

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
SIEGBERT ALBER

vom 18. März 1999 \*

A — Einführung

1. In dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen geht es um die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften im Bereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, des Wettbewerbsrechts sowie der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.<sup>1</sup>

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die RI.SAN Srl, die beim vorliegenden Gericht zwei Klagen auf Nichtigerklärung der zwei nachgenannten Gemeinderatsbeschlüsse erhoben hat, war bis zum 4. Januar 1997 mit der Abfuhr der Siedlungsabfälle in der Gemeinde Ischia betraut. Durch einen Gemeinderatsbeschluß vom 7. November 1996 wurde — ohne öffentliche Ausschreibung — die Ischia Ambiente SpA mit der Abfuhr der Siedlungsabfälle betraut.

3. Diese Ischia Ambiente SpA war aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 6. Juli

1996 von der Gemeinde Ischia zusammen mit der GEPI SpA<sup>2</sup>, einer staatlichen Finanzgesellschaft, gegründet worden.

4. Nach italienischem Recht können Gemeinden zur Förderung der Beschäftigung zusammen mit der GEPI SpA Aktiengesellschaften gründen und zwar auch zum Betrieb lokaler Versorgungsunternehmen. Das italienische Recht ermöglicht es den Gebietskörperschaften, die GEPI SpA unmittelbar und ohne jedes Auswahlverfahren bzw. ohne öffentliche Ausschreibung als Partner zum Betrieb eines lokalen Versorgungsunternehmens auszuwählen. Die Aktienanteile der GEPI SpA an diesen gemeinsamen Gesellschaften werden dann aber innerhalb einer Frist von fünf Jahren im Wege der öffentlichen Ausschreibung abgetreten.

5. Die RI.SAN Srl geht in diesem Zusammenhang von einem Verstoß der Gemeinderatsbeschlüsse gegen das Gemeinschaftsrecht aus. Für das vorliegende Gericht stellen sich daher Fragen zur Auslegung der Artikel 59 ff. EG-Vertrag und der Vor-

\* Originalsprache: Deutsch.

1 — Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1).

2 — Die GEPI SpA wurde später zunächst in die Itainvest SpA und dann in die Itallavoro SpA umgewandelt. Im folgenden soll sie jedoch weiterhin als GEPI SpA bezeichnet werden.

schriften über das Wettbewerbsrecht im vorliegenden Fall.

sowohl hinsichtlich der Auswahl des weiteren Aktionärs der gemischt wirtschaftlichen Aktiengesellschaft als auch hinsichtlich der Vergabe des Auftrags, was — ihrer Meinung nach — eindeutig einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstelle.

## B — Sachverhalt und Vorlagefragen

6. Der erste der angefochtenen Beschlüsse, Beschluß Nr. 25 des Gemeinderats vom 19. März 1996, betrifft die Gründung einer Aktiengesellschaft, der Ischia Ambiente SpA, — zur Abfuhr der Siedlungsabfälle in der Gemeinde Ischia — mit größtenteils öffentlichem Kapital zusammen mit der GEPI SpA. Durch diesen Beschluß wurden auch die Satzung der zu gründenden Aktiengesellschaft und die entsprechenden technischen sowie Wirtschafts- und Finanzpläne genehmigt. Die Gemeinde Ischia hält 51 % und die GEPI SpA 49 % des Aktienkapitals der Ischia Ambiente SpA.

7. Die R.I.SAN Srl macht in ihrer Anfechtungsklage diesbezüglich die Verletzung mehrerer italienischer Gesetze sowie einen Verfahrensverstoß geltend, da kein öffentliches Verfahren zur Auswahl des Mitaktionärs durchgeführt worden sei.

8. Durch Beschluß Nr. 99 des Gemeinderats vom 7. November 1996 wurde die Ischia Ambiente SpA mit der Abfuhr der Siedlungsabfälle in der Gemeinde Ischia betraut. R.I.SAN Srl macht hierbei neben einem Verstoß gegen mehrere italienische Rechtsvorschriften insbesondere geltend, daß der Auftrag zum Betrieb des öffentlichen Versorgungsunternehmens ohne Ausschreibung vergeben worden sei, und zwar

9. Der erstgenannte Gemeinderatsbeschluß Nr. 25 betreffend die Gründung einer gemischt wirtschaftlichen Aktiengesellschaft mit größtenteils öffentlichem Kapital war ausdrücklich gemäß Artikel 4 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 95 vom 29. März 1995 gefaßt worden. Gemäß dieser Vorschrift sind die Gemeinden und Provinzen zur Förderung der Beschäftigung oder Wiederbeschäftigung von Arbeitnehmern berechtigt, zusammen mit der GEPI SpA Aktiengesellschaften zu gründen und zwar auch zum Betrieb lokaler Versorgungsunternehmen. Entsprechend Artikel 4 Absatz 8 dieses Gesetzes werden die Aktienanteile der GEPI SpA an den vorgenannten Gesellschaften gemäß den Vorschriften, die die Tätigkeit der GEPI SpA regeln, innerhalb einer Frist von 5 Jahren im Wege der öffentlichen Ausschreibung abzugeben.

10. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts soll es den Gebietskörperschaften durch die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ermöglicht werden, die GEPI SpA unmittelbar und ohne jedes Auswahlverfahren als Partner zum Betrieb eines lokalen Versorgungsunternehmens auszuwählen, sofern damit der Zweck verfolgt wird, die Beschäftigung oder Wiederbeschäftigung von Arbeitnehmern zu för-

dern. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da in allen angefochtenen Rechtsakten u. a. die Absicht erklärt wird, den in diesem Sektor erreichten Beschäftigungsstand zu sichern.

