URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

11. Mai 2006 *

In der Rechtssache C-340/04

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) mit Entscheidung vom 27. Mai 2004, beim Gerichtshof eingegangen am 9. August 2004, in dem Verfahren

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

gegen

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

unterstützt durch

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Verfahrenssprache: Italienisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann, des Richters K. Schiemann, der Richterin N. Colneric sowie der Richter J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter) und E. Levits,

Generalanwältin: C. Stix-Hackl,

Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2005,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Carbotermo SpA, vertreten durch A. Sansone und P. Sansone, avvocati,

— des Consorzio Alisei zusammen mit der AGESI, vertreten durch B. Becchi und L. Grillo, avvocati,

— der Comune di Busto Arsizio, vertreten durch C. Caputo, avvocato,

— der AGESP SpA, vertreten durch A. Sciumè und D. Tassan Mazzocco, avvocati,

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

— der deutschen Regierung, vertreten durch W.-D. Plessing als Bevollmächtigten,

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

— der polnischen Regierung, vertreten durch T. Nowakowski als Bevollmächtigten,

— der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch M. Hoskins als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis und D. Recchia als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 12. Januar 2006

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen den Unternehmen Carbotermo SpA und Consorzio Alisei einerseits und der Comune di Busto Arsizio (im Folgenden: Gemeinde Busto Arsizio) und dem Unternehmen AGESP SpA andererseits über die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Brennstoffen sowie über die Wartung der Heizungsanlagen in den Gebäuden dieser Gemeinde sowie ihre Anpassung an normative und technische Standards an das letztgenannte Unternehmen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Artikel 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 93/36 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Lieferaufträge* die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren. Diese Lieferung kann auch Nebenarbeiten wie das Verlegen und Anbringen umfassen;

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

...“

4 Artikel 6 der Richtlinie sieht vor:

„(1) Für die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die [offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren] in den nachstehenden Fällen an.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren vergeben, wenn ...

(3) Die öffentlichen Auftraggeber können in folgenden Fällen Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben:

...

(4) In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Lieferaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren."

5 Artikel 1 Absatz 3 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) sieht vor:

„Im Sinne dieser Richtlinie sind:

...

3. *verbundenes Unternehmen:* jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß der Siebenten Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 — gestützt auf Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages — über den konsolidierten Abschluss [ABl. L 193, S. 1] mit demjenigen des Auftraggebers konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, die nicht unter diese Richtlinie fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss im Sinne der Nummer 2 ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften".

6 Artikel 13 derselben Richtlinie bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungsaufträge,

a) die ein Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt;

b) die ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber zur Durchführung von Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber oder an ein Unternehmen vergibt, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist,

sofern mindestens 80 % des von diesem Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Gemeinschaft erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen.

Werden die gleiche Dienstleistung oder gleichartige Dienstleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen erbracht, ist der Gesamtumsatz in der Gemeinschaft zu berücksichtigen, der sich für diese Unternehmen aus der Erbringung von Dienstleistungen ergibt.

(2) Die Auftraggeber teilen der Kommission auf deren Verlangen folgende Auskünfte bezüglich der Anwendung von Absatz 1 mit:

— Namen der betreffenden Unternehmen;

— Art und Wert der jeweiligen Dienstleistungsaufträge;

— Angaben, die nach Auffassung der Kommission erforderlich sind, um zu belegen, dass die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmen, an das die Aufträge vergeben werden, den Anforderungen dieses Artikels genügen."

Italienisches Recht

7 Mit Urteil Nr. 5316 vom 18. September 2003 hat der Consiglio di Stato entschieden, dass eine Gebietskörperschaft einen Lieferauftrag ohne Ausschreibung an einen Lieferanten vergeben könne, wenn sie über diesen Lieferanten eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe und wenn der Lieferant seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichte, die ihn kontrolliere.

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

8 Die Carbotermo SpA ist ein Unternehmen, das sich auf Aufträge über die Lieferung von Energie und den Betrieb von Heizungen für öffentlich-rechtliche wie private Kunden spezialisiert hat.

