SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE Kokott vom 15. Juni 2006 [1]

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Fall befasst ein französisches Gericht, das Tribunal administratif Lyon [2], den Gerichtshof mit mehreren Fragen zur Auslegung des europäischen Vergaberechts. Diese Fragen stellen sich anlässlich eines Rechtsstreits über ein Freizeitzentrum in der französischen Stadt Roanne, mit dessen Planung und Verwirklichung ohne vorherige Ausschreibung eine gemischtwirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft beauftragt wurde. Das Vorhaben zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass nur einzelne Teile der geplanten Freizeitanlage nach ihrer Errichtung für die Stadt selbst bestimmt waren, während andere Teile von der Stadtentwicklungsgesellschaft direkt an Dritte veräußert werden sollten, wobei allerdings die Stadt sie mitfinanzieren und die bei Projektende nicht veräußerten Teile übernehmen sowie insgesamt das Verlustrisiko tragen sollte.

2. Vor diesem Hintergrund begehrt das vorlegende Gericht zunächst Auskunft darüber, welche Vorschriften des europäischen Vergaberechts überhaupt auf ein derartiges Vorhaben Anwendung finden können und wie insbesondere der Begriff des öffentlichen Bauauftrags auszulegen ist. Außerdem stellt sich die Frage, ob bei der Bestimmung des Auftragswerts das Gesamtvolumen des Vorhabens zu berücksichtigen ist oder ob in seine Berechnung lediglich der Preis einfließen soll, den der öffentliche Auftraggeber für die für ihn bestimmten Teile der Anlage zahlen wird, gegebenenfalls zuzüglich eines von ihm übernommenen globalen Finanzierungsbeitrags. Schließlich ist zu klären, ob von einem Vergabeverfahren abgesehen werden kann, wenn die in Frage stehende Vereinbarung nach nationalem Recht überhaupt nur mit bestimmten juristischen Personen geschlossen werden darf und diese ihrerseits im Fall der Vergabe etwaiger Folgeaufträge Vergabeverfahren durchführen müssten.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Verwaltungsgericht Lyon, im Folgenden auch: das vorlegende Gericht.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Artikel 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [3] (im Folgenden: Richtlinie 93/37) lautet auszugsweise wie folgt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

b) gelten als *öffentliche Auftraggeber*: der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der

3 — ABl. L 199, S. 54. Diese Richtlinie wurde aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114, im Folgenden: Richtlinie 2004/18). Diese Rechtsänderung gilt allerdings erst mit Wirkung vom 31. Januar 2006 und ist folglich für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht von Bedeutung.

Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

...

c) ist ein *Bauwerk* das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll;

..."

4. Artikel 6 der Richtlinie 93/37 bestimmt in seiner durch die Richtlinie 97/52 [4] geänderten Fassung:

„(1) Diese Richtlinie gilt

a) für öffentliche Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens dem Gegenwert von 5 000 000 Sonderziehungsrechten (SZR) in Ecu entspricht;

...

(3) Besteht ein Bauwerk aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so muss der Wert eines jeden Loses bei der Errechnung des in Absatz 1 angegebenen Betrages berücksichtigt werden. Beläuft sich der kumulierte Wert der Lose auf den in Absatz 1 genannten Betrag oder übersteigt er ihn, so wird Absatz 1 auf alle Lose angewandt. Die öffentlichen Auftraggeber können von den Bestimmungen des Absatzes 1 bei Losen abweichen, deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer weniger als 1 000 000 ECU beträgt, sofern der kumulierte Auftragswert dieser Lose 20 v. H. des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

(4) Bauwerke oder Bauaufträge dürfen nicht in der Absicht aufgeteilt werden, sie der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen.

(5) Bei der Berechnung des in Absatz 1 und des in Artikel 7 genannten Betrages ist außer dem Auftragswert der öffentlichen Bauaufträge der geschätzte Wert der Lieferungen zu berücksichtigen, die

4 — Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 328, S. 1).

für die Ausführung der Arbeiten erforderlich sind und dem Unternehmen vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.

„Der Staat, die kommunalen Körperschaften oder ihre öffentlichen Einrichtungen können mit der Studie und Durchführung der im vorliegenden Buch vorgesehenen Raumordnungsmaßnahmen jedes dafür geeignete öffentliche oder private Rechtssubjekt betrauen.

(6) Die öffentlichen Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass nicht zwischen den verschiedenen Unternehmen diskriminiert wird."

Wird die Vereinbarung mit einer öffentlichen Einrichtung, einer örtlichen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft im Sinne des Gesetzes Nr. 83-597 vom 7. Juli 1983 oder einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft getroffen, an der eines oder mehrere der öffentlichen Rechtssubjekte Staat, Regionen, Departements, Kommunen oder ihrer Zusammenschlüsse mehr als die Hälfte des Kapitals halten, so kann sie die Form einer öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung annehmen. In diesem Fall kann die vertragschließende Einrichtung mit dem Erwerb im Wege der Enteignung oder des Vorkaufs sowie der Durchführung jeder Raumordnungs- und Erschließungsmaßnahme und -handlung betraut werden, die zu der Gesamtmaßnahme beiträgt, die Gegenstand der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung ist.

5. Für den im vorliegenden Fall maßgeblichen Zeitraum entsprach der Schwellenwert von 5 000 000 SZR einem Gegenwert von 6 242 028 Euro [5].

B — *Nationales Recht*

6. In seiner Fassung, die zur Zeit des Sachverhalts des Ausgangsrechtsstreits galt [6], bestimmte Artikel L. 300-4 des französischen Code de l'urbanisme [7] (im Folgenden: Artikel L. 300-4 a. F. des Code de l'urbanisme):

Die im vorstehenden Absatz genannten Einrichtungen können mit der Abwicklung von Vorstudien, die zur Festlegung der Merkmale der Maßnahme erforderlich sind, im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags betraut werden, der sie ermächtigt, im Namen und für Rechnung der Körperschaft oder des Zusammenschlusses von Körperschaften Verträge über Studien zu schließen.

...“

5 — Vgl. die Veröffentlichung der vom 1. Januar 2002 an geltenden Gegenwerte der in den Richtlinien über öffentliche Aufträge genannten Schwellenwerte (Mitteilung der Kommission, ABl. 2001, C 332, S. 21, Nr. 2, dritte Spalte).

6 — Diese Fassung beruht auf dem Gesetz Nr. 2000-1208 vom 13. Dezember 2000, *JORF* vom 14. Dezember 2000.

7 — Städtebaugesetzbuch.

7. Nachdem die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich eingeleitet hatte, wurde Artikel L. 300-4 des Code de l'urbanisme durch das Gesetz Nr. 2005-809 [8] wie folgt neu gefasst:

„Der Staat und die Gebietskörperschaften sowie ihre öffentlichen Einrichtungen können mit der Durchführung der im vorliegenden Buch vorgesehenen Raumordnungsmaßnahmen jedes dafür geeignete Rechtssubjekt betrauen.

Die Erteilung von Raumordnungskonzessionen wird vom Konzessionsgeber in einem Veröffentlichungsverfahren vorgenommen, das die Abgabe mehrerer konkurrierender Angebote unter den durch Dekret des Conseil d'État vorgesehenen Bedingungen ermöglicht.

Der Konzessionär übernimmt die Aufsicht über die Arbeiten und Erschließungen, die zu der in der Konzession vorgesehenen Maßnahme beitragen, und sorgt für die Durchführung der Studien und aller Aufgaben, die für ihre Umsetzung erforderlich sind. Er kann vom Konzessionsgeber damit betraut werden, die zur Durchführung der Maßnahme erforderlichen Güter zu erwerben, gegebenenfalls auch im Wege der Enteignung oder des Vorkaufs. Er nimmt den Verkauf, die Vermietung oder die Nutzungsüberlassung der Immobilien vor, die sich in dem von der Konzession erfassten Gebiet befinden."

8 — Gesetz vom 20. Juli 2005, *JORF* vom 21. Juli 2005.

8. Außerdem heißt es in Artikel 11 des Gesetzes Nr. 2005-809:

„Vorbehaltlich rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen werden, soweit ihre Rechtmäßigkeit mit der Begründung bestritten wird, dass der Bestimmung der mit der Raumordnung betrauten Stelle kein Veröffentlichungsverfahren vorausgegangen sei, das die Abgabe mehrerer konkurrierender Angebote ermöglicht habe, für gültig erklärt:

1. die Raumordnungskonzessionen, die öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarungen und die Raumordnungsvereinbarungen, die vor der Veröffentlichung des vorliegenden Gesetzes unterzeichnet wurden;

..."

