

Rechtssache C-383/21

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

Eingangsdatum:

24. Juni 2021

Vorlegendes Gericht:

Conseil d'État (Belgien)

Datum der Vorlageentscheidung:

15. Juni 2021

Klägerin:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

Beklagte:

Société wallonne du logement

1. Gegenstand und Sachverhalt des Rechtsstreits:

- 1 Die gemeinwirtschaftliche Wohnbaugesellschaft Sambre et Biesme (im Folgenden: SLSPSB) ist eine Genossenschaft mit beschränkter Haftung, deren wichtigste Mitglieder die Gemeinden Farciennes und Aiseau-Presles sind.
- 2 Sie gehört zum Netz der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaften, die von der Société wallonne du logement (Wallonische Wohnbaugesellschaft) (im Folgenden: Wallonische WBG) im Auftrag der wallonischen Regierung beaufsichtigt werden.
- 3 Im Jahr 2015 beschlossen die SLSPSB und die Gemeinde Farciennes, in Farciennes ein Öko-Viertel mit etwa 150 Wohnungen zu schaffen. Zu diesem Zweck beabsichtigten die Parteien, sich von der Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (Gemeindezweckverband für die Verwaltung und Durchführung technischer und wirtschaftlicher Studien) (im Folgenden: Interkommunale oder IGRETEC) unterstützen zu lassen.

- 4 IGRETEC nimmt in mehreren Bereichen gemeinwirtschaftliche Aufgaben wahr. Mit ihrem Planungsbüro und ihrer Einkaufszentrale ist sie u. a. in der Lage, öffentliche oder private Partner bei der Planung und Realisierung von Industrie- oder Kommunalbauten sowie Infrastrukturen oder ganz allgemein bei allen städtebaulichen Projekten und Umweltprojekten zu unterstützen.
- 5 IGRETEC wurde von mehreren Gemeinden als Genossenschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Zu ihren Mitgliedern gehören derzeit mehr als 70 Gemeinden, darunter auch die Gemeinde Farciennes, und mehr als 50 weitere öffentliche Stellen.
- 6 Ihr Betrieb unterliegt den Gesetzen über Handelsgesellschaften. Ihre Satzung behält den Gemeinden die Stimmenmehrheit sowie den Vorsitz in den verschiedenen Verwaltungsorganen vor. Beschlüsse der Organe der Interkommunale werden mit der Mehrheit der Stimmen der kommunalen Mitglieder gefasst.
- 7 Das Genossenschaftskapital von IGRETEC ist in fünf Anteilklassen unterteilt, darunter hauptsächlich A-Anteile, die den Gemeinden zugeteilt sind (5 054 351 Anteile), und C-Anteile, die „anderen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern“ zugeteilt sind (17 126 Anteile). Zum damaligen Zeitpunkt vertrat kein Verwaltungsratsmitglied Mitglieder der Kategorie C. Des Weiteren zählte zum Verwaltungsrat von IGRETEC ein Mitglied des Gemeinderats von Farciennes, das zugleich Mitglied des Verwaltungsrats von SLSPSB war.
- 8 Am 29. Oktober 2015 beschloss SLSPSB, einen Anteil an IGRETEC zu erwerben, um deren Leistungen in Anspruch nehmen zu können, wenn auch als Mitglied mit nur einer sehr geringen Minderheitsbeteiligung.
- 9 Um die jeweiligen Rechte und Pflichten der Gemeinde Farciennes und der SLSPSB bei der Gestaltung und Realisierung des Öko-Viertels in Farciennes festzulegen, wurde ein Rahmenvertrag entworfen.
- 10 Sein Art. 1 sieht u. a. vor, dass gemeinsame öffentliche Aufträge über Dienstleistungen, Bauarbeiten und Baubetreuung vergeben werden und die Gemeinde Farciennes bestimmt wird, um in ihrem gemeinsamen Namen als öffentlicher Auftraggeber zu handeln, der alle Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge und die Erteilung des Zuschlags allein trifft.
- 11 Nach Art. 5 („Wahl der Bauleitungsunterstützung für die Durchführung von Aufträgen über Dienstleistungen, Bauarbeiten und Baubetreuung und für die Realisierung des Stadterneuerungsvorhabens“) „vereinbaren die Parteien, dass die Gemeinde Farciennes mit IGRETEC ... einen Vertrag über die Bauleitungsunterstützung und über Leistungen auf den Gebieten Recht und Umwelt abschließt, und zwar im Rahmen des ‚In-House-Verhältnisses‘, das die einzelnen Parteien mit dieser Interkommunalen verbindet“.

