Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 24. Februar 2022 [1]

Rechtssache C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
gegen
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato [Staatsrat, Italien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Konzessionsverträge – Vergabe der Verwaltung des integrierten Schuldienstes an eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft – Ernennung des privaten Gesellschafters gemäß einem Vergabeverfahren – Erfordernis der Beteiligung des privaten Gesellschafters am Kapital der gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft mit mindestens 30 % – Mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Kapital des privaten Gesellschafters“

I. Einleitung

1. Die vorliegende Vorlage zur Vorabentscheidung gibt dem Gerichtshof Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur unionsrechtlichen Einstufung der institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft (IÖPP) zu präzisieren, die bisweilen von den öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe „traditioneller“ öffentlicher Aufträge oder von Konzessionsverträgen herangezogen wird.

2. Zwar gibt es keine zwingende unionsrechtliche Vorschrift, die ausdrücklich die IÖPP [2] regelt, doch wird diese Partnerschaft von der Europäischen Kommission als eine Form der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Partnern definiert, die ein Wirtschaftsgebilde mit gemischtem Kapital begründet und öffentliche Aufträge oder Konzessionen ausführt [3] und vom Gerichtshof zum Gegenstand seiner Rechtsprechung gemacht wird. Insbesondere hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Unionsrecht nicht grundsätzlich

[1] Originalsprache: Französisch.

[2] Zu den verschiedenen Formen einer öffentlich-privaten Partnerschaft, insbesondere der IÖPP, im Hinblick auf das Unionsrecht vgl. Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships“, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, unter der Leitung von Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2016, S. 554 ff.

[3] Vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen (KOM[2004] 327 endg.), Rn. 54.

dem Rückgriff auf ein Verfahren im Zusammenhang mit einer IÖPP entgegensteht, in dessen Rahmen ein privater Partner ausgewählt wird und ein Auftrag oder eine Konzession an ein zu gründendes öffentlich-privates Unternehmen vergeben wird [4].

3. Der Umstand, dass es keine unionsrechtliche Regelung einer IÖPP gibt, scheint der Grund für die in der Vorlage zur Vorabentscheidung aufgeworfenen und sich in Aufbau und Inhalt der vorliegenden Schlussanträge widerspiegelnden Probleme zu sein. Aus unionsrechtlicher Sicht ist dieses sich im vorliegenden Fall stellende Rechtsproblem weder klar definiert noch lässt es sich präzise einem bestimmten unionsrechtlichen Kontext zuweisen.

4. Auf der Grundlage einer detaillierten Prüfung der vorliegenden Vorlage zur Vorabentscheidung komme ich zu dem Schluss, dass das vorlegende Gericht mit seinen Fragen wissen will, ob die Art und Weise, mit der der öffentliche Auftraggeber die Berechnung der privaten Beteiligung an dem zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen hat, um anschließend einen Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, mit den Richtlinien 2014/23/EU [5] und/oder 2014/24/EU [6] vereinbar ist.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2014/23

5. Art. 3 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„(1) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und in nichtdiskriminierender Weise und wahren in ihrem Handeln Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

Das Konzessionsvergabeverfahren – einschließlich der Schätzung des Vertragswerts – darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder bestimmte Wirtschaftsteilnehmer beziehungsweise bestimmte Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

(2) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber streben unter Einhaltung des Artikels 28 danach, die Transparenz des Vergabeverfahrens und der Vertragserfüllung zu gewährleisten."

6. Art. 30 Abs. 1 und 2 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber können das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten.

(2) Das Konzessionsvergabeverfahren wird unter Einhaltung der Grundsätze nach Artikel 3 konzipiert. Insbesondere enthält sich der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber

[4] Vgl. u. a. Urteil vom 15. Oktober 2009, Acoset (C-196/08, im Folgenden: Urteil Acoset, EU:C:2009:628).

[5] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1).

[6] Richtlinie 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).

während des Konzessionsvergabeverfahrens jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bewerber oder Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten."

7. Art. 38 Abs. 1 dieser Richtlinie sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber und Auftraggeber prüfen die Erfüllung der Teilnahmebedingungen hinsichtlich der beruflichen und fachlichen Befähigung sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter anhand von Eigenerklärungen oder Referenzen, die als Nachweis einzureichen sind, gemäß den in der Konzessionsbekanntmachung angegebenen Anforderungen, die nicht diskriminierend sein dürfen und in einem angemessenen Verhältnis zum Konzessionsgegenstand stehen müssen. Die Teilnahmebedingungen müssen in Bezug und angemessenem Verhältnis zu der Notwendigkeit, die Fähigkeit des Konzessionsnehmers, die Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands durchzuführen, sicherzustellen, und dem Zweck, echten Wettbewerb zu garantieren, stehen."

2. Richtlinie 2014/24

8. Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig.

Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen."

9. Art. 58 Abs. 1 dieser Richtlinie lautet:

„Die Eignungskriterien können Folgendes betreffen:

a) Befähigung zur Berufsausübung;

b) wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit;

c) technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Die öffentlichen Auftraggeber können Wirtschaftsteilnehmern nur die in den Absätzen 2, 3 und 4 genannten Anforderungen an die Teilnahme auferlegen. Sie beschränken die Anforderungen auf jene, die zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Alle Anforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen."

B. Italienisches Recht

10. Im italienischen Recht sind gemischte Gesellschaften im Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 175 – Vereinheitlichter Text der Rechtsvorschriften über Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung) vom 19. August 2016[7] in der auf die Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung (im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 175) geregelt.

11. Ziel des Decreto legislativo Nr. 175 ist es nach seinem Art. 1, eine effiziente Verwaltung öffentlicher Beteiligungen sicherzustellen, den Wettbewerb und den Markt zu schützen und zu fördern sowie die öffentlichen Ausgaben zu rationalisieren und zu reduzieren. Das Decreto legislativo Nr. 175 sieht vor, dass die öffentliche Verwaltung bei der Verwaltung der in seinem Art. 4 genannten jeweiligen Tätigkeiten zwischen einer internen Verwaltung, einer Verwaltung durch Zwischenschaltung einer Gesellschaft, deren alleiniger Kapitalinhaber sie ist, und der Gründung einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft wählen kann, und regelt diese zweite Alternative detailliert im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.

12. Betreffend diese zweite Alternative sieht Art. 17 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175 im Einzelnen vor:

„In den Gesellschaften mit gemischt öffentlich-privater Beteiligung kann der prozentuale Anteil der Beteiligung der Privatperson nicht weniger als 30 % betragen, und deren Auswahl erfolgt gemäß Art. 5 Abs. 9 des Decreto legislativo Nr. 50 von 2016[8] über ein Vergabeverfahren, das gleichzeitig die Übernahme oder den Erwerb des Gesellschaftsanteils durch den privaten Gesellschafter und die Vergabe des Auftrags- oder Konzessionsvertrags betrifft, der den ausschließlichen Gegenstand der Tätigkeit der gemischten Gesellschaft darstellt."

III. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

13. Die Stadt Rom führte 2018 eine Ausschreibung mit dem zweifachen Ziel durch, zum einen einen privaten Gesellschafter auszuwählen, um mit ihm eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft (im Folgenden: zu gründende gemischte Gesellschaft) zu gründen, und zum anderen dieser Gesellschaft den der Zuständigkeit der Stadt Rom unterfallenden integrierten Schuldienst mit einem geschätzten Wert von 277 479 616,21 Euro zu übertragen. In der Ausschreibung war vorgesehen, dass die Stadt Rom zu 51 % an dieser Gesellschaft beteiligt sein sollte und die restlichen 49 % von einem privaten Gesellschafter erworben werden sollten, der das gesamte Betriebsrisiko tragen sollte.

14. Ein Angebot wurde von der aus den Gesellschaften Roma Multiservizi SpA und Rekeep SpA bestehenden Bietergemeinschaft abgegeben.

7 GURI Nr. 210 vom 8. September 2016, S. 1.

8 Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 zur Umsetzung der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU über die Konzessionsvergabe, die öffentliche Auftragsvergabe und die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Neugestaltung der geltenden Regelung für öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge) vom 18. April 2016 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 91 vom 19. April 2016).

15. Mit Beschluss Nr. 435 vom 1. März 2019 (im Folgenden: Ausschlussmaßnahme) wurde diese Bietergemeinschaft mit der Begründung vom laufenden Verfahren ausgeschlossen, dass 51 % der Anteile an der Roma Multiservizi von der Gesellschaft AMA SpA gehalten würde, deren Kapital zu 100 % im Besitz der Stadt Rom stünden, und dass die Annahme des Angebots dieser Bietergemeinschaft dazu führe, dass die Stadt Rom effektiv mit 73,5 % an der zu gründenden gemischten Gesellschaft [9] beteiligt sei und damit die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Grenze von 51 % überschritten werde.

16. Rekeep und Roma Multiservizi fochten diese Maßnahme vor dem Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien) an, das ihre Klagen mit zwei Urteilen vom 18. Juni 2019 abwies.

17. Rekeep und Roma Multiservizi legten gegen diese zwei Urteile beim vorlegenden Gericht Berufung ein.

18. Ihren Erklärungen ist zu entnehmen, dass die Stadt Rom die Durchführung des in Rede stehenden Dienstes nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens an das CNS übertrug.

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof und Vorlagefragen

19. Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit am 22. Juli 2020 beim Gerichtshof eingegangener Entscheidung vom 13. Februar 2020 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Prüfung vorgelegt:

1. Ist es mit dem Unionsrecht und mit der richtigen Auslegung der Erwägungsgründe 14 und 32, von Art. 12 und 18 der Richtlinie 2014/24 und Art. 30 der Richtlinie 2014/23 sowie im Hinblick auf Art. 107 AEUV vereinbar, dass zur Bestimmung der Untergrenze von 30 % für die Beteiligung des privaten Gesellschafters an einer zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft – einer Grenze, die vom nationalen Gesetzgeber in Umsetzung der in diesem Bereich von der Unionsrechtsprechung festgelegten unionsrechtlichen Grundsätze als angemessen erachtet wurde – ausschließlich die formalen/aktenkundigen Beteiligungsverhältnisse des oben genannten Gesellschafters zu berücksichtigen sind, oder kann – bzw. muss sogar – die Verwaltungsstelle, die die Ausschreibung durchführt, ihre mittelbare Beteiligung an dem am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter berücksichtigen?

2. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Ist es folgerichtig und mit den unionsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere mit dem Grundsatz des Wettbewerbs, der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit, vereinbar, dass die Verwaltungsstelle, die die Ausschreibung durchführt, den am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter, dessen

[9] Eine effektive Beteiligung von 51 % war nämlich bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Danach sollte die Stadt Rom 51 % der Gesellschaftsanteile an der zu gründenden gemischten Gesellschaft innehaben. Die restliche effektive Beteiligung von 22,5 % (73,5 % – 51 % = 22,5 %) an dieser Gesellschaft sollte sich daraus ergeben, dass die Beteiligung von Roma Multiservizi an der mit Rekeep gebildeten Bietergemeinschaft 90 % betrug. Damit führte der Umstand, dass 51 % des Kapitals von Roma Multiservizi von AMA gehalten wurde – deren Kapital zu 100 % im Besitz der Stadt Rom war –, zu einer effektiven Beteiligung von 22,5 % der Stadt Rom an der zu gründenden gemischten Gesellschaft (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Denn in ihren schriftlichen Erklärungen geben Rekeep und das Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) an, dass zum einen vorgesehen gewesen sei, dass Rekeep im eigenen Namen 10 % der Anteile an dieser Bietergemeinschaft und Roma Multiservizi als federführende Bevollmächtigte 90 % erhalten sollte, und zum anderen, dass diese Gesellschaften sich am Kapital der mit der Stadt Rom zu gründenden gemischten Gesellschaft im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Bietergemeinschaft beteiligen sollten.

tatsächliche Beteiligung an der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft aufgrund der festgestellten unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Beteiligung in Wirklichkeit weniger als 30 % beträgt, vom Verfahren ausschließen kann?

20. Schriftliche Erklärungen wurden von den Parteien des Ausgangsverfahrens und dem CNS sowie von der Kommission abgegeben. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

V. Würdigung

A. Zum Gegenstand der Vorlagefragen

21. Eine Lektüre des Vorabentscheidungsersuchens zeigt, dass das vorlegende Gericht in Anbetracht der Umstände des Ausgangsverfahrens zwei Anforderungen berücksichtigt, die die öffentliche Beteiligung und die private Beteiligung an der zu gründenden gemischten Gesellschaft betreffen.

22. Die erste Anforderung sieht gemäß Art. 17 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175 eine Mindestbeteiligung des privaten Gesellschafters von 30 % an dem Kapital eines zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmens vor. Aus dieser Mindestgrenze für die private Beteiligung folgt logischerweise, dass die öffentliche Beteiligung höchstens 70 % betragen darf.

23. Die zweite Anforderung wurde im vorliegenden Fall vom öffentlichen Auftraggeber selbst in der Ausschreibung festgelegt, nämlich die Beteiligung des privaten Gesellschafters in Höhe von 49 % und jene des öffentlichen Auftraggebers in Höhe von 51 %.

24. Die zwei Vorlagefragen, wie sie vom vorlegenden Gericht formuliert sind, nehmen nur auf die für den privaten Gesellschafter als Voraussetzung für die Beteiligung am Kapital einer gemischten Gesellschaft vorgesehene Mindestgrenze von 30 % Bezug. In diesem Kontext ist anzumerken, dass das vorlegende Gericht vom Gerichtshof nicht geklärt wissen will, ob diese Grenze im Hinblick auf das Unionsrecht wirksam ist. Aus der Formulierung dieser Fragen lässt sich schließen, dass das vorlegende Gericht mit diesen Fragen wissen will, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass bei der Festlegung einer solchen Mindestbeteiligungsgrenze von 30 % die mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital dieses privaten Gesellschafters berücksichtigt wird.

25. Jedoch ist die Begründung des Vorabentscheidungsersuchens hinsichtlich des Gegenstands der Vorlagefragen nicht so eindeutig.

26. Denn zum einen führt das vorlegende Gericht entsprechend seiner Formulierung der Vorlagefragen aus, dass zum Zweck der Entscheidung über den Ausgangsrechtsstreit „… zu prüfen [ist], ob im Hinblick auf die Einhaltung der Grenzen für die Beteiligung an der [zu gründenden] gemischten Gesellschaft (keine höhere öffentliche Beteiligung als 70 %, keine geringere Beteiligung des privaten Gesellschafters als 30%) ausschließlich die rechtliche Natur des privaten Gesellschafters zu berücksichtigen ist oder ob dann, wenn ein öffentlicher Aktionär Anteile an diesem Gesellschafter hält, auch dessen öffentliche Beteiligung zu berücksichtigen ist“.

27. Zum anderen weist das vorlegende Gericht auch darauf hin, dass die Rechtmäßigkeit der Grenzen der öffentlichen Beteiligung (51 %) und der privaten Beteiligung (49 %) im Ausgangsverfahren nicht in Frage gestellt worden sei. Daher ist es der Ansicht, dass „[dieser]

Rechtsstreit … die Rechtmäßigkeit der Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers [betrifft], der bei der Prüfung der Einhaltung der Grenze von 51 % seiner Beteiligung an der neu zu gründenden Gesellschaft feststellte, dass auch seine [mittelbare Beteiligung an dieser Gesellschaft] zu berücksichtigen sei".

28. In Anbetracht der Mehrdeutigkeit des Gegenstands der Vorlagefragen ist zum Ersten festzustellen, dass nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts die besonderen Vorschriften über die Ausschreibung, deren Bestimmungen im Ausgangsverfahren „wirken" würden, die öffentliche und private Beteiligung präzise, nämlich in Höhe von 51 % bzw. 49 %, festlegen [10]. Deshalb betrifft die Frage des vorlegenden Gerichts im Rahmen des sich auf die Ausschlussmaßnahme beziehenden Ausgangsverfahrens offensichtlich in erster Linie die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung.

29. Zum Zweiten haben die Parteien die an sie gerichtete Frage, ob die Ausschlussmaßnahme formell mit einer Verletzung von Art. 17 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175 oder mit der Nichtbeachtung der Anforderung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Aufteilung des Kapitals begründet wurde, mehrheitlich im Sinne der zweiten Alternative beantwortet.

30. In ihrer kategorisch formulierten Antwort hat Roma Multiservizi darauf hingewiesen, dass die Ausschlussmaßnahme auf die angebliche Nichtbeachtung der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Aufteilung des Gesellschaftskapitals gestützt werde.

31. Die Stadt Rom hat zunächst darauf hingewiesen, dass das von der Ausschlussmaßnahme erfasste Angebot der Bietergemeinschaft im Hinblick auf die zwei Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung in zweifacher Hinsicht fehlerhaft sei. Sie hat jedoch sodann die Begründung des Ausschlusses dieser Gemeinschaft wiedergegeben, wonach dieser Ausschluss damit begründet worden sei, dass „der den privaten Investitionen zuzurechnende Anteil des Risikokapitals in der [zu gründenden gemischten Gesellschaft] … geringer als 49 % [ist], und die in den Ausschreibungsunterlagen und in den vom Stadtrat genehmigten Rechtsakten festgelegten Voraussetzungen … offensichtlich nicht erfüllt [sind]".

32. In Übereinstimmung mit der Antwort der Stadt Rom hat Rekeep darauf hingewiesen, dass die Begründung der Ausschlussmaßnahme ausschließlich auf die Nichteinhaltung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Kapitalquoten Bezug nehme, und hinzugefügt, dass das Decreto legislativo Nr. 175 in den Vorbemerkungen dieser Maßnahme angeführt werde.

33. Die Antwort der Kommission scheint implizit in dieselbe Richtung zu gehen. Nach Auffassung dieses Organs ist offensichtlich, dass die Festlegung der privaten Beteiligung auf 49 % – und der daraus folgende Ausschluss – ausschließlich auf die in Art. 17 des Decreto legislativo Nr. 175 festgelegte Grenze gestützt werde. Daraus schließe ich, dass der Ausschluss nach Ansicht der Kommission eine unmittelbare *Folge* der Nichtbeachtung der Anforderung an die in den Ausschreibungsunterlagen auf 49 % festgesetzte private Beteiligung ist.

[10] Des Weiteren haben Roma Multiservizi und Rekeep nach den Feststellungen im Vorabentscheidungsersuchen – insbesondere mit dem Verweis auf die Verletzung, die fehlerhafte Anwendung und die unzulässige teleologische Auslegung der von den Parteien als *lex specialis* angesehenen Vorschrift – Einwände gegen die Ausschlussmaßnahme erhoben.

34. Nur das CNS ist der Ansicht, dass Grundlage der Ausschlussmaßnahme sowohl die Verletzung von Art. 17 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175 als auch der Verstoß gegen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Anforderung an die Kapitalaufteilung sei. Jedoch nehmen die vom CNS angeführten Passagen dieser Maßnahme nur auf die in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung Bezug.

35. Im Licht dieser Klarstellungen ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit seiner ersten Vorlagefrage wissen möchte, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass bei der Bestimmung des prozentualen Anteils der privaten Beteiligung an der zu gründenden gemischten Gesellschaft die mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters berücksichtigt wird.

36. Daher ist die zweite Vorlagefrage dahin zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter, dessen tatsächliche Beteiligung an einem zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen nicht die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Anforderung an die Mindestgrenze der privaten Beteiligung erfüllt, vom Vergabeverfahren ausschließt.

37. Ich halte es für erforderlich, zu den auf diese Weise umformulierten Vorlagefragen einige ergänzende Bemerkungen zu machen.

38. Zunächst impliziert die ursprüngliche Formulierung der ersten Vorlagefrage, dass das vorlegende Gericht geklärt haben möchte, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht jedwede öffentliche Beteiligung am Kapital des am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters berücksichtigt, sondern lediglich „seine eigene Beteiligung“ an dessen Kapital („kann – bzw. muss sogar – die Verwaltungsstelle, die die Ausschreibung durchführt, ihre mittelbare Beteiligung an dem am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter berücksichtigen“). Mehrere Passagen des Vorabentscheidungsersuchens bestätigen ein solches Verständnis nicht nur der in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung[11], sondern auch, was im Kontext des Ausgangsverfahrens noch wichtiger ist, der Ausschlussmaßnahme[12].