11. Für das vorliegende Gericht stellt sich daher die Frage, ob die Vorschrift des Artikels 4 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 95 gemeinschaftsrechtskonform ist. In dem Ausgangsverfahren gehe es nämlich darum, „... daß ein privates Rechtssubjekt — ohne jeden Wettbewerb — unmittelbar mit dem Betrieb eines lokalen öffentlichen Versorgungsunternehmens beauftragt wird, und zwar in einem besonderen Verfahren, das das nationale Gesetz über die Selbstverwaltung der lokalen Gebietskörperschaften (*legge nazionale su le autonomie locali*, Nr. 142 vom 8. Juni 1990, Artikel 142 Absatz 3 Buchstabe e) ausdrücklich vorsieht und das daraus besteht, daß zu diesem Zweck eine Aktiengesellschaft mit vorwiegend öffentlichem, von der Gebietskörperschaft eingebrachtem Kapital gegründet wird, die dann automatisch mit dem Betrieb dieses Versorgungsunternehmens betraut wird ...“ Dadurch werde jeder Wettbewerb auch in der Phase der Auswahl des Mitteilhabers ausgeschlossen. Für das vorliegende Gericht stünden diese Vorschriften dann in unmittelbarem Widerspruch zu den Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Wettbewerb des EG-Vertrags.

12. Das vorliegende Gericht begehrt daher im wesentlichen zu erfahren, ob eine unterstellte Verletzung der Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs und des effektiven Wettbewerbs dadurch, daß die

Gemeinde Ischia die GEPI SpA unmittelbar als Partner auswählen darf, „... aufgrund der im Vertrag vorgesehenen und zugelassenen Ausnahmen (Artikel 55 in Verbindung mit Artikel 66 sowie Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag) zu rechtfertigen ist“. Eine solche Verletzung könne darin bestehen, daß „... in der Anfangsphase der Gründung der gemischt wirtschaftlichen Gesellschaft, die das lokale Versorgungsunternehmen betreiben soll, und in den ersten fünf Jahren der Tätigkeit dieser Gesellschaft die normalen, nicht diskriminierenden Ausschreibungsverfahren zur Auswahl des Betreibers des öffentlichen Versorgungsunternehmens nicht durchgeführt werden“. Nach den vom vorlegenden Gericht genannten Bestimmungen und Grundgedanken des Vertrages sei in der Regel eine öffentliche Ausschreibung oder ein beschränktes öffentliches Auswahlverfahren durchzuführen, um einen effektiven und transparenten Wettbewerb bei der Auswahl der Mitbetreiber zu gewährleisten. Da ein solches Verfahren<sup>3</sup> nicht durchgeführt worden sei, stelle sich die Frage nach der „Rechtfertigung“ dieses Vorgehens.

13. Für das vorliegende Gericht geht es also nicht um die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50, sondern um die allgemeine Anwendbarkeit der Artikel 55, 66 und 90 Absatz 2 EG-Vertrag. Es verneint im übrigen die Anwendbarkeit der Richtlinie, da es sich nicht um die Erbringung von entgeltlichen Dienstleistungen zugunsten

3 — Im übrigen sei eine solche Ausschreibung in der Regel auch nach italienischem Recht vorgesehen, wovon jedoch Artikel 4 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 95 abweiche.

eines Auftraggebers, die aufgrund von entgeltlichen Aufträgen erfolgten, handele.

14. Das Tribunale amministrativo regionale della Campania (Neapel) legt dem Gerichtshof deshalb folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist Artikel 55 des Vertrages (der aufgrund des Verweises in Artikel 66 auch im Dienstleistungsbereich anwendbar ist), wonach „[dieses Kapitel] auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind,... in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung [findet]“, so weit auszulegen, daß er die Tätigkeit der GEPI SpA (später Itainvest SpA) erfaßt, die sich gemäß Artikel 4 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 95 vom 29. März 1995 (mit dem das Decreto legge Nr. 26 vom 31. Januar 1995 mit Änderungen umgewandelt wurde) zusammen mit den lokalen Gebietskörperschaften an gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften zum Betrieb lokaler Versorgungsunternehmen beteiligen darf, wenn mit dieser Beteiligung der Zweck verfolgt wird, „die Beschäftigung oder Wiederbeschäftigung von Arbeitnehmern zu fördern“, die bereits in diesem Dienstleistungsbereich tätig waren, wobei zu berücksichtigen ist, daß die GEPI SpA gemäß Artikel 5 des Gesetzes Nr. 184 vom 22. März 1971 zur Gründung der GEPI die Aufgabe hat, in der vorstehend beschriebenen Weise zur „Stabilisierung und zur Erhöhung des Beschäftigungsstands in Bereichen beizutragen, die mit vorübergehenden Schwierig-

keiten zu kämpfen haben, sofern nachweisbar eine konkrete Möglichkeit der Sanierung der betroffenen Betriebe besteht“?

2. Ist die Ausnahmebestimmung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages, wonach „für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind ...,... die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, [gelten,] soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“, nach Maßgabe der vorgenannten Rechtsvorschriften zur Regelung der Tätigkeit der GEPI SpA (später Itainvest SpA) auf den vorliegenden Fall anwendbar?

