Rechtssache C-272/91 R

Kommission der Europäischen Gemeinschaften
gegen
Italienische Republik

„Konzession für das automatisierte System des Lottospiels"

Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 31. Januar 1992 ..... I - 457

Leitsätze des Beschlusses

Vorläufiger Rechtsschutz — Einstweilige Anordnung — Voraussetzungen — Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der beantragten Anordnung — Schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden — Abwägung sämtlicher betroffener Belange — Berücksichtigung eines Urteils, mit dem eine ihrem Gegenstand nach ähnliche Vertragsverletzung wie die gerügte Vertragsverletzung festgestellt worden ist
(EWG-Vertrag, Artikel 186)

BESCHLUSS DES PRÄSIDENTEN DES GERICHTSHOFES
31. Januar 1992 *

In der Rechtssache C-272/91 R

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch A. Aresu und R. Pellicer, Juristischer Dienst der Kommission, als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Roberto Hayder, Vertreter des Juristischen Dienstes der Kommission, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Antragstellerin,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

gegen

Italienische Republik, vertreten durch Professor Luigi Ferrari Bravo, Leiter des Servizio del contenzioso diplomatico des Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten, Beistand: Ivo M. Braguglia, Avvocato dello Stato, Zustellungsanschrift: Italienische Botschaft, 5, rue Marie-Adélaïde, Luxemburg,

Antragsgegnerin,

wegen einstweiliger Anordnung, mit der der Italienischen Republik aufgegeben wird, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Vollzug der Vergabe der Konzession für das automatisierte System des Lottospiels auszusetzen,

erläßt

DER PRÄSIDENT DES GERICHTSHOFES
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

folgenden

Beschluß

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 18. Oktober 1991 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag Klage auf Feststellung erhoben, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 52 und 59 EWG-Vertrag sowie den Artikeln 9 und 17 bis 25 der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1) in der Fassung der Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 (ABl. L 127, S. 1) verstoßen hat, daß sie Anfang 1990 eine nicht verbindliche Bekanntmachung über sämtliche Aufträge, die das Finanzministerium in diesem Jahr zu vergeben beabsichtigte, sowie im November 1990 eine Bekanntmachung über eine Ausschreibung für die Konzession für das automatisierte System des Lottospiels nicht zur Veröffentlichung im *Amts-*

blatt der Europäischen Gemeinschaften mitgeteilt hat und daß sie die Teilnahme an dieser Ausschreibung Einrichtungen, Gesellschaften, Konsortien und Zusammenschlüssen vorbehalten hat, deren Gesellschaftskapital einzeln oder insgesamt mehrheitlich in öffentlicher Hand ist.

2 Mit besonderem Schriftsatz, der am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat die Kommission außerdem nach Artikel 186 EWG-Vertrag und Artikel 83 der Verfahrensordnung einen Antrag auf einstweilige Anordnung des Inhalts eingereicht, der Italienischen Republik aufzugeben, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Rechtswirkungen des Dekrets des Finanzministers vom 14. Juni 1991 über die Vergabe des streitigen Auftrags oder die Rechtswirkungen des etwa später geschlossenen Vertrags auszusetzen.

3 Die Antragsgegnerin hat am 31. Oktober 1991 zu dem Antrag auf einstweilige Anordnung schriftlich Stellung genommen; die Parteien haben am 2. Dezember 1991 mündlich verhandelt.

4 In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin zwei Dokumente vorgelegt, und die Parteien sind aufgefordert worden, hierzu zusätzliche Erklärungen abzugeben. Die Kommission hat am 9. Dezember 1991, die Antragsgegnerin hat am 16. Dezember 1991 Erklärungen eingereicht.

5 Vor der Prüfung der Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung ist die Vorgeschichte des Rechtsstreits kurz darzustellen.

6 Das italienische Finanzministerium veröffentlichte am 13. November 1990 in der italienischen Presse eine Bekanntmachung über eine Ausschreibung für die Konzession für das automatisierte System des Lottospiels.

7 Nach den Akten wird das Lottospiel von der Autonomen Verwaltung der Staatsmonopole verwaltet, die dem Finanzministerium untersteht. In diesem Spiel wetten die Spieler im Hinblick auf wöchentliche Ziehungen auf eine oder mehrere Zahlen. Die Wetten werden in autorisierten Annahmestellen (insbesondere Tabakwarengeschäften) angenommen, und die Ziehung findet samstags in allen zehn Ziehungszonen (ruote) statt, in die das Gebiet Italiens eingeteilt ist. Eine Wette kann sich auf die Ziehung nur in der Zone, in der sich die Annahmestelle befindet, oder auf die Ziehungen in sämtlichen Zonen beziehen. Die Gewinne, deren jeweilige Höhe nach einer in den italienischen Rechtsvorschriften festgelegten Berechnungsweise insbesondere nach Maßgabe des Einsatzes festgesetzt wird, sind in der Annahmestelle oder — bei Gewinnen, die einen bestimmten Betrag überschreiten — in den örtlichen Dienststellen des Finanzministeriums auszuzahlen.