- 12 Am 9. Februar 2017 beschloss der Verwaltungsrat von SLSPSB zum einen, „den Abschluss eines Rahmenvertrags über gemeinsame Aufträge mit der Gemeinde Farciennes zu genehmigen“, und zum anderen, „angesichts des In-House-Verhältnisses zwischen [SLSPSB] und IGRETEC den öffentlichen Auftrag für Asbestinventurleistungen nicht auszuschreiben“, dessen Sonderlastenheft er zuvor genehmigt hatte. Dieses Lastenheft wird als erste Stufe bei der Realisierung des Vorhabens eines Öko-Viertels in Farciennes beschrieben.
- 13 Am 10. Februar 2017 wurden diese beiden Beschlüsse vom 9. Februar 2017 der Wallonischen WBG, die die gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaften beaufsichtigt, mit der Begründung zur nachträglichen Überprüfung vorgelegt, dass die Voraussetzungen der „In-House-Ausnahme“ im Verhältnis zwischen den gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaften und IGRETEC zurzeit nicht erfüllt seien und die Aufträge, die diese Gesellschaften an IGRETEC vergäben, den Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterlägen.
- 14 Am 25. Februar 2017 erklärte die Wallonische WBG die Beschlüsse von SLSPSB für nichtig, da sie den Vertrag über technische Unterstützung (Art. 5 des Rahmenvertrags) und den Vertrag über Asbestinventurleistungen ohne Ausschreibung an IGRETEC vergeben habe.
- 15 Nach ihrer Auffassung bestehen vernünftige Zweifel daran, dass SLSPSB auf IGRETEC einen maßgeblichen Einfluss ausübe, insbesondere, weil sie nur einen einzigen Anteil am Genossenschaftskapital von IGRETEC halte, woraus im Umkehrschluss folge, dass die Satzung von IGRETEC den Gemeinden eine Vorrangstellung einräume.
- 16 Die Benennung der Gemeinde Farciennes als führender öffentlicher Auftraggeber in Art. 1 des Rahmenvertrags reiche nicht aus, um die direkte Vergabe der Verträge an IGRETEC im Namen der verschiedenen Parteien des Rahmenvertrags zu rechtfertigen, auch wenn für die Gemeinde Farciennes individuell in ihrem Verhältnis zu IGRETEC die „In-House-Ausnahme“ gelte. Bei einem gemeinsamen Auftrag gestalteten die verschiedenen Partner den Auftrag gemeinsam, doch müssten die üblichen Vergabeverfahren von jedem Partner eingehalten werden.
- 17 Gegen diese Nichtigkeitsentscheidung richtet sich die vorliegende Klage.

2. Fragliche Bestimmungen:

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

- 18 In Art. 12 („Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“) heißt es:

„(1) Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener öffentlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und

...

Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. ...

(2) ...

(3) Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Absatz 1 ausübt, kann einen öffentlichen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen betraut wurden und

...

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a üben öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;

ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und

iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.“

3. Vorbringen der Parteien:

A. SLSPSB

- 19 SLSPSB ist der Ansicht, dass in der angefochtenen Maßnahme zu Unrecht ein „In-House-Verhältnis“ zwischen ihr und IGRETEC abgelehnt worden sei. Diese Ausnahme sei in Art. 12 der Richtlinie 2014/24 verankert, der die Rechtsprechung des Gerichtshofs kodifiziere. Entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Maßnahme seien die Voraussetzungen für die „In-House-Ausnahme“ vorliegend erfüllt. Insbesondere übe der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über IGRETEC eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen aus, was voraussetze, dass 1. die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person aus Vertretern aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber zusammengesetzt seien, wobei eine Person mehrere oder alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber vertreten könne, und 2. diese öffentlichen Auftraggeber in der Lage seien, gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person auszuüben.
- 20 Sie macht geltend, dass im vorliegenden Fall alle erforderlichen Voraussetzungen erfüllt seien, da sie gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern, insbesondere den gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaften und den Gemeinden, eine Kontrolle über IGRETEC „ähnlich wie über ihre eigenen Dienststellen“ ausübe und „sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen“ von IGRETEC beteiligt sei (Urteil vom 29. November 2012, Econord, C-182/11 und C-183/11, EU:C:2012:758, Rn. 33).
- 21 Ferner habe Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Maßnahme durchaus eine unmittelbare Wirkung gehabt, so dass diese Bestimmung anzuwenden sei, um die Voraussetzungen einer gemeinsamen ähnlichen Kontrolle zu bestimmen.
- 22 Erstens sei es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unerheblich, dass sie nur einen einzigen Anteil am Kapital von IGRETEC halte und dieser Anteil nur 0,0000000197 % der in der Generalversammlung stimmberechtigten Anteile ausmache.
- 23 Zweitens sei es gemäß Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 nicht erforderlich, dass jeder Organisationsträger über ein Mitglied im Verwaltungsrat verfüge, sondern es reiche aus, dass die Organisationsträger in den interkommunalen

