

Gericht:	Gerichtshof
Entscheidungsdatum:	01.08.2022
Aktenzeichen:	C-332/20
ECLI:	ECLI:EU:C:2022:610
Dokumenttyp:	Urteil
Verfahren:	Vorabentscheidung - Unzulässig; Vorabentscheidung
Quelle:	
Normen:	EGVtr Art 49 : N 38 , EGVtr Art 56 : N 38 , EGVtr Art 107 : N 1 41 44 46 , EGV 1370/2007 : N 68 69, EGRL 81/2009 : N 14 ... mehr
Zitiervorschlag:	EuGH, Urteil vom 01.08.2022, C-332/20, Celex-Nr. 62020CJ0332

Urteil des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 1. August 2022.; Roma Multiservizi spa und Rekeep spa gegen Roma Capitale und Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.; Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato.; Vorlage zur Vorabentscheidung - Öffentliche Aufträge - Konzessionsverträge - Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft - Betrauung dieser Gesellschaft mit der Verwaltung der ‚gesamten Schulhilfsdienste‘ - Auswahl des privaten Mitgesellschafters durch eine öffentliche Ausschreibung - Richtlinie 2014/23/EU - Art. 38 - Richtlinie 2014/24/EU - Art. 58 - Anwendbarkeit - Kriterien für eine In-house-Vergabe - Erforderliche Mindestbeteiligung des privaten Mitgesellschafters an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft - Mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an dem privaten Mitgesellschafter - Auswahlkriterien.; Rechtssache C-332/20.

Links zu EUR-Lex (Sprachfassungen und Formate)

Deutsch	Englisch	Französisch
HTML	HTML nicht verfügbar	HTML
PDF	PDF nicht verfügbar	PDF

Verbindliche Sprache:

Italienisch

Daten:

des Dokuments: 01/08/2022

des Antrags: 22/07/2020

Sachgebiet:

Freier Dienstleistungsverkehr, Staatliche Beihilfen, Wettbewerb, Niederlassungsrecht, Angleichung der Rechtsvorschriften

Verfahren:

Verfahrensart:

Vorabentscheidung - Unzulässig, Vorabentscheidung

Erklärungen:

EU-Institutionen und -Einrichtungen, Europäische Kommission

Nationalitäten der Parteien:

Italien

Berichterstatter:

Lycourgos

Generalanwalt:

Szpunar

Nationales Gericht:

Lehrmeinung:

1. Tribout, Julien: Marchés publics - Participation indirecte du pouvoir adjudicateur au capital de l'associé, Europe 2022, n° 10 octobre, comm. 333 (FR)

Text

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

1. August 2022 (*1)

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Konzessionsverträge – Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft – Betrauung dieser Gesellschaft mit der Verwaltung der ‚gesamten Schulhilfsdienste‘ – Auswahl des privaten Mitgesellschafters durch eine öffentliche Ausschreibung – Richtlinie 2014/23/EU – Art. 38 – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 58 – Anwendbarkeit – Kriterien für eine Inhouse-Vergabe – Erforderliche Mindestbeteiligung des privaten Mitgesellschafters an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft – Mittelbare Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an dem privaten Mitgesellschafter – Auswahlkriterien“

In der Rechtssache C-332/20

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidung vom 13. Februar 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 22. Juli 2020, in dem Verfahren

Roma Multiservizi SpA,

Rekeep SpA

gegen

Roma Capitale,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

Beteiligte:

Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS),

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. Lycourgos (Berichterstatter), der Richter S. Rodin und J.-C. Bonichot sowie der Richterinnen L. S. Rossi und O. Spineanu-Matei,

Generalanwalt: M. Szpunar,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Roma Multiservizi SpA, vertreten durch F. Baglivo, T. Frosini, P. Leozappa, D. Lipani und F. Sbrana, Avvocati,
- der Rekeep SpA, vertreten durch A. Lirosi, M. Martinelli, G. Vercillo und A. Zoppini, Avvocati,
- von Roma Capitale, vertreten durch L. D'Ottavi, Avvocato,
- der Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS), vertreten durch F. Cintioli, G. Notarnicola und A. Police, Avvocati,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Gattinara, P. Ondrůšek und K. Talabér-Ritz als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 24. Februar 2022

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 30 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1), in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2366 der Kommission vom 18. Dezember 2017 (ABl. 2017, L 337, S. 21) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2014/23) und der Art. 12 und 18 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65) in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365

der Kommission vom 18. Dezember 2017 (ABl. 2017, L 337, S. 19) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2014/24), jeweils in Verbindung mit Art. 107 AEUV.

- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Roma Multiservizi SpA und der Rekeep SpA einerseits und Roma Capitale (Stadt Rom, Italien) und der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, Italien) andererseits wegen der Entscheidung der Stadt Rom, das geplante Konsortium Roma Multiservizi und Rekeep von dem Verfahren zur Vergabe eines Vertrags auszuschließen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2014/23

- 3 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.“

- 4 Art. 5 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. ‚Konzession‘ eine Bau- oder Dienstleistungskonzession im Sinne der Buchstaben a und b:

...

- b) ‚Dienstleistungskonzession‘ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Mit der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession geht auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen,

wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind;

...“

5 Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5548000 [Euro] beträgt.“

6 Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt nicht für Konzessionen, die im Bereich der Luftverkehrsdienste auf der Grundlage der Erteilung einer Betriebsgenehmigung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates [vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (ABl. 2008, L 293, S. 3)] oder für Konzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. 2007, L 315, S. 1)] vergeben werden.“

7 Art. 17 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„(1) Eine von einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebene Konzession fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber oder von anderen von demselben öffentlichen Auftraggeber oder demselben Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut wurden, und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Bei einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Diese Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

...

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt, und
- c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

...“

8 Art. 19 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„Konzessionen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen oder anderer in Anhang IV genannter besonderer Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, unterliegen ausschließlich den aus Artikel 31 Absatz 3 und aus den Artikeln 32, 46 und 47 erwachsenden Verpflichtungen.“

9 Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, werden gemäß den für diejenige Konzessionsart geltenden Bestimmungen vergeben, die den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrags darstellt.“

Im Fall gemischter Konzessionen, die zum Teil aus den in Anhang IV aufgeführten sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen und zum Teil aus anderen Dienstleistungen bestehen, wird der Hauptgegenstand danach bestimmt, welcher der geschätzten Werte der jeweiligen Dienstleistungen höher ist.“

10 Art. 30 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

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

...“

11 Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„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.“

Richtlinie 2014/24

12 Im 32. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 heißt es:

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

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

am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern schließt daher die Vergabe öffentlicher Aufträge an die kontrollierte juristische Person ohne die Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren nicht aus, da solche Beteiligungen den Wettbewerb zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht nachteilig beeinflussen.

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

13 Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

9. ‚öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen, bei denen es sich nicht um die in Nummer 6 genannten handelt;

...“

14 Art. 3 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(1) Absatz 2 betrifft gemischte Aufträge, die die Vergabe verschiedener Arten öffentlicher Aufträge zum Gegenstand haben, die alle unter diese Richtlinie fallen.

