Sammlung der Rechtsprechung

BESCHLUSS DES GERICHTSHOFS (Neunte Kammer)

6. Februar 2020*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs – Öffentliche Aufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 12 Abs. 3 – Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die der öffentlichen Auftragsvergabe den Vorzug gegenüber ‚Inhouse'-Verträgen geben – Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form der Erbringung von Dienstleistungen – Grenzen – Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die für einen öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit ausschließen, am Kapital einer von öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung eine Beteiligung zu erwerben, die ihm weder die Kontrolle dieser Einrichtung noch eine Sperrminorität garantieren kann"

In den verbundenen Rechtssachen C-89/19 bis C-91/19

betreffend drei Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidungen vom 8. November 2018, beim Gerichtshof eingegangen am 5. Februar 2019, in den Verfahren

Rieco SpA

gegen

Comune di Lanciano,

Ecolan SpA (C-89/19),

Comune di Ortona,

Ecolan SpA (C-90/19),

Comune di San Vito Chietino,

Ecolan SpA (C-91/19),

Beteiligte:

Comune di Ortona (C-89/19),

Comune di Treglio (C-89/19),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

erlässt

* Verfahrenssprache: Italienisch.

DER GERICHTSHOF (Neunte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten S. Rodin sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatter) und N. Piçarra,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Rieco SpA, vertreten durch T. Marchese, S. Colombari und A. Ranieri, avvocati,

– der Ecolan SpA, vertreten durch M. Zoppolato, avvocato,

– der Comune di Lanciano, vertreten durch V. Antonucci, avvocato,

– der estnischen Regierung, vertreten durch N. Grünberg als Bevollmächtigte,

– der spanischen Regierung, vertreten durch S. Jiménez García und M. J. García-Valdecasas Dorrego als Bevollmächtigte,

– der litauischen Regierung, vertreten durch K. Dieninis und R. Butvydytė als Bevollmächtigte,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Gattinara, P. Ondrůšek und L. Haasbeek als Bevollmächtigte,

aufgrund der nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Entscheidung, gemäß Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden,

folgenden

Beschluss

1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von 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 (ABl. 2014, L 94, S. 65).

2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von drei Rechtsstreitigkeiten zwischen, erstens, der Rieco SpA auf der einen Seite und der Comune di Lanciano (Gemeinde Lanciano, Italien) sowie der Ecolan SpA auf der anderen Seite, zweitens, der Rieco SpA auf der einen Seite und der Comune di Ortona (Gemeinde Ortona, Italien) sowie Ecolan auf der anderen Seite, und drittens, der Rieco SpA auf der einen Seite und der Comune di San Vito Chietino (Gemeinde San Vito Chietino, Italien) sowie Ecolan auf der anderen Seite wegen der Direktvergabe des Auftrags für den städtischen Reinigungsdienst dieser Gemeinden an Ecolan.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2014/24

3 In den Erwägungsgründen 1, 5, 31 und 32 der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„(1) Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten hat im Einklang mit den im [AEU-]Vertrag … niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Für über einen bestimmten Wert hinausgehende öffentliche Aufträge sollten Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.

…

(5) Es sei darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten. Die Richtlinie sollte nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder von Arbeitsverträgen gelten. In einigen Mitgliedstaaten könnte dies z. B. bei bestimmten administrativen und staatlichen Dienstleistungen wie Exekutiv- und Legislativdienstleistungen der Fall sein oder bei der Erbringung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit, wie Dienstleistungen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten oder der Justiz oder Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung.

…

(31) Es besteht erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst werden sollten. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird nicht nur von den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch von den einzelnen öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich ausgelegt. Daher gilt es zu präzisieren, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.

Diese Präzisierung sollte sich auf die Grundsätze stützen, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dargelegt wurden. Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen gehört.

Es sollte sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

(32) An kontrollierte juristische Personen vergebene öffentliche Aufträge sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren unterliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine Kontrolle ausübt, die mit der vergleichbar ist, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt, vorausgesetzt die kontrollierte juristische Person führt mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben aus, mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist, und zwar ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags.