Entscheidungsgremien vertreten seien, da dieselbe Person mehrere oder alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber vertreten könne. Der europäische Gesetzgeber habe somit die aus dem *Econord*-Urteil folgenden Bedingungen gelockert, wonach es erforderlich gewesen sei, dass jede der öffentlichen Stellen „sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt“ sei. Die Satzung von IGRETEC in der auf den vorliegenden Fall anwendbaren Fassung bestimme in Art. 13 Abs. 4 Unterabs. 3, dass „jede Mitgliederkategorie gesondert zusammentritt, um eine Anzahl von Kandidaten für Verwaltungsratsmandate zu benennen, die der Zahl der auf ihren Vorschlag zu vergebenden Mandate entspricht“. Die Mitglieder der Kategorie C, zu der SLSPSB gehöre, seien daher im Verwaltungsrat von IGRETEC ordnungsgemäß vertreten. Der Verwaltungsrat sei somit gemäß der in Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2014/24 genannten Bedingung aus Personen zusammengesetzt, die u. a. SLSPB verträten.

- 24 Drittens übe sie gemäß Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern (Gemeinden und andere gemeinwirtschaftliche Wohnbaugesellschaften), die an IGRETEC beteiligt seien, eine ähnliche Kontrolle über diesen Interkommunale aus wie über ihre eigenen Dienststellen, d. h. einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Interkommunale. Keiner der an IGRETEC beteiligten öffentlichen Auftraggeber verfüge über eine Mehrheitsbeteiligung, so dass die in Rn. 30 des Urteils *Econord* genannte Fallgestaltung vorliegend nicht gegeben sei. Zudem beziehe sich Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 auf andere öffentliche Auftraggeber, die an der kontrollierten Einrichtung beteiligt seien. Die Schaffung verschiedener Mitgliederkategorien stehe dem nicht entgegen, dass alle öffentlichen Auftraggeber diese Einrichtung gemeinsam kontrollierten. Dies werde dadurch betätigt, dass sie das vorliegende Vorhaben in Zusammenarbeit mit der Gemeinde Farciennes trage, die einer anderen Mitgliederkategorie angehöre. SLSPSB fügt hinzu, dass ihre beiden wichtigsten Mitglieder die Gemeinde Farciennes und die Gemeinde Aiseau-Presles seien, die ebenfalls Mitglieder von IGRETEC seien. Daraus leitet sie ab, dass die Gemeinde Farciennes als Mitglied der Kategorie A, Kontrolle über SLSPSB als Mitglied von IGRETEC der Kategorie C, ausübe, dass diese beiden Stellen gemeinsam die Kontrolle über IGRETEC ausübten, dass sie gemeinsam in der Lage seien, einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Interkommunale auszuüben, und dass sie im Übrigen in dieser Eigenschaft beabsichtigten, gemeinsam ein Öko-Viertel unter Rückgriff auf die fachmännische Beratung von IGRETEC zu entwickeln.
- 25 Daraus schließt SLSPSB, dass sie sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen von IGRETEC beteiligt sei, so dass sie durchaus eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 und der vom Gerichtshof entwickelten Rechtsprechung ausübe, und dass tatsächlich ein „In-House-Verhältnis“ zu IGRETEC bestehe.

- 26 SLSPSB weist darauf hin, dass ein Mitglied des Gemeinderats von Farciennes zugleich Mitglied des Verwaltungsrats von SLSPSB und des Verwaltungsrats von IGRETEC sei. Die konkreten Umstände der Rechtssache seien zu berücksichtigen, und eine symbolische Beteiligung sei gerechtfertigt, da das von der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaft verfolgte Ziel nicht darin bestehe, eine finanzielle Investition zu tätigen, sondern von den gemeinsamen Leistungen und der Struktur der Interkommunale zu profitieren. Der Code de la démocratie locale et de la décentralisation (Gesetzbuch über die lokale Demokratie und die Dezentralisierung) beschränke die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder einer Interkommunale. Die Erkenntnisse aus dem *Econord*-Urteil beschränkten sich darauf, dass es kein Mitglied mit Mehrheitsbeteiligung geben dürfe, das allen seinen Standpunkt aufzwinge, was hier nicht der Fall sei. Vorliegend werde die ähnliche Kontrolle mit Hilfe der Gemeinde Farciennes ausgeübt, die zugleich Mitglied von IGRETEC als auch von SLSPSB sei und in den Verwaltungsräten dieser beiden Einrichtungen ein Mitglied stelle.

