URTEIL DES GERICHTSHOFES (Große Kammer)

21. Juli 2005 *

In der Rechtssache C-231/03

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) mit Entscheidung vom 14. Februar 2003, beim Gerichtshof eingegangen am 28. Mai 2003, in dem Verfahren

Consorzio Aziende Metano (Coname)

gegen

Comune di Cingia de' Botti,

Beigeladene:

Padania Acque SpA,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten P. Jann, C. W. A. Timmermans (Berichterstatter) und A. Rosas, der Kammerpräsidentin R. Silva de Lapuerta und des Kammerpräsidenten A. Borg Barthet sowie der Richter R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský und J. Klučka,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Generalanwältin: C. Stix-Hackl,

Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2005,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— des Consorzio Aziende Metano (Coname), vertreten durch M. Zoppolato, avvocato,

— der italienischen Regierung, vertreten durch I. M. Braguglia als Bevollmächtigten im Beistand von G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch D. J. M. de Grave als Bevollmächtigten,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

— der finnischen Regierung, vertreten durch A. Guimaraes-Purokoski als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis, K. Wiedner und C. Loggi als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 12. April 2005

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Artikel 43 EG, 49 EG und 81 EG.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits des Consorzio Aziende Metano (im Folgenden: Coname) gegen die Gemeinde Cingia de' Botti wegen der Vergabe der Dienstleistung der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen des Methangasnetzes durch die Beklagte an die Padania Acque SpA (im Folgenden: Padania).

Rechtlicher Rahmen

3 Nach Artikel 22 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 142 über die kommunale Selbstverwaltung (legge n° 142 recante ordinamento delle autonomie locali) vom 8. Juni 1990 (GURI, supplemento ordinario Nr. 135 vom 12. Juni 1990, im Folgenden: Gesetz Nr. 142/1990) kann eine Dienstleistung wie die der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen für die Methangasversorgung von der öffentlichen Stelle selbst, durch Erteilung einer Konzession an Dritte, unter

Rückgriff auf Drittunternehmen oder auch nach Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe e „durch Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit örtlichem öffentlichem Kapital, das von der Einrichtung, die die öffentliche Dienstleistung erbringt, gehalten wird oder an dem sie beteiligt ist, und, wenn sich dies wegen der Art oder des Umfangs des von der Dienstleistung erfassten Gebietes als angebracht erweist, unter Beteiligung mehrerer öffentlicher oder privater Beteiligter erbracht werden".

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefrage

4 Das Coname hatte mit der Gemeinde Cingia de' Botti einen Vertrag über die Vergabe der Dienstleistung, die in der Wartung, der Leitung und der Überwachung des Methangasnetzes besteht, für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis zum 31. Dezember 2000 geschlossen.

5 Mit Schreiben vom 30. Dezember 1999 teilte die Gemeinde dem Coname mit, dass der Gemeinderat die Dienstleistung der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen für die Methangasversorgung für die Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 31. Dezember 2005 mit Beschluss vom 21. Dezember 1999 Padania anvertraut habe. Das Stammkapital des letztgenannten Unternehmens ist überwiegend in öffentlicher Hand und wird von der Provinz Cremona und nahezu sämtlichen Gemeinden der Provinz gehalten. Die Gemeinde Cingia de' Botti hält am Stammkapital der Gesellschaft eine Beteiligung von 0,97 %.

6 Mit der Dienstleistung, um die es im Ausgangsverfahren geht, wurde Padania im Wege der unmittelbaren Vergabe gemäß Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe e des Gesetzes Nr. 142/1990 betraut.

7 Das Coname, das beim vorlegenden Gericht insbesondere die Aufhebung des Beschlusses vom 21. Dezember 1999 beantragt, macht geltend, dass der erwähnte Dienstleistungsauftrag im Wege der Ausschreibung zu vergeben gewesen wäre.