39. Sodann folgt aus der Formulierung der ersten Vorlagefrage, dass das vorlegende Gericht auf die Möglichkeit und sogar die Verpflichtung, eine solche mittelbare Beteiligung zu berücksichtigen, abstellt. Es steht fest, dass der öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren seine mittelbare Beteiligung berücksichtigt hat. Für eine Kontrolle der Ausschlussmaßnahme genügt die Prüfung, ob das Unionsrecht einer solchen Berücksichtigung entgegensteht.

40. Zudem weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass die zweite Vorlagefrage für den Fall gestellt werde, dass die erste Frage bejaht werde. Die erste Frage enthält in ihrer ursprünglichen Formulierung zwei Alternativen („Ist es mit dem [Unions]recht … vereinbar, dass … ausschließlich [die unmittelbare Beteiligung] zu berücksichtigen [ist] oder kann – bzw. muss sogar – [der öffentliche Auftraggeber] … [seine] mittelbare Beteiligung an dem am

[11] Das vorlegende Gericht weist insbesondere darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber „eine Beteiligung der Stadt Rom von 51 % und des privaten Gesellschafters von 49 %“ vorgesehen habe und dass er ein Vergabeverfahren durchgeführt habe „und dabei eine Beteiligung der Stadt Rom von 51 % festgelegt“ habe.

[12] Das vorlegende Gericht führt insbesondere aus, dass „die Stadt Rom … letztlich zu 73,5 % an der öffentlich-privaten Gesellschaft beteiligt [wäre], womit die in der Ausschreibung festgelegte Grenze von 51 % überschritten würde“, und dass „die Beteiligung der Stadt Rom an der [zu gründenden gemischten Gesellschaft] die auf 51 % festgelegte Grenze überschritten [hätte]“.

Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter berücksichtigen?“). Jedenfalls ist festzustellen, dass die zweite Frage für den Fall gestellt wird, dass auf die erste Frage geantwortet wird, dass das Unionsrecht der Berücksichtigung der mittelbaren Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an dem am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter nicht entgegensteht.

41. Für eine sachgerechte Antwort auf die Fragen des vorlegenden Gerichts ist es schließlich erforderlich, die im Ausgangsverfahren anwendbare Regelung und deren Bestimmungen, deren Auslegung für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits erheblich ist, zu bestimmen. Denn es scheinen nicht alle vom vorlegenden Gericht in seiner Vorlage zur Vorabentscheidung angeführten Vorschriften entscheidungserheblich zu sein. Das ist auch der Grund, weshalb einige Parteien die Zulässigkeit der Vorlagefragen in Frage stellen.

B. Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen und zur anwendbaren Regelung

42. Das vorlegende Gericht führt in seiner ersten Frage mehrere unionsrechtliche Bestimmungen an, ohne ausdrücklich klarzustellen, aus welchen Gründen es Zweifel hinsichtlich ihrer Auslegung hat. In der zweiten Frage beschränkt sich das Gericht darauf, Rechtsgrundsätze zu nennen, insbesondere die Grundsätze des Wettbewerbs, der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit, unterlässt es aber, eine entsprechende rechtliche Bestimmung zu nennen.

43. Insoweit vertritt die Kommission die Auffassung, dass die erste Vorlagefrage unzulässig sei, soweit sie sich auf Art. 107 AEUV beziehe, wohingegen das CNS die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens insgesamt in Frage stellt[13]. Ich werde diese Unzulässigkeitseinreden im Rahmen meiner Prüfung des Vorabentscheidungsersuchens zur Bestimmung der in der vorliegenden Rechtssache erheblichen unionsrechtlichen Bestimmungen untersuchen.

1. Richtlinien 2014/23 und 2014/24

44. Die erste Vorlagefrage, wie sie vom vorlegenden Gericht formuliert wurde, nimmt sowohl auf die Richtlinie 2014/23 als auch auf die Richtlinie 2014/24 Bezug. Diese Richtlinien sehen Regelungen vor, die auf Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen bzw. auf Verfahren der Vergabe von Aufträgen anwendbar sind.

45. Für die Bestimmung der im vorliegenden Fall anwendbaren Richtlinie ist es erforderlich, den Gegenstand der Ausschreibung sowie den Vertrag zu prüfen, den der öffentliche Auftraggeber nach Veröffentlichung dieser Ausschreibung schließen wollte.

46. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Ausschreibung umfasst zwei Gegenstände, so dass angenommen werden kann, dass der beabsichtigte Vertragsschluss aus zwei Teilen besteht, und zwar einem ersten Teil, der die Auswahl eines privaten Gesellschafters für die zu gründende gemischte Gesellschaft betrifft, und einem zweiten Teil, der die Vergabe des integrierten Schuldienstes an diese Gesellschaft zum Inhalt hat.

[13] Das CNS führt aus, dass sich das vorlegende Gericht darauf beschränke, eine Kontrolle der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen zu verlangen, und es unterlasse, konkret die besonderen Vorschriften anzugeben, hinsichtlich deren eine solche Prüfung der Vereinbarkeit durchgeführt werden solle. Die fehlende Erheblichkeit der Vorlagefrage ergebe sich außerdem aus dem Umstand, dass es im Unionsrecht keine besonderen Vorschriften zu den Formen der öffentlich-privaten Partnerschaft gebe.

47. Kann der erste Teil Einfluss auf die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/23 oder der Richtlinie 2014/24 hinsichtlich der zwei Teile des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags haben? Die Rechtsprechung enthält Hinweise, die eine sachgerechte Antwort auf diese Frage ermöglichen.

a) Zur maßgeblichen Rechtsprechung

48. In der Rechtssache, in der das Urteil Club Hotel Loutraki u. a.[14] ergangen ist, war der Gerichtshof mit einer vergleichbaren Frage befasst. Die Vorlage zur Vorabentscheidung betraf einen aus drei Vereinbarungen bestehenden Vertrag: eine Vereinbarung über den auf die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens abzielenden Verkauf von 49 % der Aktien dieses Unternehmens, eine Vereinbarung, nach der die Verkäuferin den Betrieb eines Kasinos gegen eine Vergütung übernehmen sollte, und eine Vereinbarung, auf deren Grundlage sich die Verkäuferin verpflichtete, die Modernisierung der Räumlichkeiten dieses Kasinos durchzuführen.

49. Im Rahmen der Beantwortung dieser Frage bestätigte der Gerichtshof, dass das vorlegende Gericht den Vertrag zutreffend als „gemischten Vertrag" eingestuft hatte[15] und prüfte sodann, ob der in Rede stehende Vertrag ein untrennbares Ganzes bildete und in seiner Gesamtheit wegen seines Hauptgegenstands unter eine der in Rede stehenden Richtlinien fiel[16]. Dabei nahm der Gerichtshof Bezug auf die Rechtsprechung, wonach „bei einem gemischten Vertrag, dessen einzelne Teile … untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bilden, das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften zu untersuchen [ist], die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrags bildet"[17].

50. Zu dieser Rechtsprechung führte der Gerichtshof zunächst aus, dass es sich um einen eine untrennbare Gesamtheit darstellenden gemischten Vertrag handelte, soweit dieser Vertrag mit einem einzigen Partner geschlossen werden musste, der die zum Erwerb der fraglichen Aktien erforderliche Finanzkraft aufwies und zugleich über praktische Erfahrung beim Betrieb eines Kasinos verfügte. Sodann stellte der Gerichtshof fest, dass der Verkauf von 49 % der Aktien eines öffentlichen Unternehmens den Hauptgegenstand des in Rede stehenden Vertrags bildete[18]. Nach Ansicht des Gerichtshofs beruhte diese Feststellung darauf, dass der Verkauf der Aktien eine Privatisierungsmaßnahme mit zeitlich unbegrenzter Wirkung darstellte, wodurch die Verkäuferin als Aktionärin eindeutig bedeutend höhere Einkünfte erzielen konnte als die Vergütung, die sie als Dienstleistungserbringerin erhielt[19].

51. In dem Urteil Mehiläinen und Terveystalo Healthcare[20] prüfte der Gerichtshof auf der Grundlage derselben Rechtsprechung[21] eine vertragliche Regelung, in deren Rahmen ein öffentlicher Auftraggeber mit einem ihm gegenüber eigenständigen privaten Unternehmen einen Vertrag über die Gründung eines kommunalen Unternehmens in Form einer Aktiengesellschaft

14 Urteil vom 6. Mai 2010 (C-145/08 und C-149/08, im Folgenden: Urteil Club Hotel Loutraki u. a., EU:C:2010:247).

15 Urteil Club Hotel Loutraki u. a. (Rn. 46).

16 Urteil Club Hotel Loutraki u. a. (Rn. 50).

17 Urteil Club Hotel Loutraki u. a. (Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

18 Urteil Club Hotel Loutraki u. a. (Rn. 57).

19 Urteil Club Hotel Loutraki u. a. (Rn. 55 und 57).

20 Urteil vom 22. Dezember 2010 (C-215/09, im Folgenden: Urteil Healthcare, EU:C:2010:807).

21 Urteil Healthcare (Rn. 36).

schloss, dem gegenüber sich der öffentliche Auftraggeber bei dessen Gründung verpflichtete, für eine Übergangszeit von vier Jahren Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz zu beziehen, die er seinen Arbeitnehmern gewähren musste.

52. Im Urteil Healthcare, wie auch im Urteil Club Hotel Loutraki u. a., bestätigte der Gerichtshof, dass die in Rede stehende vertragliche Regelung einen gemischten Vertrag darstellte. Jedoch führte der Gerichtshof auch aus, dass die Teile dieser Regelung nicht voneinander untrennbar waren, da keine objektive Notwendigkeit bestand, den gemischten Vertrag mit einem einzigen Partner zu schließen. Insbesondere bestätigte nach seiner Ansicht zum einen der Umstand, dass die öffentliche Auftraggeberin im Ausgangsverfahren erklärt hatte, diese Dienstleistungen nach Ablauf der Übergangszeit ausschreiben zu wollen, die Abtrennbarkeit dieses Teils vom Rest des gemischten Vertrags, und zum anderen der Umstand, dass tatsächlich ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wurde und ohne den Teil betreffend diese Dienstleistungen tätig war [22].

