

# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS

vom 1. Juli 1999 \*

## I — Einleitung

1. Das Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna (Sektion Parma) (Italien) hat dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung einer Vorschrift der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>1</sup> zur Vorabentscheidung vorgelegt.

3. Artikel 2 der Richtlinie 92/50 lautet: „Bezieht sich ein öffentlicher Auftrag gleichzeitig auf Erzeugnisse im Sinne der Richtlinie 77/62/EWG und Dienstleistungen gemäß den Anhängen IA und IB dieser Richtlinie, so fällt er unter diese Richtlinie, wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Erzeugnisse übersteigt.“

## II — Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

2. Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 bestimmt, daß im Sinne dieser Richtlinie als *öffentliche Dienstleistungsaufträge* „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“ gelten. Nach Buchstabe b dieser Vorschrift gelten als *öffentliche Auftraggeber* „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“.

4. Nach Artikel 6 der Richtlinie 92/50 „gilt [diese Richtlinie]... nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat“.

5. Artikel 7 der Richtlinie 92/50 bestimmt zum einen, daß die Vorschriften dieser Richtlinie für öffentliche Aufträge für Dienstleistungen gelten, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 200 000 ECU oder mehr beträgt, und regelt zum anderen, auf welcher Grundlage bei Aufträgen, für

\* Originalsprache: Griechisch.  
1 — ABl. L 209, S. 1.

die kein Gesamtpreis angegeben wird, der voraussichtliche Vertragswert berechnet wird<sup>2</sup>.

Waren. Diese Lieferung kann auch Nebenarbeiten wie das Verlegen und Anbringen umfassen“.

6. Die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 betrifft ausweislich ihres Titels die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge<sup>3</sup>. Mit ihr wurde die bis dahin geltende Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge<sup>4</sup> aufgehoben. Gemäß Artikel 33 der Richtlinie 93/36 gelten jedoch „Bezugnahmen auf die aufgehobene Richtlinie... als Bezugnahmen auf die vorliegende Richtlinie und sind nach Maßgabe der Entsprechungstabelle in Anhang VI zu lesen“.

8. Gemäß Artikel 1 Buchstabe b gelten als *öffentliche Auftraggeber* „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“<sup>5</sup>.

7. Gemäß Artikel 1 Buchstabe a gelten als *öffentliche Lieferaufträge* im Sinne der Richtlinie „die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von

9. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 sieht in dem uns interessierenden Teil vor, daß die Vorschriften der Richtlinie<sup>6</sup> auf öffentliche Lieferaufträge Anwendung finden, „die von Beschaffungsstellen im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b) vergeben werden..., sofern sie sich auf nicht unter Anhang II fallende Waren beziehen, vorausgesetzt, daß der geschätzte

2 — Im einzelnen bestimmt Absatz 5, daß bei Aufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, Berechnungsgrundlage für den voraussichtlichen Vertragswert a) bei zeitlich begrenzten Verträgen der geschätzte Gesamtwert für die Laufzeit des Vertrages ist, soweit diese 48 Monate nicht überschreitet, b) bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung, multipliziert mit 48.

3 — ABl. L 199, S. 1.

4 — ABl. 1977, L 13, S. 1.

5 — Diese Vorschrift bestimmt, daß als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* jede Einrichtung gilt, a) die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, b) die Rechtspersönlichkeit besitzt und c) die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

6 — Es handelt sich im einzelnen um die Abschnitte II, III und IV und um die Artikel 6 und 7 der Richtlinie 93/36.

Auftragswert ohne MwSt. mindestens 200 000 ECU beträgt“.

10. Artikel 5 Absätze 2, 3 und 5 legt die Berechnungsweise für den voraussichtlichen Vertragswert fest<sup>7</sup>.

### III — Nationalrechtlicher Rahmen

#### A — Das italienische Gesetz Nr. 142/90

11. Gemäß Artikel 22 Absatz 1 des italienischen Gesetzes Nr. 142/90 vom 8. Juni 1990 über die Organisation der Autonomie

7 — Nach Absatz 2 ist bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf Berechnungsgrundlage für den voraussichtlichen Vertragswert a) bei zeitlich begrenzten Verträgen mit höchstens zwölf Monaten Laufzeit der geschätzte Gesamtwert für die Laufzeit des Vertrages oder, bei einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten, der Gesamtwert einschließlich des geschätzten Restwerts; b) bei unbefristeten Verträgen oder bei zweifelhafter Vertragsdauer folgt der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung, multipliziert mit 48. Ferner ist gemäß Absatz 3 bei regelmäßigen Aufträgen oder Daueraufträgen die Berechnungsweise für den voraussichtlichen Vertragswert entweder a) der tatsächliche Gesamtwert entsprechender Aufträge für ähnliche Arten von Lieferungen aus den vorangegangenen zwölf Monaten oder dem vorangegangenen Haushaltsjahr, nach Möglichkeit unter Anpassung an die voraussichtlichen Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate, oder b) der geschätzte Gesamtwert während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate bzw. während der Laufzeit des Vertrages, soweit diese länger als zwölf Monate ist. Gemäß Absatz 5 schließlich ist, wenn der beabsichtigte Lieferauftrag Optionsrechte vorsieht, der voraussichtliche Vertragswert aufgrund des größtmöglichen Umfangs von Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf unter Einbeziehung der Optionsrechte zu berechnen.

der Gebietskörperschaften<sup>8</sup> tragen die Gemeinden für die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen Sorge, die die Herstellung von Gütern und die Tätigkeiten zum Gegenstand haben, die sozialen Zwecken sowie der Förderung der wirtschaftlichen und zivilen Entwicklung der örtlichen Gemeinschaften dienen. Gemäß Absatz 3 dieses Artikels können die Gemeinden die örtlichen öffentlichen Dienstleistungen auf verschiedene Weise erbringen: Sie können sie direkt übernehmen, auf Dritte übertragen oder besondere Betriebe, Einrichtungen oder gemischtwirtschaftliche Gesellschaften mit ihnen beauftragen.

12. Artikel 23 des Gesetzes Nr. 142/90, der die besonderen Betriebe und die Einrichtungen ohne Gewinnzweck definiert, bestimmt, daß der besondere Betrieb (azienda speciale) ein Unternehmen zur Durchführung der Politik der Gebietskörperschaft ist, das Rechtspersönlichkeit, unternehmerische Selbständigkeit und eine eigene Satzung besitzt, die vom Gemeinde- oder Provinzialrat genehmigt wird (Absatz 1). Die Organe des Betriebes und der Einrichtung sind der Verwaltungsrat, der Präsident und der geschäftsführende Direktor. Die Modalitäten der Ernennung und Entlassung der Mitglieder des Verwaltungsrats sind in der Satzung der Gebietskörperschaft geregelt (Absatz 3). Der Betrieb und die Einrichtung beachten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten die Kriterien der Wirksamkeit, der Leistungsfähigkeit und der Rentabilität. Sie sind verpflichtet, durch

8 — Ordinemanto delle autonomie locali (GURI Nr. 135 vom 12. Juni 1990).

den Ausgleich der Ausgaben und der Einnahmen einschließlich der Übertragungen zu einem ausgeglichenen Haushalt zu gelangen (Absatz 4). Die Gebietskörperschaft steuert das Dotationskapital bei, legt die Ziele und die Orientierungen fest, genehmigt die Gründungsakte, übt eine Kontrolle aus, prüft die Ergebnisse der Verwaltung und deckt die eventuellen Sozialkosten (Absatz 6).