B Wallonische WBG

- 27 Die Wallonische WBG bringt zunächst vor, dass Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24, auf den sich SLSPSB berufe, keine unmittelbare Wirkung habe. Nur Bestimmungen, die eine Verhaltensregel aufstellten und damit dem Einzelnen subjektive Rechte verliehen, könnten unmittelbare Wirkung entfalten, wohingegen die genannte Bestimmung der Richtlinie 2014/24 diese Voraussetzung nicht erfülle, da sie den Staat nicht zugunsten eines Wirtschaftsteilnehmers zu einem Tun oder Unterlassen verpflichte. Vielmehr gewähre diese Bestimmung dem Staat nur die Möglichkeit, von der Ausschreibung eines Auftrags abzusehen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt seien. Aufgrund dessen könne sich SLSPSB nicht auf diese Bestimmung berufen, um im vorliegenden Fall den Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz zu rechtfertigen. Sollte der Conseil d'État (Staatsrat) ihre Auffassung nicht teilen, schlägt die Wallonische WBG vor, den Gerichtshof zu der unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung zu befragen.
- 28 Sie führt weiter aus, warum ihrer Ansicht nach vorliegend die Voraussetzungen für ein „gemeinsames In-House-Verhältnis“ zwischen SLSPSB auf der einen und IGRETEC auf der anderen Seite nicht erfüllt sind.
- 29 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs könne ein Vertragsverhältnis zwischen zwei rechtlich unterschiedlichen Personen als „in-house“ eingestuft werden, wenn die Person, die eine Ware bestelle oder eine Dienstleistung in Auftrag gebe, über die Person, die sie liefere bzw. erbringe, eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe und wenn diese Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen durchführe, aus denen sie bestehe.
- 30 Danach müsse der Besteller bzw. Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber sein und über eine Kontrollbefugnis verfügen, die es ihm ermögliche, „auf die

Entscheidungen dieser Einrichtung einzuwirken“. Es müsse sich dabei um die Möglichkeit handeln, „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“ (Urteil vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, Rn. 28), so dass die ähnliche Kontrolle mehr als einen beherrschenden Einfluss bedeute, da sie eine Kontrolle über die Einrichtung voraussetze, die sowohl die strategischen Entscheidungen als auch einzelne Managemententscheidungen umfasse. Zudem müsse die Intensität der ausgeübten Kontrolle unter Berücksichtigung der gesamten Geschäftsführung und aller Strukturen der betreffenden Einrichtung umfassend beurteilt werden, und nicht in Bezug auf ihr spezifisches Verhalten in einem öffentlichen Vergabeverfahren (vgl. Urteil vom 17. Juli 2008, Kommission/Italien, C-371/05, nicht veröffentlicht, EU:C:2008:410).

- 31 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sei es zwar weder erforderlich, dass jede Einrichtung einzeln auf die kontrollierte Einrichtung einen ebenso maßgeblichen Einfluss ausübe, wie wenn sie die Tätigkeit selbständig und intern organisiert hätte, noch, dass die öffentliche Einrichtung über eine Mehrheitsbeteiligung verfüge, so dass die Kontrolle gemeinsam ausgeübt werden könne. Die Voraussetzung hierfür sei jedoch insbesondere, dass es bei der laufenden Wahrnehmung der an die kontrollierte Einrichtung übertragenen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben keine unterschiedlichen Interessen gebe, dass nicht damit zu rechnen sei, dass die betreffende Einrichtung unabhängig von ihren Anteilseignern Ziele verfolge, und dass sie infolgedessen nicht auf den Markt ausgerichtet sei. Die Wallonische WBG trägt vor, der Gerichtshof habe in jüngerer Zeit im Urteil vom 29. November 2012, Econord (C-182/11 und C-183/11, EU:C:2012:758, Rn. 31), die Voraussetzungen einer ähnlichen Kontrolle im Fall eines „gemeinsamen In-House“ dahingehend genauer ausgestaltet, dass jeder der öffentlichen Auftraggeber sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der beauftragten Einrichtung beteiligt sein müsse und die Kontrolle über Letztere nicht allein auf der Kontrollbefugnis der öffentlichen Stelle, die eine Mehrheitsbeteiligung am Kapital der betreffenden Einrichtung halte, beruhen dürfe, und dies wie folgt begründet: „Hat ein öffentlicher Auftraggeber innerhalb einer gemeinsam gehaltenen beauftragten Einrichtung eine Stellung inne, die ihm nicht die geringste Möglichkeit einer Beteiligung an der Kontrolle über diese Einrichtung sichert, würde damit ... einer Umgehung [des Unionsrechts] über öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen Tür und Tor geöffnet, da ein rein formaler Beitritt zu einer solchen Einrichtung oder deren gemeinsamem Leitungsorgan diesen öffentlichen Auftraggeber von der Verpflichtung befreien würde, ein Ausschreibungsverfahren nach den Unionsvorschriften durchzuführen, obwohl er bei dieser Einrichtung in keiner Weise an der Ausübung der Kontrolle ... wie über eigene Dienststellen ... beteiligt wäre.“ Der Gerichtshof habe in dieser Rechtssache den italienischen Staatsrat [Consiglio di Stato] ersucht, zu prüfen, ob die von den öffentlichen Auftraggebern geschlossene gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarung sie in die Lage versetze, wirksam zur Kontrolle der beauftragten Einrichtung beizutragen (Rn. 32), da jede von ihnen nur eine Aktie an der beauftragten Einrichtung gezeichnet habe. Der