9 Das Consorzio Alisei ist ein Unternehmen, das Energieprodukte liefert und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Klimatisierung und Beheizung von Gebäuden erbringt.

10 Die AGESP Holding SpA (im Folgenden: AGESP Holding) ist eine Aktiengesellschaft, die aus der am 24. September 1997 beschlossenen Umwandlung der Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, einem besonderen Unternehmen der Gemeinde Busto Arsizio, entstanden ist. Das Grundkapital der AGESP Holding wird gegenwärtig zu 99,98 % von der Gemeinde Busto Arsizio gehalten. Bei den anderen Aktionären handelt es sich um die Gemeinden Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate und Olgiate Olona, die jeweils eine Aktie halten.

11 Nach Artikel 2 ihrer Satzung umfasst der Zweck der AGESP Holding den Betrieb gemeinnütziger Dienste in den Bereichen Gas, Wasser, Umwelthygiene, Verkehr, Parkplätze, öffentliche Bäder, Apotheken, elektrische Energie und Heizung, Bestattungsdienste sowie Verkehrsbeschilderung.

12 Artikel 6 dieser Satzung sieht vor:

„... die Mehrheit der Aktien [ist] der Gemeinde Busto Arsizio vorbehalten.

...

Neben der Gemeinde Busto Arsizio können sich an der Gesellschaft beteiligen: andere lokale Gebietskörperschaften (Provinzen, Gemeinden und ihre Verbände), Wirtschafts- und Finanzeinrichtungen, Gebiets- und Sachverbände sowie private Staatsbürger, die sich zu den Zielen der Satzung bekennen ... "

13 Artikel 7 derselben Satzung bestimmt:

„Kein privater Gesellschafter kann mehr als 10 % des Gesamtkapitals der Gesellschaft halten ...".

14 Nach Artikel 18 ihrer Satzung wird die AGESP Holding durch einen Verwaltungsrat geleitet.

15 Artikel 26 der Satzung lautet:

„Der Verwaltungsrat verfügt über umfassende Befugnisse zur ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft und kann alle Handlungen vornehmen, die er zur Durchführung und Verwirklichung des Gesellschaftszwecks für erforderlich hält; davon ausgenommen sind allein die Handlungen, die durch Gesetz oder die Satzung ausdrücklich der Versammlung vorbehalten sind ..."

16 Die AGESP SpA ist eine Aktiengesellschaft, die am 12. Juli 2000 von der AGESP Holding gegründet wurde und deren Kapital gegenwärtig zu 100 % von der AGESP Holding gehalten wird.

17 Nach Artikel 3 ihrer Satzung in der geänderten Fassung, mit der der Zweck der Gesellschaft erweitert wurde und die vor dem vorlegenden Gericht vorgelegt wurde, hat die AGESP SpA als Gesellschaftszweck die Ausübung von Tätigkeiten im Zusammenhang mit gemeinnützigen Dienstleistungen in den Bereichen Gas, Wasser, Umwelthygiene, Verkehr, Parkplätze, elektrische Energie, Heizung, Klimatisierung, Datenverarbeitung, Telekommunikation, Verwaltung des Untergrunds, Beleuchtung sowie die Erbringung anderer Dienstleistungen an verbundene Gesellschaften.

18 Artikel 7 der Satzung der AGESP SpA sieht vor:

„Mit Ausnahme der AGESP Holding SpA als Mehrheitsaktionär kann kein Gesellschafter mehr als ein Zehntel des Gesamtkapitals der Gesellschaft halten ..."

19 Nach Artikel 17 der Satzung wird die AGESP SpA durch einen Rat geleitet.

20 Dazu bestimmt Artikel 19 der Satzung:

„Der Rat hat umfassende und unbegrenzte Befugnisse zur Wahrnehmung der ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft ..."