13. Artikel 25 des Gesetzes Nr. 142/90 sieht ausdrücklich die gemeinsame Erbringung einer oder mehrerer Dienstleistungen nach den Vorschriften über die besonderen Betriebe im Sinne des Artikels 23 durch Bildung eines Konsortiums vor. Zu diesem Zweck genehmigt jeder Gemeinderat mit der Mehrheit seiner Mitglieder die Vereinbarung und zugleich die Satzung des Konsortiums. Die Versammlung des Konsortiums besteht aus den Vertretern der zusammengeschlossenen Gemeinden oder Provinzen (der Bürgermeister bzw. der Vorsitzende oder ihre Vertreter). Die Versammlung wählt den Verwaltungsrat und genehmigt seine in der Satzung vorgesehenen Gründungshandlungen.

persönlichkeit und unternehmerische Selbständigkeit.

15. Artikel 3 ihrer Satzung bestimmt in Absatz 1, daß ihr Zweck in der direkten Übernahme und der Erbringung bestimmter dort aufgeführter Dienstleistungen besteht, darunter die Erzeugung und Lieferung von Methangas und von Wärme für häusliche und industrielle Zwecke. Absatz 2 dieses Artikels bestimmt, daß die AGAC ihre Tätigkeiten auf andere, mit ihrem Satzungszweck zusammenhängende Dienstleistungen erstrecken kann. Nach Absatz 3 kann sie für die Ausübung der mit den Dienstleistungen zusammenhängenden und akzessorischen Tätigkeiten Einrichtungen und/oder Gesellschaften mit öffentlichem oder privatem Kapital gründen oder sich an diesen Einrichtungen oder Gesellschaften beteiligen. Gemäß Absatz 4 kann das Konsortium die genannten Dienstleistungen Gemeinden, Privatpersonen oder öffentlichen Körperschaften erbringen, die nicht dem Konsortium angehören.

## B — Die AGAC

14. Die Azienda Gas-Acqua Consorziale (im folgenden: AGAC) ist ein Konsortium von Gemeinden zur Erbringung von Energie- und Umweltleistungen im Sinne des Artikels 25 des Gesetzes Nr. 142/90. Nach Artikel 1 ihrer Satzung besitzt sie Rechts-

16. Die Artikel 9 bis 11 der Satzung der AGAC regeln insbesondere das Stimmrecht der einzelnen Mitgliedsgemeinden des Konsortiums in der Versammlung sowie das Beteiligungsverhältnis am Gewinn und Verlust des Konsortiums. Nach Artikel 10 Absatz 3 beläuft sich das Beteiligungsverhältnis der Gemeinde Viano auf 0,9 %.

17. Nach den Artikeln 12 und 13 der Satzung werden die wichtigsten Verwaltungshandlungen wie die Aufstellung der Haushaltspläne und der Abschlußbilanzen von der Versammlung des Konsortiums genehmigt, die aus den Vertretern der beteiligten Gemeinden besteht<sup>9</sup>.

18. Nach Artikel 25 der Satzung mit der Überschrift „Grundsätze der Geschäftsführung“ muß der Haushalt der AGAC ausgeglichen und die Geschäftsführung rentabel sein.

19. Artikel 27 bestimmt, daß die Gemeinden Geld oder Sachmittel in die AGAC einbringen, die ihnen Jahreszinsen zahlt.

20. Nach Artikel 28 der Satzung können die in einem Haushaltsjahr eventuell erzielten Überschüsse aufgrund Beschlußfassung der Versammlung unterschiedlich verwendet werden. Sie können nämlich unter den zum Konsortium gehörenden Gemeinden aufgeteilt werden, von dem Konsortium für die Bildung oder Erhöhung des Reservefonds einbehalten werden oder für andere Aktivitäten der AGAC reinvestiert werden.

21. Nach Artikel 29 der Satzung kann die Finanzlage im Fall von Verlusten insbesondere durch Zuführung von frischem

Kapital durch die Gemeinden bereinigt werden.

#### IV — Sachverhalt und Vorlagefrage

22. Der Gemeinderat von Viano übertrug der AGAC durch Beschluß Nr. 18 vom 24. Mai 1997 die Betreibung der Heizungsanlagen in bestimmten Gebäuden der Gemeinde sowie die Lieferung der erforderlichen Brennstoffe. Er beauftragte sie weiterhin, Verbesserungen an bestimmten Heizungsanlagen in den fraglichen Gebäuden vorzunehmen<sup>10</sup>. Ein Ausschreibungsverfahren wurde zu diesem Zweck jedoch nicht durchgeführt.

23. Die Vergütung der AGAC wurde für das Haushaltsjahr vom 1. Juni 1997 bis 31. Mai 1998 auf 122 Millionen ITL festgesetzt. Der Betrag für die Lieferung von Brennstoffen belief sich auf 86 Millionen ITL, während für den Betrieb und die Wartung der Anlagen 36 Millionen ITL angesetzt waren.

24. Artikel 2 des Beschlusses bestimmt, daß die AGAC bei Ablauf der Vertragsdauer (von einem Jahr) verpflichtet ist, die Dienstleistung auf Ersuchen der Gemeinde nach Anpassung der im Beschluß bestimmten Bedingungen für einen weiteren

<sup>9</sup> — Nach Artikel 8 sind die Organe des Konsortiums neben der Versammlung der Verwaltungsrat, der Präsident des Verwaltungsrats und der Generaldirektor. Letztere legen gegenüber den zum Konsortium gehörenden Gemeinden keine Rechenschaft über ihre Verwaltungstätigkeit ab. Die natürlichen Personen, die diese Organe bilden, nehmen in den zum Konsortium gehörenden Gemeinden keine Aufgaben wahr.

<sup>10</sup> — Artikel 1 dieses Beschlusses mit der Überschrift „Gegenstand der Geschäftsführung“ nennt die der AGAC übertragenen Aufgaben.

Zeitraum von drei Jahren fortzusetzen. Er sieht auch die Möglichkeit einer weiteren Verlängerung vor<sup>11</sup>.

25. Die Teckal Srl (im folgenden: Teckal) ist ein privates Unternehmen, das Dienstleistungen im Heizungssektor erbringt. Sie beliefert insbesondere Privatpersonen und öffentliche Einrichtungen mit Heizöl, das sie von den Herstellern bezieht. Außerdem wartet sie sowohl Heizungsanlagen, die mit Heizöl, als auch solche, die mit Gas betrieben werden. Bevor die Dienstleistungen der AGAC übertragen wurden, wurden sie von Teckal als Vertragspartnerin der Gemeinde Viano erbracht.

