

**Rechtssache C-561/19**

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

**Eingangsdatum:**

23. Juli 2019

**Vorlegendes Gericht:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

15. November 2018

**Berufungskläger:**

Consorzio Italian Management

Catania Multiservizi SpA

**Beklagte:**

Rete Ferroviaria Italiana SpA

---

**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Berufung des Consorzio Italian Management und der Catania Multiservizi SpA gegen das Urteil des Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Regionales Verwaltungsgericht Sardinien) Nr. 433/2014, mit dem die Klage der Berufungskläger gegen die Mitteilung der Rete ferroviaria italiana s.p.a. vom 22. Februar 2012, mit der diese Gesellschaft die Ansicht vertreten hat, dass das Ersuchen um Anpassung der Auftragsvergütung im Wege der Revision aufgrund der angeführten durch einen Anstieg der Personalkosten bedingten Erhöhung der Auftragskosten ungerechtfertigt sei und ihm nicht stattgegeben werden könne, zurückgewiesen wurde.

**Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage**

Es geht um die Frage, ob ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV an den Gerichtshof immer dann zwingend erforderlich ist, wenn eine Partei des Verfahrens, auch zu unterschiedlichen Zeitpunkten, dem nationalen

letztinstanzlichen Gericht eine Frage nach der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem europäischen Recht stellt;

- oder ob ein Vorabentscheidungsersuchen auf Antrag einer Partei nur in Bezug auf die Fragen als verpflichtend anzusehen ist, die die Parteien im ersten verfahrenseinleitenden Dokument oder bis zur letzten erlaubten Verfahrenshandlung, bevor über die Sache entschieden wird, und jedenfalls nie, nachdem einmal ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof erfolgt ist;

- ob die Art. 115, 206 und 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006, wie sie von den Verwaltungsgerichten dahin ausgelegt werden, dass sie die Anpassung der Preise in Verträgen in Bezug auf die sogenannten besonderen Sektoren, insbesondere solchen, die einen anderen Gegenstand haben als die, auf die sich die Richtlinie 17/2004 bezieht, aber zu diesen eine instrumentelle Verbindung aufweisen, ausschließen, mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar sind.

### **Vorlagefragen**

a) Ist ein innerstaatliches Gericht, dessen Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden können, gemäß Art. 267 AEUV grundsätzlich verpflichtet, eine Frage zur Auslegung des Rechts der Europäischen Union auch in den Fällen zur Vorabentscheidung vorzulegen, in denen ihm diese Frage von einer der Parteien des Verfahrens nach ihrer ersten verfahrenseinleitenden Handlung oder der Einlassung auf das Verfahren gestellt wurde, oder nachdem die Sache erstmals in die Beratung gegangen ist oder auch nachdem bereits ein erstes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet wurde?

b) Sind – aufgrund der vorstehenden Ausführungen – die Art. 115, 206 und 217 des Decreto legislativo 163/2006, wie sie von den Verwaltungsgerichten dahin ausgelegt werden, dass sie die Anpassung der Preise in Verträgen in Bezug auf die sogenannten besonderen Sektoren, insbesondere solchen, die einen anderen Gegenstand haben als die, auf die sich die Richtlinie 2004/17 bezieht, aber zu diesen eine instrumentelle Verbindung aufweisen, ausschließen, mit dem Recht der Europäischen Union (insbesondere den Art. 4 Abs. 2, 9, 101 Abs. 1 Buchst. e, 106, 151 – und mit der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989, auf die es hinweist – Art. 152, 153, 156 AEUV; Art. 2 und 3 EUV; sowie Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar?

c) Sind aufgrund der oben gemachten Ausführungen die Art. 115, 206 und 217 des Decreto legislativo 163/2006, wie sie von den Verwaltungsgerichten dahin ausgelegt werden, dass sie die Anpassung der Preise in Verträgen in Bezug auf die sogenannten besonderen Sektoren, insbesondere solchen, die einen anderen Gegenstand haben als die, auf die sich die Richtlinie 2004/17 bezieht, aber zu diesen eine instrumentelle Verbindung aufweisen, ausschließen, mit dem Recht

der Europäischen Union (insbesondere Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem in den Art. 26 und 34 AEUV verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung sowie dem auch in Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundsatz der unternehmerischen Freiheit) vereinbar?