Diese Ausnahme sollte sich nicht auf Situationen erstrecken, in denen ein privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person unmittelbar beteiligt ist, da die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren dem am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligten privaten Wirtschaftsteilnehmer einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde. Mit Blick auf die besonderen Merkmale öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft, wie die für Verwaltung oder die Ausführung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen verantwortlichen Organisationen, sollte dies jedoch nicht in Fällen gelten, in denen die Beteiligung bestimmter privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person durch eine nationale gesetzliche Bestimmung im Einklang mit den Verträgen vorgeschrieben ist, sofern es sich nicht um eine beherrschende Form der Beteiligung oder eine Form der Beteiligung mit Sperrminorität handelt und sofern die Beteiligung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Es sollte ferner klargestellt werden, dass das entscheidende Element allein die direkte private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person ist. Eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern schließt daher die Vergabe öffentlicher Aufträge an die kontrollierte juristische Person ohne die Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren nicht aus, da solche Beteiligungen den Wettbewerb zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht nachteilig beeinflussen.

Es sollte auch klargestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber wie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, bei denen eine private Kapitalbeteiligung bestehen kann, in der Lage sein sollten, die Ausnahmeregelung für eine horizontale Zusammenarbeit in Anspruch zu nehmen. Sind alle anderen Bedingungen im Zusammenhang mit der horizontalen Zusammenarbeit erfüllt, so sollte sich die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit folglich auf solche öffentlichen Auftraggeber erstrecken, bei denen der Auftrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird.“

4 Art. 12 („Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“) dieser Richtlinie bestimmt:

„(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

c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

…

(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

c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

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;

…“

Italienisches Recht

5 Die Legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (Gesetz Nr. 221 über die Änderung und Umwandlung des Decreto-legge vom 18. Oktober 2012, Nr. 179, über weitere dringende Maßnahmen für das Wachstum des Landes) vom 17. Dezember 2012 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 294 vom 18. Dezember 2012, S. 1) bestimmt in Art. 34 Abs. 20:

„Um die Einhaltung des europäischen Rechts, die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer und die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung sicherzustellen und den betroffenen Einrichtungen eine angemessene Unterrichtung zu gewährleisten, werden Dienstleistungsverträge für wirtschaftlich

bedeutsame lokale öffentliche Dienstleistungen auf der Grundlage eines hierzu erstellten, auf der Webseite der die Vergabe vornehmenden Einrichtung veröffentlichten Berichts vergeben; dieser Bericht enthält die Begründung und die Erklärung, dass die vom europäischen Recht für die Form der gewählten Vergabe vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind und legt den genauen Inhalt der Gemeinwohl- und Universaldienstverpflichtungen sowie gegebenenfalls die wirtschaftlichen Ausgleichszahlungen fest."

6 Art. 5 („Gemeinsame Ausschlussgrundsätze für Konzessionen, öffentliche Aufträge und Vereinbarungen zwischen öffentlichen Einrichtungen und öffentlichen Auftraggebern im Rahmen des öffentlichen Sektors") des Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50, Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 91 vom 19. April 2016, im Folgenden: Vergabegesetzbuch) sieht in den Abs. 4 und 5 vor:

„(4) Ein öffentlicher Auftraggeber oder Auftraggeber kann einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession ohne Anwendung des vorliegenden Gesetzbuchs vergeben, wenn die in Abs. 1 [der den allgemeinen Rahmen für ‚Inhouse'-Vergaben festlegt] vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind, und zwar auch im Fall einer gemeinsamen Kontrolle.

(5) Öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber üben gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

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

b) diese öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen dieser juristischen Person ausüben;

c) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber zuwiderlaufen."

7 In Art. 192 („Sonderbestimmungen für ‚Inhouse'-Vergaben") Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs heißt es:

„Für die ‚Inhouse'-Vergabe eines Auftrags über auf dem Wettbewerbsmarkt verfügbare Dienstleistungen müssen die (öffentlichen) Auftraggeber zuvor die wirtschaftliche Opportunität des ‚Inhouse'-Angebots unter Berücksichtigung des Gegenstands und des Wertes der Leistung prüfen und in der Begründung der Vergabeentscheidung auf die Gründe für den unterlassenen Marktrückgriff sowie auf die Vorteile der gewählten Vergabeform für die Körperschaft eingehen, und zwar auch im Hinblick auf die Ziele der Universalität, des Sozialcharakters, der Effizienz, der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Dienstleistung sowie des optimalen Einsatzes der öffentlichen Mittel."