26. Teckal erhob beim Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna (Sektion Parma) gegen die Gemeinde Viano und gegen die AGAC Reggio Emilia Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung Nr. 18 des Gemeinderats von Viano. Sie machte geltend, die Gemeinde Viano hätte die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge einhalten müssen.

27. Das nationale Gericht möchte zunächst wissen, ob die Richtlinie 92/50 oder die Richtlinie 93/36 auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwendbar ist. Das Gericht ist der Auffassung, daß in jedem Fall

der in beiden Richtlinien auf 200 000 ECU festgesetzte Mindestbetrag überschritten sei.

28. Da der AGAC die Erbringung verschiedener Dienstleistungen und außerdem die Lieferung von Brennstoffen übertragen wurde, ist das nationale Gericht der Auffassung, es sei nicht auszuschließen, daß Artikel 6 der Richtlinie 92/50 anwendbar sei. Das Gericht ist im einzelnen der Ansicht, daß die gemischte Natur der der AGAC übertragenen Betreibung der Heizungsanlagen sowie die enge und wechselseitige Ergänzung zwischen der Betriebs- und Wartungstätigkeit, die unter den Begriff der Dienstleistung falle, einerseits und der Lieferung von Brennstoffen andererseits weder die Annahme zulasse, daß das eine im Verhältnis zum anderen eine untergeordnete Bedeutung habe, noch erlaube, die Erheblichkeit des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 und seiner genauen Auslegung auszuschließen.

29. Das nationale Gericht kam zu dem Ergebnis, daß der Ausgang des bei ihm anhängigen Rechtsstreits die Auslegung des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 im Wege der Vorabentscheidung sowie die Beantwortung der Frage erforderlich mache, inwieweit die Gemeinde von der Verpflichtung zur Einhaltung des in der Richtlinie vorgesehenen Ausschreibungsverfahrens aufgrund des Ausnahmetatbestands, den diese Gemeinschaftsvorschrift einführe, dadurch befreit gewesen sei, daß sie die Leistungen der AGAC direkt übertragen habe.

30. Das nationale Gericht möchte außerdem wissen, ob das ausschließliche Recht der Betreibung der „Heizungsanlagen“, das

11 — Diese Möglichkeit kann eintreten, wenn das Ersuchen mindestens drei Monate vor Ablauf des betreffenden Zeitraums bei der AGAC eingegangen ist.

Artikel 3 der Satzung der AGAC verleihe, in Anbetracht der Artikel 22 bis 25 des Gesetzes Nr. 142/90 mit den Bestimmungen des Vertrags vereinbar ist, da Artikel 6 der Richtlinie 92/50 neben anderen Voraussetzungen für die Anwendung verlange, daß die nationalen Vorschriften, die ein ausschließliches Recht verleihen, mit dem Vertrag vereinbar sind.

31. Unter diesen Umständen hat das nationale Gericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 92/50 unter den in der Begründung des Vorlagebeschlusses angegebenen Aspekten zur Vorabentscheidung vorgelegt.

## V — Stellungnahme zur vorliegenden Rechtssache

### A — Zulässigkeit

32. Die AGAC vertritt die Auffassung, es stelle sich ein Problem der Zulässigkeit, da die vom nationalen Gericht vorgelegte Frage im wesentlichen die Auslegung von Vorschriften des nationalen Rechts betreffe<sup>12</sup>. Ferner könne Artikel 6 der Richtlinie

12 — Die AGAC ist im einzelnen der Auffassung, das nationale Gericht begehre vom Gerichtshof die Entscheidung, ob die in der Betreibung der Heizungsanlagen einer Gemeinde bestehende Dienstleistung als eine öffentliche Dienstleistung mit örtlichem Charakter im Sinne des Artikels 22 des Gesetzes Nr. 142/90 angesehen werden könne, damit festgestellt werde, ob Artikel 6 der Richtlinie 92/50 anwendbar sei. Das nationale Gericht stelle im wesentlichen die Frage, so die AGAC, ob Vorschriften des nationalen Rechts (Artikel 23 und 25 des Gesetzes Nr. 142/90) den Fall eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags umfaßten, der einer Einrichtung übertragen werde, die ihrerseits ein öffentlicher Auftraggeber sei.

92/50 keine Anwendung finden, weil die Anwendung voraussetze, daß ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliege. Dies sei hier nicht der Fall, da die Erbringung der Dienstleistungen der AGAC allein aufgrund des Unterordnungsverhältnisses übertragen worden sei, das zwischen dem Konsortium und der ihm angehörenden Gemeinde bestehe. Die Gemeinde habe die Dienstleistung, die in der Betreibung der Heizungsanlagen bestehe, nicht einem Dritten übertragen, sie habe vielmehr beschlossen, die direkte Erbringung dieser Dienstleistung anders zu organisieren.

33. Die österreichische Regierung stellt ebenfalls die Zulässigkeit in Frage, da der Vorlagebeschluß keine Vorabentscheidungsfrage enthalte. Sie macht geltend, im Bereich des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe sei die genaue Formulierung der Fragen von besonderer Bedeutung, da andernfalls zu dem konkreten Auslegungsproblem, das sich für das nationale Gericht stelle, nicht Stellung genommen werden könne.

34. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das nationale Gericht, das über die beste und vollständige Kenntnis des Sachverhalts verfügt, die Aufgabe hat, zu entscheiden, ob es erforderlich ist, dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, und zu bestimmen, welche Vorschriften des

Gemeinschaftsrechts für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits auszuliegen sind<sup>13</sup>.

35. Der Gerichtshof kann sich jedoch im Rahmen von Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) weder zur Auslegung innerstaatlicher Rechtsvorschriften noch zu deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht äußern<sup>14</sup>. Er kann indessen dem vorlegenden Gericht die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand geben, die dieses in die Lage versetzen, die ihm vorliegende Rechtsfrage zu beantworten<sup>15</sup>.

36. Meines Erachtens liegt das grundlegende Problem des vorliegenden Verfahrens in der ungenauen Formulierung der Vorlagefrage. Dieser Mangel macht sie jedoch nicht unzulässig. Der Gerichtshof hat entschieden, daß er im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 EG-Vertrag berechtigt ist, im Fall ungenau formulierter Fragen aus allen vom nationalen Gericht gelieferten Angaben und aus den Akten des Ausgangsverfahrens diejenigen Elemente des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands dieses Verfahrens einer Auslegung bedürfen<sup>16</sup>.

13 — Vgl. etwa Urteile vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347, Randnr. 25) und vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 15).

14 — Vgl. etwa Urteil vom 19. Juni 1973 in der Rechtssache 77/72 (Capolongo, Slg. 1973, 611, Randnr. 8) und Urteil Lourenço Dias (a. a. O., Randnr. 19).

15 — Vgl. etwa Urteile vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-177/92 (Fedicine, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 8) und vom 3. Juli 1974 in der Rechtssache 9/74 (Casagrande, Slg. 1974, 773, Randnr. 2).