Die Absätze 3 bis 5 betreffen gemischte Aufträge, die die Vergabe öffentlicher Aufträge, die unter diese Richtlinie fallen, sowie die Vergabe öffentlicher Aufträge, die unter andere rechtliche Regelungen fallen, zum Gegenstand haben.

(2) Aufträge, die die Vergabe von zwei oder mehr Arten öffentlicher Aufträge zum Gegenstand haben (Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen), werden gemäß den Bestimmungen für die Art von Beschaffungen vergeben, die dem Hauptgegenstand des betreffenden Auftrags zuzuordnen ist.

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.

(3) Sind die verschiedenen Teile eines bestimmten Auftrags objektiv trennbar, so findet Absatz 4 Anwendung. Sind die verschiedenen Teile eines bestimmten Auftrags objektiv nicht trennbar, so findet Absatz 6 Anwendung.

Unterliegt ein Teil eines bestimmten Auftrags Artikel 346 AEUV oder der Richtlinie 2009/81/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der

Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. 2009, L 216, S. 76)], so findet Artikel 16 der vorliegenden Richtlinie Anwendung.

(4) Im Fall von Aufträgen, die eine von dieser Richtlinie erfasste Beschaffung sowie eine nicht von ihr erfasste Beschaffung zum Gegenstand haben, können die öffentlichen Auftraggeber beschließen, getrennte Aufträge für die einzelnen Teile oder einen einzigen Auftrag zu vergeben. Beschließen die öffentlichen Auftraggeber, getrennte Aufträge für einzelne Teile zu vergeben, so wird die Entscheidung darüber, welche rechtliche Regelung jeweils für die getrennten Aufträge gelten, auf der Grundlage der Merkmale der betreffenden einzelnen Teile getroffen.

Beschließen die öffentlichen Auftraggeber, einen einzigen Auftrag zu vergeben, so gilt diese Richtlinie, sofern in Artikel 16 nichts anderes vorgesehen ist, für den daraus hervorgehenden gemischten Auftrag, ungeachtet des Werts der Teile, die ansonsten einer anderen rechtlichen Regelung unterliegen würden, und ungeachtet der rechtlichen Regelung, der diese Teile ansonsten unterliegen würden.

Im Fall gemischter Aufträge, die Elemente von Aufträgen über Lieferungen, Bauleistungen und Dienstleistungen und von Konzessionen enthalten, wird der gemischte Auftrag gemäß dieser Richtlinie vergeben, sofern der in Einklang mit Artikel 5 geschätzte Wert des Teils des Auftrags, der einen unter diese Richtlinie fallenden Auftrag darstellt, dem in Artikel 4 angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt.

(5) Im Fall von Aufträgen, die sowohl eine von dieser Richtlinie erfasste Beschaffung als auch eine Beschaffung zur Ausübung einer Tätigkeit, die 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)] unterliegt, zum Gegenstand haben, werden die anwendbaren Vorschriften ungeachtet des Absatzes 4 des vorliegenden Artikels gemäß den Artikeln 5 und 6 der Richtlinie [2014/25] bestimmt.

(6) Sind die einzelnen Teile eines bestimmten Auftrags objektiv nicht trennbar, so wird die anwendbare rechtliche Regelung anhand des Hauptgegenstands des Auftrags bestimmt.“

15 Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet:

...

- b) 144000 [Euro] bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, und bei von diesen Behörden ausgerichteten Wettbewerben; bei öffentlichen Lieferaufträgen, die von öffentlichen Auftraggebern im Verteidigungsbereich vergeben werden, gilt dieser Schwellenwert nur für Aufträge über Waren, die in Anhang III aufgeführt sind;
- c) 221000 [Euro] bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, und bei von diesen Behörden ausgerichteten Wettbewerben; dieser Schwellenwert gilt auch bei öffentlichen Lieferaufträgen, die von zen-

tralen Regierungsbehörden im Verteidigungsbereich vergeben werden, sofern diese Aufträge Waren betreffen, die nicht in Anhang III aufgeführt sind;

- d) 750000 [Euro] bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV.“

16 Art. 7 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt [nicht] für öffentliche Aufträge und Wettbewerbe, die gemäß der Richtlinie [2014/25] von öffentlichen Auftraggebern, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß den Artikeln 8 bis 14 der genannten Richtlinie ausüben, vergeben oder durchgeführt werden und der Durchführung dieser Tätigkeiten dienen ...“

17 Art. 12 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(1) Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener öffentlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden[,] und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Solche Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

...

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffent-

- liche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt[,] und
 - c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

...“

18 Art. 18 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht-diskriminierender 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.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

19 Art. 57 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn sie durch eine Überprüfung gemäß den Artikeln 59, 60 und 61 festgestellt haben oder anderweitig davon Kenntnis erlangt haben, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist:

- a) Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung im Sinne des Artikels 2 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates [vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (ABl. 2008, L 300, S. 42)];
- b) Bestechung im Sinne des Artikels 3 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind ... und des Artikels 2 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates [vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor (ABl. 2003, L 192, S. 54)] sowie Bestechung im Sinne des nationalen Rechts des öffentlichen Auftraggebers oder des Wirtschaftsteilnehmers;

- c) Betrug im Sinne des Artikels 1 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften ...;
- d) terroristische Straftaten oder Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten im Sinne des Artikels 1 beziehungsweise des Artikels 3 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates [vom 13. Juni 2002] zur Terrorismusbekämpfung [(ABl. 2002, L 164, S. 3)] oder Anstiftung, Beihilfe und Versuch im Sinne des Artikels 4 des genannten Rahmenbeschlusses;
- e) Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (ABl. 2005, L 309, S. 15)];
- f) Kinderarbeit und andere Formen des Menschenhandels im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates [vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (ABl. 2011, L 101, S. 1)].

Die Verpflichtung zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers findet auch dann Anwendung, wenn die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Wirtschaftsteilnehmers ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.

(2) Ein Wirtschaftsteilnehmer ist von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dem öffentlichen Auftraggeber bekannt ist, dass der Wirtschaftsteilnehmer seinen Verpflichtungen zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist und dies durch eine endgültige und verbindliche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung gemäß den Rechtsvorschriften des Landes seiner Niederlassung beziehungsweise des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers festgestellt wurde.

Außerdem können die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder von Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, wenn der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer der Verpflichtung zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist.

Dieser Absatz findet keine Anwendung mehr, wenn der Wirtschaftsteilnehmer seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass er die Zahlung vorgenommen oder eine verbindliche Vereinbarung im Hinblick auf die Zahlung der fälligen Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge - gegebenenfalls einschließlich etwaiger Zinsen oder Strafzahlungen - eingegangen ist.

...