53. Im Urteil Acoset befasste sich der Gerichtshof, befragt nach einer unmittelbaren Vergabe eines lokalen integrierten Wasserversorgungsdienstes an eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft, nicht mit der Frage, ob der Vertrag, der in Rede stand, einen gemischten Vertrag darstellte, dessen einzelne Teile untrennbar miteinander verbunden waren und somit ein unteilbares Ganzes bildeten. Bei der Prüfung, ob diese Vergabe unter eine der in Rede stehenden Richtlinien fallen könnte, richtete der Gerichtshof sein Augenmerk auf den lokalen integrierten Wasserversorgungsdienst sowie auf die mit der Verwaltung dieses Dienstes zusammenhängenden Arbeiten.

54. Jedoch lässt sich das Urteil Acoset nicht dahin auslegen, dass im Fall eines aus mehreren Teilen bestehenden Vertrags, bei dem ein Teil die Errichtung einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft betrifft, dieser Teil nicht zu berücksichtigen wäre und nur die übrigen Teile zu prüfen wären. Ein solches Verständnis würde der nach diesem Urteil ergangenen und in den vorstehenden Nummern der vorliegenden Schlussanträge angeführten Rechtsprechung zuwiderlaufen.

55. Somit ist das Urteil Acoset dahin zu verstehen, dass der Gerichtshof zum Ersten implizit die Auffassung vertreten hat, dass es sich um einen gemischten Vertrag handelte, dessen Teile ein unteilbares Ganzes bildeten, und zum Zweiten der Ansicht war, dass der Teil betreffend die lokale Gemeinwohldienstleistung den Hauptgegenstand des Vertrags darstellte.

56. Daraus folgt, dass der Vertrag, der im Rahmen eines von einem öffentlichen Auftraggeber eingeleiteten Verfahrens zur Auswahl eines privaten Gesellschafters für eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft und zur Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession an diese Gesellschaft geschlossen wurde, einen aus zwei Teilen bestehenden gemischten Vertrag darstellt [23]. Außerdem ist bei einem solchen gemischten Vertrag in einem ersten Schritt zu bestimmen, ob die verschiedenen Vertragsteile unlösbar (untrennbar) miteinander verbunden

[22] Urteil Healthcare (Rn. 43 und 44).

[23] Einige Parteien scheinen in Frage zu stellen, dass der „gemischte Vertrag“ als ein Vertrag eingestuft wird, bei dem einer der Teile die Auswahl eines privaten Gesellschafters für ein zu gründendes gemischtwirtschaftliches Unternehmen mit gemischtem Kapital betrifft. Auch wenn der Gerichtshof im Urteil Acoset den Begriff „gemischter Vertrag“ nicht verwendete, so tat er dies doch in den Urteilen Club Hotel Loutraki u. a. und Healthcare. Auch wenn man zudem davon ausginge, dass die Richtlinie 2014/24 im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt und dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag nicht unter den Begriff „gemischter öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 3 dieser Richtlinie fällt, weil die Auswahl eines privaten Gesellschafters zur Gründung einer gemischten Gesellschaft keinen öffentlichen Auftrag betrifft (vgl. Fn. 24), kann dieser Vertrag doch der weiter gefassten Kategorie der gemischten Verträge zugeordnet werden, die der Gerichtshof in den Urteilen Club Hotel Loutraki u. a. und Healthcare offensichtlich seinen Erwägungen zugrunde legte.

sind und ein unteilbares Ganzes bilden; in einem zweiten Schritt ist der Hauptgegenstand oder der vorherrschende Bestandteil dieses Vertrags zu bestimmen, bevor in einem dritten Schritt bestimmt wird, welche Rechtsvorschriften auf diesen Vertrag in Anbetracht dieses Hauptgegenstands oder dieses vorherrschenden Bestandteils zur Anwendung kommen [24].

b) Anwendung

1) Gemischter Vertrag: untrennbare Teile?

57. Meines Erachtens sind, wie dies auch in den Rechtssachen, in denen die Urteile Club Hotel Loutraki u. a. und Acoset ergangen sind, der Fall war, die beiden Teile des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags nicht voneinander trennbar.

58. Denn um die Leistung des integrierten Schuldienstes durch eine aus einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Partner bestehende gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft sicherzustellen, ist es objektiv erforderlich, einen Partner auszuwählen, der über die für den Erwerb von 49 % des Kapitals der zu gründenden gemischten Gesellschaft erforderlichen finanziellen Kapazitäten verfügt und der weitere Voraussetzungen erfüllt, die es ihm ermöglichen, den integrierten Schuldienst in der Form einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft zu übernehmen und dabei das gesamte Betriebsrisiko zu tragen. Die beiden Vertragsteile müssen daher denselben Partner betreffen, auch wenn sich in technischer Hinsicht der erste Teil auf die Auswahl eines privaten Gesellschafters und der zweite Teil auf die Vergabe des integrierten Schuldienstes an eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft bezieht, an der dieser Gesellschafter 49 % der Aktien hält [25].

59. Hinzu kommt, dass es im Unterschied zu der Rechtssache, in der das Urteil Healthcare [26] ergangen ist, in der die mit dem die Dienste betreffenden Teil zusammenhängenden Umstände sehr spezifisch waren, keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass in der vorliegenden Rechtssache der Teil, der die Gründung einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft betrifft, von dem sich auf den integrierten Schuldienst beziehenden Teil getrennt werden kann. Ohne diesen letztgenannten Teil würde der zu gründenden gemischten Gesellschaft objektiv ihre

[24] Unabhängig von der Lösung, zu der der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung gefunden hat, und unter der Annahme, dass die Richtlinie 2014/24 im Ausgangsverfahren zur Anwendung kommt, könnte man *a priori* auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 6 dieser Richtlinie zu demselben Ergebnis kommen, wonach, wenn „die einzelnen Teile eines bestimmten Auftrags objektiv nicht trennbar [sind], … die anwendbare rechtliche Regelung anhand des Hauptgegenstands des Auftrags bestimmt [wird]“. Gemäß dieser Richtlinie haben die öffentlichen Verträge die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand. Es ist also zu fragen, ob die Auswahl eines privaten Gesellschafters und die Gründung einer gemischten Gesellschaft unter den Begriff des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne dieser Richtlinie fallen. Im Schrifttum wird diese Frage offensichtlich bejaht (vgl. in diesem Sinne, soweit die Verfasserin auf Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 Bezug nimmt, Andrecka, M., „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Bd. 9, Nr. 3, 2014, S. 176). Zudem ist in Anbetracht der Zweifel hinsichtlich der auf den vorliegenden Fall anwendbaren Regelung auf die Unterschiede in der Formulierung in der Richtlinie 2014/24, deren Art. 3 Abs. 6 vorsieht, dass, wenn „die einzelnen Teile eines bestimmten Auftrags objektiv nicht trennbar [sind], … die anwendbare rechtliche Regelung anhand des Hauptgegenstands des Auftrags bestimmt [wird]“, und in der Richtlinie 2014/23 hinzuweisen, deren Art. 20 Abs. 5 bestimmt, dass, wenn „die einzelnen *Teile eines bestimmten Vertrags* objektiv nicht trennbar [sind], … die anwendbare rechtliche Regelung anhand des Hauptgegenstands dieses Vertrags bestimmt [wird]“ (Hervorhebung nur hier), wobei mir die letztgenannte Formulierung, zumindest in einigen Sprachfassungen dieser Richtlinien, insbesondere der Fassung in französischer Sprache, weniger streng erscheint.

[25] Vgl. entsprechend Rn. 53 des Urteils Club Hotel Loutraki u. a. in Verbindung mit Rn. 28 dieses Urteils, wonach es sich bei dem in Rede stehenden gemischten Vertrag um einen Vertrag handelt, „dessen einer Teil den Aktienverkauf von [der Gesellschaft Ellinika Touristika Akinita AE] an den Meistbietenden betreffe und als solcher nicht dem Vergaberecht der Union unterliege und dessen anderer Teil einen Dienstleistungsauftrag für diesen Meistbietenden betreffe, der auch die Verpflichtungen der Führung des Kasinobetriebs übernehme“, wohingegen, wie aus Rn. 25 dieses Urteils hervorgeht, die vom Bieter zu gründende Gesellschaft (und nicht dieser Bieter selbst) als Betreiber handelte und zumindest eine Vereinbarung schloss. Vgl. insoweit auch Urteil Acoset (Rn. 54 und 61).

[26] Vgl. Nr. 52 der vorliegenden Schlussanträge.

wirtschaftliche Daseinsberechtigung entzogen. Im italienischen Recht stellt der Vertrag über den öffentlichen Auftrag oder über die Konzessionsvergabe gemäß Art. 17 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 175 den ausschließlichen Gegenstand der Tätigkeiten der gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft dar.

60. Es ist nun zu prüfen, ob der Teil, der den Hauptgegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags bildet, jener Teil ist, der die Gründung einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft betrifft, oder aber jener Teil ist, der den integrierten Schuldienst zum Inhalt hat.

2) Hauptgegenstand des Vertrags

61. Meiner Auffassung nach stellt der Teil, der den integrierten Schuldienst betrifft, den Hauptgegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden gemischten Vertrags dar.

62. Die zu gründende gemischte Gesellschaft war nur das Mittel, mit dem sichergestellt werden konnte, dass der integrierte Schuldienst von einer IÖPP erbracht wird, und nicht das eigentliche Ziel der Ausschreibung. Im Unterschied zu der Rechtssache, in der das Urteil Club Hotel Loutraki u. a. erlassen wurde, handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um den der Privatisierung eines bereits existierenden öffentlichen Unternehmens dienenden Erwerb von Aktien an diesem Unternehmen, sondern um die Gründung einer gemischten Gesellschaft zum Zweck der Durchführung eines integrierten Schuldienstes.

63. Außerdem ermöglichte in dieser Rechtssache schon der bloße Besitz von Aktien eines bereits existierenden öffentlichen Unternehmens, ein erhebliches Einkommen zu erzielen. Es gibt aber keine Hinweise, dass dies auch in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist. Aus dem Urteil Club Hotel Loutraki u. a. kann somit nicht der Schluss gezogen werden, dass im vorliegenden Fall die Gründung der gemischten Gesellschaft der Hauptgegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags ist.