16 — Vgl. etwa Urteile vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-168/95 (Arcaro, Slg. 1996, I-4705, Randnrn. 20 und 21) und vom 13. Dezember 1984 in der Rechtssache 251/83 (Haug-Adrion, Slg. 1984, 4277, Randnr. 9).

37. Im Bestreben, dem nationalen Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, hat der Gerichtshof darüber hinaus Vorschriften ausgelegt, deren Auslegung vom nationalen Gericht nicht begehrt worden war<sup>17</sup>, oder die vorgelegten Fragen umformuliert und ihnen das entnommen, was in seine Auslegungszuständigkeit fällt<sup>18</sup>.

38. Bevor wir sehen, wie die Frage lauten muß, damit ihre Beantwortung für das nationale Gericht von Nutzen ist, ist eine andere die Zulässigkeit der Vorabentscheidungsfrage betreffende Frage zu untersuchen, die von der AGAC gestellt worden ist. Diese trägt vor, der Wert des Auftrags liege unter dem in den Gemeinschaftsvorschriften festgesetzten Mindestbetrag, und das einschlägige Gemeinschaftsrecht könne daher keine Anwendung finden<sup>19</sup>.

39. Im vorliegenden Fall vertrat das nationale Gericht die Auffassung, der Wert des Streitgegenstands, mit dem es befaßt sei,

17 — Vgl. etwa Urteile vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 70/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 1453, Randnr. 57), vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-114/91 (Claeys, Slg. 1992, I-6559, Randnrn. 10 und 11) und vom 18. März 1993 in der Rechtssache C-280/91 (Viessman, Slg. 1993, I-971, Randnr. 17).

18 — Vgl. etwa Urteile vom 24. März 1992 in der Rechtssache C-381/89 (Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias u. a., Slg. 1992, I-2111, Randnrn. 19 ff.) und vom 23. November 1977 in der Rechtssache 38/77 (Enka, Slg. 1977, 2203).

19 — Im einzelnen ist sie der Auffassung, der Preis des Brennstoffs müsse von dem Betrag abgesetzt werden, der den Dienstleistungen entspreche, da sich die AGAC, die ein öffentlicher Auftraggeber sei, Brennstoffe über öffentliche Ausschreibungsverfahren beschaffe. Ebenso handele es sich nicht um einen Vertrag mit unbestimmter Laufzeit. Der Grund hierfür liege darin, daß die Verlängerung des Vertrages bei Ablauf der ursprünglichen Vertragsdauer in der freien Entscheidung der Gemeinde gestanden habe und die wirtschaftlichen Bedingungen noch zu bestimmen gewesen seien. Der Gesamtpreis schließlich sei für die Zeit vom 1. Juni 1997 bis zum 31. Mai 1998 festgesetzt worden. Dies schließe ebenfalls aus, daß der fragliche Auftrag als Vertrag mit unbestimmter Dauer qualifiziert werden könne. Dies werde auch durch die Tatsache bestätigt, daß der Vertrag am 31. Mai 1998 endgültig beendet worden sei, weil die Gemeinde Viano beschlossen habe, diese Dienstleistung anders zu organisieren.

liege sowohl hinsichtlich des Dienstleistungsauftrags (Heizung) als auch hinsichtlich des Lieferauftrags (Brennstoffe) über dem im Gemeinschaftsrecht festgesetzten Mindestbetrag von 200 000 ECU, bei dessen Überschreitung ein öffentlicher Dienstleistungs- oder Lieferauftrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 bzw. 93/36 fallen könne. Dies sei der Fall, da es sich einerseits um einen Dienstleistungsauftrag von unbestimmter Dauer<sup>20</sup> und andererseits um einen Lieferauftrag handele, der ausdrücklich ein Optionsrecht vorsehe<sup>21</sup>.

40. Meines Erachtens fällt es in die Zuständigkeit des Gerichtshofes, dem nationalen Gericht mitzuteilen, welche Methode zur Berechnung des Auftragswerts in der Gemeinschaftsregelung vorgesehen ist. Diese Methode ist in Artikel 7 der Richtlinie 92/50 und in Artikel 5 der Richtlinie 93/36 festgelegt. Die Anwendung dieser Vorschriften im vorliegenden Fall obliegt dem nationalen Gericht<sup>22</sup>, das die Vertragsbedingungen und die Umstände kennt, unter denen der Vertrag über das Ende des Leistungszeitraums von einem Jahr hinaus verlängert werden kann.

20 — Im Vorlagebeschluß heißt es, nach Artikel 2 des Beschlusses Nr. 18 des Gemeinderats von Viano habe sich die AGAC verpflichtet, bei Beendigung der (einjährigen) Tätigkeit die Dienstleistungen nach Anpassung der in der Urkunde vorgesehenen Bedingungen für einen weiteren Zeitraum von drei Jahren fortzusetzen, sofern die Gemeinde sie hierum ersuche. Dies gelte entsprechend auch für die folgenden Zeiträume, sofern das Ersuchen mindestens drei Monate vor Ablauf des Zeitraums bei der AGAC eingehe.

21 — Wenn es sich dagegen im wesentlichen um eine Lieferung handele, führe die vorgesehene Änderung der Bedingungen, so das vorlegende Gericht, zu einem Anspruch des Unternehmens auf Anpassung des Betrages an den Marktpreis für die Lieferung von Brennstoffen, wodurch im Hinblick darauf, daß es keines weiteren Zutuns bedürfe, nicht ausgeschlossen werde, daß für die Gemeinde ein echtes Optionsrecht bestehe. Infolgedessen sei Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie 93/36 anzuwenden, dem zufolge der voraussichtliche Vertragswert, wenn der beabsichtigte Lieferauftrag Optionsrechte vorsehe, aufgrund des größtmöglichen Umfangs des Kaufes unter Einbeziehung der Optionsrechte zu berechnen sei.

22 — Theoretisch ist nicht ausgeschlossen, daß das nationale Gericht eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegt, wenn es bei der Auslegung auf Schwierigkeiten stößt.

41. Nach den vorstehenden Ausführungen kann der Gerichtshof hinsichtlich der Frage, ob der vom Gemeinschaftsgesetzgeber festgelegte Mindestbetrag tatsächlich überschritten ist, die Beurteilung des nationalen Gerichts nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen, sondern muß sich an den Sachverhalt, wie ihn das nationale Gericht festgestellt hat, sowie an dessen Würdigungen halten. Andernfalls müßte der Gerichtshof selbst den Wert des streitigen Auftrags bestimmen, was nicht zu der ihm durch Artikel 177 EG-Vertrag zugewiesenen Aufgabe gehört, die nicht eine inhaltliche Überprüfung des Vorlagebeschlusses, sondern eine Zusammenarbeit und einen Dialog mit dem nationalen Gericht erfordert.

#### B — Umformulierung der Vorlagefrage

42. Um dem nationalen Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, halte ich es somit für erforderlich, die Vorlagefrage unter Berücksichtigung des Streitgegenstands und der im Vorlagebeschluß enthaltenen Tatsachen umzuformulieren.