21 Am 22. September 2003 veröffentlichte die Gemeinde Busto Arsizio eine Ausschreibung über die Lieferung von Brennstoff sowie die Wartung der Heizungsanlagen der Gemeindegebäude und ihre Anpassung an normative und technische Standards. Der auf einen Umfang von 8 450 000 EUR zuzüglich Mehrwertsteuer veranschlagte Auftrag umfasste die Lieferung von Brennstoffen (darunter 4/5 Heizöl und 1/5 Methan) für 5 700 000 EUR, die Wartung der Heizungsanlagen für 1 000 000 EUR und die Anpassung an normative und technische Standards für 1 750 000 EUR.

22 Die Carbotermo SpA legte am 22. November 2003 ein Angebot vor. Das Consorzio Alisei bereitete ein Angebot vor, ohne es innerhalb der festgesetzten Frist vorzulegen.

23 Am 21. November 2003 beschloss die Gemeinde Busto Arsizio angesichts des in Randnummer 7 dieses Urteils angeführten Urteils Nr. 5316 des Consiglio di Stato vom 18. September 2003, das Ausschreibungsverfahren bis zum 10. Dezember 2003 auszusetzen.

24 Mit Entscheidung vom 10. Dezember 2003 zog die Gemeinde Busto Arsizio die Ausschreibung zurück, wobei sie sich die Möglichkeit vorbehielt, den Auftrag zu einem späteren Zeitpunkt direkt an die AGESP SpA zu vergeben.

25 Mit Entscheidung vom 18. Dezember 2003 vergab die Gemeinde Busto Arsizio den fraglichen Auftrag direkt an die AGESP SpA. Diese Entscheidung beruhte auf der Erwägung, dass bei der AGESP SpA die beiden in der Gemeinschaftsrechtsprechung und in der nationalen Rechtsprechung für die Vergabe öffentlicher Aufträge ohne Ausschreibung aufgestellten Bedingungen erfüllt seien, dass nämlich die Gebietskörperschaft über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübe und dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die ihn kontrollierende Körperschaft verrichte. In der Einleitung dieser Entscheidung wird zum einen ausgeführt, dass sich ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der AGESP SpA und der Gemeinde Busto Arsizio daraus ergebe, dass diese 99,98 % des Kapitals an der AGESP Holding halte, die wiederum 100 % des Kapitals an der AGESP SpA halte. Zum anderen heißt es in dieser Einleitung, dass sich der wesentliche Teil des Umsatzes der AGESP SpA aus Tätigkeiten ergebe, die ihr mit direkt von der Gemeinde Busto Arsizio erteilten Aufträgen übertragen worden seien.

26 Mit Bekanntmachung vom 23. Januar 2004 forderte die AGESP SpA im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens zur Abgabe von Angeboten über die entsprechende Lieferung von Heizöl auf und erteilte den Auftrag am 27. Februar 2004 an das Unternehmen Pezzoli Petroli srl. Am 28. April, am 18. Mai, am 30. Juni und am 2. September 2004 erteilte die AGESP SpA anderen Unternehmen Aufträge über die Umstellung auf Methan, die Anpassung an technische und normative Standards und die Erstellung eines Kontroll- und Fernsteuerungssystems für die Heizungsanlagen in verschiedenen Gemeindegebäuden. Zu den Unternehmen, an die diese Aufträge vergeben wurden, gehörten weder die Carbotermo SpA noch das Consorzio Alisei.

27 Die Carbotermo SpA und das Consorzio Alisei klagten beim Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia gegen die Entscheidungen über die Aussetzung der Ausschreibung und die Vergabe des in Rede stehenden Auftrags an die AGESP SpA.

28 Vor diesem Gericht machen die beiden Unternehmen geltend, dass die Voraussetzungen, unter denen die Richtlinie 93/36 außer Anwendung bleiben könne, im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Zum einen werde die AGESP SpA nicht von der Gemeinde Busto Arsizio kontrolliert, weil diese ihren Anteil an der AGESP SpA nur über eine Holdinggesellschaft halte, an der sie zu 99,98 % beteiligt sei, und weil die

AGESP SpA die volle Autonomie einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft behalte. Zum anderen verrichte die AGESP SpA ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen für die Gemeinde Busto Arsizio, da sie mit dieser deutlich weniger als 80 % ihres Umsatzes tätige, was analog zu Artikel 13 der Richtlinie 93/98 als Kriterium heranzuziehen sei.