8 Das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ist der Ansicht, dass die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits die Auslegung einiger Bestimmungen des Vertrages erfordert; es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stehen die Artikel 43 EG, 49 EG und 81 EG, nach denen Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten sowie Handelspraktiken und Verhaltensweisen der Unternehmen, die geeignet sind, den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Union zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, verboten sind, einer unmittelbaren Vergabe, d. h. einer Vergabe ohne Ausschreibung, der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung an Unternehmen entgegen, an denen die Gemeinden beteiligt sind, wenn diese Beteiligung am Gesellschaftskapital so bemessen ist, dass keine Möglichkeit besteht, die Unternehmensleitung unmittelbar zu kontrollieren, und ist demzufolge, wie im vorliegenden Fall, in dem der Gesellschaftsanteil 0,97 % beträgt, festzustellen, dass die Voraussetzungen für eine hausinterne Bewirtschaftung nicht vorliegen?

Zur Vorlagefrage

9 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Ausgangsverfahren offensichtlich, wie aus der Antwort des vorlegenden Gerichts auf ein Auskunftsersuchen des Gerichtshofes gemäß Artikel 104 § 5 seiner Verfahrensordnung hervorgeht, eine einer Konzession

unterliegende Dienstleistung betrifft, die weder in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) noch in den der 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) fällt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98, Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 56, und Beschluss vom 30. Mai 2002 in der Rechtssache C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Slg. 2002, I-4685, Randnr. 28).

10 Diesem Urteil liegt daher die Annahme zugrunde, dass der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens die Erteilung einer Konzession betrifft; ob dies der Fall ist, ist vom vorlegenden Gericht zu prüfen.

11 Vor diesem Hintergrund begehrt das vorlegende Gericht mit seiner Frage eine Auslegung der Artikel 43 EG, 49 EG und 81 EG.

Zu Artikel 81 EG

12 Artikel 81 EG, der nach seinem Wortlaut für Vereinbarungen „zwischen Unternehmen" gilt, betrifft grundsätzlich nicht Konzessionsverträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unternehmen, die mit der Erbringung eines öffentlichen Dienstes betraut werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 18).

13 Daher ist diese Bestimmung, wie die finnische Regierung und die Kommission zu Recht ausführen, im Ausgangsverfahren, wie es in der Vorlageentscheidung beschrieben ist, nicht anwendbar.

14 In dieser Hinsicht braucht die Frage demnach nicht beantwortet zu werden.

Zu den Artikeln 43 EG und 49 EG

15 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 43 EG und 49 EG der unmittelbaren Vergabe, d. h. der Vergabe ohne Ausschreibung, einer Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung durch eine Gemeinde an eine Gesellschaft mit überwiegend öffentlichem Stammkapital, an dem diese Gemeinde eine Beteiligung von 0,97 % hält, entgegenstehen.

16 Die Vergabe einer solchen Konzession wird von keiner der Richtlinien erfasst, mit denen der Gemeinschaftsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat. In Ermangelung einer solchen Regelung sind die Folgen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Erteilung solcher Konzessionen ergeben, im Licht des primären Rechts und insbesondere der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten zu prüfen.

17 Da an dieser Konzession auch ein in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Gemeinde Cingia de' Botti niedergelassenes Unternehmen Interesse haben kann, liegt in der ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe dieser Konzession an ein im letztgenannten Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen eine unterschiedliche Behandlung zum Nachteil des in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens (vgl. in diesem Sinne Urteil Telaustria und Telefonadress, Randnr. 61).

18 In Ermangelung jeder Transparenz hat nämlich das letztgenannte Unternehmen keine tatsächliche Möglichkeit, sein Interesse am Erhalt der erwähnten Konzession kundzutun.

19 Eine solche unterschiedliche Behandlung, die durch den Ausschluss aller in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Artikeln 43 EG und 49 EG verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar (vgl. insbesondere in diesem Sinne Urteile vom 10. März 1993 in der Rechtssache C-111/91, Kommission/Luxemburg, Slg. 1993, I-817, Randnr. 17, vom 8. Juni 1999 in der Rechtssache C-337/97, Meeusen, Slg. 1999, I-3289, Randnr. 27, und vom 26. Oktober 1999 in der Rechtssache C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447, Randnr. 33 und die angeführte Rechtsprechung).