### **Angeführte unionsrechtliche Vorschriften**

AEUV, insbesondere Art. 4 Abs. 2, 9, 26, 34, 101 Abs. 1 Buchst. e, 106, 151, 152, 153, 156 sowie Art. 267 Abs. 3

EUV, insbesondere Art. 2 und 3

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere Art. 16 und 28

Richtlinie 2004/17/EG

### **Angeführte nationale Vorschriften**

Decreto legislativo n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 163/2006, Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG), insbesondere Art. 115, 206, 210 und 217

### **Sachverhalt und Verfahren**

- 1 Das vorliegende Berufungsverfahren betrifft dasselbe Urteil Nr. 433/2014 des Verwaltungsgerichts für Sardinien, das zum Vorlagebeschluss an den Gerichtshof geführt hat, über den dieser mit Urteil vom 19. April 2018, Rechtssache C-152/17, entschieden hat. Die Berufungskläger legen dem vorlegenden Gericht jedoch neue Vorabentscheidungsfragen vor; dieses ist der Ansicht, diese, teilweise, dem Gerichtshof vorlegen zu müssen. Darüber hinaus wirft dieses Gericht vorab die Frage auf, ob es verpflichtet ist, im Lichte einer von den Berufungsklägern neu aufgeworfenen Frage ein neues Vorabentscheidungsersuchen zu stellen.
- 2 Das Consorzio Italian Management und die Catania Multiservizi SpA, als solche sowie Ersteres auch als federführendes Unternehmen des aus den beiden Berufungsklägern bestehenden vorübergehenden Unternehmenszusammenschlusses, wenden sich gegen das Urteil Nr. 433 vom 11. Juni 2014, mit dem das Regionale Verwaltungsgericht Sardinien, Erste Kammer, die Klage gegen die Mitteilung der Rete ferroviaria italiana s.p.a. vom 22. Februar 2012 abgewiesen hat.
- 3 In dieser Mitteilung vertrat das fragliche Unternehmen die Ansicht, dass das Ersuchen um Anpassung der Auftragsvergütung im Wege der Revision aufgrund

der angeführten durch einen Anstieg der Personalkosten bedingten Erhöhung der Auftragskosten ungerechtfertigt sei und ihm nicht stattgegeben werden könne.

4 Der fragliche Auftrag betrifft die Übertragung durch die R.F.I. – Rete ferroviaria italiana s.p.a. von „Reinigungsdienstleistungen, Dienstleistungen zur Erhaltung des Erscheinungsbilds der Räumlichkeiten und anderer dem Publikum zugänglicher Flächen sowie Nebendienstleistungen in Bahnhöfen, Anlagen, Büros und Werkstätten an verschiedenen Orten im Amtsbezirk der Direzione compartimentale movimento di Cagliari (Bezirksdirektion für Verkehr Cagliari)“.

## 5 ERSTINSTANZLICHES URTEIL

6 Im angefochtenen Urteil wurde insbesondere ausgeführt:

- Im vorliegenden Fall ist Art. 115 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 (und die entsprechenden früheren Bestimmungen: Art. 6 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 537/1993 in der durch Art. 44 des Gesetzes Nr. 724/1994 geänderten Fassung) nicht anwendbar, „da davon auszugehen ist, dass die Tätigkeit, die Gegenstand des fraglichen Auftrags ist, unter die ‚besonderen Sektoren‘ im Sinne von Teil III des Codice degli appalti (Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) fällt; es ist nämlich sowohl die subjektive als auch die objektive Voraussetzung erfüllt, die erfüllt sein müssen, um davon ausgehen zu können, dass der Auftrag über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen in den Bahnhöfen in den Anwendungsbereich von Art. 217 dieses Gesetzbuchs fällt, wonach die Regelung über besondere Sektoren bei Auftragsvergaben, die für andere Zwecke erfolgen als die Ausübung der in den Art. 208 bis 213 genannten Tätigkeiten, keine Anwendung finden kann“;

- es ist nämlich so, dass „Reinigungsleistungen unter die Regelungen über die besonderen Sektoren fallen, wenn sie der Ausübung der betreffenden Tätigkeit dienen, was der Fall ist, wenn es um Immobilieneigentum an Gebäuden geht, die Teil der Produktions-, Verteilungs- und Transportnetze sind, die in den Art. 208 ff des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannt sind“; dies trifft zu auf „Reinigungsdienstleistungen in Bahnhöfen, Anlagen, Büros und Werkstätten ..., die Betriebsanlagen darstellen und als solche notwendige Bestandteile des Eisenbahntransportnetzes sind“;

- eine Preisanpassung ist auch nicht nach Art. 1664 des Codice civile (Zivilgesetzbuch) geboten, da „jedenfalls von der fraglichen Vorschrift auf Wunsch der Parteien abgewichen werden kann, indem in den Vertrag eine Vertragsklausel aufgenommen wird, mit der einer Preisrevision Grenzen gesetzt werden, wie es im vorliegenden Fall durch die Bestimmungen des Art. 6 des am 23. Februar 2006 zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags geschehen ist“.