29 Die Gemeinde Busto Arsizio und die AGESP SpA entgegnen, dass die Direktvergabe im vorliegenden Fall zulässig gewesen sei, da die AGESP SpA aufgrund der Beteiligung der Gemeinde Busto Arsizio an ihrem Kapital von dieser kontrolliert werde und ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese Gemeinde verrichte. Dazu trägt die AGESP SpA vor, dass mehr als 28 % des von ihr im Gemeindegebiet Busto Arsizio erzielten Umsatzes in direkt gegenüber der Gemeinde erbrachten Leistungen bestehe und dass der von ihr im Gebiet dieser Gemeinde erzielte Umsatz 65,59 % ihres Gesamtumsatzes ausmache.

30 Unter diesen Umständen hat das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die unmittelbare Vergabe des Auftrags über die Lieferung von Brennstoffen und Wärme für Heizungsanlagen, die im Eigentum der Gemeinde stehen oder für die diese zuständig ist, und über deren Betrieb, Leitung und Wartung (bei Überwiegen des Wertes der Lieferung) an eine Aktiengesellschaft, deren Grundkapital gegenwärtig vollständig von einer anderen Aktiengesellschaft gehalten wird, deren Mehrheitsgesellschafter (zu 99,98 %) die den Auftrag vergebende Gemeinde ist, oder an eine Gesellschaft (AGESP), deren Anteile nicht unmittelbar von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, sondern von einer anderen Gesellschaft (AGESP Holding) gehalten werden, deren Grundkapital sich gegenwärtig zu 99,98 % im Besitz der öffentlichen Verwaltung befindet, mit der Richtlinie 93/36 vereinbar?

2. Ist die Erfüllung des Erfordernisses, dass das Unternehmen, an das der Lieferauftrag unmittelbar vergeben wird, seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Einrichtung verrichtet, von der es kontrolliert wird, unter Anwendung von Artikel 13 der Richtlinie 93/38 festzustellen, und kann es dann als erfüllt angesehen werden, wenn dieses Unternehmen seine Einkünfte überwiegend von der kontrollierenden öffentlichen Einrichtung erzielt oder in deren Gebiet erzielt?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

31 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass ein Auftrag, der sich zugleich auf Waren im Sinne der Richtlinie 93/36 und auf Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) bezieht, unter die Richtlinie 93/36 fällt, wenn der Wert der betreffenden Waren denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Dienstleistungen übersteigt (Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 38). Ein Auftrag wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, bei dem der Wert der Waren denjenigen der von dem Auftrag erfassten Dienstleistungen übersteigt, fällt daher, wie es das vorlegende Gericht im Übrigen festgestellt hat, unter die Richtlinie 93/36.

32 Das Vorliegen eines Vertrages im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 setzt voraus, dass eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen getroffen wurde (Urteil Teckal, Randnr. 49).

33 Nach Artikel 1 Buchstabe a dieser Richtlinie genügt es grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser

verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben (Urteil Teckal, Randnr. 50).

34 Aus der Vorlageentscheidung und aus den Akten geht hervor, dass der öffentliche Auftraggeber gegenwärtig 99,98 % des Kapitals der AGESP Holding hält, wobei die verbleibenden 0,02 % von anderen Gebietskörperschaften gehalten werden. Nach der Satzung der AGESP Holding können sich private Aktionäre am Kapital dieser Gesellschaft beteiligen, wobei zwei Vorbehalte gelten: Zum einen ist der Gemeinde Busto Arsizio die Anteilsmehrheit vorbehalten, und zum anderen kann kein privater Aktionär mehr als zehn Prozent des Kapitals dieser Gesellschaft halten.