8 Das automatisierte System für das Spiel, für das die Konzession durch den Auftrag vergeben werden soll, betrifft nach der Bekanntmachung die Räume, die Lieferungen, die Einrichtung, die Wartung, den Betrieb, die Datenübermittlung sowie alles, was sonst für die Verwaltung des Lottospielbetriebs notwendig ist.

9 Nach der Bekanntmachung ist die Dauer der Konzession auf neun Jahre beschränkt; nach deren Ablauf muß das gesamte automatisierte System, einschließlich der Räume, der Geräte, der Endgeräte in den Annahmestellen, der Einrichtung, der Strukturen, der Programme, der Archive und allem, was sonst noch für den Betrieb, die Verwaltung und die Nutzung des Systems notwendig ist, der öffentlichen Verwaltung unentgeltlich zur ausschließlichen Verfügung gestellt werden.

10 Nach der Bekanntmachung umfaßt die Konzession drei Phasen: Die erste Phase besteht aus der Lieferung, Einrichtung und Prüfung parallel zum manuellen System und endet mit der Inbetriebnahme des automatisierten Systems in einer Ziehungszone; in der zweiten Phase wird das System auf sämtliche Ziehungszonen ausgeweitet; die dritte Phase schließlich besteht im vollen Betrieb mit einer schrittweisen Erhöhung der Anzahl der Annahmestellen. In den Angeboten sind die Fristen für die Durchführung dieser Phasen anzugeben.

11 Während der ersten Phase hat der Inhaber der Konzession für das automatisierte System keinen Anspruch auf Entgelt. Dagegen erhält er während der zweiten und dritten Phase einen Prozentsatz der Bruttoeinnahmen aus den automatisch registrierten Einsätzen. In den Angeboten muß dieser Prozentsatz angegeben werden.

12 In der Bekanntmachung waren außerdem die wirtschaftlichen und technischen Kriterien angegeben, nach denen die Unternehmen oder die Betriebe, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollten, ausgesucht werden sollten.

13 Nach der Bekanntmachung war die Teilnahme am Vergabeverfahren jedoch den Einrichtungen, Gesellschaften, Konsortien und Zusammenschlüssen vorbehalten, deren Gesellschaftskapital einzeln oder insgesamt mehrheitlich in öffentlicher Hand war. Dies wurde damit begründet, daß das Finanzministerium die besondere Art und Bedeutung des automatisierten Betriebs des Lottospiels habe berücksichtigen müssen, das im Rahmen der Steuermonopole verwaltet werde, um daraus die höchstmöglichen Einnahmen zu erzielen, und deshalb besondere Garantien sowie absolutes Vertrauen und absolute Sicherheit in bezug auf die Einrichtung und den Betrieb des Systems verlange.

14 Drei Einrichtungen bzw. Unternehmen wurden zur Teilnahme am Vergabeverfahren aufgefordert. Mit Dekret des Finanzministers vom 14. Juni 1991 wurde die Konzession dem Konsortium Lottomatica erteilt.

15 Die Kommission hatte bereits am 8. April 1991 ein förmliches Aufforderungsschreiben an die italienischen Behörden gerichtet und gab am 2. September 1991 eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Sie führte darin insbesondere aus, der Umstand, daß die Teilnahme am Vergabeverfahren Gesellschaften oder Einrichtungen vorbehalten sei, deren Gesellschaftskapital mehrheitlich in öffentlicher Hand sei, stelle einen Verstoß gegen die Artikel 52 und 59 EWG-Vertrag sowie eine von Artikel 30 EWG-Vertrag verbotene Maßnahme gleicher Wirkung dar, da diese Beschränkung italienische Unternehmen begünstige. In diesem Zusammenhang wies die Kommission die italienischen Behörden darauf hin, daß der Gerichtshof in dem Urteil vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/88

(Kommission/Italien, Slg. 1989, 4035) entschieden habe, daß die italienische Regelung, die den Abschluß von Verträgen über die Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen für Rechnung der öffentlichen Verwaltung Unternehmen vorbehalte, die mehrheitlich in öffentlichem Besitz stünden, u. a. gegen die Artikel 57 und 59 EWG-Vertrag verstoße; deshalb habe der Gerichtshof die Italienische Republik wegen Vertragsverletzung verurteilt. Die italienischen Behörden hätten noch nicht die Maßnahmen ergriffen, die sich aus diesem Urteil ergäben. Die Kommission habe im übrigen deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Artikel 171 EWG-Vertrag eingeleitet.