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

9. Im Jahr 2002 beabsichtigte die französische Stadt Roanne als Maßnahme der Stadtentwicklung die Schaffung eines Freizeitzentrums. Das Vorhaben sollte in einem ersten Bauabschnitt insbesondere ein so genanntes

Multiplex-Kino umfassen, daneben war die Errichtung von Geschäftsräumen, eines öffentlichen Parkplatzes mit rund 320 Stellplätzen sowie von Zugangswegen und öffentlichen Plätzen vorgesehen. Für einen späteren Bauabschnitt wurde die Errichtung weiterer Geschäftsräume und eines Hotels in Aussicht genommen.

10. Mit der Durchführung des Vorhabens wurde eine gemischtwirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft, die Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), betraut. Zu diesem Zweck schloss die Stadt Roanne mit der SEDL am 25. November 2002 eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung [9], zu deren Unterzeichnung der Stadtrat von Roanne zuvor mit Beschluss vom 28. Oktober 2002 den Bürgermeister ermächtigt hatte.

11. In dieser Vereinbarung wurde die SEDL u. a. beauftragt, Grundstückskäufe zu tätigen und Finanzmittel zu beschaffen, bestimmte Buchungsbelege beizubringen, Planungen vornehmen zu lassen, ein Auswahlverfahren für Planungsbüros zu organisieren, die Bauarbeiten durchführen zu lassen sowie die Koordinierung des Vorhabens und die Unterrichtung der Stadt sicherzustellen.

12. Der für das städtische Freizeitzentrum zu errichtende öffentliche Parkplatz, die Zugangswege und die öffentlichen Plätze sollten gemäß der geschlossenen Vereinbarung in das Vermögen der Stadt Roanne übergehen. Die anderen geplanten Bauwerke waren hingegen zur Veräußerung an Dritte bestimmt, wobei veranschlagt wurde, dass die SEDL als Trägerin des Vorhabens dadurch Veräußerungserlöse in Höhe von insgesamt 8 099 000 Euro würde erzielen können.

13. Für den öffentlichen Parkplatz war in der Vereinbarung die Zahlung eines Entgelts von 2 925 000 Euro durch die Stadt an die SEDL vorgesehen. Daneben sollte die Stadt mit einer Kapitalbeteiligung zur Finanzierung aller zu errichtenden baulichen Anlagen beitragen, die mit 2 443 103 Euro für den ersten Bauabschnitt und mit 3 034 341 Euro für die gesamten Arbeiten veranschlagt wurde [10]. Außerdem sollten die von der SEDL bei Projektende noch nicht an Dritte veräußerten Grundstücke und baulichen Anlagen zu jenem Zeitpunkt automatisch in das Eigentum der Stadt Roanne übergehen, wobei die Stadt fortan die Ausführung der laufenden Verträge sicherstellen und die Erfüllung der bis dahin von der SEDL eingegangenen Verbindlichkeiten übernehmen würde. Insgesamt hat die Stadt Roanne ferner ausdrücklich das Verlustrisiko des Projekts übernommen [11].

14. Vor dem Abschluss der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung mit der SEDL fand keine öffentliche Bekanntmachung oder Ausschreibung des Vorhabens statt.

9 — Convention publique d'aménagement.

10 — In einem Anhang zur öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung, dem Gerichtshof vorgelegt von der französischen Regierung, wird zusätzlich ein Betrag von 210 000 Euro veranschlagt, der von sonstigen Beteiligten (so genannte „partenaires du pôle d'échanges") beigesteuert werden soll.

11 — So heißt es etwa in Artikel 25-1 der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung: „... le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante ..."

15. Die Kläger des Ausgangsrechtsstreits sind Mitglieder der Opposition im Stadtrat von Roanne. Vor dem Tribunal administratif Lyon begehren sie die Aufhebung des Stadtratsbeschlusses vom 28. Oktober 2002 und machen dabei u. a. eine Verletzung der Vorgaben des europäischen Vergaberechts geltend. Sie sind der Meinung, es hätte ein Vergabeverfahren im Sinne der Richtlinie 93/37 stattfinden müssen.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Mit Urteil vom 7. April 2005 hat das Tribunal administratif Lyon sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Stellt eine Vereinbarung, nach der ein erster öffentlicher Auftraggeber einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die im Allgemeininteresse liegende Verwirklichung einer Raumordnungsmaßnahme überträgt, in deren Rahmen dieser zweite öffentliche Auftraggeber dem ersten bauliche Anlagen, die seinen Belangen dienen sollen, überlässt, und der erste öffentliche Auftraggeber bei Vertragsende automatisch Eigentümer derjenigen anderen Grundstücke und Bauwerke wird, die nicht an Dritte veräußert worden sind, einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 93/37 in ihrer geänderten Fassung dar?

2) Falls die erste Frage bejaht wird: Ist für die Feststellung des genannten Schwellenwertes von 5 000 000 Sonderziehungsrechten in Artikel 6 der Richtlinie 93/37 allein der Preis, der als Gegenleistung für die dem öffentlichen Auftraggeber überlassenen baulichen Anlagen gezahlt wird, zu berücksichtigen, oder die Summe aus diesem Preis und den finanziellen Beteiligungen, auch wenn diese nur teilweise für die Errichtung dieser Anlagen verwendet werden, oder schließlich der Gesamtbetrag der Arbeiten, wobei die bei Vertragsende nicht veräußerten Güter automatisch in das Eigentum des ersten öffentlichen Auftraggebers übergehen und dieser dann die Ausführung der laufenden Verträge fortführt und die vom zweiten öffentlichen Auftraggeber eingegangenen Verpflichtungen übernimmt?

3) Falls die ersten beiden Fragen bejaht werden: Ist der erste öffentliche Auftraggeber für den Abschluss einer solchen Vereinbarung davon befreit, die in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe von Aufträgen einzuhalten, weil diese Vereinbarung nur mit bestimmten juristischen Personen geschlossen werden kann und diese Verfahren von dem zweiten öffentlichen Auftraggeber für die Vergabe seiner Bauaufträge durchgeführt werden?

17. Vor dem Gerichtshof haben neben der Stadt Roanne als Beklagter des Ausgangsrechtsstreits die französische Regierung sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben. Schriftliche Erklärungen wurden ferner von der litauischen Regierung, der österreichischen Regierung und der polnischen Regierung eingereicht. Die Kläger des Ausgangsverfahrens haben ihren Schriftsatz nicht fristgerecht eingereicht, sie haben jedoch mündliche Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben.

V — Würdigung

A — *Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens*

18. Die Stadt Roanne und die französische Regierung äußern Zweifel an der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens.

19. Zunächst meint die Stadt Roanne, die Vorlagefragen seien deshalb nicht entscheidungserheblich, weil der französische Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarungen wie die im vorliegenden Fall streitige nachträglich ausdrücklich für gültig erklärt habe (so genannte „validation législative"). Ihre Rechtmäßigkeit könne folglich nicht mehr wegen der fehlenden Durchführung eines Vergabeverfahrens angezweifelt werden.

20. Nach ständiger Rechtsprechung ist es allein Sache des nationalen Gerichts, im Hinblick auf die Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Der Gerichtshof kann das Ersuchen eines nationalen Gerichts nur zurückweisen, *wenn offensichtlich ist*, dass die Auslegung, um die das Gericht ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht oder wenn die Frage allgemeiner oder hypothetischer Natur ist und der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [12]. Mit Ausnahme dieser Fälle ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über Vorlagefragen nach der Auslegung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu befinden [13].

21. Im vorliegenden Fall ist keineswegs *offensichtlich*, dass es den vom Tribunal administratif Lyon gestellten Fragen nach

12 — Vgl. nur Urteile vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 59 bis 61), vom 18. November 2003 in der Rechtssache C-216/01 (Budéjovický Budvar, Slg. 2003, I-13617, Randnr. 47), vom 7. Juni 2005 in der Rechtssache C-17/03 (VEMW u. a., Slg. 2005, I-4983, Randnr. 34) und vom 10. Januar 2006 in der Rechtssache C-344/04 (International Air Transport Association, Slg. 2006, I-403, Randnr. 24).

13 — Urteile Bosman (Randnr. 59), Budéjovický Budvar (Randnr. 47) und International Air Transport Association (Randnr. 24), jeweils zitiert in Fußnote 12.

der Auslegung der Richtlinie 93/37 an Entscheidungserheblichkeit für die Lösung des Ausgangsrechtsstreits mangeln würde.

22. Zutreffend ist zwar, dass Artikel 11 des Gesetzes Nr. 2005-809 bestimmte öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarungen nachträglich für gültig erklärt, selbst wenn sie ohne ein etwa erforderliches Vergabeverfahren abgeschlossen wurden.

23. Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits ist jedoch gar nicht die Frage der Gültigkeit der zwischen der Stadt Roanne und der SEDL getroffenen *Vereinbarung*, sondern die Frage nach der Gültigkeit des *Stadtratsbeschlusses*, mit dem der Bürgermeister von Roanne im Vorfeld zur Unterzeichnung dieser Vereinbarung ermächtigt worden war. Es handelt sich also im Kern um einen gemeindeinternen Rechtsstreit, bei dem in erster Linie die Befugnisse der Organe der Stadt Roanne auf dem Prüfstand stehen [14]. Für die Entscheidung dieses Rechtsstreits kann es durchaus erheblich sein, welche Vorgaben des europäischen Vergaberechts zu beachten gewesen wären, selbst wenn nach außen hin die mit der SEDL geschlossene Vereinbarung sich als gültig erweisen sollte. Jedenfalls scheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Aufhebung eines Stadtratsbeschlusses auch dann in Betracht kommt, wenn die auf seiner Grundlage mit einer Stadtentwicklungsgesellschaft geschlossene öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung als solche einer Anfechtung vor Gericht entzogen ist. Im Übrigen obliegt allein den nationalen Gerichten die Prüfung der Auswirkungen einer etwaigen Ungültigkeit des Stadtratsbeschlusses auf die Wirksamkeit der Vereinbarung zwischen der Stadt Roanne und der SEDL.

24. Der Einwand der Stadt Roanne gegen die Zulässigkeit der Vorlagefragen greift somit nicht durch.

25. Nach Auffassung der französischen Regierung fehlt es den Vorlagefragen außerdem an Entscheidungserheblichkeit, weil sie sich auf den Fall einer öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung beziehen. In Wahrheit handle es sich bei einer städtischen Freizeitanlage wie der im Ausgangsverfahren streitigen gar nicht um eine Maßnahme der Raumordnung. Somit seien die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen rein hypothetischer Natur.

26. Auch dieser Einwand ist nicht überzeugend. Es spielt nämlich keine Rolle, wie

14 — Da somit die Gültigkeit der öffentlich-rechtlichen Rahmenvereinbarung im Ausgangsrechtsstreit gar nicht auf dem Prüfstand steht, steht das vorlegende Gericht auch nicht vor der Frage, Artikel 11 des Gesetzes Nr. 2005-809 für den Fall seiner Gemeinschaftsrechtswidrigkeit *unangewendet zu lassen* (zur Verpflichtung nationaler Gerichte, gemeinschaftsrechtswidrige Bestimmungen ohne Weiteres unangewendet zu lassen, vgl. die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnrn. 21 und 24, jüngst bestätigt durch Urteil vom 3. Mai 2005 in den verbundenen Rechtssachen C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Berlusconi u. a., Slg. 2005, I-3565, Randnr. 72, mit weiteren Nachweisen).

die mit der SEDL geschlossene Vereinbarung nach nationalem Recht zu qualifizieren war und ob die Stadt Roanne sowie das vorlegende Gericht zu Recht oder zu Unrecht von einer öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung ausgehen [15]. Denn im Verfahren nach Artikel 234 EG ist der Gerichtshof nur für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig, nicht aber für die Auslegung nationaler Rechtsvorschriften, und er hat auch nicht darüber zu befinden, ob diese vom vorlegenden Gericht zutreffend ausgelegt worden sind [16]. In Bezug auf den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die Vorlagefragen einfügen, hat der Gerichtshof von den Feststellungen des vorlegenden Gerichts auszugehen [17].

27. Selbst wenn aber die Vereinbarung zwischen der Stadt Roanne und der SEDL in Wahrheit nicht als öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung einzustufen wäre, würde der Gerichtshof im vorliegenden Fall über hinreichende Angaben zum tatsächlichen und rechtlichen Rahmen des Ausgangsrechtsstreits verfügen, um dem vorlegenden Gericht eine sinnvolle Antwort auf die von ihm gestellten Fragen zur Auslegung der Richtlinie 93/37 zu geben. Wie oben ausgeführt, stellen sich diese Fragen auch anlässlich eines konkreten Rechtsstreits über die Gültigkeit eines Beschlusses des Stadtrats von Roanne, so dass sie keineswegs als hypothetisch angesehen werden können.

28. Das Vorabentscheidungsersuchen ist somit zulässig.

B — *Inhaltliche Würdigung der Vorlagefragen*

1. Zur ersten Frage: Begriff des öffentlichen Bauauftrags

29. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 93/37 handelt, wenn ein erster öffentlicher Auftraggeber einen zweiten öffentlichen Auftraggeber als Maßnahme der Stadtentwicklung mit der Planung und Verwirklichung eines Freizeitzentrums beauftragt, von dem nur einzelne Teile nach seiner Errichtung für den ersten öffentlichen Auftraggeber bestimmt sind, während andere Teile vom zweiten öffentlichen Auftraggeber direkt an Dritte veräußert werden sollen, wobei allerdings der erste öffentliche Auftraggeber die bei Projektende nicht veräußerten Teile übernimmt und insgesamt das Verlustrisiko trägt.

15 — In diesem Sinne auch das Urteil vom 20. Oktober 2005 in der Rechtssache C-264/03 (Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831, Randnr. 36). Danach ist nicht zu untersuchen, wie das nationale Recht einen bestimmten Vertrag qualifiziert, wenn es zu klären gilt, ob dieser Vertrag ein öffentlicher Auftrag im Sinne der Richtlinien über das Vergaberecht ist.

16 — Urteile vom 12. Januar 2006 in der Rechtssache C-246/04 (Turn- und Sportunion Waldburg, Slg. 2006, I-589, Randnr. 20) und vom 10. Januar 2006 in der Rechtssache C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze, Slg. 2006, I-289, Randnr. 63).

17 — Urteile Turn- und Sportunion Waldburg (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 21) und vom 30. Juni 2005 in der Rechtssache C-28/04 (Tod's und Tod's France, Slg. 2005, I-5781, Randnr. 14 mit weiteren Nachweisen).

30. Aus der Definition in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 folgt, dass ein öffentlicher Bauauftrag sich auf bestimmte, in jener Richtlinie näher umschriebene Bauleistungen bezieht, über die ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmer einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag schließt.

a) Vertragsgegenstand: Abgrenzung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag und zu sonstigen öffentlichen Aufträgen

31. Gegenstand eines öffentlichen Bauauftrags können gemäß Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 die folgenden drei Arten von Bauleistungen sein [18]:

— die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II der Richtlinie 93/37 genannten Tätigkeiten [19];

— die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung eines Bauwerks; dabei ist als Bauwerk das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten zu verstehen, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (Artikel 1 Buchstabe c der Richtlinie 93/37); oder

— die Erbringung einer Bauleistung [durch Dritte [20]], gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

32. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts sollte das in Roanne zu errichtende städtische Freizeitzentrum insbesondere ein Multiplex-Kino und Geschäftsräume umfassen, ferner einen öffentlichen Parkplatz, Zugangswege und öffentliche Plätze; für einen späteren Bauabschnitt war die Errichtung weiterer Geschäftsräume und eines Hotels in Aussicht genommen.

33. Die Verwirklichung eines solchen Freizeitzentrums erfordert Bauleistungen im Sinne aller drei Varianten von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37: Erstens handelt es sich um ein Bauvorhaben, zu dessen Ausführung es einer Vielzahl der in

18 — Vgl. auch Urteil vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98 (Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi u. a., „Mailänder Scala", Slg. 2001, I-5409, Randnr. 58).

19 — Anhang II der Richtlinie 93/37 enthält ein Verzeichnis der Berufstätigkeiten im Baugewerbe entsprechend dem allgemeinen Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE). Darin findet sich u. a. die NACE-Position 501.1 „Allgemeiner Bau von Wohn- und Nichtwohngebäuden", die zur NACE-Gruppe 501 „Rohbaugewerbe" gehört.

20 — Der ausdrückliche Zusatz „durch Dritte" findet sich in anderen Sprachfassungen der Richtlinie nicht.

Anhang II der Richtlinie 93/37 genannten Tätigkeiten bedarf[21]. Zweitens verwirklicht die SEDL im vorliegenden Fall das Freizeitzentrum unter Zuhilfenahme der Bauleistungen dritter Unternehmer nach den von der Stadt Roanne detailliert aufgestellten Erfordernissen[22] sowie unter deren Kontrolle[23]. Und drittens ist ein Freizeitzentrum wie das hier streitige auch das Ergebnis einer Gesamtheit von Bauarbeiten, das angesichts der bezweckten Verbesserung der städtischen Infrastruktur[24] eine wirtschaftliche Funktion erfüllt[25]; folglich handelt es sich um ein Bauwerk im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a in Verbindung mit Buchstabe c der Richtlinie 93/37[26]. Jeder einzelne dieser drei Gesichtspunkte legt also nahe, dass die Verwirklichung eines Freizeitzentrums wie des von der Stadt Roanne geplanten grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37 fällt.