35 Die AGESP Holding wiederum hält gegenwärtig 100 % des Kapitals der AGESP SpA. Nach deren Satzung können sich am Kapital dieser Gesellschaft private Aktionäre unter dem einzigen Vorbehalt beteiligen, dass kein Anteilseigner, die AGESP Holding ausgenommen, mehr als ein Zehntel des Kapitals dieser Gesellschaft halten darf.

36 Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben wird, einer Kontrolle unterworfen ist, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. Urteil vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612, Randnr. 65).

37 Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, deutet — ohne entscheidend zu sein — darauf hin, dass er im Sinne der Randnummer 50 des Urteils Teckal über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.

38 Aus den Akten der Rechtssache ergibt sich, dass den Verwaltungsräten der AGESP Holding und der AGESP SpA nach deren jeweiligen Satzungen umfassende Befugnisse zur ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft zukommen. Diese Satzungen behalten der Gemeinde Busto Arsizio keine Kontrollbefugnis und kein besonderes Stimmrecht vor, um die diesen Verwaltungsräten eingeräumte Handlungsfreiheit zu begrenzen. Die von der Gemeinde Busto Arsizio über diese beiden Gesellschaften ausgeübte Kontrolle besteht im Wesentlichen in dem Umfang, den das Gesellschaftsrecht der Gesellschaftermehrheit einräumt, was ihre Befugnis zur Beeinflussung der Entscheidungen dieser Gesellschaften erheblich beschränkt.

39 Außerdem wird der eventuelle Einfluss der Gemeinde Busto Arsizio auf die Entscheidungen der AGESP SpA mittels einer Holdinggesellschaft ausgeübt. Die Einschaltung eines solchen Mittlers kann je nach den Umständen des Einzelfalls die Kontrolle schwächen, die der öffentliche Auftraggeber allein aufgrund seiner Kapitalbeteiligung an einer Aktiengesellschaft möglicherweise über diese ausübt.

40 Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber unter derartigen Umständen — vorbehaltlich ihrer Überprüfung durch den Richter im Ausgangsverfahren — über die Gesellschaft, an die der fragliche öffentliche Auftrag vergeben wurde, keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.

41 Artikel 6 der Richtlinie 93/36 schreibt den öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags den Rückgriff auf das offene oder das nicht

offene Verfahren vor, sofern der Auftrag nicht zu einem der in Artikel 6 Absätze 2 und 3 abschließend aufgezählten Ausnahmefälle gehört. Aus der Vorlageentscheidung geht nicht hervor, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag von einem dieser Fälle erfasst würde.

42 Folglich steht die Richtlinie 93/36 der Direktvergabe eines öffentlichen Auftrags unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens entgegen.

43 Die italienische Regierung hält dem entgegen, dass der Umstand, dass die AGESP SpA zum Erwerb des fraglichen Heizöls auf ein öffentliches Ausschreibungsverfahren zurückgreifen müsse, belege, dass die Gemeinde Busto Arsizio, die AGESP Holding und die AGESP SpA gemeinsam als eine einheitliche „Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 anzusehen seien, die öffentliche Lieferaufträge entsprechend den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorschriften vergeben müsse.

44 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Zum einen fällt die Gemeinde Busto Arsizio unter den Begriff der Gebietskörperschaft und nicht unter den der Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne dieser Vorschrift. Zum anderen haben die Gemeinde Busto Arsizio, die AGESP Holding und die AGESP SpA jeweils ihre eigene Rechtspersönlichkeit.

45 Im Übrigen sind, wie der Gerichtshof in Randnummer 43 des Urteils Teckal ausgeführt hat, von der Anwendung der Richtlinie 93/36 nur die Ausnahmen zulässig, die in ihr selbst ausdrücklich und abschließend aufgeführt sind.

46 Die Richtlinie 93/36 enthält aber keine Bestimmung, die Artikel 6 der Richtlinie 92/50 entspräche, der öffentliche Aufträge, die unter bestimmten Umständen an öffentliche Auftraggeber vergeben werden, von der Anwendung der Richtlinie ausschließt (Urteil Teckal, Randnr. 44).