Gerichtshof habe mit dieser Entscheidung der Gefahr einer Umgehung der Vergabevorschriften durch eine rein formale Zugehörigkeit zu einer gemeinsamen Einrichtung begegnen wollen und seine frühere Rechtsprechung bestätigt, wonach trotz einer sehr geringen Kapitalbeteiligung der öffentlichen Auftraggeber eine strukturell und funktionell wirksame Kontrollbefugnis über die beauftragte Einrichtung erforderlich sei.

- 32 Sie kommt zu dem Schluss, dass mit der Entscheidung des Verwaltungsrats von SLSPSB vom 29. Oktober 2015, eine Beteiligung an IGRETEC zu erwerben, einzig und allein das Ziel verfolgt worden sei, die Anwendung der Vergabevorschriften zu umgehen. Zwar stehe die Inanspruchnahme einer Einrichtung, die gemeinsam von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehalten werde, nicht grundsätzlich einer Berufung auf die „In-House-Ausnahme“ entgegen, doch sei hierfür Voraussetzung, dass der öffentliche Auftraggeber, der sich dieser Einrichtung bediene, eine wirksame strukturelle und funktionale Kontrolle über diese ausübe, was sowohl eine Beteiligung am Kapital als auch an den Leitungsorganen der beauftragten Einrichtung voraussetze, und dass die Kontrolle geeignet sei, einen ausschlaggebenden Einfluss auf ihre strategischen Ziele und ihre wichtigen Entscheidungen auszuüben.
- 33 Ferner führt die Wallonische WBG aus, inwiefern die Beteiligung der SLSPSB, die nur einen einzigen Anteil am Genossenschaftskapital von IGRETEC halte, angesichts der an IGRETEC gezeichneten Anteile vollkommen symbolisch sei, da diese Beteiligung nach ihren Berechnungen nur 0,000000197 % der Anteile betrage, die in der Generalversammlung stimmberechtigt seien (Mitglieder der Kategorien A, C und P). Zudem verfüge SLSPSB über kein Mitglied im Verwaltungsrat von IGRETEC, während den Gemeinden (Mitglieder der Kategorie A) eine Vorrangstellung bei der Kontrolle der Organe von IGRETEC eingeräumt werde. Da nach der Satzung von IGRETEC Mitglieder der Kategorie A (Gemeinden) eine Mehrheit im Verwaltungsrat hätten, hindere ihre Macht die Mitglieder der anderen Kategorien, darunter SLSPSB, daran, sich wirksam an der strukturellen und funktionalen Kontrolle von IGRETEC zu beteiligen und einen ausschlaggebenden Einfluss auf ihre strategischen Ziele und ihre wesentlichen Entscheidungen auszuüben.
- 34 Die „In-House-Ausnahme“ sei eng auszulegen und die Beweislast liege bei demjenigen, der sich auf sie berufe. Um eine gemeinsame Kontrolle zu belegen, müssten die Entscheidungsorgane der beauftragten Einrichtung aus Vertretern aller öffentlichen Auftraggeber bestehen. Die SLSPSB verfüge jedoch über keinen Vertreter im Verwaltungsrat von IGRETEC. Ferner handele der Gemeinderat von Farciennes, der Mitglied des Verwaltungsrats sei, nur als Vertreter der Gemeinde Farciennes und nicht als Vertreter von SLSPSB. Infolgedessen sei die Voraussetzung für eine gemeinsame „In-House-Kontrolle“ nicht erfüllt.