8 Das Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 175, kodifizierter Text über Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung) vom 19. August 2016 (GURI Nr. 210 vom 8. September 2016, im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 175/2016) bestimmt in Art. 4 („Ziele, die durch den Erwerb und die Verwaltung öffentlicher Beteiligungen verfolgt werden können"):

„(1) Die öffentliche Verwaltung darf weder unmittelbar noch mittelbar Gesellschaften gründen, die Tätigkeiten der Erzeugung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen zum Zweck haben, die nicht im engen Sinne für die Verfolgung der eigenen institutionellen Ziele notwendig sind, und auch keine Beteiligungen, einschließlich von Minderheitsbeteiligungen, an solchen Gesellschaften erwerben oder halten.

(2) Innerhalb der in Abs. 1 genannten Grenzen kann die öffentliche Verwaltung ausschließlich zur Durchführung der folgenden Tätigkeiten unmittelbar oder mittelbar Gesellschaften gründen oder Beteiligungen an Gesellschaften erwerben oder halten:

a) Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, einschließlich der Einrichtung und der Verwaltung von Netzwerken und Anlagen, die für diese Dienste verwendet werden;

…

(4) Ausschließlicher Gesellschaftszweck von ‚Inhouse'-Gesellschaften sind eine oder mehrere der in Abs. 2 Buchst. a … genannten Tätigkeiten. Vorbehaltlich der Bestimmungen in Art. 16 arbeiten diese Gesellschaften überwiegend mit den Einrichtungen, durch die sie gegründet wurden, die an ihrem Kapital beteiligt sind oder die über [die Vergaben] beschließen."

9 Art. 16 („‚Inhouse'-Gesellschaften") dieses Decreto legislativo lautet:

„(1) An ‚Inhouse'-Gesellschaften werden öffentliche Aufträge nur dann im Wege der Direktvergabe von Behörden, die eine ähnliche Kontrolle über sie ausüben, oder von jeder der Behörden, die eine gemeinsame ähnliche Kontrolle über sie ausüben, vergeben, wenn keine private Kapitalbeteiligung besteht; dies gilt mit Ausnahme privater Kapitalbeteiligungen, die durch gesetzliche Vorschriften vorgeschrieben sind und eine Form annehmen, mit der weder eine Kontrolle oder eine Sperrminorität noch die Ausübung eines maßgeblichen Einflusses auf die kontrollierte Gesellschaft verbunden ist.

…

(7) Unbeschadet der Art. 5 und 192 des [Vergabegesetzbuchs] müssen die im vorliegenden Artikel genannten Gesellschaften Bauleistungen, Waren und Dienstleistungen in Übereinstimmung mit den [in diesem Gesetzbuch] vorgeschriebenen Bestimmungen erwerben."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Rechtssache C-89/19

10 Die im Bereich der Beseitigung von Siedlungsabfällen tätige Ecolan ist eine „Inhouse"-Gesellschaft, deren Kapital vollständig von 53 öffentlich-rechtlichen Körperschaften der Provinz Chieti (Italien) gehalten wird, zu denen die in Höhe von 21,69 % beteiligte Gemeinde Lanciano gehört.

11 In ihrer Eigenschaft als an dem Auftrag für die Verwaltung des städtischen Reinigungsdienstes der Gemeinde Lanciano interessierter Wirtschaftsteilnehmer erhob Rieco Klage beim Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionalverwaltungsgericht Abruzzen, Italien) auf Nichtigerklärung verschiedener Rechtsakte, u. a. des Beschlusses des Stadtrats von Lanciano vom 29. Mai 2017 (im Folgenden: streitiger Beschluss), durch den der Auftrag betreffend den Reinigungsdienst, einschließlich der Verwaltung von Abfalldeponien und von Wiederverwendungsstellen, direkt an Ecolan vergeben wurde.

12 Rieco machte geltend, dass die Direktvergabe des Auftrags für den städtischen Reinigungsdienst der Gemeinde Lanciano gegen die für die „Inhouse"-Vergabe oder die Vergabe in Form einer gemeinsamen ähnlichen Kontrolle geltenden Bedingungen verstoßen habe.

13 Mit Urteil vom 12. Januar 2018 wies das Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionalverwaltungsgericht Abruzzen) die Klage von Rieco ab; diese legte beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) ein Rechtsmittel gegen das Urteil ein.

