Begründung der Vergabeentscheidung auf die Gründe für den unterlassenen Marktrückgriff sowie auf die Vorteile der gewählten Vergabeform für die Körperschaft eingehen, und zwar auch im Hinblick auf die Ziele der Universalität, des Sozialcharakters, der Effizienz, der Wirtschaftlichkeit, der Dienstleistungsqualität sowie des optimalen Einsatzes der öffentlichen Mittel“.

Decreto legislativo Nr. 175 vom 19. August 2016 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (im Folgenden: kodifizierter Text über Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung); im Besonderen:

- Art. 4 („Ziele, die durch den Erwerb und die Verwaltung öffentlicher Beteiligungen verfolgt werden können“), der in Abs. 1 Folgendes bestimmt: „Die öffentliche Verwaltung darf weder unmittelbar noch mittelbar Gesellschaften gründen, die Tätigkeiten der Erzeugung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen zum Zweck haben, die nicht im engen Sinne für die Verfolgung der eigenen institutionellen Ziele notwendig sind, und auch keine Beteiligungen, einschließlich von Minderheitsbeteiligungen, an solchen Gesellschaften erwerben oder halten“;
- Art. 16 („*In house*-Gesellschaften“), der die Voraussetzungen und Bedingungen für Direktvergaben an „*in house*“-Gesellschaften festlegt.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die im Bereich der Siedlungsabfallbewirtschaftung tätige Gesellschaft Rieco SpA (im Folgenden: Rechtsmittelführerin) strebt im Rahmen eines Vergabeverfahrens

die Erbringung der kommunalen Abfallbewirtschaftungsvorsorge in der Gemeinde Lanciano (Italien) an.

- 2 Die Gemeinde hat diesen Dienstleistungsauftrag an eine „*in house*“-Gesellschaft vergeben, ohne ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Die Auftragnehmerin der Leistung ist die Ecolan SpA, eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Kapitalgesellschaft, an der die Gemeinde Lanciano gemeinsam mit 52 anderen Gemeinden der Provinz Chieti (Italien) zu 21,69 % beteiligt ist.
- 3 Die Rechtsmittelführerin erhob Klage beim Regionalverwaltungsgericht der Abruzzen auf Nichtigklärung der Rechtsakte, mit denen die Gemeinde Lanciano im Jahr 2017 als Minderheitsgesellschafterin der Ecolan SpA die Anpassung der Satzung dieser Gesellschaft samt der dazugehörigen Syndikatsverträge zur Ermöglichung der Direktvergabe der Leistung genehmigt hatte.
- 4 Mit Urteil Nr. 33/2018 wies das Regionalverwaltungsgericht der Abruzzen die Klage als unbegründet ab.
- 5 Sodann hat die Rechtsmittelführerin dieses Urteil beim Staatsrat (im Folgenden: vorlegendes Gericht) wegen Rechtswidrigkeit angefochten und dessen Abänderung beantragt.

Wesentliche Argumente der Parteien im Ausgangsverfahren

- 6 Unter den von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten Rechtsmittelgründen sind folgende für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen relevant:
 - a) der dritte Rechtsmittelgrund, mit dem die erste Vorlagefrage zusammenhängt und der sich auf eine mangelnde Berücksichtigung des Umstands durch das Erstgericht bezieht, dass der Direktvergabe keine Beurteilung ihrer wirtschaftlichen Opportunität gemäß den maßgebenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, konkret Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs, vorausgegangen sei.
 - b) der sechste Rechtsmittelgrund, mit dem die zweite Vorlagefrage zusammenhängt und der sich auf eine mangelnde Berücksichtigung der innerstaatlichen Beschränkung der Beteiligung am Gesellschaftskapital der „*in house*“-Gesellschaft durch öffentliche Körperschaften, die keine entsprechende Kontrolle ausüben, durch das Erstgericht bezieht.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage zur Vorabentscheidung