## 7 BERUFUNGSGRÜNDE

8 Gegen diese Entscheidung werden folgende Berufungsgründe geltend gemacht:

a) Fehlerhaftigkeit des Urteils wegen Verletzung und falscher Anwendung von Art. 115 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 und Art. 6 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 537/1993 in der durch Art. 44 des Gesetzes Nr. 724/1994 geänderten Fassung; Verletzung und falsche Anwendung der Art. 206, 210 und 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006; es sei nämlich so, dass „der fragliche öffentliche Auftrag: a) nicht in den Anwendungsbereich des Teils III des Codice degli appalti falle; b) hingegen unter Teil II des Codice degli appalti falle, weshalb Art. 115 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 anwendbar sei“. Damit die Übertragung einer Dienstleistung unter die Regelung über besondere Dienstleistungen fallen könne, müsse nämlich nicht nur ein subjektiver Parameter vorliegen, sondern auch ein objektiver, der im Instrumentalcharakter der Dienstleistung bestehe, d. h., die Dienstleistung müsse im Verhältnis zu der mit Sicherheit zu den besonderen Sektoren gehörenden Dienstleistung „Mittel zum Zweck“ sein. Reinigungsdienstleistungen „sind jedoch per definitionem neutral in dem Sinne, dass sie stets gleichartig sind, ob sie nun in Gemeindebüros, Krankenhäusern oder den Büros der RFI erbracht werden“. Letztlich falle der fragliche öffentliche Auftrag, der von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts wie der RFI vergeben worden sei, unter Teil II des Codice degli appalti, so dass Art. 115 anwendbar sei, eine zwingende Vorschrift, die an die Stelle etwaiger entgegenstehender Vereinbarungen trete“.

b) Fehlerhaftigkeit wegen Verletzung und falscher Anwendung von Art. 1664 des Codice civile, da „der Vergabevertrag nicht ausdrücklich einen Verzicht auf eine Preisanpassung aufgrund höherer Lasten wegen gestiegener Lohnkosten vorsieht“, denn die vorhandenen Klauseln (die allerdings angefochten wurden, wobei ihre Nichtigkeit beantragt wurde, sofern sie „so verstanden werden, dass sie eine Revision ausschließen“), bezögen sich, „soweit sie den umfassenden Charakter der Vergütung betreffen, selbstverständlich auf die beim Vertragsschluss vorliegenden Bedingungen, regeln jedoch nicht ... den Fall eingetretener Veränderungen“. Jedenfalls seien diese Klauseln nach Art. 1369 des Codice civile in dem Sinne auszulegen, der angesichts der Natur und des Gegenstandes des Vertrags am angemessensten sei, und im vorliegenden Fall, in dem es sich um einen Vertrag handle, bei dem eine ständige und regelmäßige Durchführung erfolge, stelle „die Preisrevision in dem Fall, dass ein Ungleichgewicht zwischen den gegenseitigen Leistungen eintritt, die Regel dar“. Hilfsweise seien die Klauseln nach Art. 1341 Abs. 2 des Codice civile als nichtig anzusehen, da sie nicht speziell schriftlich genehmigt worden seien.

Nach Ansicht der Berufungskläger verstößt die nationale Regelung, soweit sie dazu führt, dass Preisrevisionen im Transportsektor und insbesondere auch bei den entsprechenden Reinigungsverträgen ausgeschlossen sind, gegen die Richtlinie 2004/17. Es handle sich bei dieser Regelung um eine im Hinblick auf die Gemeinschaftsregelung exzessive und nicht gerechtfertigte Regelung, die in ungerechter Weise unverhältnismäßig und so ausgestaltet sei, dass sie das „Hilfs“-Unternehmen (die Zuschlagsempfängerin bei Tätigkeiten wie Reinigungstätigkeiten) im Verhältnis zu dem Unternehmen, das (tatsächlich) die öffentliche Dienstleistung erbringe, in eine untergeordnete, schwache Stellung

bringe, wodurch es aufgrund der italienischen Rechtsvorschriften, die letztlich die Regeln über die Funktionsweise des Marktes änderten, zu einem ungerechten und unverhältnismäßigen vertraglichen Ungleichgewicht komme.