## C — Einschlägige Rechtsvorschriften

### *Gemeinschaftsrecht*

15. Die Richtlinie 92/50, deren Rechtsgrundlage Artikel 57 Absatz 2 letzter Satz und Artikel 66 EG-Vertrag ist, enthält die Vorschriften über das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen. Sie definiert u. a. die Begriffe „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ und „öffentliche Auftraggeber“. Letztere sind verpflichtet, Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen der in den Anhängen IA und IB der Richtlinie genannten Art sind, entsprechend den Vorschriften dieser Richtlinie — also u. a. im Wege der öffentlichen Ausschreibung — zu vergeben.

Zu diesem Zweck sind auch die einzelnen Vergabearten in der Richtlinie festgelegt.

Als ‚*Einrichtung des öffentlichen Rechts*‘ gilt jede Einrichtung,

16. Artikel 1 der Richtlinie bestimmt den Anwendungsbereich u. a. wie folgt:

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

„Im Sinne dieser Richtlinie

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

a) gelten als ‚*öffentliche Dienstleistungsaufträge*‘ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ...

— 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.

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

...“

17. Artikel 6 der Richtlinie 92/50 sieht als Ausnahmeregelung vor:

„Diese Richtlinie gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat.“

#### *Nationales Recht*

18. Der Gründung der GEPI SpA liegt Artikel 5 des Gesetzes Nr. 184/71 vom 22. März 1971<sup>4</sup> zugrunde. Die GEPI SpA wurde mit dem ausdrücklichen Ziel gegründet, zur Stabilisierung und Erhöhung des Beschäftigungsniveaus beizutragen.

19. Artikel 22 Absatz 3 Buchstaben a bis e des Gesetzes Nr. 142/90 vom 8. Juni 1990<sup>5</sup> über die lokale Selbstverwaltung sieht vor, daß die Gemeinden und Provinzen den Betrieb der in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden lokalen Versorgungsunternehmen auf verschiedene Arten vornehmen können. Dies kann, soweit es für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist, geschehen in Eigenregie (Buchstabe a), im Wege der Konzessionsvergabe an Dritte (Buchstabe b) oder auch mittels einer Aktiengesellschaft (Buchstabe e), deren Gesellschaftskapital

hauptsächlich aus öffentlichen Mitteln besteht und, sofern dies erforderlich ist, mit öffentlichen oder privaten Teilhabern zusammen. Entscheidend sind dabei im wesentlichen die Zweckdienlichkeit des Vorgehens und die Art der zu erbringenden Leistung.

20. Artikel 4 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 95/95 vom 29. März 1995<sup>6</sup>, das die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften der öffentlichen Dienste betrifft, erlaubt es den Gemeinden und Provinzen, direkt mit der GEPI SpA zur Förderung der Beschäftigung und Wiederbeschäftigung von Arbeitnehmern Aktiengesellschaften zu gründen und zwar auch zum Betrieb lokaler Versorgungsunternehmen. Gemäß Artikel 4 Absatz 8 müssen die Aktienanteile der GEPI SpA an den so gegründeten Gesellschaften innerhalb einer Frist von fünf Jahren im Wege der öffentlichen Ausschreibung wieder abgetreten werden.

#### **D — Parteivorbringen**

21. Nach Auffassung der R.I.S.A.N Srl findet die Richtlinie 92/50 auf den vorliegenden Fall Anwendung. Bei der Ischia Ambiente SpA selbst handele es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber, wie sich aus deren Struktur als privatrechtliche Aktiengesellschaft ergebe, mit der Folge, daß die Richtlinie gelte. Artikel 6 schließe von der Anwendbarkeit der Richtlinie ja gerade nur den Fall aus, daß der Auftrag an jemanden vergeben werde, der seinerseits ein öffent-

4 — Gesetz Nr. 184/71 vom 22. März 1971 (GURI Nr. 105 vom 28. April 1971).

5 — Gesetz Nr. 142/90 vom 8. Juni 1990 (GURI Nr. 135 vom 12. Juni 1990).

6 — Gesetz Nr. 95/95 vom 29. März 1995 (GURI Nr. 77 vom 1. April 1995), das die Notverordnung Nr. 26/95 vom 31. Januar 1995 (GURI Nr. 26 vom 31. Januar 1995) abändert.

licher Auftraggeber sei, also nicht gewerblich tätig werde. Ebensovienig — so RI.SAN — läge der Fall der Erteilung einer Konzession vor. Da Ischia Ambiente auch nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sei, könne auch nicht vor einer sogenannten In-house-Dienstleistung bzw. einer Aufgabenerfüllung in Eigenregie gesprochen werden. Damit ergebe sich, daß bei der Vergabe der Aufgabe zur Abfuhr der Siedlungsabfälle der Gemeinde Ischia eine öffentliche Auftragsvergabe entsprechend der Richtlinie 92/50 hätte erfolgen müssen.

bei Ischia Ambiente SpA um öffentliche Auftraggeber handele. Deshalb sei der vorliegende Fall vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Bei beiden sei das Gesellschaftskapital — zumindest mehrheitlich — von der öffentlichen Hand übertragen worden, und bei der Ischia Ambiente SpA sei zudem der Verwaltungsrat mehrheitlich mit Vertretern der Gemeinde besetzt, damit seien alle Beteiligten öffentliche Auftraggeber.