14 Erstens wirft Rieco dem Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionales Verwaltungsgericht Abruzzen) vor, gegen Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs verstoßen zu haben, weil es nicht beanstandet habe, dass im streitigen Beschluss vor der Direktvergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags keine tatsächliche Beurteilung der Opportunität, eine „Inhouse"-Vergabe statt einer öffentlichen Auftragsvergabe mit Ausschreibung vorzunehmen, erfolgt sei.

15 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) ist der Auffassung, dass der streitige Beschluss insofern gegen den gemäß Art. 16 Abs. 7 des Decreto-legislativo Nr. 175/2016 auch auf Ecolan anwendbaren Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs verstoße, als er nicht in angemessener Weise die Gründe zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf die „Inhouse"-Vergabe anführe. Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs knüpfe die „Inhouse"-Vergabe von auf dem freien Markt verfügbaren Dienstleistungen nämlich an eine zweifache Bedingung, die für andere Formen der Vergabe dieser Dienstleistungen, insbesondere für die Ausschreibung und sonstige Formen der horizontalen Zusammenarbeit zwischen Behörden, nicht verlangt werde. Erstens müsse der öffentliche Auftraggeber die Umstände darlegen, die zum Ausschluss eines Ausschreibungsverfahrens geführt hätten. Diese Bedingung ergebe sich aus dem sekundären und residualen Charakter der „Inhouse"-Vergabe, auf die nur dann zurückgegriffen werde könne, wenn zum einen nachgewiesen werde, dass eine „Unzulänglichkeit des [betreffenden] Marktes" aufgrund vorhersehbarer Verfehlungen der „Ziele der Universalität, des Sozialcharakters, der Effizienz, der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Dienstleistung sowie des optimalen Einsatzes der öffentlichen Mittel" bestehe, und zum anderen, dass die „Inhouse"-Einrichtung diese Unzulänglichkeit beheben werde. Zweitens müsse der öffentliche Auftraggeber die für ihn mit der „Inhouse"-Vergabe verbundenen Vorteile angeben, während ein solcher Nachweis bei einem Ausschreibungsverfahren nicht erforderlich sei.

16 Um die Ausnahmen von der Regel der öffentlichen Auftragsvergabe noch weiter zu beschränken, sei dem italienischen Gesetzgeber durch ein Urteil der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) vom 17. November 2010 außerdem die Möglichkeit eingeräumt worden, „weiter gehende Beschränkungen der Direktvergabe als die nach dem [Unions]recht bestehenden" vorzusehen. In einem Urteil vom 20. März 2013 habe dieses Gericht weiterhin entschieden, dass die Vergabe im Wege einer zwischenorganschaftlichen Delegation eine „Ausnahme von der allgemeinen Regelung der Vergabe an Dritte mittels öffentlicher Ausschreibung" darstelle.

17 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) hat Zweifel, ob dieser in Bezug auf „Inhouse"-Vergaben in Italien seit mehr als zehn Jahren angewandte restriktive Ansatz mit dem Unionsrecht, insbesondere mit dem in Art. 2 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1) verankerten Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden vereinbar ist. In diesem Zusammenhang könnten die Grundsätze der Freiheit und der Selbstbestimmung öffentlich-rechtlicher Personen mit dem Grundsatz der uneingeschränkten Öffnung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen für den Marktwettbewerb kollidieren.

18 Gehe man davon aus, dass die „Inhouse"-Vergabe ihrem Wesen nach eine der charakteristischen Formen der Internalisierung und Eigenleistung sei, so stelle diese Vergabe keine letztmögliche Ausnahme, sondern ebenso wie die Vergabe an Dritte mittels öffentlicher Ausschreibung eine Grundoption dar. Der Vergabe eines Auftrags im Wege eines Ausschreibungsverfahrens dürfe daher nicht von vornherein der Vorzug gegeben werden.

19 Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass „Inhouse"-Vergaben nach dem Unionsrecht gegenüber Vergaben mittels öffentlicher Ausschreibung keine nachrangige Stellung zukomme. Vielmehr stellten sie eine Art logische Vorstufe bei jeder Entscheidung der öffentlichen Verwaltung zwischen Eigenleistung und Auslagerung der in ihre Zuständigkeit fallenden Dienste dar, da eine Behörde erst dann eine Auslagerung der Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen oder Lieferungen vornehmen könne, wenn sich erwiesen habe, dass der interne Weg der Internalisierung und Eigenleistung nicht durchführbar oder nicht zweckdienlich sei.