Zur ersten Vorlagefrage

- 7 Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts scheinen die von der Rechtsmittelführerin angefochtenen Rechtsakte auf den ersten Blick insofern nicht den Bestimmungen des Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs zu entsprechen, als sie nicht die Gründe anführen, aus denen der öffentliche Auftraggeber die „*in house*“-Vergabe einer öffentlichen Ausschreibung vorgezogen hat.
- 8 Allerdings zweifelt das vorlegende Gericht an der Vereinbarkeit der restriktiven Voraussetzungen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften für die „*in house*“-Vergabe mit den maßgebenden Bestimmungen und Rechtsgrundsätzen der Union. Diesbezüglich knüpft Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs die „*in house*“-Vergabe von auf dem freien Markt verfügbaren Dienstleistungen an eine zweifache Bedingung, die aber für andere Vergabeformen nicht verlangt wird:
- i) Die erste Voraussetzung betrifft die Verpflichtung zur Darlegung der Gründe für den Ausschluss des „Marktrückgriffs“. Mit anderen Worten ist ein Rückgriff auf die „*in house*“-Direktvergabe von Leistungen nur dann möglich, wenn eine relevante wesentliche „Marktunzulänglichkeit“ nachgewiesen wird;
- ii) Die zweite Voraussetzung besteht in der Verpflichtung zur Angabe der „Vorteile für die Körperschaft“ aus der Entscheidung zum Rückgriff auf die „*in house*“-Vergabe von auf dem Markt verfügbaren Leistungen.
- 9 Die Normierung solcher Voraussetzungen stellt die „*in house*“-Vergabe in der italienischen Rechtsordnung in eine untergeordnete Ausnahmeposition gegenüber den anderen Vergabeformen, insbesondere der Vergabe mittels Ausschreibungsverfahren. Diese restriktive Regelung findet auch in der Rechtsprechung der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) Bestätigung, die die Rechtmäßigkeit der Statuierung von weitergehenden Beschränkungen der Direktvergabe in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften gegenüber den unionsrechtlich festgelegten Bestimmungen anerkannt hat (vgl. Urteil Nr. 325 vom 17. November) und mehrmals erklärt hat, dass die „*in house*“-Vergabe eine „Ausnahme von der allgemeinen Regelung der Vergabe an Dritte mittels öffentlicher ... Ausschreibung“ darstelle (vgl. z. B. Urteil Nr. 46 vom 20. März 2013).
- 10 Das vorlegende Gericht hält die Frage der Vereinbarkeit der soeben dargestellten restriktiven Regelung des italienischen Rechts mit den Vorschriften des Unionsrechts für klärungsbedürftig. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass im Unionsrecht zwei einander nur scheinbar widersprechende Grundsätze nebeneinander bestehen: zum einen der (in Art. 2 der Richtlinie 2014/23/EU normierte) Grundsatz der Autonomie der öffentlichen Verwaltung zur Organisation der Erfüllung der ihrem Interesse obliegenden Leistungen in ihrem eigenen Ermessen und zum anderen der Grundsatz des vollständigen Wettbewerbs

auf den Märkten für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Der zweite Grundsatz ist gegenüber dem ersten insofern subsidiär, als die öffentlichen Auftraggeber nach dem vorliegenden Gericht primär dazu aufgerufen sind, zwischen dem Einsatz eigener Mittel (Eigenleistung) und dem Rückgriff auf externe Wirtschaftsteilnehmer (Auslagerung) zu wählen. Nur in dem Fall, dass diese Wahl auf das Modell der Auslagerung fallen sollte, ist die Verwaltung an den Grundsatz des vollständigen Wettbewerbs zwischen den Marktteilnehmern gebunden.