22. Die GEPI SpA und Ischia Ambiente SpA sind der Auffassung, daß die primärrechtlichen Vorschriften des Vertrages auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar seien, da es sich um einen rein internen (italienischen) Sachverhalt handele. Was die Richtlinie 92/50 betrifft, so führen beide Beteiligten aus, daß es sich bei der Betrauung der Ischia Ambiente SpA mit der Aufgabe der Abfuhr der Siedlungsabfälle in der Gemeinde Ischia um eine sogenannte In-house-Dienstleistung handele. Sowohl die GEPI SpA als auch Ischia Ambiente SpA seien direkter Teil der Verwaltung und die Aufgabenerfüllung sei nur interorganisch delegiert worden. Die Richtlinie 92/50 finde jedoch nur Anwendung, wenn Aufträge an Unternehmen erteilt würden, die nicht Teil der Verwaltung seien. Für die GEPI SpA liegt darüber hinaus noch ein Fall der Konzessionserteilung vor, der ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle, da sie nur die Erbringung von Dienstleistungen erfasse, die aufgrund von Aufträgen erfolgten. Für den Fall, daß die Richtlinie 92/50 dennoch anwendbar sein sollte, wäre die Ausnahmbestimmung des Artikels 6 einschlägig, da es sich sowohl bei der GEPI SpA als auch

23. Die Gemeinde Ischia äußert zunächst Zweifel an der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen für den Ausgangsfall. Da die Gemeinde das Aktienkapital an der Ischia Ambiente SpA mehrheitlich halte und zudem die GEPI SpA Teil der öffentlichen Verwaltung sei, seien die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften nicht anwendbar. Sollte dennoch ein Verstoß gegen die Vorschriften der Richtlinie 92/50 vorliegen, so wäre die „Bestimmung des Artikels 55 EG-Vertrag einschlägig“. Es handele sich jedenfalls im vorliegenden Fall um eine eigene Dienstleistung der lokalen Gebietskörperschaft, die in Erfüllung der Allgemeininteressen erbracht werde. Darüber hinaus rechtfertigten die verfolgten Ziele das gewählte Vorgehen. Lokale Gebietskörperschaften könnten durch das gewählte Vorgehen wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten entgegenreten und so eine Versorgung der Bürger sicherstellen. Zudem sichere das Vorgehen bestehende Arbeitsplätze und könne sogar neue Arbeitsplätze schaffen. Auch aus der zeitlichen Befristung auf 5 Jahre, während deren die Ischia Ambiente SpA mit der Abfuhr der Siedlungsabfälle betraut sei, zeige sich, daß die italienischen Rechtsvorschriften

nicht in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stünden.

24. Auch die italienische Regierung verneint die Anwendbarkeit der Vorschriften des Vertrages auf den vorliegenden Fall, da es sich um einen rein nationalen Sachverhalt handle. Darüber hinaus sei festzustellen, daß sowohl die GEPI SpA wie auch die Ischia Ambiente SpA Teil der öffentlichen Verwaltung und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Unternehmen seien. Der vorliegende Sachverhalt falle damit nicht in den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit. Da die Beteiligten in der Erfüllung ihrer Aufgabe der Abfuhr der Siedlungsabfälle auch nicht am Wettbewerb teilnahmen, könne insofern auch kein Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages vorliegen. Einer Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 stehe entgegen, daß es sich vorliegend um den Fall eines In-house-Dienstes handle. Die Ischia Ambiente SpA erbringe als Teil der öffentlichen Verwaltung die Aufgaben eines lokalen Versorgungsunternehmens. Insofern liege keine entgeltliche Dienstleistung aufgrund eines Auftrages vor.

25. Die Kommission vertritt ebenfalls die Auffassung, daß es sich um einen rein internen Sachverhalt handle, was zur Folge habe, daß die von dem vorlegenden Gericht angesprochenen Vorschriften des Vertrages hier keine Anwendung fänden. Was nun die

Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 betrifft, trägt die Kommission vor, es könne vorliegend der Fall einer Konzession oder eines In-house-Dienstes gegeben sein. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts scheint beides für die Kommission möglich zu sein, wobei jedoch für die exakte Einordnung des Tatbestandes die einzelnen Merkmale nicht ausreichend aufgeführt seien. Läge jedoch eine dieser beiden Konstellationen vor, wäre die Richtlinie 92/50 auf den Ausgangssachverhalt nicht anwendbar. Die Kommission sieht sich jedoch aufgrund der fehlenden Informationen nicht in der Lage, diese Frage endgültig zu beantworten. Wegen der fehlenden Angaben scheint es für die Kommission auch möglich, daß die Übertragung der Aufgabe zur Abfuhr der Siedlungsabfälle in der Gemeinde Ischia aufgrund eines entgeltlichen Vertrages bzw. Auftrages auf die Ischia Ambiente übertragen worden ist. Dies hätte zur Folge, daß die Richtlinie 92/50 vorliegend grundsätzlich anwendbar wäre. Allerdings seien auch diesbezüglich die von dem vorlegenden Gericht zur Verfügung gestellten Informationen zu spärlich, um diese Frage abschließend beantworten zu können. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 müßte also das vorliegende Gericht selbst unter Bezugnahme auf die Regelungen der Richtlinie und der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Kriterien entscheiden.

26. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten in ihren Schriftsätzen bzw. der mündlichen Verhandlung wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Stellungnahme zurückzukommen sein.

## E — Stellungnahme

*Zur ersten Frage*

27. Mit der ersten Vorlagefrage möchte das nationale Gericht wissen, ob die Tätigkeit der GEPI SpA von der Vorschrift des Artikels 55 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 66 EG-Vertrag erfaßt wird, wonach auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung finden.