20 Folglich müsse dem Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden eine allgemeine Bedeutung eingeräumt werden, was die Einführung von Bestimmungen ausschließe, die darauf abzielten, einer der Formen der Vergabe von im allgemeinen Interesse liegenden Dienstleistungen der öffentlichen Verwaltung, wie der „Inhouse"-Vergabe, eine im Verhältnis zu den anderen Formen rechtlich nachrangige Rolle zuzuordnen.

21 Zweitens wirft Rieco dem Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Regionales Verwaltungsgericht Abruzzen) vor, nicht die Bedingungen des italienischen Rechts in Bezug auf die Beteiligung öffentlich-rechtlicher Personen, die über Ecolan keine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, am Gesellschaftskapital von Ecolan berücksichtigt zu haben.

22 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) führt hierzu aus, dass die Satzung von Ecolan zwei Gesellschaftertypen vorsehe, nämlich zum einen die „beauftragenden Gesellschafter", die eine gemeinsame ähnliche Kontrolle über Ecolan ausübten und somit Direktvergaben zu deren Gunsten vornehmen könnten, und zum anderen die „nicht beauftragenden Gesellschafter", die am Kapital von Ecolan beteiligt seien, um künftig Direktvergaben zu deren Gunsten vorzunehmen, ohne dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt tun zu können, und die bis zu diesem Zeitpunkt über keine die interne Funktionsweise von Ecolan beeinflussenden Geschäftsführungsbefugnisse oder Vetorechte verfügten und daher keine gemeinsame ähnliche Kontrolle ausübten.

23 Der Umstand, dass Ecolan nur in Bezug auf die beauftragenden Gesellschafter die Eigenschaft einer „Inhouse"-Einrichtung besitze, verstoße nicht gegen das Unionsrecht. Die gemeinsame ähnliche Kontrolle im Sinne von Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 dürfe nämlich nicht allein deshalb ausgeschlossen werden, weil am Kapital einer Gesellschaft mit mehreren Gesellschaftern öffentliche Auftraggeber beteiligt seien, die keine Kontrolle oder Sperrminorität ausübten und keine Direktvergaben vornähmen.

24 Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts muss sich ein nicht beauftragender öffentlicher Auftraggeber zu einem späteren Zeitpunkt dafür entscheiden können, die gemeinsame ähnliche Kontrolle zu erwerben und eine Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen an Ecolan vorzunehmen.

25 Dieser Fall sei jedoch durch Art. 4 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175/2016 ausgeschlossen, wenn der Erwerb der gemeinsamen ähnlichen Kontrolle und die Direktvergabe nicht sofort erfolgten, sondern nur beabsichtigt seien.

26 In diesem Zusammenhang hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Steht das Unionsrecht (konkret der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden sowie der Grundsatz der materiellen Gleichwertigkeit zwischen den unterschiedlichen Modalitäten der Vergabe und Verwaltung von Leistungen im Interesse der öffentlichen Verwaltung) einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift (wie jener des Art. 192 Abs. 2 des Vergabegesetzbuchs) entgegen, die „Inhouse"-Vergaben gegenüber Vergaben mittels Ausschreibungsverfahren nur hilfs- und ausnahmsweise zulässt, indem sie i) solche Vergaben nur im Fall einer erwiesenen Unzulänglichkeit des betreffenden Marktes erlaubt und ii) die Verwaltung, wenn sie eine Vergabe in Form einer zwischenorganschaftlichen Delegation plant, zu einer spezifischen Begründung hinsichtlich der mit dieser Vergabeform verbundenen Vorteile für die Körperschaft verpflichtet?

2. Steht das Unionsrecht (konkret Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 bezüglich der „Inhouse"-Vergabe in Form einer gemeinsamen ähnlichen Kontrolle zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern) einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift (wie jener des Art. 4 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175/2016) entgegen, die einen öffentlichen Auftraggeber daran hindert, an einer von anderen öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung eine Beteiligung zu erwerben (die ihm allerdings weder Kontrolle noch Sperrminorität garantieren kann), wenn dieser öffentliche

Auftraggeber den künftigen Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit der Möglichkeit zur Direktvergabe zugunsten der von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung beabsichtigt?

Rechtssachen C-90/19 und C-91/19

27 Aus den Vorlageentscheidungen in den Rechtssachen C-89/19 bis C-91/19 ergibt sich, dass die tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhänge der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen C-90/19 und C-91/19 denen des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-89/19 entsprechen und dass die vom vorlegenden Gericht in den Rechtssachen C-90/19 und C-91/19 gestellten Fragen mit denen in der Rechtssache C-89/19 identisch sind.