Daher wird beantragt, gemäß Art. 267 AEUV den Gerichtshof mit der Frage zu befassen, „um zu fragen, ob eine Auslegung des innerstaatlichen Rechts, nach der eine Preisanpassung bei Verträgen in Bezug auf die sogenannten besonderen Sektoren, insbesondere bei Verträgen mit einem anderen Gegenstand als die, auf die sich die Richtlinie 2004/17 bezieht, ausgeschlossen ist, mit dem primären Unionsrecht und der Richtlinie 2004/17 vereinbar ist“.

Außerdem wird beantragt, auch die Gültigkeit der Richtlinie 2004/17 zu überprüfen (sofern davon ausgegangen werde, dass sich der Ausschluss von Preisanpassung bei sämtlichen im Bereich der sogenannten besonderen Sektoren geschlossenen und angewandten Verträge unmittelbar aus dieser Richtlinie ergibt), und zwar „angesichts der Ungerechtigkeit, der Unverhältnismäßigkeit, der Änderung des vertraglichen Gleichgewichts und damit der Regeln eines effizienten Marktes“.

Die Berufungsbeklagte RFI hat die Unbegründetheit der Berufung geltend gemacht sowie insbesondere beantragt, die Fragen zur Vereinbarkeit der im vorliegenden Fall anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zurückzuweisen.

## 9 VORHERIGER VORLAGEBESCHLUSS

10 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) hat den Beschluss Nr. 1297 vom 22. März 2017 erlassen, mit dem er den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung sowohl in Bezug auf die Auslegung als auch auf die Gültigkeit [des Unionsrechts] angerufen und folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

a) Ist eine Auslegung des innerstaatlichen Rechts, nach der eine Preisanpassung bei Verträgen in Bezug auf die besonderen Sektoren, insbesondere hinsichtlich Verträgen mit einem anderen Gegenstand als denen, auf die sich die Richtlinie 2004/17 bezieht, die jedoch eine instrumentelle Verbindung mit solchen Verträgen aufweisen, ausgeschlossen ist, mit dem Unionsrecht (insbesondere mit Art. 3 Abs. 3 EUV, den Art. 26, 56 bis 58 und 101 AEUV, Art. 16 der Charta und der Richtlinie 2004/17) vereinbar?

b) Ist die Richtlinie 2004/17 (sofern davon ausgegangen wird, dass sich der Ausschluss von Preisanpassungen bei sämtlichen im Bereich der besonderen Sektoren geschlossenen und angewandten Verträgen unmittelbar aus dieser Richtlinie ergibt) „angesichts der Ungerechtigkeit, der Unverhältnismäßigkeit, der Verzerrung des vertraglichen Gleichgewichts und damit der Regeln eines effizienten Marktes“ mit den Grundsätzen der Europäischen Union (insbesondere mit Art. 3 Abs. 1 EUV und den Art. 26, 56 bis 58 und 101 AEUV sowie Art. 16 der Charta) vereinbar?

## 11 FEHLENDE STICHHALTIGKEIT DER BERUFUNGSGRÜNDE

12 Die eingelegte Berufung – mit der die (im angefochtenen Urteil festgestellte) Unanwendbarkeit der Anpassung der Vergütung im Wege der Revision bei einem öffentlichen Auftrag über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen im Transportsektor beanstandet wird – stützt sich im Wesentlichen auf zwei verschiedene Erwägungen:

- Erstens wird davon ausgegangen, dass Reinigungsdienstleistungen „per definitionem in dem Sinne neutral sind, dass sie stets gleichartig sind“, wo auch immer sie erbracht würden, und daher, wenn sie hinsichtlich der ‚Haupt‘-Dienstleistung (im vorliegenden Fall Transportdienstleistungen), mit der sie zusammenhängen, nicht anerkanntermaßen Instrumentalcharakter hätten, nicht der Regelung für ‚besondere Sektoren‘ (oder ‚ausgenommene‘ Sektoren nach der früheren Definition) unterliegen könnten, so dass Art. 115 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 (der hingegen als allgemeine Regel vorsehe, dass „alle Verträge über Dienstleistungen oder Lieferungen, bei denen eine regelmäßige oder ständige Durchführung erfolgt, eine Klausel über eine regelmäßige Preisrevision enthalten müssen“) nicht anwendbar sei.