4. Beurteilung des Conseil d'État (Staatsrat):

- 35 Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen (Urteil vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, Rn. 50 und 51; 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24). Das „In-House-Verhältnis“ stellt eine Ausnahme von der Anwendung dieser Vorschriften dar. Die Voraussetzungen, unter denen sie geltend gemacht werden kann, sind daher eng auszulegen, und es obliegt demjenigen, der sich auf sie beruft, zu beweisen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (Urteile vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, Rn. 63, und vom 8. Mai 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, Rn. 23).
- 36 Bei einem „gemeinsamen In-House-Verhältnis“ halten mehrere öffentliche Auftraggeber eine Einrichtung und üben über diese „gemeinsam“ eine „ähnliche Kontrolle“ wie über ihre eigenen Dienststellen aus.
- 37 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass die Ausübung einer (einfachen oder gemeinsamen) „ähnlichen Kontrolle“ jedenfalls voraussetzt, dass der öffentliche Auftraggeber bzw. die öffentlichen Auftraggeber allein oder gemeinsam eine wirksame strukturelle und funktionale Kontrolle über die beauftragte Einrichtung ausübt bzw. ausüben, die es ihm bzw. ihnen ermöglicht, sowohl die strategischen Ziele als auch die wesentlichen Entscheidungen dieser Einrichtung maßgeblich zu beeinflussen. Die Intensität der ausgeübten Kontrolle muss in einer Gesamtschau im Hinblick auf die Gesamtheit der Geschäftsführung und der Strukturen der betreffenden Einrichtung beurteilt werden. Bei dieser Beurteilung sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (Urteile vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, Rn. 65, vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, Rn. 36, vom 17. Juli 2008, Kommission/Italien, C-371/05, nicht veröffentlicht, Rn. 24, vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, Rn. 28, vom 10. September 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, Rn. 65, und vom 8. Mai 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, Rn. 24).
- 38 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs deutet ferner der Umstand, dass die Beschlussorgane der beauftragten Einrichtung aus Vertretern des öffentlichen Auftraggebers bzw. der öffentlichen Auftraggeber bestehen, darauf hin, dass dieser bzw. diese die betreffenden Beschlussorgane beherrschen und damit in der Lage sind, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (Urteil vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, Rn. 34).
- 39 Was insbesondere den Fall angeht, dass die ähnliche Kontrolle von mehreren öffentlichen Auftraggebern „gemeinsam“ ausgeübt wird, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass allein aufgrund dessen, dass einer der öffentlichen Auftraggeber einen rein symbolischen Anteil an der beauftragten

Gesellschaft hält, nicht davon auszugehen ist, dass er die Voraussetzung einer „ähnlichen Kontrolle“ nicht erfüllt (Urteil vom 19. April 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, Rn. 58 bis 61).

- 40 SLSPSP selbst räumt allerdings ein, dass der öffentliche Auftraggeber nachweisen muss, dass er in der Lage ist, sich auf bestimmte Weise an der Kontrolle des Auftraggebers zu beteiligen, um sich auf eine „gemeinsame ähnliche Kontrolle“ berufen zu können. SLSPSB tut jedoch keine Fähigkeit zur Kontrolle über IGRETEC dar. In der angefochtenen Maßnahme heißt es hierzu, dass „die Satzung von IGRETEC ihren kommunalen Mitgliedern (Kategorie A) zum Nachteil der anderen öffentlichen Einrichtungen (Kategorie C) eine größere Bedeutung einräumt“, dass „nicht sichergestellt ist, dass die Mitglieder der Kategorie C – zu denen SLSPSB gehört – durch ihre eigenen Mitglieder im Verwaltungsrat vertreten sind und über so viele Stimmen wie Anteile verfügen“, dass „eine sehr geringe Beteiligung am Genossenschaftskapital von IGRETEC zu ... einem schwachen Einfluss führt“, dass „nur die Mitglieder, die Gemeinden sind, in der Generalversammlung Beschlüsse blockieren können“, und dass „die Satzung von IGRETEC den Gemeinden (Kategorie A) derzeit offensichtlich eine Vorrangstellung einräumt, so dass SLSPSB nicht belegen kann, dass auch die anderen öffentlich-rechtlichen Mitglieder einen tatsächlichen und maßgeblichen Einfluss ausüben“.
- 41 Aus dem Urteil vom 29. November 2012, Econord (C-182/11 und C-183/11, EU:C:2012:758, Rn. 31 und 33), ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber, um sich auf eine „gemeinsame ähnliche Kontrolle“ berufen zu können, „sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt“ sein muss, um dadurch in der Lage zu sein, „tatsächlich zur Kontrolle [dieser Einrichtung] beizutragen“. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass der Begriff der „gemeinsamen Kontrolle“ nicht ausgehöhlt werden dürfe: „Hat ein öffentlicher Auftraggeber innerhalb einer gemeinsam gehaltenen beauftragten Einrichtung eine Stellung inne, die ihm nicht die geringste Möglichkeit einer Beteiligung an der Kontrolle über diese Einrichtung sichert, würde damit nämlich einer Umgehung der unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen Tür und Tor geöffnet, da ein rein formaler Beitritt zu einer solchen Einrichtung oder deren gemeinsamem Leitungsorgan diesen öffentlichen Auftraggeber von der Verpflichtung befreien würde, ein Ausschreibungsverfahren nach den Unionsvorschriften durchzuführen, obwohl er bei dieser Einrichtung in keiner Weise an der Ausübung der ‚Kontrolle wie über eigene Dienststellen‘ beteiligt wäre.“
- 42 Jedoch stellt sich die Frage, inwieweit und auf welche Art und Weise der Auftraggeber an den Leitungsorganen der kontrollierten Einrichtung „beteiligt“ sein und „tatsächlich zur Kontrolle beitragen“ muss. In seinem Urteil vom 8. Mai 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, Rn. 28), hat der Gerichtshof entschieden, dass kein Kontrollverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der beauftragten Einrichtung bestehe, wenn der

öffentliche Auftraggeber nicht am Kapital dieser Einrichtung beteiligt sei und „keinen Vertreter in deren Aufsichtsrat“ habe.