28. Obwohl — wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt — letztlich sinngemäß gefragt wird, ob die allgemeinen Grundsätze des Vertrages es erforderlich gemacht hätten, daß bei der Auswahl des Mitaktionärs, also der GEPI SpA, eine öffentliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre oder nicht, scheint es sinnvoll, zuerst zu prüfen, ob gemäß den Artikeln 55 und 66 EG-Vertrag die Bestimmungen des Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsrechts auf den vorliegenden Fall überhaupt Anwendung finden. Die Frage, ob eine generelle Ausschreibungspflicht besteht, kann zunächst dahin gestellt bleiben.

29. Die GEPI SpA gründete mit der Gemeinde Ischia eine Gesellschaft zum Betrieb eines lokalen Versorgungsunternehmens. In diesem Zusammenhang gibt die Kommission jedoch zu Recht zu bedenken, daß damit nicht die Regeln der Dienstleistungs-

sondern die der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Vertrages einschlägig seien.

30. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen gegenüber denen des Kapitels über das Niederlassungsrecht subsidiär.<sup>7</sup>

31. Dienstleistungen im Sinne des Artikels 60 EG-Vertrag werden durch ihren vorübergehenden Charakter gekennzeichnet. Dieses Kriterium ist dann erfüllt, wenn die Leistung nur gelegentlich vorgenommen wird<sup>8</sup> oder befristet ist<sup>9</sup>. Außerdem muß für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die der Dienstleistungsfreiheit ein grenzüberschreitendes Moment vorhanden sein. Dies ist der Fall, wenn der Leistungserbringer sich in den Mitgliedstaat begibt, in dem der Leistungsempfänger ansässig ist<sup>10</sup> oder umgekehrt<sup>11</sup> oder eine Korrespondenzdienstleistung<sup>12</sup> vorgenommen wird.

32. Die Niederlassungsfreiheit wird durch eine längere Dauer der Leistung charakterisiert, wobei aber insbesondere die Häufigkeit, die regelmäßige Wiederkehr und die

7 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 22).

8 — Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 252/83 (Kommission/Dänemark, Slg. 1986, 3713).

9 — Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, „Fremdenführer“, Slg. 1991, I-709).

10 — Urteil vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 10/12).

11 — Urteil vom 31. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnr. 10).

12 — Urteil vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085, Randnr. 15).

Kontinuität der Leistung die Abgrenzungsmerkmale zur Dienstleistungsfreiheit bilden.

33. Der Betrieb eines lokalen Versorgungsunternehmens ist eine auf Dauer angelegte Tätigkeit. Die Tätigkeit wird kontinuierlich in festgelegten Zeitabständen ausgeführt. Wegen der Bedeutung der Tätigkeit ist eine regelmäßige Leistungserbringung notwendig. Eine nur gelegentliche Abfuhr der Siedlungsabfälle würde für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe nicht ausreichen.

34. Wegen der Notwendigkeit der Anwesenheit des Leistungserbringers vor Ort und der häufigen Wiederkehr der Leistung müssen hier somit die Regeln der Niederlassungsfreiheit für die Beurteilung des Sachverhalts herangezogen werden.

35. Auch der persönliche Anwendungsbe-  
reich der Niederlassungsfreiheit ist im vorliegenden Fall gegeben, da sie gemäß Artikel 58 EG-Vertrag auch Gesellschaften geneißen können.

36. Für die Anwendung der Regeln der Niederlassungsfreiheit muß jedoch ebenfalls ein gemeinschaftsrechtlich relevanter

Sachverhalt vorliegen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Moment enthält, d. h. eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats müßte in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt sein.

37. An einem solchen grenzüberschreitenden Moment fehlt es hier jedoch: Die GEPI SpA und die RI.SAN Srl sind beide italienische Gesellschaften mit Sitz in Italien. Gleiches gilt für die Ischia Ambiente SpA. Als weitere Beteiligte ist hier nur noch die italienische Gemeinde Ischia zu nennen. Damit fehlt es jedoch an einem grenzüberschreitenden Moment in diesem Fall.

38. Wegen dieser rein innerstaatlichen Konstellation sind im Ergebnis die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Niederlassungsfreiheit vorliegend nicht anwendbar, so daß auch nicht geprüft werden muß, ob die Ausnahmebestimmung des Artikels 55 EG-Vertrag einschlägig ist. Auf die vom vorlegenden Gericht implizit aufgeworfene Frage, ob sich aus den Grundgedanken des Vertrages eine *generelle* Ausschreibungspflicht ergibt — die im übrigen nicht ersichtlich ist —, braucht demgemäß ebenfalls nicht eingegangen zu werden. Die Frage des Vorliegens einer *konkreten* Ausschreibungspflicht wird erst im

Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 zu erörtern sein.

ges gilt, um Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 des Vertrages handeln müßte. Die GEPI SpA sei jedoch schon kein solches Unternehmen.

*Zur zweiten Frage*

39. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob für die Tätigkeit der GEPI SpA die Bestimmung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages gilt.

42. Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages erfaßt seinem Wortlaut nach öffentliche und private Unternehmen. Dabei muß es sich jedoch durchaus nicht nur um Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 des Vertrages handeln<sup>13</sup>, so daß hier eine Untersuchung, ob die GEPI SpA ein Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 ist, unterbleiben kann.