34. Allerdings ging im vorliegenden Fall die von der Stadt Roanne mit der SEDL geschlossene öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbaraung ihrem Gegenstand nach über die bloße *Errichtung* des städtischen Freizeitzentrums hinaus. So wurde die SEDL u. a. beauftragt, Grundstückskäufe zu tätigen und Finanzmittel zu beschaffen, bestimmte Buchungsbelege beizubringen, Planungen vornehmen zu lassen, ein Auswahlverfahren für Planungsbüros zu organisieren sowie die Koordinierung des Vorhabens und die Unterrichtung der Stadt sicherzustellen. Außerdem oblag ihr die Vermarktung eines Großteils der zu errichtenden baulichen Anlagen.

35. Mit diesen zusätzlichen Aufgaben haben auch Dienstleistungselemente Eingang in den Vertrag zwischen der Stadt Roanne und der SEDL gefunden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen öffentlichen Bauaufträgen einerseits und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50[27] andererseits. Darauf haben auch mehrere Verfahrensbeteiligte vor dem Gerichtshof hingewiesen.

36. Von den genannten Dienstleistungselementen lässt sich allein die *Planung* des Bauwerks eindeutig dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37 zuordnen, vorausgesetzt, der Auftrag bezieht sich *gleichzeitig* auf die Planung und die Aus-

21 — Vgl. oben, Nr. 31 dieser Schlussanträge, erster Gedankenstrich.

22 — Vgl. oben, Nr. 31 dieser Schlussanträge, dritter Gedankenstrich. Vgl. außerdem unten, Nrn. 52 und 53 dieser Schlussanträge.

23 — Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Entwürfe der SEDL der Stadt Roanne zur Genehmigung vorzulegen sind, ferner, dass die Stadt Roanne von der SEDL die Vorlage aller Dokumente verlangen, die Baustellen überwachen, sie betreten und gegenüber der SEDL Einwände geltend machen kann.

24 — Im Vorlagebeschluss wird das Vorhaben ausdrücklich als Maßnahme der Stadtentwicklung bezeichnet.

25 — Im diesem Sinne — bezogen auf die Errichtung von Autobahnabschnitten — die Urteile vom 12. September 2000 in der Rechtssache C-276/97 (Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-6251, Randnr. 32) und vom 27. Oktober 2005 in den verbundenen Rechtssachen C-187/04 und C-188/04 (Kommission/Italien, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 28).

26 — Vgl. oben, Nr. 31 dieser Schlussanträge, zweiter Gedankenstrich.

27 — Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1, im Folgenden: Richtlinie 92/50). Diese Richtlinie wurde aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/18, allerdings erst mit Wirkung vom 31. Januar 2006, so dass diese Rechtsänderung für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht von Bedeutung ist.

führung des Bauvorhabens (vgl. Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37). Auf eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung wie die zwischen der Stadt Roanne und der SEDL geschlossene trifft dies zu, wurde doch die SEDL darin ausdrücklich sowohl mit der Planung als auch mit der Durchführung der Bauarbeiten beauftragt.

37. Im Hinblick auf alle anderen Dienstleistungselemente ist vom Vorliegen eines *gemischten Vertrages* auszugehen, für dessen rechtliche Einordnung es auf eine Schwerpunktbetrachtung ankommt. Nur wenn die Planung und Ausführung des Bauvorhabens im Vergleich zu den sonstigen Aufgaben der Auftragnehmerin den Hauptgegenstand des Vertrages darstellt, kann es sich um einen öffentlichen Bauauftrag handeln; Planung und Ausführung des Bauvorhabens dürfen nicht lediglich von untergeordneter Bedeutung sein [28].

38. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, diese Beurteilung durchzuführen [29]. Der Gerichtshof kann dem nationalen Richter jedoch Auslegungshinweise geben, die ihm seine Entscheidung erleichtern und an denen er sich zu orientieren hat [30].

39. Grundsätzlich kann der Wert der vereinbarten Leistungen ein Anhaltspunkt für die Ermittlung des Hauptgegenstands eines gemischten Vertrags und für die Beurteilung der Bedeutung seiner Bestandteile sein. Soweit sich für die einzelnen zu erbringenden Leistungen jeweils ein individueller Preis ermitteln lässt, sollten also die Planungs- und Bauarbeiten mit den übrigen zu erbringenden Leistungen wertmäßig ins Verhältnis gesetzt werden. Auf jeden Fall kommt es aber außerdem auf eine objektive Betrachtung des Auftrags in seiner Gesamtheit an. Denn erst auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob die Bauleistungen nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ den Hauptgegenstand des Vertrags bilden [31].

40. Im vorliegenden Fall ist nicht bekannt, welcher Wert für die einzelnen von der SEDL zu erbringenden Leistungen veranschlagt wurde [32]. Es kommt deshalb allein auf die objektive Gesamtbetrachtung des

28 — In diesem Sinne die 16. Begründungserwägung der Richtlinie 92/50, deren Inhalt sich auch in der 10. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18 bestätigt findet. Zum Erfordernis einer Schwerpunktbetrachtung für die Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/37 von dem anderer vergaberechtlicher Richtlinien vgl. auch das Urteil vom 19. April 1994 in der Rechtssache C-331/92 (Gestión Hotelera Internacional, Slg. 1994, I-1329, Randnrn. 26 bis 29).

29 — Urteil Gestión Hotelera Internacional (zitiert in Fußnote 28, Randnr. 28); vgl. auch Urteil vom 19. Januar 2006 in der Rechtssache C-265/04 (Bouanich, Slg. 2006, I-0000, Randnr. 54).

30 — Ständige Rechtsprechung; vgl. z. B. das Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 48).

31 — Während sich die Abgrenzung zwischen öffentlichen Dienstleistungs- und Lieferaufträgen gemäß Artikel 2 der Richtlinie 92/50 allein am Wert der betreffenden Dienstleistungen und Erzeugnisse orientiert (vgl. dazu zuletzt Urteil vom 11. Mai 2006 in der Rechtssache C-340/04, Carbotermo u. a., Slg. 2006, I-0000, Randnr. 31), fehlt es an einer entsprechenden Vorschrift für die Abgrenzung von öffentlichen Dienstleistungs- und Bauaufträgen. Für letzteren Fall orientiert sich die 16. Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 an *qualitativen Kriterien* (die Bauleistungen müssen „den Inhalt des Vertrages ausmachen"); noch deutlicher wird diese Orientierung an qualitativen Kriterien in der 10. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18, wo von „Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrages" die Rede ist, die „eine mögliche Folge oder Ergänzung des letzteren sind".

32 — Lediglich für den öffentlichen Parkplatz, der für die Stadt Roanne bestimmt ist, steht ein Einzelpreis fest. Ansonsten ist nur ein globaler Finanzierungsbeitrag der Stadt Roanne für das gesamte Vorhaben vorgesehen. Ferner hat sich die Stadt Roanne zur Übernahme der bei Projektende nicht an Dritte veräußerten Teile des Freizeitzentrums sowie zum Eintritt in die insoweit bestehenden vertraglichen Verpflichtungen bereit erklärt.

Auftrags an: Als Maßnahme der Stadtentwicklung wurde die SEDL mit der Verwirklichung eines städtischen Freizeitzentrums betraut. Lediglich der Vorbereitung dieses Vorhabens diente die Aufgabe, Grundstücke zu kaufen und Finanzmittel zu beschaffen. Gleiches gilt für die von der SEDL durchzuführende Auswahl von Planungsbüros. Was darüber hinaus die Aufgabe der Koordinierung des Vorhabens sowie die Pflicht zur Unterrichtung der Stadt und zur Vorlage von Buchungsbelegen anbelangt, so handelt es sich um reine Nebenpflichten, welche lediglich die eigentliche Planung und Errichtung des Freizeitzentrums durch die SEDL begleiten sollen. Auch die Aufgabe der Vermarktung großer Teile des Freizeitzentrums erscheint im Vergleich zu dessen Planung und Errichtung von eher untergeordneter Bedeutung.

41. Zu Recht nimmt deshalb das vorlegende Gericht an, dass die Errichtung von baulichen Anlagen wie den hier streitigen angesichts der Art und Bedeutung der übrigen in Frage stehenden Arbeiten nicht als rein nebensächlich angesehen werden kann. Vielmehr stellt die Planung und Errichtung des städtischen Freizeitzentrums nach den dem Gerichtshof vorliegenden Anhaltspunkten zum Sachverhalt des Ausgangsverfahrens den Kern des Auftrags dar, welchen die Stadt Roanne der SEDL erteilt hat.