- Zweitens sei jedenfalls Art. 1664 des Codice civile anwendbar, der die Möglichkeit vorsehe, eine Revision des „vereinbarten Gesamtpreises“ (die bei einer „Differenz von mehr als einem Zehntel“ zu bewilligen sei) zu verlangen (und zu erreichen), und zwar in den Fällen, in denen „aufgrund unvorhersehbarer Umstände Anstiege oder Senkungen der Material- oder Personalkosten erfolgt sind, die bewirken, dass der vereinbarte Gesamtpreises um mehr als ein Zehntel steigt oder sinkt“.

Was die erste dieser beiden Erwägungen betrifft, ist das vorlegende Gericht der Ansicht, dass es nicht von der bereits bestehenden Rechtsprechung des Consiglio di Stato (Staatsrat) abweichen sollte.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Consiglio di Stato, nachdem er hervorgehoben hat,

- dass „die Richtlinie 2004/17/EG, die mit dem Decreto legislativo Nr. 163/2006 umgesetzt wurde, wie bereits die ihr vorausgegangene Richtlinie über besondere Sektoren (die in Italien durch das Decreto legislativo Nr. 158/1995 umgesetzt wurde), mit dem Hauptziel verabschiedet wurde, den Schutz des Wettbewerbs im Zusammenhang mit den Verfahren zur Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber zu gewährleisten, die in der Vergangenheit nicht dem Wettbewerb und dem Gemeinschaftsrecht über das öffentliche Auftragswesen unterlagen, die sogenannten ausgeschlossenen Sektoren, die nach dem Tätigwerden der Gemeinschaft zu den besonderen (ehemals ausgenommenen) Sektoren wurden“;

- dass „der Gemeinschaftsgesetzgeber, der mit dem Ziel tätig geworden ist, Sektoren, die zuvor als privatrechtlich geregelt galten, den öffentlich-rechtlichen Regeln zu unterstellen, jedoch beschlossen hat, die Besonderheiten dieser

Sektoren im Vergleich zu den gewöhnlichen Sektoren durch einen flexibleren Rahmen beizubehalten, der den Auftraggebern mehr Freiheit lässt und insbesondere den objektiven und subjektiven Anwendungsbereich einschränkt“;

- dass „das Gemeinschaftsrecht folglich nicht nur den subjektiven Umfang der besonderen Sektoren (Art. 207 des Decreto legislativo Nr. 163/2006; Art. 2 und 8 der Richtlinie 2004/17/EG), sondern auch den objektiven Umfang durch eine detaillierte Beschreibung des Umfangs jedes Sektors streng eingegrenzt hat“, und dass „die Gemeinschaftsrechtsprechung selbst auch feststellt, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/17/EG strikt angewendet werden müssen, was zur Folge hat, dass die so genannte Theorie der Ansteckung im Sinne der Mannesmann-Rechtsprechung (Urteil vom 15. Januar 1998, C-44/96), nicht anwendbar ist;

dies vorausgeschickt im Plenum mit Urteil Nr. 16 vom 1. August 2011 Folgendes ausgeführt hat:

„Ob die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags unter die für besondere Sektoren geltende Regelung fällt, lässt sich nicht aus einem rein subjektiven Kriterium herleiten, das damit zusammenhängt, dass der Vertrag von einer in den besonderen Sektoren tätigen Einrichtung vergeben wird, sondern muss auch in Anwendung eines objektiven Parameters festgestellt werden, der berücksichtigt, ob die Dienstleistung der besonderen Tätigkeit zugewiesen werden kann“; dies ergibt sich aus Art. 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 (der Art. 20 der Richtlinie 2004/17/EG getreu wiedergibt), „wonach die Regelung über die besonderen Sektoren nicht für Aufträge gilt, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als der Durchführung ihrer in den Art. 208 bis 213 beschriebenen Tätigkeiten oder zur Durchführung derartiger Tätigkeiten in einem Drittland in einer Weise vergeben, die nicht mit der physischen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Gemeinschaft verbunden ist“.