(4) Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden:

- a) Der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltend[e] Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen;
- b) der Wirtschaftsteilnehmer ist zahlungsunfähig oder befindet sich in einem Insolvenzverfahren oder in Liquidation, seine Vermögenswerte werden von einem Insolvenzverwalter oder Gericht verwaltet, er befindet sich in einem Vergleichsverfahren, seine gewerbliche Tätigkeit wurde eingestellt oder er befindet sich aufgrund eines in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahrens in einer vergleichbaren Lage;
- c) der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise nachweisen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt;
- d) der öffentliche Auftraggeber verfügt über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen;
- e) ein Interessenkonflikt gemäß Artikel 24 kann durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden;
- f) eine aus der vorherigen Einbeziehung der Wirtschaftsteilnehmer in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens resultierende Wettbewerbsverzerrung gemäß Artikel 41 kann nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden;
- g) der Wirtschaftsteilnehmer hat bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben;
- h) der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht, derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist nicht in der Lage, die gemäß Artikel 59 erforderlichen zusätzlichen Unterlagen einzureichen, oder
- i) der Wirtschaftsteilnehmer hat versucht, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder fahrlässig irreführende Informationen zu übermitteln, die die Entscheidungen über Ausschluss, Auswahl oder Auftragszuschlag erheblich beeinflussen könnten.

Ungeachtet des Unterabsatzes 1 Buchstabe b können die Mitgliedstaaten verlangen oder die Möglichkeit vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in jenem Buchstaben genannten Situationen befindet, nicht ausschließt, wenn der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung der geltenden nationalen Vorschriften und Maß-

nahmen betreffend die Fortführung der Geschäftstätigkeit in den Situationen nach Buchstabe b festgestellt hat, dass der fragliche Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag zu erfüllen.

...“

20 Art. 58 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(1) 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.

...

(3) Im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit können die öffentlichen Auftraggeber Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen. Zu diesem Zweck können die öffentlichen Auftraggeber von den Wirtschaftsteilnehmern insbesondere verlangen, einen bestimmten Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestumsatzes in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich, nachzuweisen. Zusätzlich können die öffentlichen Auftraggeber verlangen, dass die Wirtschaftsteilnehmer Informationen über ihre Jahresabschlüsse mit Angabe des Verhältnisses z. B. zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten bereitstellen. Sie können auch eine Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe verlangen.

Der Mindestjahresumsatz, der von Wirtschaftsteilnehmern verlangt wird, darf nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswerts übersteigen, außer in hinreichend begründeten Fällen, die spezielle, mit der Wesensart der Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen einhergehende Risiken betreffen. Der öffentliche Auftraggeber muss die wichtigsten Gründe für eine solche Anforderung in den Auftragsunterlagen oder in dem Vergabevermerk gemäß Artikel 84 angeben.

Das Verhältnis z. B. zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten kann berücksichtigt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber die Methoden und Kriterien für diese Berücksichtigung in den Auftragsunterlagen spezifiziert. Diese Methoden und Kriterien müssen transparent, objektiv und nichtdiskriminierend sein.

Ist ein Auftrag in Lose unterteilt, findet dieser Artikel auf jedes einzelne Los Anwendung. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch den Mindestjahresumsatz, der von Wirtschaftsteilnehmern verlangt wird, unter Bezugnahme auf eine Gruppe von Losen in dem Fall festlegen, dass der erfolgreiche Bieter den Zuschlag für mehrere Lose erhält, die gleichzeitig auszuführen sind.

Sind auf einer Rahmenvereinbarung basierende Aufträge infolge eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb zu vergeben, wird der in Unterabsatz 2 genannte Höchstjahresumsatz aufgrund des erwarteten maximalen Umfangs spezifischer Aufträge berechnet, die gleichzeitig ausgeführt werden, oder – wenn dieser nicht bekannt ist – aufgrund des geschätzten Werts der Rahmenvereinbarung. Bei dynamischen Beschaffungssystemen wird der in Unterabsatz 2 genannte Höchstjahresumsatz auf der Basis des erwarteten Höchstumfangs konkreter Aufträge berechnet, die nach diesem System vergeben werden sollen.

...“

21 Art. 74 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Öffentliche Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, werden im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels vergeben, sofern ihr Wert dem in Artikel 4 Buchstabe d angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt.“

Richtlinie 2014/25

22 Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25 bestimmt:

„Ein Auftrag, der sich auf verschiedene Tätigkeiten erstrecken soll, unterliegt den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die er hauptsächlich vorgesehen ist.“

23 Art. 11 der Richtlinie 2014/25 bestimmt:

„Unter diese Richtlinie fallen die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, automatischen Systemen, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Seilbahn.

Im Verkehrsbereich gilt ein Netz als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne.“

Italienisches Recht

24 Art. 5 Abs. 9 des 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, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 – Umsetzung der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU über die Konzessionsvergabe, die öffentliche Auftragsvergabe bzw. die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-

und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Neuordnung der geltenden Rechtsvorschriften betreffend öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge) vom 18. April 2016 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 91 vom 19. April 2016, im Folgenden: Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50/2016), bestimmt:

„Ist für die Errichtung oder die Verwaltung eines öffentlichen Bauwerks oder für die Organisation oder Verwaltung einer im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistung nach den geltenden Rechtsvorschriften die Bildung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften zulässig, ist der private Gesellschafter in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auszuwählen.“