43. Zunächst ist eine Klarstellung unerlässlich. Artikel 2 der Richtlinie 92/50<sup>23</sup> bestimmt, daß, wenn sich ein öffentlicher Auftrag gleichzeitig auf Erzeugnisse im Sinne der Richtlinie 77/62/EWG (jetzt Richtlinie 93/36) und Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50 bezieht, er unter die letztgenannte Richtlinie fällt, sofern der Wert der betreffenden Dienstleistungen denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Erzeugnisse übersteigt. Diese Vorschrift soll verhindern, daß gemischte Aufträge (die sowohl Dienstleistungen als auch Lieferungen betreffen) zwei verschiedenen Re-

23 — Ausgelegt im Licht des Artikels 33 der Richtlinie 93/36.

gelungen unterliegen, und bedeutet daher, daß die Vergabe eines Gesamtauftrags nach Maßgabe nur einer dieser Regelungen erfolgt. Dies bedeutet, daß sie das Kriterium des wirtschaftlichen Wertes zu dem für die Wahl der anwendbaren Rechtsvorschriften entscheidenden Gesichtspunkt macht. Die Vergabe eines gemischten Auftrags fällt daher in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50, wenn der Wert der Dienstleistungen über demjenigen der Lieferungen liegt<sup>24</sup>. Wenn andererseits der Wert der Lieferungen über demjenigen der Dienstleistungen liegt, ist die Richtlinie 93/36 auf die Vergabe des gesamten Auftrags anzuwenden<sup>25</sup>.

44. Aus dem Vorangegangenen geht somit deutlich hervor, daß es darauf ankommt, den Inhalt des Auftrags zu bestimmen. Wenn es sich um einen gemischten Auftrag handelt, d. h. um einen Auftrag, der Lieferungen und Dienstleistungen zum Inhalt hat, muß geprüft werden, inwieweit der Wert der Lieferungen nach dem Kriterium des wirtschaftlichen Wertes, das zur Be-

stimmung der anwendbaren Regelung festgelegt wurde, über demjenigen der Dienstleistungen liegt.

45. Im vorliegenden Fall geht aus dem Vorlagebeschluß hervor, daß der AGAC sowohl die Leistung bestimmter Dienste als auch die Lieferung bestimmter Erzeugnisse durch einen einzigen Rechtsakt übertragen wurde<sup>26</sup>. Auch liegt der Wert dieser Erzeugnisse offensichtlich über demjenigen dieser Dienstleistungen. Infolgedessen bin ich der Meinung, daß die Gemeinschaftsbestimmungen, deren Auslegung für das vorliegende Gericht von Nutzen ist, die Bestimmungen der Richtlinie 93/36 sind, nicht aber die Bestimmungen des Artikels 6 der Richtlinie 92/50, die im Vorlagebeschluß genannt werden. Die Beantwortung der Vorlagefrage, so wie sie formuliert wurde, wäre meines Erachtens daher für den Ausgang des beim nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht sachdienlich.

46. Zieht man den Streitgegenstand und die im Vorlagebeschluß enthaltene Prüfung in Betracht, möchte das vorliegende Gericht im wesentlichen wissen, inwieweit die direkte Vergabe der Betreibung von Heizungsanlagen und der Lieferung von Brennstoffen durch die Gemeinde Viano an die AGAC die Verpflichtung begründet, das in der Richtlinie 93/36 festgelegte Verfahren einzuhalten. Es ist daher die Frage zu beantworten, inwieweit die Richtlinie 93/36 es untersagt, daß eine Gebietskörperschaft ohne Einhaltung des in der Richtlinie festgelegten Ausschreibungsverfahrens die Lieferung von Erzeugnissen zu Bedingungen wie denen, die Gegenstand der vorliegenden Rechtssache sind, direkt an ein Konsortium vergibt, dem sie selbst angehört.

24 — Siehe auch den Aufsatz von M. Mensi, „L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services“, *Revue du Marché Unique Européen*, Nr. 3/1993, S. 59 bis 86, Abschnitt 8.

25 — Im Urteil vom 19. April 1994 in der Rechtssache C-331/92 (*Gestión Hotelera Internacional*, Slg. 1994, I-1329) hat der Gerichtshof unter Berufung auf die sechzehnte Begründungserwägung der Richtlinie 92/50, der zufolge „[a]us der Richtlinie 71/305/EWG folgt, daß ein Vertrag, um als öffentlicher Bauauftrag eingeordnet zu werden, die hauptsächlichliche Errichtung eines Bauwerks im Sinne der Richtlinie zum Inhalt haben muß“, entschieden (Randnr. 29), daß „ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Bauarbeiten als auch auf eine Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 71/305 fällt, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung ist“. Die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 bezweckte die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5). Darüber hinaus heißt es in der siebzehnten Begründungserwägung der Richtlinie 92/50, die ausdrücklich auf den Inhalt des Auftrags Bezug nimmt, wie folgt: „Soweit Bauleistungen jedoch lediglich von untergeordneter Bedeutung sind, und somit nicht den Inhalt des Vertrages ausmachen, führen sie nicht zu einer Einordnung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag.“ Der Gerichtshof hat schließlich in derselben Rechtssache darauf hingewiesen (Randnr. 29), daß „[e]s... Sache des nationalen Gerichts [ist], die Frage zu beurteilen, ob die Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand der Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind“.

26 — Das ergibt sich eindeutig aus Artikel 1 des Beschlusses Nr. 18 des Gemeinderats von Viano, der vom vorliegenden Gericht zitiert wird.

47. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß das nationale Gericht der Auffassung ist, es sei auch auf die Auslegung von Vertragsbestimmungen angewiesen, um zu prüfen, ob diese nicht in Anbetracht der Artikel 22 und 25 des Gesetzes Nr. 142/90 dem ausschließlichen Recht auf Betreibung der Heizungsanlagen entgegenstehen, das, wie das nationale Gericht ausführt, der AGAC durch Artikel 3 seiner Satzung eingeräumt wurde. Aus dem Vorlagebeschluß geht jedoch nicht eindeutig hervor, ob die fraglichen nationalen Vorschriften, vor allem die Artikel 22 und 25 des Gesetzes Nr. 142/90, sowie Artikel 3 der Satzung der AGAC eine direkte Vergabe der im Beschluß des Gemeinderats von Viano genannten Leistung an die AGAC erlauben<sup>27</sup>. Es ist Sache des nationalen Gerichts, dies zu entscheiden und, wenn es das für erforderlich hält, hierzu eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

### C — Zur Sache

48. Die Richtlinie 93/36 soll im wesentlichen die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Lieferaufträge sicherstellen<sup>28</sup>. Ein öffentlicher Auftraggeber muß daher die Person, mit der er einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die wie immer geartete Lieferung eines bestimmten Erzeugnisses schließt, aufgrund des Verfahrens auswählen, das einen echten und freien Wettbewerb zwischen den Beteiligten garantiert und in der Richtlinie 93/36 festgelegt ist.