Genauer gesagt hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) in dem Beschluss Folgendes ausgeführt:

„Da Gebäudereinigung und Hausverwaltung in den Anhängen der beiden europäischen Richtlinien (2004/17 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und 2004/18 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge) aufgeführt sind, lässt sich nicht aus einem rein subjektiven Kriterium, das damit zusammenhängt, dass der Vertrag von einer in den besonderen Sektoren tätigen Einrichtung vergeben wird, herleiten, ob die Vergabe des Auftrags über Reinigungsdienstleistungen unter die für besondere Sektoren geltende Regelung fällt, sondern muss dies auch in Anwendung eines objektiven Parameters festgestellt werden, der berücksichtigt, ob die Dienstleistung der besonderen Tätigkeit zugewiesen werden kann.

Mit anderen Worten fallen Reinigungsleistungen unter die Regelungen über die besonderen Sektoren, wenn sie der Ausübung der betreffenden Tätigkeit dienen, was der Fall ist, wenn es um Immobilien und Gebäude geht, die Teil der Produktions-, Verteilungs- und Transportnetze sind, die in den Art. 208 ff. des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannt sind.

Zu dem ihm zur Prüfung vorgelegten Fall wird in dem Beschluss ausgeführt:

- Zum einen besteht kein Zweifel am Vorliegen des subjektiven Elements, das darin besteht, dass der öffentliche Auftraggeber, die RFI, unstreitig zu den in Art. 210 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannten öffentlichen Auftraggebern gehört (und dies wird von den Berufungsklägern auch nicht bestritten).
- Zum anderen heißt es im angefochtenen Urteil: „Es ist davon auszugehen, dass Reinigungsdienstleistungen in Bahnhöfen, Anlagen, Büros und Werkstätten an verschiedenen Orten im Amtsbezirk der Direzione compartimentale movimento di Cagliari, die ‚Betriebsanlagen‘ darstellen und als solche notwendige Bestandteile des Eisenbahntransportnetzes sind, unter die Regelungen über die besonderen Sektoren fallen, da sie strikt dieser Eisenbahntätigkeit dienen“.

Diese Feststellungen, denen sich der Beschluss anschließt, werden durch die verschiedenen Ausführungen der Berufungskläger nicht in Frage gestellt, die der Auffassung sind, dass „die reine Reinigungsdienstleistung in den der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten, den Bahnhöfen und den Büros an verschiedenen Orten im Amtsbezirk der Direzione compartimentale movimento di Cagliari in keiner Weise so angesehen werden kann, dass die Dienstleistung im Hinblick auf den von der RFI verfolgten Zweck erbracht wird“.

Angesichts des Gegenstands des Vergabeverfahrens „erscheint es nämlich offensichtlich, dass die Reinigungsdienstleistungen, die Gegenstand des öffentlichen Auftrags sind, keineswegs eine vorangestellte Neben- oder Zusatzdienstleistung zu den Transportdienstleistungen darstellen, sondern der angemessenen Erbringung dieser Dienstleistung dienen, da sie Immobilien und Gebäude betreffen, die notwendige Bestandteile des Eisenbahntransportnetzes darstellen.“

Die hygienischen und sanitären Bedingungen in den Örtlichkeiten, die mit der Erbringung der Dienstleistung des Personen- und Warentransports im Zusammenhang stehen, stellen eine unerlässliche Voraussetzung für die korrekte Erbringung der Dienstleistung selbst dar, mit der Folge, dass die Reinigungsleistungen, die dazu dienen, diese Bedingungen für die „Durchführbarkeit“ der Dienstleistung zu gewährleisten, mit den Transportdienstleistungen notwendig in instrumenteller Weise verbunden sind.

Gemäß dem Beschluss Nr. 1297/2017 bedeuten diese Erwägungen im Ergebnis, dass Art. 115 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge keine Anwendung auf

die Vergabe der Reinigungsdienstleistung findet, um die es hier geht, da die subjektiven und objektiven Kriterien erfüllt sind, dass diese Dienstleistung unter die Vorschriften für spezielle Sektoren fällt. Folglich ist im vorliegenden Fall keine Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung aufgrund einer etwaigen „regelmäßigen Preisrevision“ möglich.

Darüber hinaus teilt der Beschluss auch nicht die zweite der in der Rechtsmittelschrift entwickelten Überlegungen zur Anwendbarkeit von Art. 1664 des Codice civile auf die vorliegende Rechtssache.