- 25 Nach Art. 4 des Decreto legislativo n. 175 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 175 - Einheitstext über Gesellschaften, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist) vom 19. August 2016 (GURI Nr. 210 vom 8. September 2016, im Folgenden: Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 175/2016) ist die öffentliche Hand bei der Bildung von Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist, in ihren Zielen hinsichtlich des Gegenstands der Gesellschaften in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Zum einen muss es sich um Gesellschaften handeln, deren Gegenstand Tätigkeiten sind, die für die Erfüllung der Aufgaben der betreffenden Behörde unbedingt erforderlich sind. Zum anderen müssen diese Tätigkeiten zu den Tätigkeiten gehören, die in Abs. 2 der Vorschrift ausdrücklich genannt sind, etwa die Erbringung einer im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistung einschließlich der Errichtung und des Betriebs der entsprechenden Netze und Anlagen oder die Organisation oder Verwaltung einer im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistung durch einen Partnerschaftsvertrag gemäß Art. 180 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016, der mit einem nach den Modalitäten gemäß Art. 17 Abs. 1 und 2 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 175/2016 ausgewählten Unternehmen geschlossen wird.
- 26 Nach Art. 7 Abs. 5 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 175/2016 sind die privaten Gesellschafter vorab gemäß Art. 5 Abs. 9 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 50/2016 in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auszuwählen.
- 27 Art. 17 Abs. 1 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 175/2016 bestimmt:
- „Bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften darf der Anteil des privaten Gesellschafters nicht unter 30 % liegen, und der private Gesellschafter ist gemäß Art. 5 Abs. 9 des [Dekrets Nr. 50/2016] in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auszuwählen; Gegenstand der Auswahl ist sowohl die Übernahme oder der Erwerb der Beteiligung durch den privaten Gesellschafter als auch die Vergabe des Auftrags oder der Konzession, der bzw. die den ausschließlichen Gegenstand der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft bildet.“
- 28 Art. 17 Abs. 2 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 175/2016 bestimmt:
- „Der private Gesellschafter muss hinsichtlich der Qualifikation die Voraussetzungen erfüllen, die nach den Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften für die Dienstleistung gelten, für die die Gesellschaft gegründet wurde ...“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 29 Die Stadt Rom führte am 4. September 2018 eine Ausschreibung durch, mit der zum einen ein Gesellschafter zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft bestimmt werden und zum anderen an diese Gesellschaft die Verwaltung der „gesamten Schulhilfsdienste“ mit einem geschätzten Wert von 277479616,21 Euro vergeben werden sollte. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollte die Stadt Rom zu 51 % an der betreffenden Gesellschaft beteiligt sein, der andere Gesellschafter, der auch das gesamte Risiko des operativen Geschäfts tragen sollte, zu 49 %.
- 30 Es wurde lediglich ein Angebot eingereicht, und zwar von einem Konsortium in Gründung Roma Multiservizi und Rekeep, an dem Rekeep als Konsorte zu 10 % und Roma Multiservizi als Konsortialführer zu 90 % beteiligt sein sollten. An der mit der Stadt Rom zu gründenden Gesellschaft sollten Rekeep und Roma Multiservizi im Verhältnis ihrer Beteiligungen an dem Konsortium beteiligt sein.
- 31 An der Roma Multiservizi, einer Gesellschaft, die 1994 durch die Stadt Rom gegründet wurde, ist die AMA SpA zu 51 % beteiligt. Die übrigen Anteile werden von Rekeep und der La Veneta Servizi SpA gehalten. Alleiniger Anteilseigner von AMA ist die Stadt Rom.
- 32 Das Konsortium in Gründung Roma Multiservizi und Rekeep wurde am 1. März 2019 vom Verfahren ausgeschlossen. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass die Stadt Rom an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die mit dem Konsortium gegründet worden wäre, wegen der Beteiligung von AMA an Roma Multiservizi faktisch zu 73,5 % beteiligt gewesen wäre. Damit wäre die in der Ausschreibung festgelegte Grenze von 51 % überschritten worden. Die Beteiligung der privaten Wirtschaftsteilnehmer an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft (Risikokapital) hätte unter 49 % gelegen.
- 33 Gegen diese Entscheidung erhoben Rekeep und Roma Multiservizi beim Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Verwaltungsgericht für die Region Latium, Italien) Klage. Ihre Klagen wurden mit zwei Urteilen vom 18. Juni 2019 abgewiesen.
- 34 Roma Multiservizi und Rekeep legten gegen diese beiden Urteile beim vorlegenden Gericht Berufung ein.
- 35 Während des Verfahrens vergab die Stadt Rom die „gesamten Schulhilfsdienste“ im Verhandlungsverfahren an die Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS). Die Vollziehung dieser Entscheidung wurde vom vorlegenden Gericht ausgesetzt.
- 36 In seinem Vorabentscheidungsersuchen führt der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) als Erstes aus, dass, wenn Gegenstand einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft die Errichtung eines öffentlichen Bauwerks oder die Organisation und Verwaltung einer im Allgemeininteresse stehenden Dienstleistung durch einen Partnerschaftsvertrag mit einem nach den Modalitäten gemäß Art. 17 Abs. 1 und 2 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 175/2016 ausgewählten Unternehmen sei, der private Gesellschafter nach der einschlägigen nationalen Regelung zumindest zu 30 % beteiligt sein und durch eine Ausschreibung ausgewählt werden müsse.

- 37 Das vorliegende Gericht weist insoweit darauf hin, dass in dem bei ihm anhängigen Verfahren nicht geltend gemacht worden sei, dass die höchstzulässige Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nicht rechtmäßig sei. Es habe nur darüber zu befinden, ob bei der Prüfung der Frage, ob diese Grenze eingehalten worden sei, die mittelbare Beteiligung der Stadt Rom an Roma Multiservizi zu berücksichtigen sei.
- 38 Als Zweites weist das vorliegende Gericht darauf hin, dass die unmittelbare Vergabe einer Dienstleistung an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft für sich genommen nicht unionsrechtswidrig sei, solange bei der Ausschreibung zur Auswahl des privaten Gesellschafters des öffentlichen Auftraggebers in der Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben werde, die Art. 49 und 56 AEUV sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz beachtet würden und bei der Auswahl dieses privaten Gesellschafters nicht nur auf die Beteiligung, sondern auch auf die technische Leistungsfähigkeit und die Merkmale seines Angebots im Hinblick auf die speziellen Leistungen, die zu erbringen seien, abgestellt werde, so dass angenommen werden könne, dass die Auswahl des Unternehmens, an das der Auftrag vergeben werde, mittelbar der Auswahl des Gesellschafters des öffentlichen Auftraggebers folge. Bei diesem müsse es sich daher um einen adäquaten Partner für das operative Geschäft handeln und nicht lediglich um einen Anteilseigner. Seine Beteiligung sei nämlich gerade dadurch gerechtfertigt, dass er anders als die öffentliche Verwaltung über die erforderlichen Kompetenzen verfüge.
- 39 Der italienische Gesetzgeber habe die Mindestbeteiligung des privaten Gesellschafters an gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften gerade deshalb auf 30 % festgesetzt, damit gewährleistet sei, dass es sich bei dem privaten Gesellschafter um einen adäquaten Partner für das operative Geschäft handle. Die 70 %, auf die die Beteiligung der öffentlichen Hand an gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften beschränkt sei, entsprächen der Schwelle, ab der die Tätigkeit solcher Gesellschaften den Wettbewerb beeinträchtigen könne, indem dem betreffenden Markt seine Attraktivität genommen werde und dem privaten Gesellschafter ermöglicht werde, das wirtschaftliche Risiko seiner Beteiligung an solchen Gesellschaften übermäßig zu beschränken.
- 40 Das vorliegende Gericht stellt als Drittes fest, dass der Ausschluss des geplanten Konsortiums Roma Multiservizi und Rekeep von dem Vergabeverfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, nicht gerechtfertigt wäre, wenn bei der Berechnung der Höhe der Beteiligung des Gesellschafters des öffentlichen Auftraggebers an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft lediglich auf die Rechtsform des Gesellschafters abgestellt würde. Wäre hingegen die mittelbare Beteiligung der Stadt Rom an Roma Multiservizi zu berücksichtigen, würde die Beteiligung des privaten Gesellschafters, nämlich des geplanten Konsortiums Roma Multiservizi und Rekeep, an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die formal auf 49 % festgelegt sei, in Wirklichkeit 26,5 % betragen. Es würde dadurch eine Situation entstehen, in der kein wirksamer Markt vorhanden wäre, und gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen. Der private Gesellschafter könnte nämlich übermäßig von den Vorteilen der Beteiligung der öffentlichen Hand profitieren und sich so einen erheblichen Marktlagengewinn verschaffen.
- 41 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

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

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

- 42 Nach ständiger Rechtsprechung gilt für Fragen, die das Unionsrecht betreffen, eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit. Der Gerichtshof kann die Beantwortung einer Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteile vom 15. Dezember 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, Rn. 59 und 61, und vom 25. November 2021, *État luxembourgeois* [Information zu einer Gruppe von Steuerpflichtigen], C-437/19, EU:C:2021:953, Rn. 81).