64. Deshalb muss die Frage, welche Richtlinie im Rahmen der Rechtssache des Ausgangsverfahrens zur Anwendung kommt, im Hinblick auf den Teil geprüft werden, der den integrierten Schuldienst betrifft.

3) Öffentliche Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen?

65. Das Vorabentscheidungsersuchen ist hinsichtlich des Teils, der den integrierten Schuldienst betrifft, lückenhaft formuliert.

66. Zwar enthalten die Antworten der Parteien auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs gewisse Klarstellungen hinsichtlich des Spektrums der Leistungen, die den Teil bilden, der den integrierten Schuldienst betrifft [27]. Jedoch kann anhand dieser Klarstellungen im Rahmen dieser Schlussanträge nicht zweifelsfrei geklärt werden, ob dieser Teil den „öffentlichen Dienstleistungsaufträgen“ oder den „Dienstleistungskonzessionen“ zuzurechnen ist.

67. Jedenfalls fällt eine solche konkrete Einstufung in die alleinige Zuständigkeit des nationalen Gerichts [28]. Der Gerichtshof kann aber gegebenenfalls sachgerechte Feststellungen treffen, anhand deren dieses nationale Gericht diese Einstufung vornehmen kann.

68. Insoweit stelle ich zum Ersten fest, dass die öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinie 2014/24 eine Gegenleistung vorsehen, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer zu zahlen ist [29]. Dagegen bestehen Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23 in einem Rechtsakt der Vergabe der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der in Rede stehenden Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht [30]. In diesem Sinne hat der Gerichtshof das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession u. a. in Fällen anerkannt, in denen das Entgelt des Dienstleistungserbringers aus Zahlungen der Nutzer einer Dienstleistung stammte [31]. Deshalb kann der Umstand, auf den das vorlegende Gericht hinweist, dass eine Gesellschaft gemischten Kapitals des italienischen Rechts in Wirklichkeit eine Tätigkeit gegen Entgelt ausübt und Gewinne erzielt (auch wenn diese nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts gering sind), darauf hinweisen, dass die Richtlinie 2014/23 anzuwenden ist.

69. Auch wenn die Vergütungsmodalität einer der für die Einstufung einer Dienstleistungskonzession bestimmenden Gesichtspunkte ist, ist die Dienstleistungskonzession zum Zweiten dadurch gekennzeichnet, dass der Konzessionär das Betriebsrisiko der in Rede stehenden Dienstleistungen übernimmt [32]. Das Unterscheidungskriterium für die Übertragung eines solchen Risikos wurde in der Richtlinie 2014/23 geregelt [33]. Bei der Beschreibung dieses Kriteriums wird in der italienischen Fassung dieser Richtlinie der Begriff „rischio operativo“

[27] Aus den Erklärungen der Parteien und ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs folgt, dass der integrierte Schuldienst in der allgemeinen Unterstützung, Instandhaltung, in Transport- und Reinigungsdiensten in den Kinderkrippen und Schulen sowie in der Schülerbeförderung besteht. Der Umstand, dass zu diesen Dienstleistungen auch die Schülerbeförderung gehört, veranlasst das vorlegende Gericht offensichtlich nicht, eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243) anzunehmen. Jedenfalls ist zum einen festzustellen, dass diese Richtlinie in den Art. 4 und 6 auch Regelungen für gemischte Aufträge vorsieht, und zum anderen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Schülerbeförderung den Hauptgegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags oder seines Teils bildet, der den integrierten Schuldienst betrifft.

[28] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2011, Norma-A und Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, Rn. 57 und 59).

[29] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24. Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Acoset (Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[30] Vgl. Art. 5 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/23.

[31] Vgl. Urteil Acoset (Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[32] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2011, Norma-A und Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, Rn. 44). Vgl. in diesem Sinne auch meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen Promoimpresa u. a. (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:122, Nrn. 62 und 63), in denen ich die Auffassung vertreten habe, dass eine Dienstleistungskonzession sich u. a. dadurch auszeichnet, dass die Behörde dem Konzessionär die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit überträgt, wobei es sich normalerweise um eine Dienstleistung handelt, deren Erbringung Sache der Behörde wäre (ich füge hinzu: und damit auch die Übernahme des mit dieser Dienstleistung verbundenen Risikos), und dadurch den Konzessionär zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung verpflichtet.

[33] Vgl. Art. 1 Abs. 1 und 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23.

(Betriebsrisiko) verwendet. Derselbe Begriff wurde in der Entscheidung gewählt, mit der die Stadt Rom eine Ausschreibung bekannt gegeben hat, um klarzustellen, dass der ausgewählte Bieter dieses Risiko in vollem Umfang tragen sollte [34].

70. Zum Dritten kann der Gerichtshof bei der Beantwortung der Vorlagefragen auf der Grundlage der ihm unterbreiteten Angaben davon ausgehen, dass ein Vertrag unter eine der in Rede stehenden Richtlinien fällt [35]. Da es jedoch keine Hinweise gibt, anhand deren Feststellungen zu der im vorliegenden Fall anwendbaren Regelung getroffen werden können, erscheint mir eine solche Lösung in der vorliegenden Rechtssache nicht sachgerecht zu sein. Wie auch von der Kommission ausgeführt, halte ich es für wichtiger, dass die Anwendung der in der einen oder der anderen Richtlinie vorgesehenen Regelung die Beantwortung der in der vorliegenden Rechtssache gestellten Vorlagefragen nicht zwangsläufig beeinflussen muss. Denn die für den Teil betreffend den integrierten Schuldienst geltende Regelung könnte auf den Teil betreffend die Auswahl eines privaten Gesellschafters nur „im übertragenen Sinn" angewendet werden. Soweit sich die Fragen nur auf diesen letztgenannten Teil beziehen, geht es in diesem Kontext ausschließlich darum, die allgemeinen, für beide Teile geltenden Grundsätze anzuwenden. Folglich werde ich in den vorliegenden Schussanträgen sowohl auf die Richtlinie 2014/23 als auch auf die Richtlinie 2014/24 Bezug nehmen und dabei die Zuständigkeitsverteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof berücksichtigen [36].

2. Regelung für öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

71. Das vorlegende Gericht nimmt in der ersten Vorlagefrage Bezug auf Art. 12 und die Erwägungsgründe 14 und 32 der Richtlinie 2014/24 und gibt im Vorabentscheidungsersuchen Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie wieder. Es nennt aber nicht die Gründe, die es zu der Frage nach der Auslegung dieser letztgenannten Bestimmung veranlasst haben.

72. Insoweit ist zum Ersten festzustellen, dass der 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 nur den Hinweis enthält, dass der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer" weit ausgelegt werden sollte, womit bestätigt wird, dass eine gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaft unter diesen Begriff fallen kann. Im Übrigen gibt dieser Erwägungsgrund im Wesentlichen die in Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 dieser Richtlinie enthaltene Definition wieder. Diese Bestimmung ist aber vom vorlegenden Gericht in seiner Vorlagefrage nicht genannt worden.

73. Zum Zweiten sieht Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 vor, dass auf öffentliche Aufträge, die an juristische Personen vergeben werden, die von öffentlichen Auftraggebern kontrolliert werden, nicht die von dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren anzuwenden sind. Diese Bestimmung regelt eine vertikale Zusammenarbeit zwischen den betreffenden Unternehmen oder eine klassische interne („inhouse") Vergabe.

[34] Im Ausgangsverfahren sollte das Risiko zwar von dem im Rahmen des ersten Teils des gemischten Vertrags ausgewählten privaten Gesellschafter übernommen werden, wohingegen der den Hauptgegenstand dieses Vertrags bildende integrierte Schuldienst im Rahmen des zweiten Teils dieses Vertrags an die zu gründende gemischte Gesellschaft vergeben werden sollte. Angesichts dieser Besonderheit könnte man argumentieren, dass im zweiten Teil, isoliert betrachtet, keine Übertragung des Risikos auf den ausgewählten Bieter vorgesehen war. Jedoch zielte im vorliegenden Fall das Vergabeverfahren jedenfalls darauf ab, den öffentlichen Auftraggeber von dem mit der Durchführung des integrierten Schuldiensts zusammenhängenden Risiko zu befreien. Deshalb schließe ich es nicht aus, diesen zweiten Teil trotz der beschriebenen Besonderheit als „Konzession" einzustufen. Zur Problematik dieser Besonderheit vgl. auch Nr. 58 der vorliegenden Schlussanträge.

[35] Vgl. entsprechend Urteil Acoset (Rn. 42).

[36] Der Vollständigkeit halber möchte ich anmerken, dass die Richtlinien 2014/23 und 2014/24 *ratione temporis* anwendbar sind und dass der auf mehr als 277 Mio. Euro geschätzte Wert des Auftrags über den in diesen Richtlinien festgelegten Schwellenwerten liegt. Vgl. Art. 8 der Richtlinie 2014/23 und Art. 4 der Richtlinie 2014/24.

74. Das vorlegende Gericht führt jedoch auch klar aus, dass im italienischen Recht die Gründung einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden eine Alternative zu einer internen Verwaltung darstellt [37].

75. Wichtiger als dieser Umstand erscheint mir aber, dass die Anwendung der in Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Ausnahme im Kontext der Vergabe von Dienstleistungen an eine IÖPP offensichtlich *a priori* ausgeschlossen ist. Denn, wie im 31. Erwägungsgrund Abs. 3 dieser Richtlinie festgestellt wird, soll sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister bessergestellt wird als seine Wettbewerber. Im Übrigen stellt der 32. Erwägungsgrund dieser Richtlinie in Übereinstimmung mit der vor der Richtlinie 2014/24 ergangenen Rechtsprechung [38] klar, dass die Ausnahme gemäß Art. 12 Abs. 1 dieser Richtlinie „sich nicht auf Situationen erstrecken [sollte], 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“.

76. Zum Dritten lässt sich auch fragen, ob der im Ausgangsverfahren in Rede stehende gemischte Vertrag gemäß Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen ist. Diese Bestimmung betrifft ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossene Vergabeverträge, wenn diese Verträge eine Zusammenarbeit zwischen diesen öffentlichen Auftraggebern begründen oder durchführen.