40. Nach Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten u. a. gehalten, in bezug auf öffentliche Unternehmen keine dem EG-Vertrag widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, gelten nach Absatz 2 die Vorschriften des Vertrages insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

43. Die GEPI SpA muß jedoch ein Unternehmen im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages sein. Dafür müßte sie mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sein“. Der Begriff der Dienstleistungen im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages ist nicht identisch mit dem des Artikels 60 des Vertrages. Dienstleistungen gemäß Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages umfassen vielmehr Leistungen aller Art. Dazu gehört auch das Bereithalten, Bereitstellen und Verteilen von Sachleistungen. Hierzu zählen insbesondere auch Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge. Bereits an dieser Stelle scheidet die Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages auf die Tätigkeit der GEPI SpA. Die GEPI SpA wurde mit dem Ziel gegründet, zur Stabilisierung und Erhöhung des Beschäftigungsniveaus beizutragen. Sie selbst bietet jedoch keinerlei Dienstleistungen etwa in der Form an — im Gegensatz zur Ischia Ambiente SpA —, daß sie *selbst* im Rahmen der Daseinsvorsorge

41. Die italienische Regierung, die Kommission und die GEPI SpA halten die Regelungen des Artikels 90 EG-Vertrag wegen des rein innerstaatlichen Sachverhalts ebenfalls für nicht anwendbar. Die Kommission trägt außerdem vor, daß es sich bei den Unternehmen, für die die Einschränkung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertra-

<sup>13</sup> — Urteil vom 3. Februar 1977 in der Rechtssache 52/76 (Benedetti, Slg 1977, 163, Randnr. 20/22).

aktiv tätig wird. Sie ist ausschließlich eine staatliche Finanzgesellschaft, die sich gemeinsam mit öffentlichen Stellen an Gesellschaften beteiligt. Dies stellt jedoch keine Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages dar, da die Finanzierung und Beteiligung an Gesellschaften keine Versorgungsleistungen umfaßt. Die Tatsache, daß die von der GEPI SpA mitgegründeten Gesellschaften eventuell Dienstleistungen im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages erbringen, ist hier unerheblich, da es allein um die Tätigkeiten der GEPI SpA selbst geht, und diese bestehen gerade nicht in der Erbringung von Dienstleistungen.

den Wettbewerbsregeln zu, die auch auf zunächst rein innerstaatliche Sachverhalte Anwendung finden können, wenn negative Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt möglich sind. Eine Ablehnung der Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages einzig mit der Begründung eines rein nationalen Sachverhalts ist demnach nicht möglich.

44. Im Gegensatz zu der oben dargestellten Ansicht der italienischen Regierung, der Kommission und der GEPI SpA ist die Anwendung der Regelungen des Artikels 90 des Vertrages nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt. Sowohl Artikel 90 Absatz 1 als auch Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages beziehen sich auf alle Vorschriften des Vertrages. Dazu gehören zwar auch die Regeln über die Niederlassungsfreiheit, die aber, wie oben dargestellt, wegen des nationalen Sachverhalts hier in der Tat nicht anwendbar sind. Diese Unanwendbarkeit gilt selbstverständlich auch im Bereich des Artikels 90 des Vertrages. Wenn jedoch die GEPI SpA als ein Dienstleistungsunternehmen unter den Anwendungsbereich des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages fallen würde, hätten auch die übrigen Regelungen des Vertrages in die Betrachtungen miteinbezogen werden müssen. Besonderes Gewicht kommt dabei im Bereich des Artikels 90 des Vertrages

45. Im Ergebnis kommt die Vorschrift des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag allerdings nicht zum Zuge, da es sich bei der GEPI SpA nicht um ein Dienstleistungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift handelt.

#### *Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50*

46. Auch wenn das vorliegende Gericht mit seinen Vorlagefragen keine Stellungnahme des Gerichtshofes zur Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 erbittet, so erscheint es für eine umfassende Analyse des Sachverhalts doch notwendig, auf die Anwendbarkeit der Richtlinie einzugehen. Dies ist insbesondere erforderlich, um dem nationalen Gericht alle für die Lösung des Rechtsstreits notwendigen Argumente zu geben, zumal das vorliegende Gericht von einer Behinderung des freien Wettbewerbs aus-

geht und es das Ziel der Richtlinie ist, Praktiken zu unterbinden, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen.<sup>14</sup>

47. Das vorliegende Gericht verneint in seinem Vorlagebeschuß die Anwendung der Richtlinie unter Hinweis auf deren achte Begründungserwägung<sup>15</sup>, da das Gericht die Übertragung der Aufgabe der Abfuhr der Siedlungsabfälle auf die Ischia Ambiente SpA nicht als „Auftrag“ im Sinne der Richtlinie, sondern als eine Konzessionsvergabe betrachtet, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegt.

48. Auch die GEPI SpA, die Ischia Ambiente SpA und die italienische Regierung verneinen im Gegensatz zur R.I.S.A.N. Srl die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50, während die Kommission dies aufgrund der — ihrer Ansicht nach nicht ausreichenden — vorliegenden Fakten nicht abschließend beurteilen möchte.

49. Die Richtlinie 92/50 ist nur dann anwendbar, wenn es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde Ischia und der Ischia Ambiente SpA um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt, wie er in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie

definiert wird. Auf andere Dienstleistungen, die nicht aufgrund von Aufträgen vorgenommen werden, findet die Richtlinie entsprechend der achten Begründungserwägung keine Anwendung. Konzessionen sind aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen<sup>16</sup>. Auch ein In-house-Dienst, bei dem die Dienstleistung von einem Teil der öffentlichen Verwaltung erbracht wird, fällt nicht unter die Richtlinie 92/50, da bereits kein Auftragsverhältnis in dem Sinne vorliegt, daß ein anderer mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt wird.