Und zwar deshalb, weil das Institut der „regelmäßigen Preisrevision“ im Bereich der Verträge über öffentliche Aufträge in Art. 115 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 geregelt ist und – was den Ausschluss der Anwendung dieses Artikels auf die besonderen Sektoren betrifft – in den Art. 206 und 217 dieses Decreto legislativo.

Das Gesetzbuch über öffentliche Aufträge enthält somit eine besondere Regelung in diesem Bereich, die zwingenden Charakter hat und als solche zum einen (nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen) die allgemeine Regelung verdrängt und zum anderen bewirkt, dass die Vorschriften des Codice civile unanwendbar sind, weil es eine ausdrückliche besondere Regelung gibt, denn Art. 2 Abs. 4 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 erklärt bekanntlich die „Vorschriften des Codice civile“ nur insoweit für anwendbar, „als keine ausdrückliche Regelung vorliegt“.

Den vorstehenden Erwägungen ist allenfalls noch hinzuzufügen:

- Erstens ist die Anwendbarkeit des Art. 1664 des Codice civile im vorliegenden Fall auch durch eine ausdrückliche und zulässige vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen (Art. 6), die – entgegen dem Vorbringen der Berufungskläger – durch die Regelung des Zeitpunkts und der Methoden der Änderung des vereinbarten Preises ihre eigenen spezifischen Regeln festlegt, die von der Primärregel abweichen;
- Zweitens setzt die Änderung des „vereinbarten Gesamtpreises“ voraus, dass etwaige Steigerungen der Kosten für Material oder Arbeitskräfte aufgrund zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses „unvorhersehbarer Umstände“ eingetreten sind und nicht als Folge einer gewöhnlichen Verlängerung von Arbeitsverträgen in diesem Sektor angesehen werden können.

13 ANTRAG AUF BEFASSUNG DES GERICHTSHOFS DER EUROPÄISCHEN UNION IM WEGE EINES VORABENTSCHEIDUNGSERSUCHENS

- 14 In dem Beschluss heißt es, dass die Berufungskläger außerdem eine Frage nach der Rechtmäßigkeit der Art. 115, 206, 210 und 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 bzw. des Art. 6 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 537/1993 im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht stellen, da diese Vorschriften gegen Art. 3 Abs. 3 EUV sowie die Art. 26 und 101 ff. AEUV verstießen.

Nach Ansicht der Berufungskläger verstößt die nationale Regelung, soweit sie dazu führt, dass Preisanpassungen im Transportsektor und insbesondere auch bei den entsprechenden Reinigungsverträgen ausgeschlossen sind, gegen die Richtlinie 2004/17. „Es handelt sich bei dieser Regelung um eine im Hinblick auf die Gemeinschaftsregelung exzessive und nicht gerechtfertigte Regelung, die in ungerechter Weise unverhältnismäßig und so ausgestaltet ist, dass sie das ‚Hilfs‘-Unternehmen (die Zuschlagsempfängerin bei Tätigkeiten wie Reinigungstätigkeiten) im Verhältnis zu dem Unternehmen, das (tatsächlich) die öffentliche Dienstleistung erbringt, in eine untergeordnete, schwache Stellung bringt, wodurch es aufgrund der italienischen Rechtsvorschriften, die letztlich die Regeln über die Funktionsweise des Marktes ändern, zu einem ungerechten und unverhältnismäßigen vertraglichen Ungleichgewicht kommt.“

Da angesichts der vorstehenden Erwägungen der eingelegten Berufung im Licht der Art. 115, 206 und 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 und ihrer Auslegung durch das nationale Gericht, der sich der Senat anschließen möchte, nicht stattzugeben wäre, erging daher der Beschluss, dem Gerichtshof der Europäischen Union die oben erwähnten Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

#### 15 URTEIL DES GERICHTSHOFS

- 16 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) zitiert die Rn. 29, 30, 31, 36, 39 und 40 des Urteils vom 19. April 2018 in der Rechtssache C-152/17 sowie den Tenor, in dem der Gerichtshof Folgendes erklärt:

„Die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 geänderten Fassung und die ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen, nach denen eine regelmäßige Preisanpassung nach der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in den in der Richtlinie genannten Sektoren nicht vorgesehen ist, nicht entgegenstehen.“

Mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2018 beantragten die Berufungskläger beim vorlegenden Gericht, dem Gerichtshof neue Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, die teilweise von diesem Gericht aufgegriffen wurden.