49. Außerdem ist vorab darauf hinzuweisen, daß die Richtlinie 93/36 keine dem Artikel 6 der Richtlinie 92/50 entsprechende Vorschrift enthält, daß sie also keine Ausnahme

von der Verpflichtung zur Einhaltung des Ausschreibungsverfahrens vorsieht, wenn es sich um die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen handelt, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber ist, und zwar aufgrund eines ausschließlichen Rechts dieser Stelle, das sie gemäß veröffentlichen Rechts, mit dem Vertrag in Einklang stehenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat. Da die Richtlinie eine solche Ausnahme nicht vorsieht<sup>29</sup>, ist für deren Anwendung die Frage ohne Bedeutung, ob es sich um eine Privatperson handelt, die — in ihrer Eigenschaft als Lieferantin — Vertragspartnerin eines öffentlichen Auftraggebers ist. Meines Erachtens folgt dieses Ergebnis aus dem in der Richtlinie festgelegten System<sup>30</sup>.

29 — Dieser Unterschied ist Ausdruck einer Besonderheit des in der Richtlinie 92/50 geregelten Bereichs, da die Tatsache in gebührender Weise zu berücksichtigen ist, daß Dienstleistungen im Rahmen von festen, zwischen verschiedenen Einrichtungen (Körperschaften) bestehenden Rechtsverhältnissen und Rechtsbeziehungen aufgrund von Regelungen erbracht werden können, die eine untergeordnete Kooperation der beteiligten Einrichtungen vorsehen. Darüber hinaus enthält die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABL L 199, S. 84) neben einer dem Artikel 6 der Richtlinie 92/50 entsprechenden Vorschrift (Artikel 11) auch eine andere ähnliche, diese Frage betreffende Vorschrift, die der Besonderheit derjenigen Einrichtungen Rechnung trägt, die nur im Rahmen von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen qualifizierte Unternehmen des öffentlichen Auftraggebers sind. Es handelt sich um Artikel 13 der Richtlinie 93/38, der die Dienstleistungsaufträge betrifft, die ein öffentlicher Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt. Die Definition des verbundenen Unternehmens nimmt Bezug auf die Kontrolle und den maßgebenden Einfluß, die zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen oder (unter bestimmten Voraussetzungen) zwischen Unternehmen ausgeübt werden (Artikel 1 Absatz 3); es handelt sich also um Rechtsgebilde, die derselben Wirtschaftseinheit angehören; siehe auch M. Mensi, a. a. O., Abschnitt 18, S. 81 f.

30 — So hat der Gerichtshof entschieden, daß ein Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus den Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Richtlinie 71/305) bzw. Lieferaufträge (Richtlinie 77/62) verstößt, wenn er Rechtsgeschäfte der Verwaltung mit Privaten vom Geltungsbereich der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die öffentlichen Aufträge in Fällen ausschließt, in denen diese Richtlinien dies nicht zulassen. Siehe Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-71/92 (Kommission/Spanien, Slg. 1993, I-5923, Randnrn. 10, 11 und 12). Er hat insbesondere darauf hingewiesen (Randnr. 10), daß „die einzig zulässigen Ausnahmen von der Anwendung der Richtlinie 77/62 diejenigen [sind], die dort abschließend und ausdrücklich aufgeführt sind“.

27 — Teckal bestreitet, daß die Vorschriften in diesem Sinne ausgelegt werden könnten, und weist darauf hin, daß sie während der fünf Jahre, die der Vergabe der streitigen Leistungen an die AGAC vorausgegangen seien, die Vertragspartnerin der Gemeinde Viano gewesen sei.

28 — Siehe vierzehnte Begründungserwägung der Richtlinie 93/36.

50. Nach ihrem Artikel 1 Buchstabe a gelten als *öffentliche Lieferaufträge* im Sinne der Richtlinie 93/36 „die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren“. Aus dieser Vorschrift ergeben sich die Voraussetzungen, von denen die Anwendung der Richtlinie 93/36 abhängig ist.

51. Erstens muß das Vertragsverhältnis die Lieferung von Waren betreffen. Dieser Umstand ist eine grundlegende Voraussetzung für die Anwendung der Richtlinie 93/63.

52. Zweitens ist es erforderlich, daß ein Vertrag<sup>31</sup> geschlossen wird und daß der Abschluß schriftlich erfolgt. Dieser Vertrag ist ein gegenseitiger, entgeltlicher Vertrag. Dies bedeutet, daß die Richtlinie Anwendung findet, wenn zum einen übereinstimmende Willenserklärungen von zwei verschiedenen Personen vorliegen, nämlich vom öffentlichen Auftraggeber und vom Lieferanten, und wenn zum anderen das entstandene gegenseitige Verhältnis darin

31 — Bezeichnend ist, daß die achte Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 folgendes bestimmt: „Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfaßt.“ Dies bedeutet, daß die Richtlinie 9/50 nur Anwendung findet, wenn dem Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien ein Dienstleistungsauftrag nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie zugrunde liegt, und daß sie keine Anwendung auf die Erbringung von Dienstleistungen findet, die nicht aufgrund von Aufträgen erfolgt; siehe auch Nr. 26 der Schlußanträge des Generalanwalts La Pergola zum Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96 (BFI Holding, Slg. 1998, I-6821) sowie Nr. 49 der Schlußanträge des Generalanwalts Alber zum Urteil vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-108/98 (R.I.SAN., Slg. 1999, I-5219).

besteht, daß im Austausch gegen eine finanzielle Vergütung eine Ware geliefert wird<sup>32</sup>. Es muß daher einen Leistungsaustausch geben, es müssen Ansprüche und Verpflichtungen der Vertragsparteien bestehen, und die Leistungen müssen voneinander abhängig sein<sup>33</sup>.

53. Drittens — dieser Gesichtspunkt steht übrigens in unmittelbarem Zusammenhang mit dem vorhergehenden — muß der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, also der Lieferant, im Verhältnis zu diesem tatsächlich Dritter sein, d. h., es muß sich um eine Person handeln, die sich von diesem unterscheidet. Dieser Gesichtspunkt stellt auch ein wesentliches Merkmal der Vergabe der öffentlichen Lieferaufträge dar, auf die sich die Richtlinie 93/36 bezieht.

54. Hieraus folgt, daß die Richtlinie keine Anwendung findet, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Lieferung der gewünschten Waren die eigenen Ressourcen in Anspruch nimmt<sup>34</sup>. Das Gemein-

32 — Dieser Umstand, der darin besteht, daß die berechnete Gegenleistung bei der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags abstrakt festgesetzt wird, wurde im Urteil vom 26. April 1994 in der Rechtssache C-272/91 (Kommission/Italien, Slg. 1994, I-1409, Randnr. 25) hervorgehoben; die Rechtssache betraf die Konzession für das automatisierte System des italienischen Lottospiels, d. h. die Lieferung eines kompletten automatisierten Systems des fraglichen Spiels, die u. a. die Lieferung bestimmter Waren an den Staat umfaßte. Derselbe Umstand, der darin besteht, daß eine festgelegte Gegenleistung als Vergütung für einen Dienstleistungserbringer gezahlt wird, wurde auch im Urteil BFI Holding (a. a. O., Randnr. 25) hervorgehoben.