- 43 Eine Auslegung des Unionsrechts, die für das nationale Gericht von Nutzen ist, ist aber nur dann möglich, wenn das vorlegende Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in dem sich seine Fragen stellen, darlegt oder zumindest die tatsächlichen Annahmen, auf denen diese beruhen, erläutert. Außerdem müssen in der Vorlageentscheidung die genauen Gründe angegeben sein, aus denen dem nationalen Gericht die Auslegung des Unionsrechts fraglich und die Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof erforderlich erscheint (Urteil vom 10. März 2022, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* [Umfassender Krankenversicherungsschutz], C-247/20, EU:C:2022:177, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 44 Das vorlegende Gericht hat weder dargelegt, warum es die Auslegung von Art. 107 AEUV für erforderlich hält, noch, welcher Zusammenhang zwischen dieser Vorschrift und der nationalen Regelung, um die es im Ausgangsverfahren geht, bestehen soll.

- 45 Entgegen dem Vorbringen von CNS hat das vorlegende Gericht die Vorschriften der Richtlinien 2014/23 und 2014/24, um deren Auslegung ersucht wird, aber hinreichend genau bezeichnet und ersucht den Gerichtshof nicht darum, das Unionsrecht auf den Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens anzuwenden.
- 46 Die Vorlagefragen sind mithin zulässig. Frage 1 ist jedoch lediglich insoweit unzulässig, als sie die Auslegung von Art. 107 AEUV betrifft.

Beantwortung der Vorlagefragen

- 47 Im Ausgangsrechtsstreit geht es um den Ausschluss des geplanten Konsortiums Roma Multiservizi und Rekeep von dem am 4. September 2018 eingeleiteten Verfahren. Mit diesem Verfahren, das von der Stadt Rom schließlich wegen des Ausschlusses dieses Konsortiums, das als einziges ein Angebot abgegeben hatte, eingestellt wurde, sollte zum einen mit einem von der Stadt Rom ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gebildet werden und zum anderen diese Gesellschaft mit der Erbringung einer Reihe von Dienstleistungen betraut werden, nämlich Dienstleistungen zur Unterstützung des eigentlichen Schulbetriebs (hauptsächlich Aushilfs-, Wartungs-, Reinigungs- und Botendienste sowie Hilfsdienste im Zusammenhang mit der Schülerbeförderung). Gegenstand des Vergabeverfahrens war mithin der Abschluss eines gemischtwirtschaftlichen Vertrags.
- 48 Aus dem Vorlagebeschluss geht im Übrigen hervor, dass die Stadt Rom davon ausging, dass sie, wenn sie mit dem geplanten Konsortium Roma Multiservizi und Rekeep die in Rede stehende gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gegründet hätte, an Letzterer faktisch zu 73,5 % beteiligt gewesen wäre, obwohl der öffentliche Auftraggeber nach den einschlägigen Rechtsvorschriften höchstens zu 70 % an einer solchen Gesellschaft beteiligt sein dürfe und ihre Beteiligung an der betreffenden Gesellschaft in den von ihr erstellten Ausschreibungsunterlagen auf 51 % festgelegt worden sei.
- 49 Die Stadt Rom ist jedoch nur deshalb zu dem Schluss gelangt, dass sie faktisch zu 73,5 % an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beteiligt gewesen wäre, weil sie berücksichtigt hat, dass ihre Tochtergesellschaft AMA, deren alleinige Anteilseignerin sie war, zu 51 % an Roma Multiservizi beteiligt war.
- 50 Aus der Vorlageentscheidung und den Antworten auf die Fragen des Gerichtshofs geht weiter hervor, dass der Ausschluss des geplanten Konsortiums Roma Multiservizi und Rekeep von dem Verfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, zumindest ebenso damit begründet wurde, dass es, wenn sich die Stadt Rom für dieses Konsortium entschieden hätte, unmöglich gewesen wäre, die nach den einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften höchstzulässige Beteiligung der Stadt Rom an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft einzuhalten, als auch damit, dass es unmöglich gewesen wäre, die nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung der Stadt Rom an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft einzuhalten, die niedriger angesetzt war.
- 51 Um dem vorlegenden Gericht eine nützliche Antwort zu geben, braucht also lediglich geprüft zu werden, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Prü-

fung der Frage, ob die nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung eingehalten ist, auch seine mittelbare Beteiligung an einem Wirtschaftsteilnehmer berücksichtigt, der sein Interesse daran bekundet hat, mit ihm eine Gesellschaft zu gründen.

- 52 Deshalb ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit seinen beiden Vorlagefragen – es bietet sich an, die beiden Vorlagefragen zusammen zu prüfen – im Wesentlichen wissen möchte, ob die Richtlinien 2014/24 und 2014/23 dahin auszulegen sind, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe eines Dienstleistungsvertrags an diese Gesellschaft nicht mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde.

Zu der auf den in Rede stehenden Vertrag anwendbaren rechtlichen Regelung

- 53 Als Erstes ist zunächst festzustellen, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch einen öffentlichen Auftraggeber und einen privaten Wirtschaftsteilnehmer als solche nicht unter die unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge oder Dienstleistungskonzessionen fällt. Man sollte sich jedoch vergewissern, dass eine Kapitalübertragung nicht in Wirklichkeit als Deckmantel für die Übertragung von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen an einen privaten Partner dient. Im Übrigen kann die Tatsache, dass ein privater Wirtschaftsteilnehmer und ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zusammenarbeiten, nicht dazu führen, dass die unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge oder Dienstleistungskonzessionen bei der Vergabe eines solchen Auftrags oder einer solchen Konzession an den betreffenden privaten Wirtschaftsteilnehmer oder das gemischtwirtschaftliche Unternehmen unbeachtet bleiben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Dezember 2010, *Mehiläinen und Terveystalo Healthcare*, C-215/09, EU:C:2010:807, Rn. 33 und 34).
- 54 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 57 bis 59 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, geht aus dem Vorlagebeschluss und den Antworten auf die vom Gerichtshof gestellten Fragen hervor, dass die beiden Teile des gemischtwirtschaftlichen Vertrags, um den es im Ausgangsverfahren geht, wegen dessen Besonderheiten mit einem einheitlichen Vertragspartner geschlossen werden mussten, der nach den Ausschreibungsunterlagen sowohl über die finanziellen Kapazitäten zur Übernahme von 49 % der Anteile der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft als auch über die finanziellen und technischen Kapazitäten zur Erbringung der gesamten Hilfsdienste für die Schulen der Stadt Rom verfügen musste. Demnach ist – vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – wohl davon auszugehen, dass die beiden Teile des Vertrags, um den es im Ausgangsverfahren geht, untrennbar miteinander verbunden sind und ein unteilbares Ganzes bilden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Mai 2010, *Club Hotel Loutraki u. a.*, C-145/08 und C-149/08, EU:C:2010:247, Rn. 53 und 54).
- 55 In einem solchen Fall ist das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften zu untersuchen, die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrags bildet (Urteile vom 6. Mai 2010, *Club Hotel Loutraki u. a.*, C-145/08 und C-149/08,

EU:C:2010:247, Rn. 48, und vom 22. Dezember 2010, Mehiläinen und Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, Rn. 36).