Im Wesentlichen machen die Berufungskläger geltend, dass das Urteil des Gerichtshofs nicht dazu Stellung nehme, ob die Reinigungsleistung im Vergleich zu dem nach europäischem und nationalem Recht als besonders eingestuftem Verkehrsdienst instrumentellen Charakter habe oder nicht, und stellen fest, dass das Urteil davon ausgehe, dass sich das Vertragsverhältnis über den in der Ausschreibung festgelegten Zeitraum ohne Verlängerungen erstrecke, dies aber nicht der Sachlage in Italien entspreche, wo Dienstleistungsverträge von der

öffentlichen Verwaltung oft auch unter der Geltung des Decreto legislativo Nr. 163/2006 auf unbestimmte Zeit verlängert würden. Dies habe das vertragliche Gleichgewicht bei vielen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf den Kopf gestellt: die Anpassung der Preise sei ein Instrument zur Wiederherstellung eines gerechten Verhältnisses. Zu diesem Zweck berufen sich die Berufungskläger auf die Erwägungsgründe 9, 10 und 45 sowie Art. 57 der Richtlinie 2004/17.

### **Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage**

- 17 Es ist die Vereinbarkeit der Art. 206 und 217 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 mit dem Unionsrecht zu prüfen, soweit diese die Anwendung des vorhergehenden Art. 115 auf Aufträge der besonderen Sektoren und auch auf Dienstleistungsverträge ausschließen, die, obwohl sie nicht unter die speziellen Sektoren fallen (im vorliegenden Fall Reinigungsdienstleistungen), mit diesen instrumentell verbunden sind.

Zudem ist der Ausschluss der Anpassung der Preise, wie von den Berufungsklägern vorgetragen, „letztendlich eine Maßnahme ..., die den Wettbewerb verhindert, einschränkt und verfälscht und so weit geht, den Abschluss des Vertrags an die Bedingung zu knüpfen, dass der Vertragspartner zusätzliche Bedingungen annimmt, die in keiner Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (Art. 101 Abs. 1 Buchst. e AEUV), wodurch außerdem der Wert des Marktes negiert wird (Art. 3 Abs. 3 EUV)“.

Die von den Berufungsklägern neu vorgeschlagene Frage macht es notwendig, eine erste Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof zu richten:

- ob ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof immer dann zwingend erforderlich ist, wenn eine Partei des Verfahrens, auch zu unterschiedlichen Zeitpunkten, dem nationalen letztinstanzlichen Gericht eine Frage nach der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem europäischen Recht stellt;
- oder ob ein Vorabentscheidungsersuchen auf Antrag einer Partei nur in Bezug auf die Fragen als verpflichtend anzusehen ist, die die Parteien im ersten verfahrenseinleitenden Dokument oder bis zur letzten erlaubten Verfahrenshandlung, bevor über die Sache entschieden wird, aufwerfen und jedenfalls nie, nachdem einmal das Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof erfolgt ist.

Das vorliegende Gericht ist nämlich der Auffassung, dass der zwingende Charakter des Vorabentscheidungsersuchens seitens des letztinstanzlichen Gerichts nicht von einem System „verfahrensrechtlicher Hinderungsgründe“ getrennt werden kann, das derart ist, dass die Parteien dazu bewegt werden, dem nationalen Gericht „ein für allemal“ die Aspekte des auf die betreffende Rechtssache anwendbaren nationalen Rechts vorzulegen, die ihrer Ansicht nach gegen das europäische Recht verstoßen.

Andernfalls würde das nacheinander erfolgende Vorlegen von Vorabentscheidungsfragen – abgesehen davon, dass sie sich dazu eignen, dass von ihnen in verzerrter Weise Gebrauch gemacht wird, was in Extremfällen einen „Missbrauch des Verfahrens“ darstellen kann – (aufgrund der Vorlagepflicht) dazu führen, dass das Recht auf Rechtsschutz und der Grundsatz des schnellen Abschlusses des Verfahrens mit dem Charakter der Wirksamkeit verloren gehen.

Darüber hinaus steht die Vorlage von Vorabentscheidungsfragen zu einem späteren Zeitpunkt als der Einlegung des Rechtsmittels im Widerspruch zum System der Ausschlussgründe des italienischen Verfahrensrechts.

ARBEITSDOKUMENT