42. Gegen die Einordnung einer Vereinbarung wie der hier streitigen als Bauauftrag spricht insbesondere nicht, dass das zu errichtende Freizeitzentrum als Maßnahme der Stadtentwicklung beabsichtigt war, und ebenso wenig, dass nur ein relativ unbedeutender Teil dieses Freizeitzentrums — ein öffentlicher Parkplatz, Zugangswege und öffentliche Plätze — nach seiner Fertigstellung in das Eigentum der Stadt übergehen sollte, während die baulichen Anlagen im Übrigen zur Veräußerung an Dritte bestimmt waren. Denn der Begriff des öffentlichen Bauauftrags hängt nicht vom Verwendungszweck des zu errichtenden Bauwerks ab. So hat etwa der Gerichtshof bereits entschieden, dass damit nicht nur Aufträge gemeint sind, die der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben dienen [33]. Genau so wenig kann es einen Unterschied machen, ob der öffentliche Auftraggeber das zu errichtende Bauwerk selbst nutzen will oder es der Allgemeinheit oder einzelnen Dritten zur Verfügung zu stellen gedenkt.

43. Vielmehr ist Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 im Lichte der Zielsetzung dieses Regelwerks auszulegen [34], wonach auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs beseitigt und die betroffenen Märkte einem echten Wettbewerb geöffnet werden sollen [35]. Diese Ziele können gleichermaßen dann gefährdet werden, wenn der öffentliche Auftraggeber ein Bauwerk in Auftrag gibt, das — etwa als Maßnahme der Raumord-

33 — Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnr. 32); im selben Sinne die Urteile vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-126/03 (Kommission/Deutschland, Slg. 2004, I-11197, Randnr. 18) und vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1, Randnr. 26).

34 — Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnrn. 52, 54 und 75).

35 — Vgl. insbesondere die zweite und zehnte Begründungserwägung der Richtlinie 93/37 sowie die Urteile Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnrn. 52 und 75), vom 27. November 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini, Slg. 2001, I-9233, Randnrn. 34 und 35), vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99 (Universale-Bau, Slg. 2002, I-11617, Randnrn. 51 und 89) und vom 7. Oktober 2004 in der Rechtssache C-247/02 (Sintesi, Slg. 2004, I-9215, Randnr. 35); ähnlich das Urteil Carbotermo (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 58).

nung und Stadtentwicklung oder aber aus Gründen der Sozialpolitik — ganz oder teilweise der Allgemeinheit bzw. privaten Dritten zugute kommen soll. Das Risiko einer Wettbewerbsverzerrung infolge der Bevorzugung einzelner Marktteilnehmer gegenüber anderen besteht nämlich immer schon dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber sich entschließt, einen Unternehmer mit einem Bauvorhaben zu beauftragen, gleichviel, aus welchen Gründen und in welchem Zusammenhang das Bauwerk errichtet wird und welchen Verwendungszweck es haben soll.

44. Auch dass die SEDL beauftragt ist, den Baugrund zu beschaffen, und die Stadt Roanne die ihr zustehenden Teile des Freizeitzentrums — öffentlicher Parkplatz, Zugangswege und öffentliche Plätze — erst *im fertigen Zustand* von der SEDL erwirbt [36], entzieht eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung wie die vorliegende nicht dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37. Denn Gegenstand der Vereinbarung zwischen der Stadt Roanne und der SEDL ist nach den vorliegenden Informationen keineswegs nur die Übergabe eines fertigen Freizeitzentrums, sondern ausdrücklich auch die vorherige Planung und Errichtung des Bauwerks nach den Vorgaben der Stadt, wozu sich die SEDL ausdrücklich vertraglich verpflichtet hat. Umgekehrt hat die Stadt Roanne sich ihrerseits nicht lediglich zum Kauf eines fertigen Bauwerks entschlossen, sondern hat bereits dessen Verwirklichung in Auftrag gegeben.

45. Aus demselben Grund kann die streitige Vereinbarung übrigens auch nicht als *öffentlicher Lieferauftrag* im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 [37] eingestuft werden. Wie erwähnt, sind die hier erforderlichen Planungs- und Bauarbeiten keineswegs nur Nebenleistungen, sondern stellen den Kern der getroffenen Vereinbarung dar. Für einen solchen Fall sind die Vorschriften über öffentliche Bauaufträge die speziellere Regelung [38].

46. Aus der Befugnis der SEDL, große Teile des Freizeitzentrums direkt an Dritte zu veräußern, kann schließlich nicht auf das Vorliegen einer *öffentlichen Baukonzession* im Sinne von Artikel 1 Buchstabe d der Richtlinie 93/37 geschlossen werden. An eine Konzession erinnert zwar das Dreiecksverhältnis zwischen der Stadt Roanne, der SEDL und den dritten Erwerbern, aus deren Zahlungen ein Großteil der Vergütung der SEDL besteht. Eine öffentliche Konzession zeichnet sich jedoch zusätzlich dadurch aus, dass der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts trägt [39]. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, hat sich doch die Stadt

36 — Nach französischem Verständnis ist dies eine so genannte „vente en l'état futur d'achèvement".

37 — Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1; im Folgenden: Richtlinie 93/36). Diese Richtlinie wurde aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/18, allerdings erst mit Wirkung vom 31. Januar 2006, so dass diese Rechtsänderung für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht von Bedeutung ist.

38 — Artikel 1 Buchstabe a Satz 2 der Richtlinie 93/36; vgl. auch das Urteil Gestión Hotelera Internacional (zitiert in Fußnote 28, Randnrn. 25 und 26).

39 — In diesem Sinne — zur Unterscheidung zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und öffentlichen Dienstleistungskonzessionen — das Urteil vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 40).

Roanne vertraglich verpflichtet, die bei Projektende nicht veräußerten Teile des Freizeitzentrums zu übernehmen und auch sonst das Verlustrisiko des Projekts zu tragen.

47. Vor diesem Hintergrund ist eine Vereinbarung wie die zwischen der Stadt Roanne und der SEDL geschlossene ihrem Gegenstand nach als öffentlicher Bauauftrag einzuordnen und fällt in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37.

b) Schriftlicher entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem öffentlichen Auftraggeber

48. Die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags setzt gemäß Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 des weiteren voraus, dass die Erbringung der Bauleistungen in Form eines schriftlichen entgeltlichen Vertrags zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer vereinbart wurde.

49. Als Gebietskörperschaft ist die Stadt Roanne *öffentliche Auftraggeberin* (vgl. Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37). Dass das Freizeitzentrum von der SEDL möglicherweise zunächst im eigenen Namen errichtet und dann — teilweise — der Stadt Roanne übertragen wird, spricht nicht gegen die Stellung der Stadt als öffentliche Auftraggeberin eines Bauauftrags [40].

50. Der Begriff des *Unternehmers* wird in der Richtlinie 93/37 nicht näher definiert. Im Wettbewerbsrecht umfasst der Unternehmensbegriff jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, wobei als wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit angesehen wird, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten [41]. Diese Begriffsbestimmung lässt sich auch auf den Bereich der öffentlichen Aufträge übertragen. Denn entsprechend der Zielsetzung der Richtlinie 93/37, zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs beizutragen und auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens einen echten Wettbewerb entstehen zu lassen [42], ist der Begriff des Unternehmers dort ebenfalls weit zu verstehen. Dies bestätigt nunmehr auch die Legaldefinition, die sich für künftige Fälle in Artikel 1 Absatz 8 der Richtlinie 2004/18 findet. Entsprechend jener Vorschrift sind Unternehmer im Sinne des Vergaberechts natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen derselben, die auf dem Markt die Ausführung der in Frage stehenden Leistungen anbieten.

40 — Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 95).

41 — Ständige Rechtsprechung; vgl. zuletzt Urteile Cassa di risparmio di Firenze, zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 107 und 108) und vom 23. März 2006 in der Rechtssache C-237/04 (Enirisorse, Slg. 2006, I-2843, Randnrn. 28 und 29), jeweils mit weiteren Nachweisen.

42 — Zweite Begründungserwägung und erster Satz der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 93/37. Vgl. auch Nr. 43 dieser Schlussanträge.

51. Für Leistungen im Zusammenhang mit der Planung und Verwirklichung von Bauvorhaben, wie sie im vorliegenden Fall die Stadt Roanne benötigte, besteht ein Markt. Auf diesem Markt können neben privaten Unternehmen auch gemischtwirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaften als Anbieter auftreten. Eine solche Gesellschaft kann somit Unternehmerin im Sinne der Richtlinie 93/37 sein.