Zu den Vorlagefragen

28 Gemäß Art. 99 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof, wenn die Antwort auf eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder wenn die Beantwortung dieser Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt, auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden.

29 Diese Bestimmung ist im Rahmen der vorliegenden Rechtssachen anzuwenden.

Zur ersten Frage

30 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift entgegensteht, die den Abschluss eines internen, auch als „Inhouse"-Vertrag bezeichneten Auftrags davon abhängig macht, dass keine öffentliche Auftragsvergabe möglich ist und dass auf jeden Fall vom öffentlichen Auftraggeber die mit dem Rückgriff auf den internen Auftrag verbundenen spezifischen Vorteile für die Körperschaft nachgewiesen werden.

31 Wie der Gerichtshof im Urteil vom 3. Oktober 2019, Irgita (C-285/18, im Folgenden: Urteil Irgita, EU:C:2019:829, Rn. 41), festgestellt hat, hat die Richtlinie 2014/24, wie aus ihrem ersten Erwägungsgrund hervorgeht, zum Ziel, die nationalen Verfahren zur Vergabe von über einen bestimmten Wert hinausgehenden Aufträgen zu koordinieren.

32 Aus Rn. 43 des Urteils Irgita ergibt sich, dass Art. 12 Abs. 1 dieser Richtlinie, der interne Aufträge betrifft und sich somit darauf beschränkt, die Bedingungen festzulegen, die ein öffentlicher Auftraggeber einhalten muss, wenn er einen internen Auftrag abschließen will, nur die Wirkung hat, die Mitgliedstaaten zu ermächtigen, einen solchen Auftrag vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 auszunehmen.

33 Diese Bestimmung kann den Mitgliedstaaten daher nicht die Freiheit nehmen, eine Form der Erbringung von Dienstleistungen, der Ausführung von Arbeiten oder der Beschaffung von Lieferungen zum Nachteil der anderen zu bevorzugen. Diese Freiheit impliziert nämlich eine Wahl, die in einer Phase vor der Vergabe eines Auftrags getroffen wird und daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 fallen kann (Urteil Irgita, Rn. 44).

34 Die Freiheit der Mitgliedstaaten, die Art der Erbringung von Dienstleistungen, durch die die öffentlichen Auftraggeber für ihren eigenen Bedarf sorgen, zu wählen, ergibt sich auch aus dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24, in dem es – insoweit die Rechtsprechung des Gerichtshofs aus der Zeit vor dieser Richtlinie aufnehmend – heißt, dass „die Mitgliedstaaten durch

diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten“(Urteil Irgita, Rn. 45).

35 Ebenso wenig wie die Richtlinie 2014/24 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, auf ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zurückzugreifen, kann sie sie dazu zwingen, einen internen Auftrag in Anspruch zu nehmen, wenn die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 erfüllt sind (Urteil Irgita, Rn. 46).

36 Wie der Gerichtshof in Rn. 47 des Urteils Irgita festgestellt hat, wird im Übrigen die den Mitgliedstaaten damit eingeräumte Freiheit in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 noch deutlicher hervorgehoben, in dem es heißt:

„In dieser Richtlinie wird im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und dem Unionsrecht der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften anerkannt. Es steht diesen Körperschaften frei zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen am besten gesteuert werden kann, damit bei öffentlichen Dienstleistungen insbesondere ein hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzerrechte gewährleistet werden können.

Diese Körperschaften können wählen, ob sie ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen Körperschaften erfüllen oder ob sie Wirtschaftsteilnehmer damit betrauen.“

37 Die Freiheit, über die die Mitgliedstaaten bei der Wahl des Verwaltungsinstruments verfügen, das ihrer Ansicht nach am besten geeignet ist, um Bau- oder Dienstleistungen erbringen zu lassen, kann jedoch nicht schrankenlos sein. Sie ist vielmehr unter Beachtung der Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, sowie der sich daraus ergebenden Grundsätze wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz auszuüben (Urteil Irgita, Rn. 48).