77. Es ist theoretisch denkbar, dass die Stadt Rom als öffentlicher Auftraggeber eine Zusammenarbeit zwischen einer zu gründenden Gesellschaft mit gemischtem Kapital begründen wollte, die auch den Betrieb des integrierten Schuldienstes sicherstellen sollte, und deren Aktien zu 51 % von der Stadt Rom gehalten werden sollten. Im Rahmen dieser Überlegung würde es sich bei dieser Gesellschaft um eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2014/24 handeln, die daher einen „öffentlichen Auftraggeber“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 dieser Richtlinie darstellen kann.

78. Auch wenn man annimmt, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung der Ausnahme gemäß Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 in einer solcher Situation erfüllt sind, hat der Gerichtshof im Urteil Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] für diesen Fall entschieden, dass diese Bestimmung impliziert, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber. Deshalb lässt sich in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache [40] folgern, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, durch die ein privater Wirtschaftsteilnehmer gegenüber seinen Wettbewerbern auf dem Markt bessergestellt wird, nicht von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 gedeckt ist. Im Licht dieser Klarstellungen bin ich in Anbetracht der Beteiligung von

37 Vgl. Nr. 11 der vorliegenden Schlussanträge.

38 Vgl. Urteil vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, Rn. 31 und 32).

39 Urteil vom 28. Mai 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 Schlussanträge in der Rechtssache Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, Nr. 109 Unternr. 3).

privaten Kapitalgebern an der zu gründenden gemischten Gesellschaft der Ansicht, dass die in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Zusammenarbeit nicht unter die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme fallen kann.

79. Deshalb ist eine Auslegung von Art. 12 der Richtlinie 2014/24 im Hinblick auf die Beantwortung der Vorlagefragen nicht erforderlich.

3. Regelung der Aufträge, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen

80. Art. 74 der Richtlinie 2014/24 sieht vor, dass öffentliche Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV dieser Richtlinie aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, im Einklang mit Titel III Kapitel I dieser Richtlinie vergeben werden. Mit Ausnahme des CNS haben alle Parteien in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs ausgeführt, dass mindestens eine der Leistungen des integrierten Schuldienstes von diesem Anhang erfasst wird oder erfasst werden kann.

81. Es wird Sache des vorlegenden Gerichts sein, zu prüfen, ob das vorliegend der Fall ist. Wenn es diese Frage bejaht, wird es genügen, dass das Vergabeverfahren die weniger strengen Regeln der Richtlinie 2014/24 für die Vergabe dieser Art von Aufträgen erfüllt. Ich werde mich daher darauf beschränken, einige Anmerkungen zu machen, die diesem Gericht nützlich sein könnten.

82. Zum einen ist festzustellen, dass Titel III Kapitel I der Richtlinie 2014/24 zwar für Aufträge, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, eine Sonderregelung vorsieht. Auf diese Aufträge finden daher die allgemeinen Vorschriften keine Anwendung. Jedoch legen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 76 Abs. 1 dieser Richtlinie für die Vergabe der unter dieses Kapitel fallenden Aufträge nationale Regeln fest, die sicherstellen sollen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer beachten. Es handelt sich also *a priori* um dieselben Grundsätze, wie sie Art. 18 dieser Richtlinie vorsieht. Ich kann somit nicht ausschließen, dass die Anwendung von Titel III Kapitel I der Richtlinie 2014/24 im Ausgangsverfahren auf die Beantwortung der Vorlagefragen keinen Einfluss hat [41].

83. Zum anderen sind, bevor man eine Anwendbarkeit der Regeln von Titel III Kapitel I der Richtlinie 2014/24 auf den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrag bejaht, auch die geschätzten Werte der unter dieses Kapitel fallenden Dienstleistungen mit den Werten der Dienstleistungen zu vergleichen, für die die allgemeinen Regeln gelten, woraufhin auf der Grundlage dieser Werte der Hauptgegenstand des Vertrags zu bestimmen ist [42].

84. Da keine Hinweise vorliegen, die den Schluss erlauben, dass die Dienstleistungen im Sinne von Titel III Kapitel I der Richtlinie 2014/24 als Hauptgegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags einzustufen sind und angesichts des Umstands, dass das vorlegende Gericht auf die Vorschriften dieses Kapitel keinen Bezug nimmt, gehe ich davon aus, dass die weniger strengen Regeln im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen.

[41] Vgl. insoweit auch Nr. 70 der vorliegenden Schlussanträge.

[42] Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 lautet: „Im Fall gemischter Aufträge, die teilweise aus Dienstleistungen im Sinne von Titel III Kapitel I und teilweise aus anderen Dienstleistungen bestehen, oder im Fall gemischter Aufträge, die teilweise aus Dienstleistungen und teilweise aus Lieferungen bestehen, wird der Hauptgegenstand danach bestimmt, welcher der geschätzten Werte der jeweiligen Dienstleistungen oder Lieferungen am höchsten ist."

4. Art. 107 AEUV

85. In der ersten Vorlagefrage wird Art. 107 AEUV angeführt. Nach Auffassung der Kommission ist das Vorabentscheidungsersuchen unzulässig, soweit dieses auf die Auslegung dieser primärrechtlichen Vorschrift gerichtet ist.

86. Ich teile diese Ansicht der Kommission. Denn im Vorabentscheidungsersuchen wird nicht klar die Maßnahme benannt, die im Rahmen des Ausgangsverfahrens eine staatliche Beihilfe darstellen soll. Ebenso wenig stellt das vorlegende Gericht klar, weshalb die Auslegung dieser Bestimmung für die Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit erforderlich ist.

87. Zwar kann das Vorabentscheidungsersuchen dahin verstanden werden, dass das vorlegende Gericht nicht um die Auslegung einer der primärrechtlichen Vorschriften, sondern um eine Auslegung der Richtlinien 2014/23 und 2014/24 im Licht dieses Primärrechts („im Hinblick auf Art. 107 AEUV“) ersucht. Jedoch würde ein solches Verständnis der Vorlageentscheidung nichts daran ändern, dass jedenfalls auf die Vorlagefragen nicht zu antworten ist, soweit diese sich auf Art. 107 AEUV beziehen.

88. Unter diesen Umständen ist auch die vom CNS erhobene Unzulässigkeitseinrede zu berücksichtigen, soweit sie die erste Vorlagefrage und Art. 107 AEUV sowie – aus den in den Nrn. 71 bis 79 der vorliegenden Schlussanträge dargestellten Gründen – Art. 12 der Richtlinie 2014/24 betrifft.

C. Begründetheit

89. Neben den unionsrechtlichen Bestimmungen, deren Erheblichkeit im Hinblick auf die vorliegende Rechtssache ausgeschlossen wurde, nimmt die erste Vorlagefrage auf Art. 30 der Richtlinie 2014/23 und auf Art. 18 der Richtlinie 2014/24 Bezug. Um alle maßgeblichen Bestimmungen dieser Richtlinien zu bestimmen, ist zunächst zu untersuchen, in welchem Kontext die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung zu sehen sind.

1. Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung im Kontext der Richtlinien 2014/23 und 2014/24

90. Im Rahmen von Art. 56 der Richtlinie 2014/24 unterscheidet der Unionsgesetzgeber ausdrücklich zwischen zwei Arten von Kriterien, nämlich den qualitativen Auswahlkriterien, die im Wesentlichen in Ausschlussgründen und Eignungskriterien bestehen, die der Überprüfung der Fähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer zur Ausführung des vergebenen Auftrags dienen (Art. 57 und 58 dieser Richtlinie), und den Zuschlagskriterien, die sich auf die Angebote selbst beziehen. Die Art. 38 und 41 der Richtlinie 2014/23, die die Kriterien der Auswahl und der qualitativen Bewertung der Bewerber bzw. die Zuschlagskriterien regeln, treffen eine entsprechende Unterscheidung.

91. Insoweit ist festzustellen, dass aus dem Vorabentscheidungsersuchen nicht klar hervorgeht, welche Logik den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung zugrunde liegt. Da diese Anforderungen eine *lex specialis* zu

den Anforderungen gemäß dem Decreto legislativo Nr. 175 [43] darstellen, kann eine solche Logik auch nicht aus den Feststellungen zu diesem Decreto legislativo hergeleitet werden. In den Ausschreibungsunterlagen sind offenkundig Nuancierungen zu den Prozentsätzen und ihren Merkmalen enthalten (präzise festgelegte Anforderungen anstelle von Ober- und Untergrenzen), ohne jedoch ihre Ziele wesentlich zu beeinflussen.

92. Insoweit sind die Klarstellungen des vorlegenden Gerichts meines Erachtens dahin zu verstehen, dass die Festlegung einer Höchstgrenze von 70 % für die öffentliche Beteiligung an der zu gründenden gemischten Gesellschaft sicherstellen soll, dass die private Beteiligung nicht unter 30 % liegt.

93. Deshalb ist zum einen festzustellen, dass bei allgemeiner Betrachtung des Auftrags und der Wirtschaftsteilnehmer ein privater Gesellschafter nicht in der Lage sein darf, das wirtschaftliche Risiko seiner Beteiligung an einer Gesellschaft mit gemischtem Kapital übermäßig (d. h. auf unter 30 %) zu begrenzen und in unangemessener Weise von den Vorteilen der öffentlichen Beteiligung zu profitieren, indem er andere Unternehmen von einem gewinnbringenden Zugang zu dieser wirtschaftlichen Tätigkeit in dem betreffenden Marktsegment abhält. Unter diesem Blickwinkel zielt diese Höchstgrenze, worauf vom vorlegenden Gericht hingewiesen wird, darauf ab, zu verhindern, dass der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit umgangen wird.

94. Zum anderen gewährleistet diese Höchstgrenze in Anbetracht des Ziels des Vergabeverfahrens und des öffentlichen Auftraggebers, dass der private Gesellschafter ein leistungsfähiger Partner ist, dessen Beitrag zur Durchführung der einem zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen übertragenen Aufgaben darin besteht, einen Kapitalbeitrag zu leisten, die zur Ausführung der Aufgaben erforderlichen Kompetenzen einzubringen und das gesamte Betriebsrisiko für ihre Ausführung zu übernehmen.