50. Für eine Konzession im gemeinschaftsrechtlichen Sinne besteht keine einheitliche Definition, es müssen jedoch einige Merkmale vorliegen<sup>17</sup>. So müssen die Nutznießer der zu erbringenden Leistung Dritte, am Vertrag nicht beteiligte Personen sein. Durch die zu erbringende Leistung muß außerdem eine Aufgabe im Allgemeininteresse erfüllt werden, also eine Aufgabe, deren Erfüllung grundsätzlich einer öffentlichen Stelle obliegt. Die Vergütung des Konzessionärs muß entsprechend der geleisteten Dienste erfolgen, und der Konzessionär muß letztlich das wirtschaftliche Risiko bei der Aufgabenerfüllung tragen.

51. Die abschließende Beurteilung, ob eine Konzession im gemeinschaftsrechtlichen Sinn vorliegt, hat im vorliegenden Fall das nationale Gericht zu treffen. Es erscheint jedoch eindeutig, daß die Nutznießer der

14 — Siehe zwanzigster Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50.

15 — Dort heißt es: „Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetze oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfaßt.“

16 — Siehe hierzu Schlußanträge von Generalanwalt La Pergola in der Rechtssache C-360/96 (Gemeente Arnhem und Gemeente Rheden/BFI Holding BV, Slg. 1998, I-6825, Randnr. 26).

17 — Siehe dazu Schlußanträge von Generalanwalt La Pergola in der Rechtssache C-360/96 (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 26).

Abfuhr der Siedlungsabfälle die Bewohner der Gemeinde, also am Vertrag selbst nicht beteiligte Personen sind. Außerdem kann auch das notwendige Allgemeininteresse an der Einsammlung der Siedlungsabfälle bejaht werden. Die regelmäßige Abfuhr der Abfälle ist bereits aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit erforderlich. Aus diesem Grund muß eine staatliche Stelle diese Aufgabe entweder selbst wahrnehmen oder so erfüllen lassen, daß sie entscheidenden Einfluß behält<sup>18</sup>. Diese Aufgabe ist in Italien gemäß den schriftlichen Ausführungen der italienischen Regierung unter Anwendung der Richtlinie 75/442/EWG<sup>19</sup> den Gemeinden zugewiesen. Wie die Vergütungsmodalitäten geregelt und die Tragung des wirtschaftlichen Risikos zwischen der Gemeinde Ischia und der Ischia Ambiente SpA verteilt sind, kann anhand der durch das vorliegende Gericht zur Verfügung gestellten Informationen nicht abschließend beurteilt werden. Es ist daher Aufgabe des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die einzelnen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Konzessionsvergabe gegeben sind, was dann zur Folge hätte, daß die Richtlinie 92/50 nicht anwendbar wäre.

52. Für die Beurteilung, ob die Gemeinde und die Ischia Ambiente SpA Teile derselben öffentlichen Verwaltung sind — und somit ein Fall eines In-house-Dienstes vor-

liegt —, müssen die Umstände des Falles herangezogen werden. Allein die Tatsache, daß es sich bei der Ischia Ambiente SpA um eine Aktiengesellschaft handelt, schließt es im Gegensatz zur Ansicht der R.I.SAN Srl nicht aus, daß sie ein Teil der öffentlichen Verwaltung ist. Die Einordnung der Ischia Ambiente SpA hat vielmehr anhand einer funktionellen Betrachtungsweise zu erfolgen<sup>20</sup>. Entscheidend ist deshalb, welchen Einfluß die öffentliche Verwaltung auf die Gesellschaft hat.

53. Die endgültige Würdigung dieses Aspekts obliegt wiederum dem nationalen Gericht. Nach dessen Ausführungen steht fest, daß die Gemeinde Ischia an der Ischia Ambiente SpA zu 51 % beteiligt ist. Die übrigen 49 % befinden sich für fünf Jahre in der Hand der GEPI SpA. Die GEPI SpA wiederum befindet sich vollständig im Besitz des italienischen Staates und dient als Finanzgesellschaft, um u. a. mit Gemeinden Gesellschaften zur Erfüllung der diesen obliegenden Aufgaben zu gründen. Der Charakter der GEPI SpA muß ebenfalls anhand einer funktionellen Betrachtungsweise ermittelt werden. Die 100%ige Beteiligung des italienischen Staates läßt jedoch auch ohne die vollständige Kenntnis der inneren Organisation der GEPI SpA die

18 — Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96 (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 52).

19 — Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15. Juli 1975 über Abfälle (ABl. L 194, S. 47).

20 — Der Gerichtshof bevorzugt im Gegensatz zur formalen eine funktionelle Betrachtungsweise, um den Sachverhalt besser gerecht werden zu können und die Eigenarten jedes Falles besser zu berücksichtigen. Auf dem Gebiet der „öffentlichen Auftraggeber“ wendet der Gerichtshof diese Betrachtungsweise seit dem Urteil in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635) an.

Schlußfolgerung zu, daß die Gesellschaft insoweit einen Teil des italienischen Staates darstellt. Durch die GEPI SpA ist also der italienische Staat an der Ischia Ambiente SpA beteiligt. Damit befindet sich die Ischia Ambiente SpA unter der Kontrolle öffentlicher Stellen. Eine Differenzierung zwischen den öffentlichen Stellen „Gemeinde Ischia“ und „italienischer Staat“ wäre ein zu formalistischer Ansatz. Im Ergebnis stellt sich die vorliegende Situation nämlich genauso dar, als wenn der italienische Staat der Gemeinde Ischia die finanziellen Mittel zur alleinigen Gründung des Unternehmens direkt zur Verfügung gestellt hätte. Die Wahl dieser Organisationsform durch die Gemeinde Ischia kann im Ergebnis zu keiner anderen Einstufung der Ischia Ambiente SpA führen.