33 — Zu diesem wichtigen Gesichtspunkt des Vertragsbegriffs siehe A. de Laubadère, F. Moderne und P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, Bd. I, 2. Auflage 1983 (808 Seiten), Abschnitt 14 ff., S. 29 ff.

34 — Sogenanntes In-house-Verfahren. Siehe zu dieser Frage im Rahmen der Richtlinie 92/50 Ph. Flamme und M.-A. Flamme, „Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992)“, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, Nr. 365, Februar 1993, S. 150 bis 170, Abschnitt 15 und 16. Siehe auch M. Mensi, a. a. O., Abschnitt 5.

schaftsrecht verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber nicht, das Verfahren, das einen echten Wettbewerb zwischen den Beteiligten gewährleistet, einzuhalten, wenn die fraglichen Auftraggeber die Lieferung der von ihnen benötigten Waren selbst übernehmen<sup>35</sup>.

55. Die AGAC trägt vor, die Gemeinde Viano habe die Betreuung der Heizungsanlage nicht einem Dritten übertragen, sondern habe lediglich beschlossen, die direkte Erbringung dieser Dienstleistung anders zu organisieren, indem sie statt der eigenen Organisation und des eigenen Personals die Organisation und das Personal einer besonderen, zu diesem Zweck errichteten Einrichtung in Anspruch genommen habe.

35 — Eine entsprechende Frage nach der Auslegung der Richtlinie 92/50 wurde dem Gerichtshof bereits vorgelegt. In der Rechtssache BFI Holding (zitiert in Fußnote 31) bezüglich eines Rechtsstreits zwischen zwei niederländischen Gemeinden und einer privaten Gesellschaft (BFI), die die Auffassung vertrat, die Vergabe eines Auftrags zur Sammlung von Abfällen an eine Aktiengesellschaft (ARA), die die Gemeinden zu diesem Zweck gegründet hatten, müsse nach dem in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren erfolgen, war das nationale Gericht der Auffassung, die ARA falle unter die in Artikel 6 der Richtlinie 92/50 vorgesehene Ausnahme, sofern sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 anzusehen sei. Generalanwalt La Pergola kam in seinen Schlußanträgen zum Urteil BFI Holding zu folgendem Ergebnis (Nr. 38): „[D]ie ‚Drittstellung‘ und damit die wesentliche Eigenständigkeit der Einrichtung ARA gegenüber den beiden Gemeinden [liegt] nicht vor. Wir haben es hier mit einer Form zwischenorganschaftlicher Delegation zu tun, die den Verwaltungsbereich der Gemeinden nicht verläßt, die mit der Übertragung der betreffenden Tätigkeiten auf ARA keineswegs die Aufgaben, die sie selbst bis dahin in diesem Bereich wahrgenommen hatten, *privatisieren* wollten.“ Auf diesen Aspekt bezüglich der Frage, inwieweit die Dienstleistungen von einem Teil der öffentlichen Verwaltung erbracht werden, so daß kein öffentlicher Auftrag im Sinne der Richtlinie 92/50 gegeben ist, machte übrigens Generalanwalt Alber in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache TI.SAN. (zitiert in Fußnote 31) aufmerksam; siehe Nr. 49 dieser Schlußanträge. Generalanwalt La Pergola führte abschließend aus: „Die Beziehung zwischen den Gemeinden und ARA kann daher meines Erachtens letztlich nicht als ein Auftrag im Sinne der Richtlinie angesehen werden“ (es ging um die Richtlinie 92/50). Er war jedoch der Auffassung, daß eine derartige Einrichtung (wie die ARA) eine öffentlich-rechtliche Einrichtung im Sinne der Richtlinie 92/50 darstelle. Der Gerichtshof prüfte, wann eine Einrichtung als öffentlich-rechtliche Einrichtung im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 angesehen werden kann, und gab dem nationalen Gericht die für diese Frage notwendigen Hinweise zur Auslegung an die Hand.

56. Erstens steht es meines Erachtens außer Zweifel, daß es nach den vom nationalen Gericht mitgeteilten Tatsachen im vorliegenden Fall (auch) um die Lieferung bestimmter Waren geht.

57. Zweitens ist für die Anwendung der Richtlinie erforderlich, daß ein schriftlicher Vertrag besteht, in dem die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bestimmt sind und insbesondere die Frage der Gegenleistung geregelt ist. Das nationale Gericht muß daher prüfen, ob, abgesehen von dem Beschluß des Gemeinderats von Viano, mit dem der Auftrag erteilt wurde, ein — schriftlicher — Vertrag geschlossen wurde, der die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Lieferanten regelt und der die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmt<sup>36</sup>.

58. Wenn ferner ein schriftlicher Vertrag besteht, ist es Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, inwieweit das Recht auf Vertragsverlängerung, das der Gemeinde eingeräumt wurde, das Ergebnis von Verhandlungen zwischen der Gemeinde Viano und der AGAC war. Auch ist es seine Sache, zu prüfen, inwieweit die für die Lieferung der Waren und die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen an die Gemeinde festgelegte Gegenleistung gemäß den geltenden Handelsbräuchen bestimmt wurde<sup>37</sup>. Die Frage, inwieweit tatsächlich ein

36 — Aus dem Vorlagebeschluß geht hervor, daß die AGAC verpflichtet ist, die Heizungsanlage im wesentlichen gemäß den im angefochtenen Beschluß enthaltenen, von der Gemeinde Viano einseitig erlassenen Anordnungen zu betreiben.

37 — Meines Erachtens kann nicht von einer Auftragsvergabe und von einer Ausschreibung im Sinne der Richtlinie gesprochen werden, wenn einerseits die in dem Beschluß des Gemeinderats genannte Gegenleistung nicht frei auf der Grundlage des Angebots festgelegt wurde, das von der AGAC im Rahmen ihrer unternehmerischen Selbständigkeit abgegeben worden war, und wenn andererseits dieses Angebot, wie übrigens von der Kommission vorgetragen, nicht rentabel war.

Auftrag vorliegt, der unter das Gemeinschaftsrecht fällt, hängt davon ab, wie das nationale Gericht die vorstehenden Fragen beantworten wird.

59. Wie das nationale Gericht ausgeführt hat, handelt es sich zudem um zwei formell voneinander getrennte Marktteilnehmer. Diese Tatsache ist wichtig, da, wenn eine Gemeinde im Rahmen einer besseren internen Organisation ihrer Ämter die Lieferung an eines ihrer Ämter vergäbe, dies bedeuten würde, daß eine Art interner Delegation vorläge, die den Rahmen der eigenen Verwaltungsorganisation nicht verlässe<sup>38</sup>. In einem solchen Fall könnte das zwischen der Gemeinde Viano und der AGAC bestehende Verhältnis nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne der Richtlinie 93/36 angesehen werden.