47 Folglich ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Richtlinie 93/36 der Direktvergabe eines Liefer- und Dienstleistungsauftrags, bei dem der Wert der Lieferungen überwiegt, an eine Aktiengesellschaft entgegensteht, deren Verwaltungsrat über weite Leitungsbefugnisse verfügt, die er autonom ausüben kann, und deren Kapital gegenwärtig vollständig von einer anderen Aktiengesellschaft gehalten wird, deren Mehrheitsaktionär der öffentliche Auftraggeber ist.

Zur zweiten Frage

48 Die zweite Frage umfasst zwei Teile.

49 Zum einen möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 13 der Richtlinie 93/38 anzuwenden ist, um die Voraussetzung zu beurteilen, wonach das Unternehmen, an das ein Lieferauftrag direkt vergeben wurde, seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichten muss, die seine Anteile innehat. Zum anderen fragt es, ob diese Voraussetzung als erfüllt angesehen werden kann, wenn ein derartiges Unternehmen seinen Umsatz im Wesentlichen mit der öffentlichen Körperschaft, die seine Anteile innehat, oder im Gebiet dieser Körperschaft erzielt.

Erster Teil der zweiten Frage

50 Aus der Vorlageentscheidung ergibt sich, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag unter die Richtlinie 93/36 fällt.

51 Es geht daher um die Frage, ob die in Artikel 13 der Richtlinie 93/38 vorgesehene Ausnahme im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/36 analog anzuwenden ist.

52 Die in dem genannten Artikel 13 vorgesehene Ausnahme gilt nur für Dienstleistungsaufträge, nicht für Lieferaufträge.

53 Artikel 13 der Richtlinie 93/38 bezieht sich auf Handelnde, insbesondere gemeinsame Unternehmen und Unternehmen mit konsolidierten Jahresbilanzen, deren Funktionsweisen von denjenigen der in der Richtlinie 93/36 bezeichneten öffentlichen Auftraggeber abweichen.

54 Im Übrigen sieht dieser Artikel einen Mechanismus der Mitteilung an die Kommission vor, der sich mangels einer Rechtsgrundlage nicht auf die Richtlinie 93/36 übertragen lässt.

55 Da Ausnahmen strikt auszulegen sind, folgt daraus, dass eine erweiterte Anwendung des Artikels 13 der Richtlinie 93/38 im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/36 nicht möglich ist.

56 Diese Schlussfolgerung wird dadurch bestätigt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Umgestaltung der Richtlinien über öffentliche Aufträge im Jahr 2004 die genannte Ausnahme zwar in Artikel 23 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1) beibehalten hat, in die Richtlinie 2004/18, die an die Stelle der Richtlinie 93/36 getreten ist, aber keine analoge Ausnahme aufgenommen hat.

57 Nach alledem ist auf den ersten Teil der zweiten Frage zu antworten, dass die Voraussetzung für die Unanwendbarkeit der Richtlinie 93/36, dass das Unternehmen, an das ein Lieferauftrag direkt vergeben wurde, seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, nicht anhand von Artikel 13 der Richtlinie 93/38 zu beurteilen ist.

Zweiter Teil der zweiten Frage

58 Das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1, Randnr. 44).

59 Mit den Voraussetzungen, die im Urteil Teckal dafür aufgestellt worden sind, dass die Richtlinie auf zwischen einer Gebietskörperschaft und einer von ihr rechtlich verschiedenen Person geschlossene Verträge nicht anzuwenden ist, dass nämlich die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben, wird insbesondere das Ziel verfolgt, eine Verfälschung des Wettbewerbs zu vermeiden.

60 Das Erfordernis, dass die fragliche Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, soll insbesondere sicherstellen, dass die Richtlinie 93/36 anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann.

61 Denn einem Unternehmen fehlt es nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit, weil die es betreffenden Entscheidungen von der Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat, sofern es noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann.