54. Neben der finanziellen Verflechtung müßte jedoch, um das Vorliegen eines In-house-Dienstes zu bejahen, eine interorganische Aufgabenübertragung festgestellt werden können. Dazu könnte unter Umständen erforderlich sein, daß z. B. die weitere Tätigkeit der Ischia Ambiente SpA durch die Bereitstellung weiterer Haushaltsmittel der Gemeinde und eventuell die Festsetzung der Gebühren für die Abfuhr der Siedlungsabfälle durch die Gemeinde vorgenommen werden. Insgesamt läßt sich jedoch den Ausführungen des vorliegenden Gerichts nicht mit letzter Sicherheit entnehmen, ob eine solche Aufgabenübertra-

gung vorliegt. Sollte das vorliegende Gericht jedoch zu dem Ergebnis kommen, daß sowohl die finanzielle wie auch die organisatorische Verflechtung der Gemeinde und der Ischia Ambiente SpA diesen Anforderungen entsprechen, so läge wohl ein In-house-Dienst vor und die Richtlinie 92/50 wäre auf den vorliegenden Fall ebenfalls nicht anwendbar.

55. Eine Anwendbarkeit der Richtlinie käme überhaupt nur in Frage, wenn es sich bei der Ischia Ambiente SpA nicht um einen Teil der öffentlichen Verwaltung bzw. einen In-house-Dienst handeln oder keine Konzession im gemeinschaftsrechtlichen Sinn vorliegen würde. In diesem Fall wäre der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet, da es sich bei der Gemeinde Ischia als Gebietskörperschaft um einen öffentlichen Auftraggeber nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 handelt. Auch ein Vertrag im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie könnte vorliegen, wenn ein Austauschverhältnis zwischen zwei unterschiedlichen Rechtssubjekten bestehen würde. Es müßte sich jedoch um einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag<sup>21</sup> handeln, was sich aber aus den im Vorlagebeschluß enthaltenen Angaben nicht ergibt.

56. Die GEPI SpA und die italienische Regierung tragen darüber hinaus vor, daß im Falle der Anwendbarkeit der Richtlinie

21 — Siehe Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50.

92/50 sowieso die Ausnahmeregelung des Artikels 6 der Richtlinie gelten würde.

57. Die in Randnummer 17 zitierte Ausnahmevorschrift des Artikels 6 der Richtlinie wäre jedoch nur unter bestimmten Bedingungen anwendbar. Zwar würde es sich wohl auch bei der Ischia Ambiente SpA um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie handeln. Die drei Voraussetzungen des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie, die kumulativ vorliegen müssen<sup>22</sup>, werden von der Ischia Ambiente SpA erfüllt.<sup>23</sup> Allerdings hätte die Auftragsvergabe an die Ischia Ambiente SpA — wie in Artikel 6 ausdrücklich genannt — aufgrund eines ausschließlichen Rechts dieser Gesellschaft erfolgen müssen. Die in dem Vorlagebeschluß enthaltenen Angaben reichen nicht aus, um das Bestehen eines solchen ausschließlichen Rechts der Ischia Ambiente

SpA festzustellen. Die abschließende Würdigung müßte auch in diesem Bereich wiederum vom nationalen Gericht vorgenommen werden.

58. Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß es sich bei dem dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt eher entweder um die Erteilung einer Konzession oder um eine verwaltungsinterne Aufgabendelegation (In-house) handeln könnte. Festzustellen, ob eine dieser Konstellationen vorliegt, ist letztlich Aufgabe des nationalen Gerichts, das dies anhand der in den einschlägigen Rechtsvorschriften sowie der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgeführten Kriterien vorzunehmen hat. Auch bezüglich der Ausnahmeregelung in Artikel 6 der Richtlinie 92/50 ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die darin genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

22 — Siehe dazu Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg 1998, I-73, Randnrn. 20 und 21), wo der Gerichtshof dies bezüglich der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) entschied, der denselben Wortlaut wie Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 hat.

23 — Diese Kriterien sind:

- Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind;
- Rechtspersönlichkeit;
- überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegend oder Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern bestehend, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

## F — Ergebnis

59. Als Konsequenz der vorstehenden Überlegungen wird vorgeschlagen, dem Tribunale amministrativo regionale della Campania Neapel auf seine Fragen wie folgt zu antworten:

1. Die Artikel 52 ff. (bzw. 59 ff.) EG-Vertrag finden keine Anwendung auf einen rein nationalen Sachverhalt, der keinen konkreten Gemeinschaftsbezug aufweist, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Rechtmäßigkeit einer nationalen Vorschrift — nach der Gemeinden eine in dieser Vorschrift eigens und bestimmt genannte Gesellschaft zur Gründung eines gemeinsamen Unternehmens frei und ohne Ausschreibung wählen können — durch ein anderes Unternehmen, das seinen Sitz in dem selben Mitgliedstaat hat, vor einem nationalen Gericht in Frage gestellt wird.
2. Artikel 90 Absatz 2 des EG-Vertrags — und damit die Vorschriften des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln — ist nicht auf ein Unternehmen wie die GEPI SpA anwendbar, das lediglich dazu geschaffen wurde, um zusammen mit Gemeinden Gesellschaften zu gründen, da dieses Unternehmen insoweit keine Dienstleistung im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag erbringt.