38 Der Gerichtshof hat demzufolge in Rn. 50 des Urteils festgestellt, dass Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung, mit der ein Mitgliedstaat den Abschluss von internen Aufträgen u. a. davon abhängig macht, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags es nicht erlaubt, die Qualität der erbrachten Dienstleistungen, ihre Bezahlbarkeit oder ihre Kontinuität zu gewährleisten, nicht entgegensteht, solange die Wahl zugunsten einer besonderen Art und Weise der Dienstleistungserbringung, die in einem der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelagerten Stadium getroffen wurde, die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz beachtet.

39 Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Irgita Art. 12 Abs. 1 und nicht Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 ausgelegt.

40 Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich jedoch, dass der einzige Unterschied zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 darin besteht, dass die „Inhouse“-Einrichtung im Rahmen der ersten Bestimmung von einem öffentlichen Auftraggeber allein kontrolliert wird, im Rahmen der zweiten Bestimmung hingegen von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam.

41 Unter diesen Umständen bedeutet die Freiheit der Mitgliedstaaten, die Art von Dienstleistungserbringung, durch die die öffentlichen Auftraggeber für ihren eigenen Bedarf sorgen, zu wählen, dass sie den Abschluss eines internen Auftrags davon abhängig machen können, dass keine

öffentliche Auftragsvergabe möglich ist und dass auf jeden Fall vom öffentlichen Auftraggeber die mit dem Rückgriff auf den internen Auftrag verbundenen spezifischen Vorteile für die Körperschaft nachgewiesen werden.

42 Auf die erste Frage ist daher zu antworten, dass Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, die den Abschluss eines internen, auch als „Inhouse"-Vertrag bezeichneten Auftrags davon abhängig macht, dass keine öffentliche Auftragsvergabe möglich ist und dass auf jeden Fall vom öffentlichen Auftraggeber die mit dem Rückgriff auf den internen Auftrag verbundenen spezifischen Vorteile für die Körperschaft nachgewiesen werden.

Zur zweiten Frage

43 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift entgegensteht, die einen öffentlichen Auftraggeber daran hindert, am Kapital einer von anderen öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung eine Beteiligung zu erwerben, wenn ihm diese Beteiligung weder die Kontrolle noch eine Sperrminorität garantieren kann und dieser öffentliche Auftraggeber den künftigen Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit der Möglichkeit einer Direktvergabe von Aufträgen an die von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehaltene Einrichtung beabsichtigt.

44 Wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, soll Art. 12 Abs. 3 Buchst. a bis c der Richtlinie 2014/24 die Bedingungen festlegen, unter denen ein öffentlicher Auftraggeber, der gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern die Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 12 Abs. 1 dieser Richtlinie ausübt, einen öffentlichen Auftrag ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben kann.

45 Der in Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 vorgesehene Ausschluss der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge ist nach Buchst. a dieser Vorschrift somit davon abhängig, dass ein öffentlicher Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über die jeweils eigenen Dienststellen ausübt.

46 Daraus folgt, dass Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 keine Anforderung in Bezug auf die Bedingungen enthält, unter denen eine Behörde eine Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft erwirbt, deren Anteilseigner andere Behörden sind.

47 Auf die zweite Frage ist daher zu antworten, dass Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, die einen öffentlichen Auftraggeber daran hindert, am Kapital einer von anderen öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung eine Beteiligung zu erwerben, wenn ihm diese Beteiligung weder die Kontrolle noch eine Sperrminorität garantieren kann und dieser öffentliche Auftraggeber den künftigen Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit der Möglichkeit einer Direktvergabe von Aufträgen an die von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehaltene Einrichtung beabsichtigt.

Kosten

48 Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim 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 (Neunte Kammer) für Recht erkannt:

1. **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 ist dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, die den Abschluss eines internen, auch als „Inhouse"-Vertrag bezeichneten Auftrags davon abhängig macht, dass keine öffentliche Auftragsvergabe möglich ist und dass auf jeden Fall vom öffentlichen Auftraggeber die mit dem Rückgriff auf den internen Auftrag verbundenen spezifischen Vorteile für die Körperschaft nachgewiesen werden.**

2. **Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, die einen öffentlichen Auftraggeber daran hindert, am Kapital einer von anderen öffentlichen Auftraggebern gehaltenen Einrichtung eine Beteiligung zu erwerben, wenn ihm diese Beteiligung weder die Kontrolle noch eine Sperrminorität garantieren kann und dieser öffentliche Auftraggeber den künftigen Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit der Möglichkeit einer Direktvergabe von Aufträgen an die von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehaltene Einrichtung beabsichtigt.**

Unterschriften