16 Die italienischen Behörden machten in ihrer Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme insbesondere geltend, daß der streitige Auftrag nicht zu den von dem erwähnten Urteil des Gerichtshofes erfaßten Aufträgen gehöre. Bei diesen Aufträgen sei es nämlich um die Lieferung von Datenverarbeitungssystemen gegangen, bei denen der Lieferer — allerdings als Dienstleistung für die Verwaltung — auch für den Betrieb sorgen müsse, während sich der streitige Auftrag auf eine Konzession beziehe, mit der die Verwaltung einem Dritten die Ausübung einer Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, nämlich die Annahme der Lottowetten übertrage. Gemäß Artikel 55 EWG-Vertrag fänden aber die Artikel 52 und 59 EWG-Vertrag auf Tätigkeiten, die in den Mitgliedstaaten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, keine Anwendung.

17 Es ist darauf hinzuweisen, daß gemäß Artikel 186 EWG-Vertrag der Gerichtshof in den bei ihm anhängigen Sachen die erforderlichen einstweiligen Anordnungen treffen kann.

18 Gemäß Artikel 83 § 2 der Verfahrensordnung setzt der Erlaß einer einstweiligen Anordnung wie der beantragten voraus, daß Umstände vorliegen, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt, und daß die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft gemacht worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Dringlichkeit eines Antrags auf einstweilige Anordnung im Hinblick auf die Notwendigkeit einer einstweiligen Entscheidung zu beurteilen, um zu verhindern, daß der Partei, die die einstweilige Anordnung beantragt, ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden verursacht wird.

19 Es ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

20 Zur Voraussetzung der Glaubhaftmachung führt die Kommission aus, daß der Verstoß gegen die Artikel 52 und 59 EWG-Vertrag offensichtlich sei und daß der vorliegende Fall völlig dem gleiche, der zu dem erwähnten Urteil vom 5. Dezember 1989 geführt habe. Insbesondere sei mit der fraglichen Konzession für das automatisierte System nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 55 Absatz 1 EWG-Vertrag verbunden. Die italienische Regierung habe das gleiche Argument im Falle der Verträge über die Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen für die öffentliche Verwaltung vorgetragen, um die es in dem Urteil vom 5. Dezember 1989 gegangen sei. Der Gerichtshof habe dazu ausgeführt, daß die in Artikel 55 EWG-Vertrag vorgesehene Ausnahme vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf Tätigkeiten zu beschränken sei, die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschlössen; der Gerichtshof habe festgestellt, daß dies auf Tätigkeiten technischer Natur, wie die bezüglich Planung, Software und Verwaltung von Datenverarbeitungssystemen, nicht zutreffe.

21 Die Antragsgegnerin legt dar, daß die Konzession für das automatisierte System des Lottospiels eine echte Übertragung öffentlicher Gewalt auf den Konzessionär mit sich bringe und nicht mit einem Vertrag über die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen verglichen werden könne. Die Vergütung für den Konzessionär in Form eines Prozentsatzes der Einnahmen stehe einem solchen Vergleich entgegen. Nach der italienischen Regelung sei das Lottospiel ausschließlich dem Staat vorbehalten, und damit sei jede Handlung in bezug auf das Spiel eine Ausübung öffentlicher Gewalt, die im Sinne des Artikels 55 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht nur Entscheidungsbefugnisse, sondern auch Organisations-, Inspektions- oder Beurkundungsbefugnisse umfassen könne. Das von der Antragsgegnerin in der Sitzung vorgelegte technische Programm in bezug auf die Ausschreibung mache die Befugnisse deutlich, die mit der Konzession auf den Konzessionär übertragen würden. Es handele sich insbesondere um die Annahme der Wetten, da die Lottoscheine, um gültig zu sein, durch die in den Annahmestellen eingerichteten Terminals des Konzessionärs ausgestellt sein müßten, und um die Feststellung der Gewinnlose, die von den Datenverarbeitungszentren des Konzessionärs in jeder Ziehungsrunde vorgenommen werde.

22 Erstens ändert die Einführung des streitigen automatisierten Systems die einzelnen Vorgänge im Rahmen des Lottospiels, so wie sie nach ihrer Beschreibung in dem von der Antragsgegnerin eingereichten technischen Programm zur Zeit stattfinden, dem ersten Ansehen nach nicht. Für keine dieser Handlungen wird die Verantwortung dem ersten Anschein nach auf den Konzessionär übertragen. So bleiben die

Annahmestellen für die Annahme der Wetten verantwortlich, denn die Funktion des Endgeräts des Konzessionärs beschränkt sich auf die Registrierung, automatische Kontrolle und Übermittlung der Daten, die sich aus den Handlungen des Verantwortlichen der Annahmestelle ergeben, der nach dem technischen Programm in der Lage sein muß, bei einem Fehler die Registrierung zu korrigieren und sogar einen vom Endgerät ausgestellten Lottoschein ungültig zu machen. Das gleiche gilt für die Feststellung der Gewinnlose, denn die Commissione di zona, das Verwaltungsorgan, bleibt für die Kontrolle und die Gültigerklärung dieser Scheine verantwortlich.