- 11 In Lichte dieser Ausführungen verweist das vorlegende Gericht darauf, dass das Unionsrecht im Unterschied zum italienischen Recht, das die Subsidiarität des Rückgriff auf das Modell der Eigenleistung der Dienste gegenüber deren Auslagerung anordnet, die „*in house*“-Vergabe (die eine Hauptform der Eigenleistung darstellt) der Vergabe an Dritte mittels Ausschreibungsverfahrens im Wesentlichen gleichstellt.
- 12 Der Widerspruch der innerstaatlichen Bestimmungen zu den Vorschriften und Grundsätzen des Unionsrechts erscheint noch deutlicher, wenn man betrachtet, dass in der Rechtsordnung der EU der Rückgriff auf die „*in house*“-Vergabe nicht nur mit der Vergabe an Dritte mittels Ausschreibungsverfahrens gleichgestellt ist, sondern sogar eine logische Vorstufe zur Entscheidung der öffentlichen Verwaltung zur Auslagerung der ihrem Interesse obliegenden Leistungen darstellt. Nach den unionsrechtlichen Bestimmungen kann sich der öffentliche Auftraggeber nämlich nur dann zur Auslagerung der Leistungsbeschaffung entscheiden, nachdem er die Möglichkeit des Einsatzes eigener Mittel ausgeschlossen hat. Dieses Modell beruht auf der wirtschaftlichen Grundregel, dass eine Inanspruchnahme Anderer nicht statthaft ist, wenn die Befriedigung seiner Bedürfnisse aus eigenem möglich ist.
- 13 Das soeben dargestellte Modell, das die vollständige Gleichstellung (wenn nicht sogar den logischen Vorzug) der Eigenleistung gegenüber der Auslagerung vorsieht, findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs Bestätigung, der klargestellt hat, dass „eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören“ (vgl. Urteil vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, EU:C:2009:357, Rn. 45). Mit ähnlichen Worten hat sich die Europäische Kommission in der „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften“ (ABl. 2008, C 91, S. 4) ausgedrückt, in der sie festgehalten hat, dass es „[a]us gemeinschaftsrechtlicher Sicht ... den öffentlichen Verwaltungen frei [steht], eine Wirtschaftstätigkeit selbst auszuüben oder sie einem Dritten, beispielsweise einem im Rahmen einer ÖPP gegründeten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, zu übertragen. Entscheiden sich öffentlichen Stellen jedoch dafür, Dritte in wirtschaftliche Tätigkeiten einzubinden, und wird diese Einbindung als

öffentlicher Auftrag oder Konzession qualifiziert, so müssen die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen beachtet werden“. Schließlich findet die von der Rechtsordnung der EU vorgenommene Gleichstellung der Eigenleistung mit der Auslagerung der Leistungen eine Stütze in Art. 2 der Richtlinie 2014/23/EU sowie im 5. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU.

Zur zweiten Vorlagefrage

- 14 Zunächst verweist das vorlegende Gericht auf die besondere Gesellschaftsstruktur der Rieco SpA, die die Beteiligung zweier Gesellschaftertypen (öffentliche Verwaltungseinheiten) vorsieht: die „beauftragenden“ Gesellschafter (die die entsprechende Kontrolle über die Gesellschaft ausüben und somit Direktvergaben zu ihren Gunsten vornehmen können) und die „nicht-beauftragenden Gesellschafter“ (die keine entsprechende Kontrolle ausüben und folglich keine Direktvergaben vornehmen können).
- 15 Dieses besondere Schema erscheint zwar einerseits im Lichte des Unionsrechts, insbesondere des Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU, zulässig, andererseits jedoch erweckt es ernste Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, im Besonderen des Art. 4 Abs. 1 des kodifizierten Textes über Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung, nach dem „[d]ie öffentliche Verwaltung ... weder unmittelbar noch mittelbar Gesellschaften gründen [darf], die Tätigkeiten der Erzeugung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen zum Zweck haben, die nicht im engen Sinne für die Verfolgung der eigenen institutionellen Ziele notwendig sind, und auch keine Beteiligungen, einschließlich von Minderheitsbeteiligungen, an solchen Gesellschaften erwerben oder halten“ darf, mit dem Unionsrecht.
- 16 Im vorliegenden Fall scheint diese Bestimmung nach Auffassung des vorlegenden Gericht die Möglichkeit für die „nicht-beauftragenden“ Verwaltungskörperschaften auszuschließen, künftig die entsprechende Kontrolle über die Rieco SpA zu erwerben, da in diesem Fall gegen das von der genannten Bestimmung festgelegte Kriterium der „engen Notwendigkeit“ verstoßen würde, eine Notwendigkeit, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt und nicht hypothetisch oder *pro futuro* zu beurteilen ist.
- 17 Somit ist die Frage zu klären, ob diese Bestimmung des innerstaatlichen Rechts im Widerspruch zu den zitierten Vorschriften des Unionsrechts stehen, die den Erwerb der entsprechenden Kontrolle durch „nicht-beauftragende“ Verwaltungskörperschaften innerhalb einer „*in house*“-Beteiligungsgemeinschaftsgesellschaft erlauben.