- 56 Insoweit geht aus dem Vorlagebeschluss und den Antworten auf die vom Gerichtshof gestellten Fragen hervor, dass mit dem Verfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, nicht in erster Linie die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft bezweckt wurde. Vielmehr sollte dem Mitgesellschafter der Stadt Rom innerhalb dieser Gesellschaft das gesamte Risiko des operativen Geschäfts im Zusammenhang mit der Erbringung der Hilfsdienste für die Schulen der Stadt Rom aufgebürdet werden. Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft fungierte dabei lediglich als das Vehikel, mit dem die Qualität der Dienstleistungen nach Auffassung der Stadt Rom am besten gewährleistet war.
- 57 Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Mitgesellschafter der Stadt Rom mit dem bloßen Halten einer Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft erhebliche Einkünfte hätte erzielen können.
- 58 Der Teil des Vertrags, der sich auf die Erbringung der Schulhilfsdienste bezieht, dürfte daher – vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – den Hauptgegenstand und den vorherrschenden Bestandteil des Vertrags bilden.
- 59 Bei der Beantwortung der Vorlagefragen ist daher davon auszugehen, dass die beiden Teile des Vertrags, um den es im Ausgangsverfahren geht, ein unteilbares Ganzes bilden und dass der vorherrschende Bestandteil des Vertrags derjenige ist, mit dem die Hilfsdienste für die Schulen der Stadt Rom an die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben werden sollen. Auf den gesamten Vertrag ist somit die rechtliche Regelung anwendbar, die auf diesen Teil des Vertrags anwendbar ist.
- 60 Als Zweites ist festzustellen, dass das vorlegende Gericht nicht auf die Frage eingegangen ist, ob der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit dem Vertrag, um den es im Ausgangsverfahren geht, eine Dienstleistungskonzession, die unter die Richtlinie 2014/23 fallen könnte, oder ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, der unter die Richtlinie 2014/24 fallen könnte, erteilt werden sollte. Frage 1 bezieht sich nämlich unterschiedslos auf beide Richtlinien, deren Anwendungsbereiche sich jedoch gegenseitig ausschließen.
- 61 Insoweit ist erstens festzustellen, dass sich ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag und eine Dienstleistungskonzession in der Art der Gegenleistung unterscheiden, die der Wirtschaftsteilnehmer, mit dem der Vertrag geschlossen wird, für die von ihm erbrachten Dienstleistungen erhält. Beim öffentlichen Dienstleistungsauftrag besteht die Gegenleistung in dem vom öffentlichen Auftraggeber gezahlten Entgelt, bei der Dienstleistungskonzession in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung, gegebenenfalls zuzüglich einer Zahlung. Mit der Vergabe einer Konzession geht auf den Konzessionsnehmer mithin ein Betriebsrisiko über (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. September 2009, Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, Rn. 51, und vom 15. Oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, Rn. 39).
- 62 Das vorlegende Gericht wird insoweit zu prüfen haben, ob die Betrauung der in Rede stehenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit der Verwaltung der Hilfsdienste für die Schulen

der Stadt Rom einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession dargestellt hätte. Um dem vorliegenden Gericht eine nützliche Antwort zu geben, sind die Vorlagen im Rahmen des vorliegenden Urteils dennoch für beide dieser Fälle zu prüfen.

- 63 Wie bereits ausgeführt (siehe oben, Rn. 47), gehören zu den Diensten, auf die sich der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag bezieht, Hilfsdienste im Zusammenhang mit der Schülerbeförderung. Deshalb ist zweitens zu prüfen, ob dies einen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/23 bzw. der Richtlinie 2014/24 auf das Verfahren der Vergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags hat.
- 64 Hierzu ist zum einen festzustellen, dass die Richtlinie 2014/24 nach ihrem Art. 7 nicht für öffentliche Aufträge im Bereich der Verkehrsleistungen im Sinne von Art. 11 der Richtlinie 2014/25 gilt.
- 65 Aus den Akten, die dem Gerichtshof vorliegen, ist aber nicht ersichtlich, dass die Hilfsdienste im Zusammenhang mit der Schülerbeförderung, um die es im Ausgangsverfahren geht, in dem Betreiben eines Netzes zur Versorgung mit Verkehrsleistungen per Bus gemäß den von der zuständigen nationalen Behörde festgelegten Bedingungen (u. a. Festlegung der Strecken, Transportkapazitäten und Fahrpläne) im Sinne von Art. 11 der Richtlinie 2014/25 bestünden.
- 66 Jedenfalls sind nach Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24 im Fall von Aufträgen, die sowohl eine von der Richtlinie 2014/24 erfasste Beschaffung als auch eine Beschaffung zur Ausübung einer Tätigkeit, die der Richtlinie 2014/25 unterliegt, zum Gegenstand haben, die Art. 5 und 6 der Richtlinie 2014/25 maßgeblich. Nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25 unterliegt ein Auftrag, der sich auf verschiedene Tätigkeiten erstrecken soll, den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die er hauptsächlich vorgesehen ist.
- 67 Aus den Akten, die dem Gerichtshof vorliegen, ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Hilfsdienste im Zusammenhang mit der Schülerbeförderung, auf die sich der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag bezieht, – unterstellt, sie erfüllten die Voraussetzungen gemäß Art. 11 der Richtlinie 2014/25 – die Tätigkeit wären, für die der Vertrag hauptsächlich geschlossen worden ist.
- 68 Zum anderen gilt die Richtlinie 2014/23 nach ihrem Art. 10 Abs. 3 nicht für Konzessionen, die im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung Nr. 1370/2007 vergeben werden.
- 69 Aus den Akten, die dem Gerichtshof vorliegen, ist aber schon gar nicht ersichtlich, dass die Hilfsdienste im Zusammenhang mit der Schülerbeförderung, auf die sich der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag bezieht, als öffentliche Personenverkehrsdienste anzusehen wären, auf die die Verordnung Nr. 1370/2007 Anwendung findet.

Zur Richtlinie 2014/24

- 70 Für den Fall, dass der Teil des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags, der sich auf die Vergabe der Schulhilfsdienste bezieht, als „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ im Sinne

von Art. 2 Abs. 1 Nr. 9 der Richtlinie 2014/24 einzustufen sein sollte, ist vorab Folgendes festzustellen.