95. Es ist festzustellen, dass der Aspekt des effektiven Beitrags des privaten Gesellschafters offensichtlich von besonderer Bedeutung im Hinblick auf das Ausgangsverfahren und die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung ist. In Anbetracht des notwendigerweise individuellen Charakters der Bedingungen und Kriterien der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und/oder der beruflichen und fachlichen Befähigung [44] und in Übereinstimmung mit dem Urteil Acoset [45] lässt sich aus dieser Feststellung auch der Hinweis ableiten, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung qualitative Auswahlkriterien darstellen.

[43] Vgl. Nr. 28 der vorliegenden Schlussanträge.

[44] Art. 38 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/23 bestimmt: „Die Teilnahmebedingungen müssen in Bezug und angemessenem Verhältnis zu der Notwendigkeit, die Fähigkeit des Konzessionsnehmers, die Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands durchzuführen, sicherzustellen, und dem Zweck, echten Wettbewerb zu garantieren, stehen“. In diesem Sinne sieht Art. 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 insbesondere vor, dass die öffentlichen Auftraggeber die Anforderungen „auf jene [beschränken], die zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Alle Anforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.“

[45] Vgl. Rn. 59 des Urteils Acoset: „… doch kann dem abgeholfen werden durch die Beachtung der in den [Rn.] 46 bis 49 des vorliegenden Urteils genannten Anforderungen bei der Auswahl des privaten Gesellschafters und die Festlegung der Kriterien für seine Eignung, denn die Bewerber müssen neben ihrer Fähigkeit, Anteilseigner zu werden, vor allem ihre technische Fähigkeit zur Erbringung der Dienstleistung sowie die wirtschaftlichen und sonstigen Vorteile nachweisen, die sich aus ihrem Angebot ergeben.“ In diesem Urteil hat der Gerichtshof die Bedeutung der qualitativen Auswahlkriterien betreffend die Fähigkeit zur Wahrnehmung einer Dienstleistung oder einer Konzession hervorgehoben (vgl. in diesem Sinne Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)“, *Public Procurement Law Review*, Bd. 2, 2010, S. 4), ohne jedoch die qualitativen Auswahlkriterien betreffend die Fähigkeit, ein privater Gesellschafter der zu gründenden gemischten Gesellschaft zu werden, unberücksichtigt zu lassen.

96. Im Übrigen geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervor, dass die Bieter aufgrund der Art und Weise, wie die mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital dieses Gesellschafters berechnet wurde, von dem nach der Ausschreibung eingeleiteten Verfahren ausgeschlossen wurden, weil sie diese Anforderungen nicht erfüllten. Insoweit ermöglichen es nach ständiger Rechtsprechung die qualitativen Eignungskriterien dem öffentlichen Auftraggeber, nur diejenigen Wirtschaftsteilnehmer zur Abgabe eines Angebots zuzulassen, deren Leistungsfähigkeit darauf schließen lässt, dass sie in der Lage sein werden, den Gegenstand der Ausschreibung zu realisieren [46].

97. Somit betreffen die Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, offensichtlich nicht die Angebote (Zuschlagskriterien) [47]. Dagegen scheinen diese Anforderungen qualitative Auswahlkriterien darzustellen, anhand deren ein öffentlicher Auftraggeber sicherstellen will, dass ein privater Gesellschafter über die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und/oder die technische und berufliche Leistungsfähigkeit verfügt, die es ihm ermöglichen, die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte Aufteilung zwischen öffentlichem und privatem Kapital der gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft durch seine Beteiligung am Kapital dieser Gesellschaft und durch die Übernahme des gesamten Betriebsrisikos bei der Durchführung der Dienstleistung durch diese Gesellschaft aufrechtzuerhalten [48]. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, stellen somit Kriterien und Bedingungen im Sinne von Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 oder gegebenenfalls im Sinne von Art. 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 dar.

2. Umformulierung der Vorlagefragen

98. Angesichts der Klarstellungen hinsichtlich des Gegenstands der Vorlagefragen [49], der im Ausgangsverfahren anwendbaren Rechtsvorschriften [50] sowie der Einstufung der für diese Rechtssache geltenden Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung [51] schlage ich vor, die Vorlagefragen umzuformulieren und dabei die unionsrechtlichen Bestimmungen anzugeben, deren Auslegung erforderlich ist, um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben.

99. Konkret schlage ich vor, davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit seinen – meines Erachtens zusammen zu prüfenden – Fragen wissen will, ob die Art. 30 und 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 oder gegebenenfalls die Art. 18 und 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen sind, dass sie dem entgegenstehen, dass zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Beteiligung eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters an der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft die mittelbare Beteiligung des öffentlichen

[46] Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, Rn. 62).

[47] Entsprechend der im Schrifttum vertretenen Auffassung ist im Kontext einer IÖPP trotz der Schwierigkeiten zwischen qualitativen Auswahlkriterien und den Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Vgl. Andrecka, M., und Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice“, *Polish Review of International and European Law*, Bd. 2, Nr. 1, 2013, S. 148.

[48] Aus diesem Grund kann nach meiner Auffassung die vom Gerichtshof im Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, Rn. 21 und 23), vorgenommene Einstufung einer nationalen Regelung, die auf die Vermeidung jeder möglichen Kollusion zwischen den Teilnehmern desselben Verfahrens der Vergabe eines öffentlichen Auftrags und auf die Wahrung der Gleichbehandlung der Bewerber und der Transparenz des Verfahrens abzielte, im vorliegenden Fall nicht auf die – im Übrigen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten – Anforderungen an die vorliegend in Rede stehende öffentliche und private Beteiligung angewendet werden.

[49] Vgl. Nrn. 35 und 36 der vorliegenden Schlussanträge.

[50] Vgl. Nr. 70 der vorliegenden Schlussanträge.

[51] Vgl. Nr. 97 der vorliegenden Schlussanträge.

Auftraggebers am Gesellschaftskapital dieses privaten Gesellschafters zu berücksichtigen ist, so dass dieser vom Vergabeverfahren ausgeschlossen ist, wenn die Berücksichtigung dieser mittelbaren Beteiligung zur Folge hat, dass der vom öffentlichen Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangte prozentuale Anteil der privaten Beteiligung nicht beachtet wird.

3. Würdigung

100. Da die in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung Bedingungen und Kriterien hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und/oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit darstellen, müssen diese mit dem Ziel des Vergabeverfahrens in Bezug und angemessenem Verhältnis stehen [52]. Gemäß Art. 30 der Richtlinie 2014/23 und Art. 18 der Richtlinie 2014/24 muss der öffentliche Auftraggeber diese Anforderungen unter Beachtung der Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung der Bieter sowie jener der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit anwenden.

101. Zum Ersten ist zu prüfen, ob es zwischen diesen Anforderungen und dem Gegenstand des Vergabeverfahrens einen Bezug gibt.

102. Nach der Logik der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen (Beteiligung der Stadt Rom in Höhe von 51 % und Beteiligung des privaten Gesellschafters in Höhe von 49 %) muss ein für die Auswahl in Frage kommender Bieter ein vom öffentlichen Auftraggeber unabhängiges Unternehmen sein. Denn wenn die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an der gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft mittels einer Kontrolle dieses Bieters (auch als Folge einer mittelbaren Beteiligung) größer wäre, würde dadurch die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte Aufteilung zwischen öffentlichem und privatem Kapital dieser Gesellschaft beeinträchtigt werden. Im Übrigen könnte eine solche Fallgestaltung dazu führen, dass die Rolle des privaten Partners und damit der effektive Einsatz der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und/oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters bis unter die vom öffentlichen Auftraggeber auf 49 % festgelegte Untergrenze begrenzt wird. Diese Anforderungen haben somit einen Bezug zum Gegenstand des Vergabeverfahrens.

103. Hinzu kommt, dass, soweit das Unionsrecht nach allgemeinen Grundsätzen einem Rückgriff auf ein einheitliches Verfahren im Zusammenhang mit einer IÖPP nicht entgegensteht [53], die Auslegung der zu berücksichtigenden Anforderung an das Vorliegen eines Bezugs zwischen den qualitativen Auswahlkriterien und dem Gegenstand des Vergabeverfahrens nicht zu einem Ausschluss der Verwendung dieser Form der Zusammenarbeit durch die öffentlichen Auftraggeber (einschließlich der Festlegung der Aufteilung zwischen öffentlichem und privatem Kapital der gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft durch den öffentlichen Auftraggeber) führen darf. Denn die Möglichkeit, sich für eine IÖPP zu entscheiden, ergibt sich aus der Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Art und Weise der Erbringung von Dienstleistungen, mit der die öffentlichen Auftraggeber ihre eigenen Interessen verfolgen [54].

[52] Vgl. Fn. 44.

[53] Vgl. Urteil Acoset (Rn. 63).

[54] Vgl. auch den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24, wonach „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“.

104. Was zum Zweiten die Verhältnismäßigkeit der Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung anbelangt, weise ich darauf hin, dass, zumindest wie ich das Vorabentscheidungsersuchen verstehe, diese Anforderungen nicht jeden Bieter, dessen Kapital aus öffentlichen Mitteln stammt, systematisch ausschließen [55]. Wenn man dagegen von der ursprünglichen Formulierung der ersten Vorlagefrage ausgeht, scheinen diese Anforderungen jede Form der mittelbaren Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital des privaten Gesellschafters zu erfassen.

105. Die mittelbare Beteiligung eines öffentlichen Auftraggebers am Kapital eines privaten Gesellschafters kann jedoch unterschiedlich gestaltet sein. Außerdem hängen seine Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten des privaten Gesellschafters von dessen Organisationsstruktur ab. Es ist deshalb zweifelhaft, ob jede mittelbare Beteiligung am Kapital des privaten Gesellschafters zu einer Begrenzung des effektiven Einsatzes der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und/oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters bis unter die vom öffentlichen Auftraggeber auf 49 % festgelegte Untergrenze führt.

106. Deshalb wird bei einer Berücksichtigung jeder mittelbaren Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital des privaten Gesellschafters der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt, wenn außer Acht gelassen wird, dass eine solche mittelbare Beteiligung nicht zwingend zu einer Begrenzung des effektiven Einsatzes der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und/oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit dieses privaten Gesellschafters bis unter die vom öffentlichen Auftraggeber auf 49 % festgelegte Untergrenze führt. Wenn sich nicht feststellen lässt, dass ein solcher Fall vorliegt, kann dieser am Vergabeverfahren teilnehmende private Gesellschafter aufgrund dieser mittelbaren Beteiligung nicht automatisch von der Ausschreibung ausgeschlossen werden.