62 Zusätzlich müssen die Leistungen dieses Unternehmens im Wesentlichen nur für diese Körperschaft erbracht werden. Innerhalb solcher Grenzen ist es gerechtfertigt, dass das Unternehmen nicht den Zwängen der Richtlinie 93/36 unterliegt, da diese durch das Anliegen der Bewahrung eines Wettbewerbs diktiert werden, für das es in dem entsprechenden Fall keinen Grund mehr gibt.

63 In Anwendung dieser Grundsätze lässt sich nur dann im Sinne des Urteils Teckal annehmen, dass das fragliche Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, wenn das Unternehmen hauptsächlich für diese Körperschaft tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist.

64 Um zu beurteilen, ob dies der Fall ist, muss der zuständige Richter alle — qualitativen wie quantitativen — Umstände des Einzelfalls berücksichtigen.

65 Was die Frage anbelangt, ob in diesem Kontext allein der mit der kontrollierenden Körperschaft oder der im Gebiet dieser Körperschaft erzielte Umsatz zu berücksichtigen ist, so ist der Umsatz ausschlaggebend, den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft erzielt, und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird.

66 Zu berücksichtigen sind nämlich alle Tätigkeiten, die ein Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten — sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen — von Bedeutung wäre.

67 Es kommt nicht darauf an, wer das betreffenden Unternehmen vergütet, sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden. Es spielt auch keine Rolle, in welchem Gebiet die genannten Leistungen erbracht werden.

68 Da das Kapital des auftragnehmenden Unternehmens im Ausgangsverfahren indirekt von mehreren Körperschaften gehalten wird, kann es auf die Prüfung der Frage ankommen, ob es sich bei der zu berücksichtigenden Tätigkeit um die handelt, die das auftragnehmende Unternehmen für alle diese Körperschaften, die seine Anteile innehaben, verrichtet oder nur um die, die es für die Körperschaft verrichtet, die im vorliegenden Fall als öffentlicher Auftraggeber auftritt.

69 Dazu hat der Gerichtshof ausgeführt, dass das fragliche Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für „die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften [verrichten muss], die [seine] Anteile innehaben" (Urteil Teckal, Randnr. 50). Er hat somit die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass die vorgesehene Ausnahme nicht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Anteile an einem derartigen Unternehmen von einer einzigen Körperschaft gehalten werden, sondern auch dann, wenn sie von mehreren Körperschaften gehalten werden.

70 Wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden, so kann die Voraussetzung hinsichtlich der wesentlichen Ausrichtung seiner Tätigkeit erfüllt sein, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet.

71 Folglich ist bei einem Unternehmen, dessen Anteile von mehreren Körperschaften gehalten werden, auf die Tätigkeit abzustellen, die es für alle diese Körperschaften verrichtet.

72 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der zweite Teil der zweiten Frage dahin zu beantworten ist, dass für die im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36 vorzunehmende Beurteilung, ob ein Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, alle Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die dieses Unternehmen aufgrund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet — sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen —, und ohne dass es darauf ankäme, in welchem Gebiet diese Tätigkeit ausgeübt wird.

Kosten

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

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

1. **Die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge steht der Direktvergabe eines Liefer- und Dienstleistungsauftrags, bei dem der Wert der Lieferungen überwiegt, an eine Aktiengesellschaft entgegen,**

deren Verwaltungsrat über weite Leitungsbefugnisse verfügt, die er autonom ausüben kann, und deren Kapital gegenwärtig vollständig von einer anderen Aktiengesellschaft gehalten wird, deren Mehrheitsaktionär der öffentliche Auftraggeber ist.

2. **Die Voraussetzung für die Unanwendbarkeit der Richtlinie 93/36, dass das Unternehmen, an das ein Lieferauftrag direkt vergeben wurde, seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, ist nicht anhand von Artikel 13 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 zu beurteilen.**

3. **Für die im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36 vorzunehmende Beurteilung, ob ein Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, sind alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die dieses Unternehmen aufgrund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet — sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen —, und ohne dass es darauf ankäme, in welchem Gebiet diese Tätigkeit ausgeübt wird.**

Unterschriften.