- 71 Erstens geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass der geschätzte Wert eines solchen Auftrags und damit des gesamten Vertrags, um den es im Ausgangsverfahren geht, die Schwellenwerte, ab denen öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24 in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, deutlich überschreitet.
- 72 Wie vom vorlegenden Gericht angeregt, ist zweitens zu prüfen, ob der Vertrag, um den es im Ausgangsverfahren geht, dennoch wegen Art. 12 der Richtlinie 2014/24 nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt.
- 73 Insoweit ist zum einen festzustellen, dass ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, wenn die dort genannten Bedingungen alle erfüllt sind.
- 74 Ohne dass geprüft zu werden bräuchte, ob im vorliegenden Fall die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, um die es im Ausgangsverfahren geht, als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie 2014/24 hätte angesehen werden können, genügt es, festzustellen, dass eine Zusammenarbeit, wenn sie unter die Vorschriften von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 fallen soll, nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber (Urteil vom 28. Mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, Rn. 76). Wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge festgestellt hat, wäre dies im vorliegenden Fall wegen der Beteiligung privater Kapitalgeber an der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft aber zwingend der Fall gewesen, so dass das Verfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, nicht wegen Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt.
- 75 Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, um die es im Ausgangsverfahren geht, die Bedingungen gemäß Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 hätte erfüllen können, um als Inhouse-Einheit der Stadt Rom angesehen zu werden können.
- 76 Nach dieser Bestimmung können an einer Inhouse-Einheit zwar Formen der direkten privaten Kapitalbeteiligung bestehen. Es muss sich dabei aber um nicht beherrschende Formen ohne Sperrminorität handeln, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sein müssen und keinen maßgeblichen Einfluss auf diese Gesellschaft vermitteln dürfen. Vielmehr muss der öffentliche Auftraggeber einen solchen Einfluss behalten.
- 77 Was die Bedingung angeht, dass die Formen der privaten Kapitalbeteiligung durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sein müssen, ist aber festzustellen, dass die Gründung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, um die es im Ausgangsverfahren geht, und damit die Beteiligung eines privaten Gesellschafters am Kapital dieser Gesellschaft wohl nicht auf einer gesetzlichen Verpflichtung der Stadt Rom beruhen, sondern auf die freie Entscheidung die-

ses öffentlichen Auftraggebers zurückgehen, bei der Verwaltung der Schulhilfsdienste auf ein Verfahren der öffentlich-privaten Partnerschaft zurückzugreifen.

- 78 Drittens ist festzustellen, dass die Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24 für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV der Richtlinie aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, eine vereinfachte Regelung vorsehen. Wie aus den Antworten auf die vom Gerichtshof gestellten Fragen hervorgeht, sollten mit dem Vertrag, um den es im Ausgangsverfahren geht, wohl teilweise in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 aufgeführte Dienstleistungen vergeben werden.
- 79 Nach Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 sind für solche gemischten öffentlichen Aufträge die Vorschriften maßgeblich, die für die Vergabe des Hauptgegenstands des betreffenden Auftrags gelten, wobei der Hauptgegenstand wiederum danach bestimmt wird, welcher der geschätzten Werte der jeweiligen Dienstleistungen am höchsten ist.
- 80 Wie aus den Antworten auf die vom Gerichtshof gestellten Fragen weiter hervorgeht, könnte der geschätzte Wert der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Dienstleistungen, die unter Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 fallen könnten, niedriger sein als der geschätzte Wert der übrigen Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, um den es im Ausgangsverfahren geht. Daher ist – vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – davon auszugehen, dass die Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24 im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind.
- 81 Demnach ist zu prüfen, ob die allgemeinen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge, wie sie in der Richtlinie 2014/24 enthalten sind, dem entgegenstehen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren über die Vergabe eines gemischtwirtschaftlichen Vertrags wie desjenigen, um den es im Ausgangsverfahren geht, mit der Begründung ausgeschlossen wird, dass der öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung seiner mittelbaren Beteiligung an ihm davon ausgegangen ist, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine Beteiligung an der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Beteiligung faktisch überschreiten würde.
- 82 Als Erstes ist festzustellen, dass bei einem gemischtwirtschaftlichen Vertrag wie dem, um den es im Ausgangsverfahren geht, der öffentliche Dienstleistungsauftrag vergeben wird, ohne dass für ihn ein Vergabeverfahren gemäß den Anforderungen der Richtlinie 2014/24 durchgeführt worden ist.
- 83 Es ist aber davon auszugehen, dass diese Anforderungen bei der Vergabe eines solchen Auftrags erfüllt sind, wenn der Wirtschaftsteilnehmer, mit dem der öffentliche Auftraggeber die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bilden soll, an die der Auftrag vergeben wird, in einem Verfahren ausgewählt worden ist, das den Anforderungen der Richtlinie 2014/24 entspricht. Mit einem solchen Verfahren muss daher gewährleistet sein, dass bei der Auswahl des Mitgesellschafters des öffentlichen Auftraggebers, der mit dem operativen Geschäft und der Verwaltung der Dienstleistung betraut wird, die Gegenstand des öffentlichen Auftrags ist, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung, des freien Wettbewerbs und der Transparenz beachtet werden. Die Kriterien für die Eignung dieses Mitgesellschafters dürfen sich daher nicht ausschließlich auf die Beteiligung beziehen. Sie müssen es den Bewerbern vielmehr ermöglichen, neben ihrer Fähigkeit, Anteilseigner zu werden, vor allem ihre technische Fähigkeit zur Erbrin-

gung der Dienstleistungen, die Gegenstand des öffentlichen Auftrags sind, sowie die wirtschaftlichen und sonstigen Vorteile ihres Angebots nachzuweisen (vgl. entsprechend Urteil vom 15. Oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, Rn. 59 und 60).