60. Genauer gesagt ist im vorliegenden Fall die AGAC, die Rechtspersönlichkeit und unternehmerische Selbständigkeit besitzt, nach den nationalen Rechtsvorschriften ein Konsortium von Gemeinden, das aufgrund des Artikels 25 des Gesetzes Nr. 142/90 gebildet wurde. Dieser Artikel sieht ausdrücklich die gemeinsame Erbringung einer oder mehrerer Dienstleistungen nach den Vorschriften über die besonderen Betriebe im Sinne des Artikels 23 dieses italienischen Gesetzes durch Bildung eines Konsortiums vor, wie vorstehend dargelegt wurde. Ebenso hat die AGAC die Aufgaben, die ihr von den zum Konsortium gehörenden Gemeinden übertragen wurden,

zu erfüllen, und sie unterliegt der Kontrolle dieser Gemeinden.

61. Nach Artikel 10 Absatz 3 der Satzung der AGAC beläuft sich das Stimmrecht der Gemeinde Viano in der Versammlung der AGAC, d. h. in Wirklichkeit das Beteiligungsverhältnis an der Geschäftsführung, aber auch das Beteiligungsverhältnis am Gewinn und Verlust des Konsortiums auf 0,9 %. Wie im übrigen aus den vom nationalen Gericht mitgeteilten Tatsachen hervorgeht, kann im Fall der AGAC, die ein aus 45 Gemeinden der Reggio Emilia bestehendes Konsortium und eine eigenständige juristische Person ist, kaum die Auffassung vertreten werden, daß die Gemeinde Viano eine Kontrolle über das Konsortium ausübt, die der entspricht, die eine Einrichtung über eine interne Stelle ausübt.

62. Nach Artikel 3 Absatz 4 ihrer Satzung kann die AGAC bestimmte Dienstleistungen<sup>39</sup> Gemeinden, Privatpersonen oder öffentlichen Körperschaften erbringen, die nicht dem Konsortium angehören.

63. Trotz der für die Gemeinde Viano gemäß der Entscheidung Nr. 18 bestehenden Möglichkeit, auf ihr Ersuchen eine Vertragsverlängerung zu erreichen, steht meines Erachtens weder fest, daß die Gemeinde eine hierarchische Kontrolle über die AGAC ausübt, noch, daß die Beziehungen zwischen der Gemeinde und der AGAC deswegen nicht durch die Vergabe eines

38 — Wie erinnerlich, stellte Teckal nach ihren Darlegungen fünf Jahre lang diese Dienstleistungen als Vertragspartnerin der Gemeinde Viano zur Verfügung.

39 — Wie erinnerlich, handelte es sich u. a. um die Erzeugung und Lieferung von Methangas und von Wärme für häusliche und industrielle Zwecke.

Auftrags begründet wurden, weil tatsächlich die beiden Vertragsparteien im Verhältnis zueinander nicht Dritte sind<sup>40</sup>.

Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verfolgt, umgangen werden.

64. Kommt das nationale Gericht aufgrund der von ihm zu treffenden Feststellungen zu dem Ergebnis, daß die Beziehungen zwischen der Gemeinde und der AGAC die Folge zweier übereinstimmender selbständiger Willenserklärungen sind, die unterschiedliche berechnete Interessen verkörpern, und zwar in der Form, in der gewöhnlich zwei eigenständige Rechtssubjekte miteinander in Beziehung treten<sup>41</sup>, und läßt dieses Ergebnis sich auch aus den Vertragsbedingungen ableiten<sup>42</sup>, so fällt die Vergabe der Leistung, die der vorliegenden Rechtssache zugrunde liegt, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/36.

66. Das Verfahren der Richtlinie 93/36 müßte folglich mit den Einschränkungen, die ich zu den vom nationalen Gericht zu klärenden Fragen formuliert habe, eingehalten werden. Die Gemeinde müßte somit bei der Wahl ihres Vertragspartners den Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs ohne jede Ausnahme nachkommen, auch wenn man die Auffassung vertritt, daß die AGAC eine öffentlich-rechtliche Einrichtung im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 ist, da, wie vorstehend ausgeführt, diese Richtlinie für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen an andere öffentliche Auftraggeber keine Ausnahme vorsieht, die der des Artikels 6 der Richtlinie 92/50 entspricht.

65. Würde man davon ausgehen, daß die öffentlichen Auftraggeber das Recht haben, sich unter Verstoß gegen das einschlägige Gemeinschaftsrecht wegen der Lieferung von Waren an eigenständige Einrichtungen zu wenden, über die sie weiterhin eine absolute oder relative Kontrolle ausüben, so könnten die Vorschriften ungeachtet des — in der Gewährleistung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs bestehenden — Zieles, das der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Koordinierung der Verfahren zur

67. Meines Erachtens geht aus den vorstehenden Überlegungen hervor, daß die Richtlinie 93/36 unabhängig von der Frage, ob der Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer Einrichtung, die ebenfalls öffentlicher Auftraggeber ist, geschlossen wird, keine Ausnahme von dem Verfahren zuläßt, das sie für den Fall der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags vorsieht. Vorbehaltlich der Fragen, die das nationale Gericht zu prüfen hat, steht infolgedessen die betreffende Richtlinie der Vergabe der streitigen Lieferung entgegen, wenn die Beziehungen zwischen der Gebietskörperschaft und dem Konsortium, dem diese angehört, die Folge übereinstimmender Willenserklärungen von zwei verschiedenen, im wesentlichen unabhängigen Personen sind und diese Willenserklärungen unterschiedliche berechnete Interessen verkörpern.

40 — Nach dem Vortrag der Kommission (Nr. 34 ihrer schriftlichen Erklärungen) dürfte es sich vorliegend um eine besondere Organisationsform handeln, in deren Rahmen die Kommission sich zum Erhalt der Warenlieferung oder der bestimmten Dienstleistung nicht an den Markt, sondern an eine Einrichtung wendet, die so verstanden werden kann, daß sie in dem besonderen Bereich, um den es vorliegend geht, aus der Gemeinde hervorgegangen ist (sie stellt eine „longa manus“ dar).

41 — Es ist daher zu prüfen, ob der Festlegung der Vertragsbedingungen Verhandlungen vorausgegangen sind.

42 — Es geht z. B. um die Aufnahme von Schadenersatzklauseln für den Fall der Schlechterfüllung seitens der AGAC, um die Aufnahme einer Schiedsklausel usw.

## VI — Ergebnis

68. Unter diesen Umständen schlage ich vor, auf die Vorlagefrage des Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna (Sektion Parma) wie folgt zu antworten:

Die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verpflichtet zur Einhaltung des von ihr für den Abschluß eines entgeltlichen schriftlichen Vertrages über die Lieferung von Waren vorgesehenen Verfahrens, wobei es unerheblich ist, ob dieser Vertrag zwischen Stellen geschlossen wurde, die öffentliche Auftraggeber sind.