52. Gegen die Unternehmereigenschaft einer Stadtentwicklungsgesellschaft wie der SEDL spricht nicht von vornherein, dass sie die Planung und Errichtung der baulichen Anlagen möglicherweise nicht mit eigenen Mitteln durchführen kann und wird, sondern ihrerseits in erheblichem Umfang oder gar vollständig auf die Leistungen von Subunternehmern angewiesen ist[43]. Denn die Bauleistungen können gemäß jener Vorschrift „gleichgültig mit welchen Mitteln" erbracht werden[44]. Dass dies auch die Einschaltung von Subunternehmern umfasst, wird in der deutschen Sprachfassung der Vorschrift besonders deutlich; dort ist von der Erbringung einer Bauleistung „durch Dritte" die Rede.

53. Bietet also eine Stadtentwicklungsgesellschaft die Planung und Errichtung eines Bauwerks an, und sei es auch unter Zuhilfenahme von Subunternehmern, so ist sie selbst Unternehmerin im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37. In einem solchen Fall ist die Stadtentwicklungsgesellschaft mehr als nur eine Bevollmächtigte (französisch: „mandataire") des öffentlichen Auftraggebers, die diesem lediglich ihrerseits bei der Suche nach geeigneten Unternehmern behilflich ist und koordinierend tätig wird. Wer sich selbst zur Planung und Ausführung eines Bauwerks verpflichtet[45], ist Unternehmer im Sinne der Richtlinie 93/37.

54. Die Unternehmereigenschaft im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 setzt übrigens nicht zwingend eine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Dies folgt schon aus der Tatsache, dass auch öffentliche Auftraggeber mit öffentlichen Aufträgen beauftragt werden können[46]. Selbst Privatunternehmen können in Zeiten schlechter Auftragslage ein Interesse daran haben, Aufträge anzunehmen, bei denen sie keinen oder keinen nennenswerten Gewinn erwarten, um auf diese Weise jedenfalls ihre Fixkosten besser zu decken. Vor diesem Hintergrund spricht es auch im vorliegenden Fall nicht von vornherein gegen die Unternehmereigenschaft der SEDL, dass sie sich in der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung dazu verpflichtet hat, einen etwaigen Überschuss aus der Errichtung und Vermarktung des städtischen Freizeitzentrums an die Stadt Roanne abzuführen[47].

43 — Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 90). Zur Einschaltung von Subunternehmern vgl. auch — im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstleistungsaufträgen — die Urteile vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache C-176/98 (Holst Italia, Slg. 1999, I-8607, Randnrn. 26 ff.) und Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 18).

45 — In der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung (vgl. dort Artikel 2 Absatz 4) hat sich die SEDL ausdrücklich selbst zur Errichtung der baulichen Anlagen verpflichtet: „... l'Aménageur s'engage, pour sa part, à ... réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, ...".

46 — Urteile vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50, zweiter Satz) und vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99 (ARGE, Slg. 2000, I-11037, Randnr. 40); im selben Sinne die Urteile Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 33, Randnrn. 18 und 19) und vom 13. Januar 2005 in der Rechtssache C-84/03 (Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Randnrn. 38 bis 40).

47 — Artikel 22 Absatz 2 der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung.

55. Mit der Raumordnungsvereinbarung vom 25. November 2002 kam es zwischen der Stadt Roanne und der SEDL zu einem *schriftlichen Vertrag*. Dass die Raumordnungsvereinbarung öffentlich-rechtlichen Charakter hat und der SEDL gegebenenfalls die Ausübung bestimmter Hoheitsbefugnisse erlaubt, namentlich die Durchführung von Enteignungen, spricht nicht gegen ihre Einordnung als *Vertrag* im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 [48].

56. Auch ein *In-House-Geschäft* oder *Quasi-In-House-Geschäft* [49] im Sinne der Teckal-Rechtsprechung [50] kommt im vorliegenden Fall von vornherein nicht in Betracht, weil die SEDL eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ist und sie somit von den an ihr beteiligten Gebietskörperschaften nicht wie eine eigene Dienststelle kontrolliert werden kann [51].

57. *Entgeltlich* ist ein Vertrag immer dann, wenn der öffentliche Auftraggeber für die vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen eine Gegenleistung schuldet [52]. Gemäß der Zielsetzung der Richtlinie 93/37, die Märkte für öffentliche Bauaufträge zu öffnen und zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf diesem Gebiet beizutragen [53], ist der Begriff der Entgeltlichkeit weit auszulegen. Er umfasst nicht nur Gegenleistungen in Geld, sondern auch jegliche Art von Verpflichtung, die der öffentliche Auftraggeber im Gegenzug für die Ausführung des Bauauftrags eingeht, beispielsweise die Zusage konkreter Beiträge zur Finanzierung des Projekts oder zur Deckung etwaiger Verluste bei dessen Durchführung.

58. Im vorliegenden Fall hat sich die Stadt Roanne nicht nur zur Zahlung von 2 925 000 Euro für die Überlassung des öffentlichen Parkplatzes verpflichtet. Sie hat darüber hinaus auch einen Finanzierungsbeitrag für alle zu errichtenden baulichen Anlagen zugesagt, der mit 2 443 103 Euro für den ersten Bauabschnitt und mit 3 034 341 Euro für das Gesamtprojekt veranschlagt ist. Daneben ist vorgesehen, dass die bei Projektende noch nicht an Dritte veräußerten Grundstücke und baulichen Anlagen zu jenem Zeitpunkt automatisch in das Eigentum der Stadt Roanne übergehen, wobei die Stadt fortan die Ausführung der laufenden Verträge sicherstellt und die Erfüllung der bis dahin von der SEDL eingegangenen

48 — Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 73).

49 — Vgl. dazu Nr. 2 meiner Schlussanträge vom 1. März 2005 in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585).

50 — Urteile Teckal (zitiert in Fußnote 46, Randnr. 50, zweiter Satz), vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-349/97 (Spanien/Kommission, Slg. 2003, I-3851, Randnr. 204, vierter Satz), Stadt Halle und RPL Lochau (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 49, zweiter Satz), Kommission/Spanien vom 13. Januar 2005 (zitiert in Fußnote 46, Randnr. 38), vom 10. November 2005 in der Rechtssache C-29/04 (Kommission/Österreich, Slg. 2005, I-9705, Randnr. 34) und Carbotermo (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 33); vgl. auch — für Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien — die Urteile Parking Brixen (zitiert in Fußnote 39, Randnrn. 58, 59 und 62) und vom 6. April 2006 in der Rechtssache C-410/04 (ANAV, Slg. 2006, I-3303, Randnrn. 24 ff.).

51 — Urteile Stadt Halle und RPL Lochau (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 49), Kommission/Österreich (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 46) und ANAV (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 31).

52 — In diesem Sinne das Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 77).

53 — Zweite Begründungserwägung und erster Satz der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 93/37. Vgl. auch Nr. 43 dieser Schlussanträge.

Verbindlichkeiten übernimmt. Jede dieser Verpflichtungen hat den Charakter einer Gegenleistung der öffentlichen Auftraggeberin für die Planung und Errichtung des Freizeitzentrums durch die SEDL. Folglich ist eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung wie die vorliegende ein entgeltlicher Vertrag.

c) Zwischenergebnis

59. Damit erfüllt eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarung wie die im Ausgangsverfahren streitige alle Anforderungen an einen öffentlichen Bauauftrag. Auf die erste Vorlagefrage ist somit wie folgt zu antworten:

Es handelt sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 93/37, wenn ein erster öffentlicher Auftraggeber einen zweiten öffentlichen Auftraggeber als Maßnahme der Stadtentwicklung mit der Planung und Verwirklichung eines Freizeitzentrums beauftragt, von dem nur einzelne Teile nach seiner Errichtung für den ersten öffentlichen Auftraggeber bestimmt sind, während andere Teile vom zweiten öffentlichen Auftraggeber direkt an Dritte veräußert werden sollen, wobei allerdings der erste öffentliche Auftraggeber die bei Projektende nicht veräußerten Teile übernimmt und insgesamt das Verlustrisiko trägt.

2. Zur zweiten Frage: Berechnung der Schwellenwerte

60. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts widmet sich dem Auftragswert im Sinne von Artikel 6 der Richtlinie 93/37 in seiner durch die Richtlinie 97/52 geänderten Fassung.

61. Die Schwierigkeit der Bestimmung des Auftragswerts rührt im vorliegenden Fall daher, dass die Einnahmen der SEDL aus der Planung und Errichtung des Freizeitzentrums sich aus mehreren Bestandteilen zusammensetzen: erstens zahlt ihr die Stadt Roanne den Betrag von 2 925 000 Euro für die Errichtung des öffentlichen Parkplatzes. Zweitens entrichtet die Stadt Roanne einen globalen Finanzierungsbeitrag für alle zu errichtenden baulichen Anlagen, der mit 2 443 103 Euro für den ersten Bauabschnitt und 3 034 341 Euro für das Gesamtprojekt veranschlagt ist, und drittens bezieht die SEDL Einnahmen aus der Veräußerung der nicht für die Stadt Roanne bestimmten Teile des Freizeitzentrums an Dritte. Die erzielbaren Veräußerungserlöse werden in der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung mit 8 099 000 Euro angegeben.