- 84 Als Zweites ist festzustellen, dass sich aus Art. 58 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2014/24 ergibt, dass der öffentliche Auftraggeber Eignungskriterien anwenden kann, mit denen Bewerber oder Bieter von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sollen, bei denen nicht gewährleistet ist, dass sie über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen, sofern diese Kriterien zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über diese Kapazitäten verfügt, und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und in einem angemessenen Verhältnis stehen.
- 85 Insoweit ist erstens festzustellen, dass es zum Wesen eines gemischtwirtschaftlichen Vertrags wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden gehört, dass der öffentliche Auftraggeber festlegt, wie das Kapital der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zwischen ihm und dem Mitgesellschafter aufgeteilt wird.
- 86 Bei der Anwendung auf einen solchen gemischtwirtschaftlichen Vertrag ermöglicht Art. 58 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2014/24 es dem öffentlichen Auftraggeber daher, von den Wirtschaftsteilnehmern, die ihr Interesse daran bekundet haben, Mitgesellschafter zu werden und die tatsächliche Durchführung des an die so gegründete Gesellschaft vergebenen Dienstleistungsvertrags zu übernehmen, zu verlangen, dass sie nachweisen, dass sie über die sowohl für die Gründung dieser Gesellschaft als auch für die Durchführung dieses Vertrags erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten verfügen.
- 87 Zweitens ist festzustellen, dass der Rückgriff auf eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft insbesondere dadurch zu erklären ist, dass der öffentliche Auftraggeber sowohl seine Beteiligung an der Gesellschaft als auch die daraus erwachsenen wirtschaftlichen Risiken begrenzen will. Er muss deshalb die Beteiligung an den Wirtschaftsteilnehmern, die ihr Interesse daran bekundet haben, sein Mitgesellschafter zu werden, berücksichtigen können, und zwar auch dann, wenn es sich nur um mittelbare Beteiligungen handelt. Denn auch in diesem Fall ist der öffentliche Auftraggeber wegen der Beteiligung an seinem Mitgesellschafter grundsätzlich einem höheren Risiko ausgesetzt, als wenn er nicht - unmittelbar oder mittelbar - an seinem Mitgesellschafter beteiligt wäre.
- 88 Ein öffentlicher Auftraggeber muss daher unter dem Gesichtspunkt der qualitativen Eignung des Wirtschaftsteilnehmers, der sein Mitgesellschafter werden soll, jeden Bewerber ausschließen können, an dem er - wenn auch nur mittelbar - beteiligt ist, wenn wegen dieser Beteiligung die Aufteilung des Kapitals der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft unter dem öffentlichen Auftraggeber und seinem Mitgesellschafter, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, faktisch nicht eingehalten wird und somit Zweifel bestehen, ob der Mitgesellschafter über die wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten verfügt, um seine Verpflichtungen aus einem solchen gemischtwirtschaftlichen Vertrag ohne Zutun des öffentlichen Auftraggebers erfüllen zu können.
- 89 Mit einer solchen Anforderung kann somit, wie Art. 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 verlangt, sichergestellt werden, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die rechtlichen und finanziellen

Kapazitäten zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem betreffenden gemischtwirtschaftlichen Vertrag verfügen.

- 90 Eine solche Anforderung dürfte – vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – auch nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das vom öffentlichen Auftraggeber verfolgte Ziel zu erreichen, nämlich, sich wirtschaftlich nicht über die Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die er nach den Ausschreibungsunterlagen hat erwerben wollen, hinaus zu engagieren, und zwar auch nicht mittelbar. Eine solche Anforderung könnte nur dann als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn nach den einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder nach den einschlägigen Bestimmungen des Vertrags ausgeschlossen wäre, dass bei Tätigkeiten der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, bestehend aus einem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer, an dem der öffentliche Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, der öffentliche Auftraggeber aufgrund einer solchen Beteiligung an seinem Mitgesellschafter irgendeinem, sei es auch nur mittelbaren zusätzlichen Risiko ausgesetzt wäre.
- 91 Als Drittes ist noch zu ergänzen, dass auch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz, auf die oben in Rn. 83 hingewiesen wurde, verlangen, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit, erstens, alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und, zweitens, der öffentliche Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Dezember 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust und Coop-service*, C-216/17, EU:C:2018:1034, Rn. 63, und vom 17. Juni 2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, Rn. 61).
- 92 Danach wird das vorlegende Gericht zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall aus den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig hervorging, dass bei der Prüfung der Frage, ob die Bewerber, die Mitgesellschafter der Stadt Rom werden wollen, über hinreichende wirtschaftliche und finanzielle Kapazitäten verfügen, die mittelbaren Beteiligungen der Stadt Rom an diesen Wirtschaftsteilnehmern berücksichtigt würden.
- 93 Nach alledem ist Art. 58 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.

Zu Richtlinie 2014/23

- 94 Für den Fall, dass der Teil des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags, der die Vergabe der Schulhilfsdienste betrifft, als „Dienstleistungskonzession“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/23 einzustufen sein sollte, ist als Erstes festzustellen, dass der geschätzte Wert dieses Teils des Vertrags und damit des gesamten Vertrags, um den es im

Ausgangsverfahren geht, den Schwellenwert, ab dem die Richtlinie 2014/23 nach ihrem Art. 8 gilt, deutlich überschreitet.

- 95 Als Zweites ist aus vergleichbaren Gründen, wie denen, die oben in den Rn. 73 bis 77 angeführt sind, festzustellen, dass Art. 17 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/23 auf das Verfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, nicht anwendbar sein dürfte.
- 96 Als Drittes ist aus vergleichbaren Gründen wie denen, die oben in den Rn. 78 bis 80 angeführt sind, vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht davon auszugehen, dass nach Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/23 für die Dienstleistungskonzession, um die es im Ausgangsverfahren geht, nicht die vereinfachte Regelung der Vergabe gemäß Art. 19 der Richtlinie 2014/23 gilt, da der geschätzte Wert der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Dienstleistungen, die unter Anhang IV der Richtlinie fallen können, nicht höher sein dürfte als der Wert der übrigen Dienstleistungen, auf die sich die Konzession bezieht.
- 97 Als Viertes ist aus vergleichbaren Gründen wie denen, die oben in den Rn. 82 bis 93 angeführt sind, festzustellen, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach Art. 38 der Richtlinie 2014/23 befugt ist, seine etwaige mittelbare Beteiligung an Wirtschaftsteilnehmern zu berücksichtigen, die ihr Interesse daran bekundet haben, sein Mitgesellschafter zu werden, wenn er prüft, ob er, wenn er mit ihnen eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründet, nicht faktisch daran gehindert ist, die höchstzulässige Beteiligung an dieser Gesellschaft, die er selbst festgelegt hat, einzuhalten. Er ist nach Art. 38 der Richtlinie 2014/23 grundsätzlich auch befugt, Wirtschaftsteilnehmer, die wegen seiner – wenn auch nur mittelbaren – Beteiligung an ihnen nicht sein Mitgesellschafter sein können, ohne dass die höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, die er selbst festgelegt hat, faktisch nicht eingehalten würde, von dem Verfahren zur Vergabe der Dienstleistungskonzession auszuschließen.
- 98 Nach alledem ist Art. 38 der Richtlinie 2014/23 dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.

Kosten

- 99 Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren Teil des bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens; 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 (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. Art. 58 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 in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.
2. Art. 38 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2366 der Kommission vom 18. Dezember 2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession an diese Gesellschaft mit der Begründung ausschließen kann, dass, wenn er ihn als Mitgesellschafter auswählen würde, seine nach den Ausschreibungsunterlagen höchstzulässige Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft wegen seiner mittelbaren Beteiligung an ihm faktisch überschritten würde, sofern sein wirtschaftliches Risiko dadurch zunimmt.

Unterschriften

(*1) Verfahrenssprache: Italienisch.

© Europäische Union, <https://eur-lex.europa.eu>
Nur die im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Fassung von Dokumenten der Europäischen Union ist verbindlich.