107. Es ist nicht ersichtlich, ob der öffentliche Auftraggeber diese Prüfungen im vorliegenden Fall konkret vorgenommen hat. Wenn man jedoch die Kapitalstruktur der von der Ausschlussmaßnahme betroffenen Unternehmen betrachtet, ist es durchaus möglich, dass dies der Fall ist. Des Weiteren hat es den Anschein, dass die Vorlage zur Vorabentscheidung unter diesem Aspekt auf diese Maßnahme Bezug nimmt, soweit das vorlegende Gericht feststellt, dass, wenn „man den wesentlichen Gesichtspunkt berücksichtigt, nämlich die gesellschaftsrechtlichen Verbindungen von [Roma Multiservizi] und insbesondere den Umstand, dass [AMA] mit 51 % an diesem Unternehmen beteiligt ist und [AMA] zu 100 % von der Stadt Rom gehalten wird, … die [öffentliche und private] Beteiligung an der [zu gründenden] gemischten Gesellschaft *tatsächlich* 73,5 % bzw. [26,5 %] beträgt“. Schließlich gibt es keine Hinweise, dass sich die Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse und der Betriebsrisiken nicht an den Kapitalverhältnissen orientiert hat. Hat der öffentliche Auftraggeber an einem am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafter die Mehrheit der Anteile inne, erscheint es daher möglich, dass der effektive Einsatz der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und/oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit dieses privaten Gesellschafters auf unter die vom öffentlichen Auftraggeber auf 49 % festgelegte Untergrenze begrenzt wird.

108. Deshalb sind die Art. 30 und 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 oder gegebenenfalls die Art. 18 und 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 meines Erachtens dahin auszulegen, dass diese Bestimmungen dem entgegenstehen, dass zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Beteiligung eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters an der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft jede mittelbare Beteiligung des

[55] Vgl. Nr. 38 der vorliegenden Schlussanträge.

öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital dieses am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters zu berücksichtigen ist, so dass dieser automatisch von der Ausschreibung ausgeschlossen ist, wenn die Berücksichtigung dieser mittelbaren Beteiligung dazu führt, dass der prozentuale Anteil der vom öffentlichen Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangten privaten Beteiligung nicht eingehalten wird.

109. Dagegen stehen die Art. 30 und 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 oder gegebenenfalls die Art. 18 und 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 einer solchen Berücksichtigung nicht entgegen, wenn diese nicht automatisch erfolgt. Insbesondere schließen es diese Bestimmungen nicht aus, dass eine mittelbare Beteiligung berücksichtigt wird, wenn Prüfungen durch den öffentlichen Auftraggeber ergeben, dass diese Beteiligung darin besteht, dass die Mehrheit des Kapitals eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters von einem anderen Unternehmen gehalten wird, an dem wiederum der öffentliche Auftraggeber zu 100 % beteiligt ist, vorausgesetzt, die Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse und Risiken orientiert sich an den jeweiligen Anteilsverhältnissen dieses am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters und dieses Unternehmens.

110. Was die Beachtung der Verhältnismäßigkeit anbelangt, möchte ich der Vollständigkeit halber anmerken, dass die Kommission offensichtlich bezweifelt, dass der Ausschluss des Angebots von Rekeep und Roma Multiservizi mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, da nach ihrer Ansicht die Stadt Rom diesen Unternehmen gegebenenfalls den Nachweis hätte ermöglichen müssen, dass ihre mittelbare Beteiligung am Kapital von Roma Multiservizi zu keinen Interessenkonflikten geführt hat. Jedoch ist es nicht das vorrangige Ziel der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung, solche Risiken zu vermeiden. Hinzu kommt, dass gemäß den Richtlinien 2014/23 und 2014/24 ein Interessenkonflikt einen Ausschlussgrund darstellt und dass im Vorabentscheidungsersuchen auf diesen Umstand nicht Bezug genommen wird. Auch Art. 35 der Richtlinie 2014/23 und Art. 24 der Richtlinie 2014/24 werden darin nicht angeführt.

111. Was zum Dritten die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung anbetrifft, ist anzumerken, dass nach dem Vorbringen von Roma Multiservizi und Rekeep in ihren schriftlichen Erklärungen die Berücksichtigung der mittelbaren Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Kapital eines Bieters in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt wurde.

112. Das Vorabentscheidungsersuchen nimmt auf das Fehlen einer solchen Erwähnung in den Ausschreibungsunterlagen keinen Bezug. In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass die Stadt Rom in ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs darauf hinweist, dass gemäß dem Decreto legislativo Nr. 175, das offensichtlich Bestimmungen zu den Modalitäten der Anwendung der Richtlinien 2014/23 und 2014/24 enthält, ein öffentliches Unternehmen als ein Unternehmen definiert wird, auf das die öffentlichen Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Wie Rekeep in ihren Erklärungen ausführt, sieht dieses Decreto legislativo auch vor, dass, „wenn die geltenden Bestimmungen die Gründung von gemischten Gesellschaften zur Realisierung und Verwaltung eines öffentlichen Vorhabens oder zur Organisation und Durchführung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse zulassen, der private Gesellschafter mittels eines öffentlichen Vergabeverfahrens auszuwählen ist“. Im Umkehrschluss lässt sich deshalb feststellen, dass bei einer gemischt öffentlich-privaten Kapitalgesellschaft sich ein privater Gesellschafter nicht in einer Situation befinden kann, in der er unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf den öffentlichen Auftraggeber

ausübt. Jedoch kann eine mittelbare Beteiligung am Kapital eines privaten Gesellschafters, die zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses führt, nicht mit jeder möglichen mittelbaren Beteiligung am Kapital dieses privaten Gesellschafters gleichgesetzt werden.

113. Jedenfalls sind ausschließlich die nationalen Gerichte dafür zuständig, gegebenenfalls die Begründetheit dieses Vorbringens und dessen Erheblichkeit zum gegenwärtigen Stand des Ausgangsverfahrens zu prüfen.

114. Soweit das vorlegende Gericht Art. 30 der Richtlinie 2014/23 und Art. 18 der Richtlinie 2014/24 anführt, sind ihm jedoch sachdienliche Hinweise für eine Prüfung im Hinblick auf die in diesen Bestimmungen genannten Grundsätze zu geben.

115. Nach ständiger Rechtsprechung gebieten die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, die für alle Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, dass die materiell- und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren, insbesondere die Pflichten der Bieter, im Voraus eindeutig festgelegt und öffentlich bekannt gegeben werden, damit diese genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und damit sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten [56].

116. Zur Veranschaulichung ist hinsichtlich der Regelung in der Richtlinie 2014/24 allgemein festzustellen, dass Auftragsbekanntmachungen eine Liste und eine Kurzbeschreibung der die persönliche Lage der Wirtschaftsteilnehmer betreffenden Kriterien, die zu ihrem Ausschluss führen können, sowie der Eignungskriterien enthalten müssen [57].

117. In Weiterführung dieses Gedankengangs sind der Grundsatz der Gleichbehandlung und die Verpflichtung zur Transparenz dahin auszulegen, dass sie dem Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung entgegenstehen, die sich nicht ausdrücklich aus den Unterlagen dieses Verfahrens oder den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ergibt, sondern aus einer Auslegung dieser Rechtsvorschriften und dieser Unterlagen sowie der Schließung von Lücken in diesen Unterlagen durch die Behörden oder die nationalen Verwaltungsgerichte [58].

118. Da die mittelbare Beteiligung eines öffentlichen Auftraggebers am Kapital eines privaten Gesellschafters unterschiedlich ausgestaltet sein kann und sein Einfluss auf das Verhalten dieses privaten Gesellschafters von dessen Organisationsstruktur abhängt, ist meines Erachtens nicht zwingend davon auszugehen, dass jede Form einer mittelbaren Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers aufgrund der Nichtbeachtung der Anforderungen an die öffentliche und private Beteiligung automatisch zum Ausschluss eines Bieters von einer Ausschreibung führen muss. Eine solche Auslegung der nationalen Regelung oder der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich offensichtlich nicht mit hinreichender Evidenz.

119. Unbeschadet der vorstehenden ergänzenden Anmerkungen zur Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung halte ich an meinem in Nr. 108 der vorliegenden Schlussanträge vorgebrachten Standpunkt zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit fest.

[56] Vgl. Urteil vom 17. Mai 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[57] Vgl. Art. 49 und Anhang V Teil C Nr. 11 Buchst. c der Richtlinie 2014/24.

[58] Vgl. Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 51).

VI. Ergebnis

120. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) wie folgt zu antworten:

Die Art. 30 und 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe oder gegebenenfalls die Art. 18 und 58 Abs. 1 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 sind dahin auszulegen, dass diese Bestimmungen dem entgegenstehen, dass zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Beteiligung eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters an der zu gründenden gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft jede mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Gesellschaftskapital dieses am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters zu berücksichtigen ist, so dass dieser automatisch von der Ausschreibung ausgeschlossen ist, wenn die Berücksichtigung dieser mittelbaren Beteiligung dazu führt, dass der vom öffentlichen Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangte prozentuale Anteil der privaten Beteiligung nicht eingehalten wird.

Dagegen stehen die Art. 30 und 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 oder gegebenenfalls die Art. 18 und 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 einer solchen Berücksichtigung nicht entgegen, wenn diese nicht automatisch erfolgt. Insbesondere schließen es diese Bestimmungen nicht aus, dass eine mittelbare Beteiligung berücksichtigt wird, wenn Prüfungen durch den öffentlichen Auftraggeber ergeben, dass diese Beteiligung darin besteht, dass die Mehrheit des Kapitals eines am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters von einem anderen Unternehmen gehalten wird, an dem wiederum der öffentliche Auftraggeber zu 100 % beteiligt ist, vorausgesetzt, die Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse und Risiken orientiert sich an den jeweiligen Anteilsverhältnissen dieses am Vergabeverfahren teilnehmenden privaten Gesellschafters und dieses Unternehmens.