62. Im Kern möchte das vorlegende Gericht wissen, welche dieser Gesichtspunkte bei der Berechnung des Auftragswerts zu berücksichtigen sind; hiervon hängt im vorliegenden Fall ab, ob der Schwellenwert von 5 000 000 SZR überschritten war oder nicht. Der Wortlaut von Artikel 6 der Richtlinie 93/37 schweigt zu dieser Frage. Jedoch lassen

sich der Zielsetzung dieser Richtlinie wichtige Gesichtspunkte entnehmen, die bei der Berechnung des Auftragswerts zum Tragen kommen.

63. Wie bereits erwähnt, zielt die Richtlinie 93/37 insgesamt darauf ab, zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs beizutragen und auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens einen echten Wettbewerb entstehen zu lassen [54]. Der in Artikel 6 dieser Richtlinie vorgesehene Schwellenwert dient der Identifizierung derjenigen öffentlichen Bauaufträge, die von besonderem Interesse für Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten sind [55]. Denn speziell um die Interessen solcher Unternehmer zu wahren und ihre Gleichbehandlung mit inländischen Anbietern zu gewährleisten, schreibt die Richtlinie 93/37 die Durchführung besonderer Vergabeverfahren vor [56].

64. Entscheidend ist deshalb im Rahmen von Artikel 6 der Richtlinie 93/37 auf die Sichtweise eines potentiellen Bieters abzustellen. Nur so lässt sich ermitteln, ob ein öffentlicher Bauauftrag von besonderem Interesse für Unternehmer ausländischer Herkunft sein kann [57] und deshalb im Sinne der Marktöffnung und des Wettbewerbs Gegenstand der besonderen Vergabeverfahren nach dieser Richtlinie sein muss.

65. Aus der Perspektive potentieller Bieter ist in diesem Zusammenhang vor allem das *Gesamtvolumen* des öffentlichen Bauauftrags erheblich, also der seitens des Unternehmers erzielbare Gesamtumsatz [58]. Ist dabei ein öffentlicher Bauauftrag so beschaffen, dass nur Teile der zu errichtenden baulichen Anlagen für den öffentlichen Auftraggeber selbst bestimmt sind, während das Bauwerk ansonsten unmittelbar an Dritte veräußert werden soll, so sind auch die für Dritte bestimmten Teile bei der Berechnung des Auftragswerts mit zu berücksichtigen.

66. Unerheblich ist hingegen, ob die Gesamtheit oder nur Teile des vom Unternehmer zu erzielenden Umsatzes aus Mitteln des öffentlichen Auftraggebers stammen werden oder ob Teilerlöse direkt von Dritten

54 — Zweite Begründungserwägung und erster Satz der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 93/37. Vgl. auch Nr. 43 dieser Schlussanträge.

55 — Vgl. in diesem Sinne die sechste Begründungserwägung der Richtlinie 93/37.

56 — Auch unterhalb der Schwellenwerte gebieten es zwar die Grundfreiheiten, ein Mindestmaß an Öffentlichkeit herzustellen [*Transparenzgebot*, vgl. dazu die Urteile vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03 (Coname, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 16 bis 22), Parking Brixen (zitiert in Fußnote 39, Randnrn. 46 bis 50) und ANAV (zitiert in Fußnote 50, Randnrn. 18 bis 22)], allerdings mit geringeren Anforderungen als innerhalb des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien (vgl. dazu meine Schlussanträge in der Rechtssache Parking Brixen, zitiert in Fußnote 49, Nr. 37).

57 — Diesen Gesichtspunkt betont auch das Urteil vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-16/98 (Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-8315, Randnrn. 44 und 46) in Bezug auf eine verwandte Problematik im Rahmen 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).

58 — Dieses Grundverständnis liegt letztlich auch dem Artikel 6 Absätze 3 bis 5 der Richtlinie 93/37 zugrunde. Danach kommt es auf eine Gesamtbetrachtung des Bauwerks oder Bauauftrags an, wobei Aufteilungen zu vermeiden sind, die das Bauwerk oder den Bauauftrag ganz oder teilweise einem Vergabeverfahren entziehen würden.

bezogen werden. Denn solange nur das gesamte Vorhaben, einschließlich etwaiger für Dritte bestimmter Bestandteile, vom öffentlichen Auftraggeber in Auftrag gegeben und von ihm jedenfalls mit finanziert wird, besteht auch in Bezug auf das gesamte Vorhaben die Gefahr der Benachteiligung ausländischer Bieter, so dass insgesamt die Verwirklichung der Ziele der Marktöffnung und des Wettbewerbs auf dem Spiel steht.

67. Übertragen auf einen Fall wie den vorliegenden bedeutet dies, dass keineswegs nur das von der Stadt Roanne für den öffentlichen Parkplatz zu entrichtende Entgelt in Höhe von 2 925 000 Euro sowie ihr voraussichtlicher Finanzierungsbeitrag in Höhe von 3 034 341 Euro [59] zu berücksichtigen waren. In Rechnung zu stellen waren vielmehr auch alle voraussichtlich erzielbaren Erlöse des beauftragten Unternehmers aus der Veräußerung von Teilen des Freizeitzentrums an Dritte, d. h. weitere 8 099 000 Euro. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als auch die für Dritte bestimmten Teile des Freizeitzentrums über den globalen Finanzierungsbeitrag der Stadt Roanne in erheblichem Umfang subventioniert wurden.

68. Bezöge man hingegen neben den eigentlichen Zahlungsverpflichtungen der Stadt Roanne [60] nicht auch die von Dritten zu erlösenden Veräußerungsentgelte in Höhe von 8 099 000 Euro in die Berechnungen mit ein, sondern lediglich die insoweit von der Stadt übernommenen Haftungsrisiken [61], so würde der errechnete Auftragswert die erzielbaren Umsätze und damit das Interesse des Bauauftrags für potentielle Bieter nicht vollständig widerspiegeln.

69. Vor diesem Hintergrund ist auf die zweite Vorlagefrage Folgendes zu antworten:

Für die Bestimmung des Auftragswerts im Sinne von Artikel 6 der Richtlinie 93/37 in seiner durch die Richtlinie 97/52 geänderten Fassung ist das Gesamtvolumen des Auftrags zugrunde zu legen, wie es sich aus der Sicht des Unternehmers darstellt. Nicht ausreichend ist es, lediglich den Preis einzelner dem öffentlichen Auftraggeber überlassener Teile eines Bauwerks und den Umfang eines von ihm übernommenen Finanzierungsbeitrags sowie etwaiger von ihm eingegangener Haftungsrisiken in Ansatz zu bringen.

59 — Soweit bekannt, war von vornherein geplant, die Ausführung beider Bauabschnitte derselben Unternehmerin zu übertragen. Ausschlaggebend ist deshalb der Finanzierungsbeitrag der Stadt für das Gesamtprojekt (Erst-recht-Schluss aus Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 93/37, wonach der Wert mehrerer Lose zusammenzurechnen wäre). Außerdem wären noch die in Fußnote 10 erwähnten 210 000 Euro zu berücksichtigen, die sonstige Beteiligte beisteuern sollten.

60 — Also 2 925 000 Euro für den öffentlichen Parkplatz sowie ein Finanzierungsbeitrag in Höhe von 3 034 341 Euro für das Gesamtprojekt (vgl. Fußnote 59).

61 — Also die automatische Übernahme der bei Projektende noch nicht an Dritte veräußerten Teile des Freizeitzentrums durch die Stadt Roanne sowie ihr Eintritt in alle laufenden Verbindlichkeiten.

3. Zur dritten Frage: Absehen von einem Vergabeverfahren

70. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob von einem Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/37 abgesehen werden kann, wenn die in Frage stehende Vereinbarung nach nationalem Recht überhaupt nur mit bestimmten juristischen Personen geschlossen werden darf und diese ihrerseits im Fall der Vergabe etwaiger Folgeaufträge Vergabeverfahren durchführen müssten.

71. Nach ständiger Rechtsprechung sind die vergaberechtlichen Richtlinien auch dann anzuwenden, wenn der beauftragte Unternehmer seinerseits ein öffentlicher Auftraggeber ist[62]. Selbst in einem solchen Fall ist deshalb grundsätzlich ein Vergabeverfahren durchzuführen.