- 43 Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 scheint den Begriff der „Beteiligung“ in den Entscheidungsgremien der kontrollierten Einrichtung zu klären, indem er vorsieht: „Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten“.
- 44 Im vorliegenden Fall erwarb SLSPSB am 29. Oktober 2015 einen Anteil an IGRETEC zum Preis von 6,20 Euro, um unmittelbar deren Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Dieser einzelne Anteil repräsentierte zum 31. Dezember 2015 0,0000049 % der 20 366 778 Anteile der Interkommunalen und 0,0000197 % der 5 071 477 Anteile, die in der Generalversammlung stimmberechtigt sind. Aus den Akten geht auch hervor, dass die Mitglieder der „Kategorie C“ zur gleichen Zeit zusammen 0,084 % der Anteile an der Interkommunalen und 0,34 % der Anteile, die in der Generalversammlung stimmberechtigt sind, repräsentierten. Die Mitglieder der „Kategorie C“ und insbesondere SLSPSB hatten daher bei IGRETEC die Stellung von Mitgliedern mit einer sehr geringen Minderheitsbeteiligung inne.
- 45 Diese sehr geringe Minderheitsbeteiligung ermöglichte den Mitgliedern der Kategorie C nicht, wirksam zur Kontrolle von IGRETEC beizutragen. Darüber hinaus räumte die Satzung den Gemeinden (Mitglieder der Kategorie A) unter allen Gesichtspunkten und in allen Entscheidungsgremien eine Vorrangstellung ein. Dem Vorbringen von SLSPSB, dass die Mitglieder der Kategorie C im Verwaltungsrat von IGRETEC vertreten seien, kann nicht gefolgt werden. Angesichts der begrenzten Anzahl von Verwaltungsratsmitgliedern können Mitglieder der Kategorie C aufgrund ihrer sehr geringen Minderheitsbeteiligung faktisch nicht über ein Verwaltungsratsmitglied in diesem Organ vertreten sein. Die Satzung von IGRETEC stellte dagegen keineswegs sicher, dass ein von den Mitgliedern der Kategorie C benanntes Mitglied im Verwaltungsrat sitzt, um sie zu vertreten. In der angefochtenen Maßnahme wird daher völlig zu Recht festgestellt, dass „[d]ie Mitglieder der Kategorie C, zu der SLSPSB gehört, nicht über die Gewissheit verfügen, dass sie durch ihre eigenen Mitglieder im Verwaltungsrat vertreten werden“. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Mitglieder der Kategorie C, zu denen SLSPSB gehört, nach Art und Umfang in keiner Weise an der Ausübung der gemeinsamen Kontrolle über IGRETEC beteiligt sind.
- 46 SLSPSB hat jedoch im Laufe des Verfahrens geltend gemacht, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt ein Gemeinderatsmitglied der Gemeinde Farciennes, das zugleich Verwaltungsratsmitglied von SLSPSB gewesen sei, im Verwaltungsrat von IGRETEC gesessen habe. SLSPSB hat jedoch nicht nachweisen können, dass diese Konstellation gesetzlich vorgesehen und garantiert ist. Außerdem saß diese Person in ihrer Eigenschaft als „Mitglied des Gemeinderats von Farciennes“ im

Verwaltungsrat von IGRETEC. Nichts deutet darauf hin, dass sie in dieser Eigenschaft auch als Vertreterin der Interessen von SLSPSB galt, obwohl sie tatsächlich auch Mitglied des Verwaltungsrats dieser Gesellschaft war.