20 Aus den Akten des Ausgangsverfahrens geht nicht hervor, dass wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen niedergelassen ist, dem die Gemeinde Cingia de' Botti angehört, kein Interesse an der in Rede stehenden Konzession hätte und dass die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu mittelbar wären, als dass auf eine Verletzung dieser Freiheiten geschlossen werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-69/88, Krantz, Slg. 1990, I-583, Randnr. 11, und vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-44/98 BASF, Slg. 1999, I-6269, Randnr. 16, sowie Beschluss vom 12. September 2002 in der Rechtssache C-431/01, Mertens, Slg. 2002, I-7073, Randnr. 34).

21 Unter diesen Umständen obliegt es dem vorlegenden Gericht, zu prüfen, ob die Vergabe der Konzession durch die Gemeinde Cingia de' Botti an Padania Transparenzerfordernissen entspricht, die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind,

einem in einem anderen Mitgliedstaat als der Italienischen Republik niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können.

22 Ist dies nicht der Fall, so ist auf das Vorliegen einer unterschiedlichen Behandlung zum Nachteil dieses Unternehmens zu schließen.

23 Die Tatsache, dass die Gemeinde Cingia de' Botti eine Beteiligung von 0,97 % am Stammkapital von Padania hält, stellt für sich allein keinen objektiven Umstand dar, der eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte.

24 Selbst wenn man nämlich in der Notwendigkeit für eine Gemeinde, eine Kontrolle über den Konzessionsinhaber auszuüben, der eine öffentliche Dienstleistung verwaltet, einen objektiven Umstand sehen wollte, der geeignet ist, eine mögliche unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, so ist die Beteiligung von 0,97 % doch so geringfügig, dass sie eine solche Kontrolle nicht ermöglichen kann, wie das vorlegende Gericht selbst ausführt.

25 In der mündlichen Verhandlung hat die italienische Regierung im Kern geltend gemacht, dass die meisten italienischen Gemeinden im Gegensatz zu den Großstädten dieses Landes nicht über die Mittel verfügten, durch interne Strukturen öffentliche Dienstleistungen wie die Gasversorgung in ihrem Gebiet zu gewährleisten, und sich daher gezwungen sähen, auf Strukturen wie Padania zurückzugreifen, an deren Kapital mehrere Gemeinden Beteiligungen hielten.

26 Hierzu ist festzustellen, dass eine Struktur wie Padania nicht mit einer Struktur gleichgesetzt werden kann, durch die eine Gemeinde oder eine Stadt intern eine öffentliche Dienstleistung verwaltet. Wie aus den Akten hervorgeht, ist Padania eine Gesellschaft, die zumindest teilweise privatem Kapital offen steht, so dass dieses Unternehmen im Hinblick auf die beteiligten Gemeinden nicht als eine Struktur der „internen" Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betrachtet werden kann.

27 Dem Gerichtshof ist kein weiterer objektiver Umstand vorgetragen worden, der geeignet wäre, eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen.

28 Daher ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass die Artikel 43 EG und 49 EG unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der unmittelbaren Vergabe einer Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung an eine Gesellschaft mit überwiegend öffentlichem Stammkapital, an dem eine Gemeinde eine Beteiligung von 0,97 % hält, durch diese Gemeinde entgegenstehen, wenn diese Vergabe nicht Transparenzerfordernissen genügt, die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind, einem in einem anderen Mitgliedstaat als dem dieser Gemeinde niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können.

Kosten

29 Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

Die Artikel 43 EG und 49 EG stehen unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der unmittelbaren Vergabe einer Konzession für die Verwaltung der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung an eine Gesellschaft mit überwiegend öffentlichem Stammkapital, an dem eine Gemeinde eine Beteiligung von 0,97 % hält, durch diese Gemeinde entgegen, wenn diese Vergabe nicht Transparenzerfordernissen genügt, die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind, einem in einem anderen Mitgliedstaat als dem dieser Gemeinde niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können.

Unterschriften.