23 Zweitens unterscheiden sich die vom Konzessionär des automatisierten Systems des Lottospiels zu erbringenden Leistungen dem ersten Anschein nach nicht von denen, die sich aus den Verträgen über die Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen für Rechnung der öffentlichen Verwaltung ergaben, die Gegenstand des Urteils vom 5. Dezember 1989 waren. Es handelt sich in beiden Fällen um die Planung von Datenverarbeitungssystemen, die Lieferung des Materials und der notwendigen Software sowie um die Verwaltung dieses Systems. Das automatisierte System des Lottospiels wird zwar erst nach Erlöschen der Konzession Eigentum des Staates und das Entgelt des Konzessionärs besteht in einer Beteiligung an den Einnahmen aus dem Betrieb des Systems, doch sind diese Umstände im Hinblick auf die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dem ersten Anschein nach nicht erheblich.

24 Daher ist festzustellen, daß der Antrag der Kommission angesichts des Urteils vom 5. Dezember 1989 in diesem Stadium nicht unbegründet erscheint und daß die Voraussetzung der Glaubhaftmachung erfüllt ist.

25 Zur Voraussetzung der Dringlichkeit macht die Kommission geltend, daß sie nicht auf den Ausgang der Hauptsache warten könne, ohne als Organ, das für die Anwendung des EWG-Vertrags Sorge zu tragen habe, einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden zu erleiden. Wenn der Gerichtshof diesen Rechtsstreit entscheiden werde, werde das automatisierte System des Lottospiels schon lange eingerichtet sein und der Kommission bliebe nur, diese vollendete Tatsache trotz einer offensichtlichen Verletzung des Gemeinschaftsrechts hinzunehmen. Damit das zu erlassende Urteil des Gerichtshofes praktische Wirksamkeit entfalten könne, sei der Erlaß einer einstweiligen Anordnung notwendig.

26 Die Antragsgegnerin führt dazu aus, daß der Konzessionsvertrag mit dem Konsortium Lottomatica am 22. November 1991 unterzeichnet worden sei; die erste Phase der Konzession müsse am 1. April 1992 und die zweite am 31. Dezember 1992 abgeschlossen sein. Die Inbetriebnahme des automatisierten Systems werde zu einer erheblichen Verbesserung des Spiels führen; nur so lasse sich das heimliche Spiel ausschalten, das zur Zeit sehr verbreitet sei. Für den Fall, daß das automatisierte System nicht eingerichtet würde, könne der Einnahmeverlust für den Staat auf 500 Milliarden LIT pro Jahr geschätzt werden. Somit müsse zwischen der Beseitigung des heimlichen Spiels und den sehr hohen Steuereinnahmen infolge der Automatisierung des Spiels einerseits und dem Interesse der Kommission an der Einhaltung der förmlichen Vorschriften des EWG-Vertrags andererseits abgewogen werden.

27 Hierzu ist festzustellen, daß, wie die Kommission geltend macht, das ein der Klage der Kommission stattgebendes Urteil für den Fall, daß eine einstweilige Anordnung nicht erlassen wird, keine praktische Wirksamkeit entfalten würde.

28 Bei der Abwägung der Interessen ist das Interesse, das die Antragstellerin an einer schnellen Verwirklichung der Automatisierung des Lottospiels hat, dem Interesse gegenüberzustellen, das die Kommission als Hüterin der Verträge an der Verhinderung eines Verstoßes gegen deren grundlegende Vorschriften hat. Insbesondere angesichts des Urteils des Gerichtshofes vom 5. Dezember 1989 gebührt dem Interesse der Kommission der Vorrang gegenüber dem des betroffenen Mitgliedstaats.

29 Da die Voraussetzung der Dringlichkeit somit ebenfalls erfüllt ist, ist die beantragte einstweilige Anordnung zu erlassen.

Aus diesen Gründen

hat

DER PRÄSIDENT

beschlossen:

1) **Die Italienische Republik hat die notwendigen Maßnahmen zur Aussetzung der Rechtswirkungen des Dekrets des Finanzministers vom 14. Juni 1991, mit dem die Konzession für ein automatisiertes System des Lottospiels vergeben wird, sowie des Vollzugs des dazu mit dem Konsortium Lottomatica geschlossenen Vertrags zu treffen.**

2) **Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.**

Luxemburg, den 31. Januar 1992.

Der Kanzler

J.-G. Giraud

Der Präsident

O. Due