72. Zwar mag nämlich der beauftragte Unternehmer, etwa wenn er die Rolle eines Generalunternehmers spielt, bei der späteren Auswahl von Subunternehmern seinerseits zur Durchführung von Vergabeverfahren verpflichtet sein. Doch beziehen sich solche nachfolgenden Vergabeverfahren in aller Regel nur auf einzelne Teile des Gesamtauftrags. Außerdem könnten sich die mit den Subunternehmern geschlossenen Verträge schon aufgrund ihres geringeren Auftragswerts unterhalb der geltenden Schwellenwerte und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien bewegen. Zudem wäre auf diese Weise zumindest die Koordinierungsfunktion von Generalunternehmern stets der Durchführung eines Vergabeverfahrens entzogen. Etwaige spätere Vergabeverfahren mit Subunternehmern können somit nicht das anfängliche Fehlen eines Vergabeverfahrens zur Beauftragung des Generalunternehmers ausgleichen.

73. So liegt der Fall auch hier: Zwar ist vorgesehen, dass die SEDL bestimmte Aufgaben bei der Planung und Errichtung des städtischen Freizeitzentrums von Roanne an Subunternehmer vergibt und hierzu auch Vergabeverfahren durchführt, doch schließt dies keineswegs alle von der SEDL in der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung übernommenen Aufgaben ein, insbesondere nicht ihre Koordinationsaufgaben und die Gesamtverantwortung, die ihr bei der Errichtung des Freizeitzentrums zukommt. Der Vertragsgegenstand der öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung zwischen der Stadt Roanne und der SEDL ist also nicht deckungsgleich mit dem Gegenstand etwaiger Folgeaufträge der SEDL an ihre Subunternehmer.

74. All dies spricht für die Annahme, dass eine öffentlich-rechtliche Raumordnungsver-

62 — Urteile Teckal (zitiert in Fußnote 46, Randnr. 42, zweiter Satz, und Randnr. 51) und ARGE (zitiert in Fußnote 46, Randnr. 40); im selben Sinne die Urteile Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 33, Randnrn. 18 und 19) und Kommission/Spanien vom 13. Januar 2005 (zitiert in Fußnote 46, Randnrn. 38 bis 40).

einbarung wie die vorliegende nicht ohne vorheriges Vergabeverfahren hätte abgeschlossen werden dürfen.

75. Hiergegen spricht auch nicht das Urteil Mailänder Scala; in jenem Fall hielt der Gerichtshof die Durchführung von Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/37 durch eine Gemeinde vor Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags für entbehrlich und führte aus, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 93/37 sei auch dann gewahrt, wenn die betreffende Gemeindeverwaltung den Bauträger und Genehmigungsinhaber nach nationalem Recht dazu verpflichten könne, seinerseits diese Verfahren anzuwenden [63].

76. Wie der Gerichtshof nämlich später klargestellt hat, war eine solche Erwägung nur unter den besonderen, im Fall Mailänder Scala gegebenen Umständen gerechtfertigt; kennzeichnend für den dortigen Sachverhalt war, dass als Auftragnehmer des öffentlichen Bauauftrags kraft Gesetzes von vornherein der Eigentümer des Baulands und Inhaber der Baugenehmigung feststand und die Gemeinde als öffentliche Auftraggeberin keine Wahl hatte, einen anderen Unternehmer zu beauftragen [64].

63 — Urteil Mailänder Scala (zitiert in Fußnote 18, Randnr. 100).

64 — Urteil Kommission/Frankreich (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 57).

77. Nichts deutet darauf hin, dass im vorliegenden Fall die Stadt Roanne derart beschränkte Wahlmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Vertragspartnerin gehabt und die SEDL als Auftragnehmerin von vornherein kraft Gesetzes festgestanden hätte.

78. Zwar konnten öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarungen zum hier maßgeblichen Zeitpunkt nach französischem Recht nur mit einem begrenzten Personenkreis abgeschlossen werden. Aus Artikel L. 300-4 Absatz 2 a. F. des Code de l'urbanisme folgt nämlich, dass damals nur französische öffentliche Einrichtungen und bestimmte gemischtwirtschaftliche französische Gesellschaften als Vertragspartner in Frage kamen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass — wie im Fall Mailänder Scala — kraft Gesetzes nur ein einziger Unternehmer beauftragt werden konnte und dieser von vornherein feststand.

79. Auch aus einem anderen Grund kann die Existenz einer Bestimmung wie Artikel L. 300-4 Absatz 2 a. F. des Code de l'urbanisme keinen Verzicht auf ein Vergabeverfahren gemäß der Richtlinie 93/37 rechtfertigen: Indem sie den Kreis möglicher Vertragspartner auf einige wenige juristische Personen verengt, die sich dadurch auszeichnen, dass sie entweder französische öffentliche Einrichtungen sind oder von solchen kontrolliert werden, verhindert eine solche Bestimmung von vornherein, dass öffentliche Auftraggeber ausländische Unternehmer

als Partner für öffentlich-rechtliche Raumordnungsvereinbarungen in Betracht ziehen. Damit könnte für eine Reihe bedeutender Bauaufträge eine Marktöffnung nicht stattfinden. Dies widerspräche dem Richtlinienziel, wonach auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs beseitigt und die betroffenen Märkte einem echten Wettbewerb geöffnet werden sollen [65].

80. Lediglich Artikel 6 der Richtlinie 92/50 erlaubt den Verzicht auf ein Vergabeverfahren, wenn einer Stelle, die ihrerseits öffentliche Auftraggeberin ist, in Ausübung bestimmter ihr zustehender ausschließlicher Rechte öffentliche Dienstleistungsaufträge erteilt werden. Als Ausnahmebestimmung ist diese Vorschrift jedoch eng auszulegen [66] und kann nicht im Wege der Analogie auf andere vergaberechtliche Richtlinien übertragen werden [67]. Im Übrigen steht gemischtwirtschaftlichen Stadtentwicklungsgesellschaften wie der SEDL, soweit bekannt, ohnehin kein ausschließliches Recht im Sinne jener Vorschrift zur Planung und Errichtung von städtischen Freizeitzentren zu.

81. Ob sich aus Artikel 11 der Richtlinie 2004/18 für die Zukunft etwas anderes ergeben könnte, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, weil der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich jener Richtlinie fällt.

82. Auf die dritte Vorlagefrage ist deshalb folgendermaßen zu antworten:

Von einem Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/37 kann nicht allein deshalb abgesehen werden, weil die in Frage stehende Vereinbarung nach nationalem Recht überhaupt nur mit bestimmten juristischen Personen geschlossen werden darf und diese ihrerseits im Fall der Vergabe etwaiger Folgeaufträge Vergabeverfahren durchführen müssten.

65 — Vgl. insbesondere die zweite und zehnte Begründungserwägung der Richtlinie 93/37, ferner das in ihrem Artikel 6 Absatz 6 enthaltene Diskriminierungsverbot. Im selben Sinne auch das Urteil Kommission/Frankreich (zitiert in Fußnote 15, Randnrn. 60, 61 und 68).

66 — Zum Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmen zu den vergaberechtlichen Prinzipien vgl. das Urteil Kommission/Spanien vom 13. Januar 2005 (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 48) sowie die Urteile Stadt Halle und RPL Lochau (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 46) und ANAV (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 26).

67 — In diesem Sinne die Urteile Teckal (zitiert in Fußnote 46, Randnr. 44) und Carbotermo (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 33).

VI — Ergebnis

83. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Tribunal administratif Lyon folgende Antwort zu geben:

1) Es handelt sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, wenn ein erster öffentlicher Auftraggeber einen zweiten öffentlichen Auftraggeber als Maßnahme der Stadtentwicklung mit der Planung und Verwirklichung eines Freizeitzentrums beauftragt, von dem nur einzelne Teile nach seiner Errichtung für den ersten öffentlichen Auftraggeber bestimmt sind, während andere Teile vom zweiten öffentlichen Auftraggeber direkt an Dritte veräußert werden sollen, wobei allerdings der erste öffentliche Auftraggeber die bei Projektende nicht veräußerten Teile übernimmt und insgesamt das Verlustrisiko trägt.

2) Für die Bestimmung des Auftragswerts im Sinne von Artikel 6 der Richtlinie 93/37 in seiner durch die Richtlinie 97/52 geänderten Fassung ist das Gesamtvolumen des Auftrags zugrunde zu legen, wie es sich aus der Sicht des Unternehmers darstellt. Nicht ausreichend ist es, lediglich den Preis einzelner dem öffentlichen Auftraggeber überlassener Teile eines Bauwerks und den Umfang eines von ihm übernommenen Finanzierungsbeitrags sowie etwaiger von ihm eingegangener Haftungsrisiken in Ansatz zu bringen.

3) Von einem Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/37 kann nicht allein deshalb abgesehen werden, weil die in Frage stehende Vereinbarung nach nationalem Recht überhaupt nur mit bestimmten juristischen Personen geschlossen werden darf und diese ihrerseits im Fall der Vergabe etwaiger Folgeaufträge Vergabeverfahren durchführen müssten.