- 47 SLSPSB macht jedoch geltend, dass dieser Sachverhalt ausreiche, um ihre „Beteiligung“ an den Entscheidungsgremien von IGRETEC zu belegen und davon auszugehen, dass sie über diese Interkommunale eine „ähnliche Kontrolle“ *mit Hilfe* der Gemeinde Farciennes ausübe, die sowohl Mitglied von IGRETEC als auch von SLSPSB sei und in jeder dieser Einrichtungen über ein Mitglied im Verwaltungsrat verfüge. Die Überprüfung einer solchen Kontrolle sei konkret unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, und es reiche aus, dass eine solche Kontrolle statfinde, unabhängig davon, wie sie tatsächlich ausgeübt werde.
- 48 Der Gerichtshof ist hierzu zu befragen. SLSPSB bringt zwar vor, die Gemeinde Farciennes sei sowohl Mitglied von SLSPSB als auch von IGRETEC und übe über diese beiden Einrichtungen eine Kontrolle aus, behauptet jedoch nicht, dass ein „horizontales In-House-Verhältnis“ vorliege, das es zwei Einrichtungen, die von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierten werden, erlaubt, ohne vorherige Ausschreibungen untereinander Aufträge zu vergeben. Jedenfalls scheint eine solche Art der Kontrolle nur dann vorliegen zu können, wenn die beiden Vertragspartner ausschließlich von derselben Behörde kontrolliert werden (Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi in der Rechtssache Datenlotsen Informationssysteme [C-15/13, EU:C:2014:23, Nrn. 44 und 45]), was vorliegend nicht der Fall ist, da die Gemeinde Farciennes IGRETEC und SLSPSB nur gemeinsam mit anderen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern bzw., was SLSPSB betrifft, sogar gemeinsam mit privaten Mitgliedern hält.
- 49 Im Übrigen scheinen die Parteien des Rechtsstreits der Ansicht zu sein, dass die Antwort auf die gestellte Frage unterschiedlich ausfallen könnte, je nachdem, ob Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 in seiner zum maßgeblichen Zeitpunkt des Sachverhalts anwendbaren Fassung eine unmittelbare Wirkung zuerkannt wird oder nicht. Daher ist dem Gerichtshof auch die Frage zu stellen, ob der vorstehenden Bestimmung unmittelbare Wirkung zuzuerkennen ist. Der Gerichtshof hat, ohne sich zur unmittelbaren Wirkung von Art. 12 der Richtlinie 2014/24 zu äußern, im Urteil vom 3. Oktober 2019, Irgita (C- 285/18, EU:C:2019:829, Rn. 46 und 49), zu Art. 12 Abs. 1 festgestellt, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten nicht dazu zwingen könne, eine „In-House“-Vergabe in Anspruch zu nehmen, wenn die in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt seien, und dass es einem Mitgliedstaat freistehe, einem öffentlichen Auftraggeber Bedingungen für den Abschluss eines internen Auftrags vorzuschreiben, die nicht in Art. 12 Abs. 1 vorgesehen seien.

5. Vorlagefragen:

- 50 Der Conseil d'État (Staatsrat) legt folgende Fragen vor:

1. Ist Art. 12 Abs. 3 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 in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 dahin auszulegen, dass er unmittelbare Wirkung entfaltet?

2. Für den Fall, dass diese erste Frage bejaht wird: Ist Art. 12 Abs. 3 der genannten Richtlinie 2014/24/EU dahin auszulegen, dass die Voraussetzung, wonach ein öffentlicher Auftraggeber, vorliegend eine gemeinwirtschaftliche Wohnbaugesellschaft, in den Entscheidungsgremien der kontrollierten juristischen Person, hier einer interkommunalen Genossenschaft, vertreten sein muss, allein deswegen erfüllt ist, weil eine Person, die in ihrer Eigenschaft als Gemeinderatsmitglied eines anderen beteiligten öffentlichen Auftraggebers, vorliegend einer Gemeinde, im Verwaltungsrat dieser interkommunalen Genossenschaft sitzt, aus rein tatsächlichen Gründen und ohne dass die Vertretung gesetzlich garantiert ist, auch Mitglied im Verwaltungsrat der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaft ist, während die Gemeinde sowohl (nicht alleiniges) Mitglied der kontrollierten Einrichtung (interkommunalen Genossenschaft) als auch der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaft ist?

3. Für den Fall, dass die erste Frage verneint wird: Ist ein öffentlicher Auftraggeber, vorliegend eine gemeinwirtschaftliche Wohnbaugesellschaft, an den Entscheidungsgremien der kontrollierten juristischen Person, hier einer interkommunalen Genossenschaft, allein deswegen „beteiligt“, weil eine Person, die in ihrer Eigenschaft als Gemeinderatsmitglied eines anderen beteiligten öffentlichen Auftraggebers, vorliegend einer Gemeinde, im Verwaltungsrat dieser interkommunalen Genossenschaft sitzt, aus rein tatsächlichen Gründen und ohne dass die Vertretung gesetzlich garantiert ist, auch Mitglied im Verwaltungsrat der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaft ist, während die Gemeinde sowohl (nicht alleiniges) Mitglied der kontrollierten Einrichtung (interkommunalen Genossenschaft) als auch der gemeinwirtschaftlichen Wohnbaugesellschaft ist?