

SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT
CHRISTINE STIX-HACKL
vom 12. April 2005¹

I — Einleitende Bemerkungen

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren betrifft die Bedeutung des Primärrechts für das Gebiet des öffentlichen Auftragswesens. Im Besonderen geht es um die Frage, welche Verpflichtungen sich für die Auftraggeber aus den Grundfreiheiten ergeben. Dieses Verfahren bietet damit zugleich eine Gelegenheit, die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere das Urteil in der Rechtssache *Telaustria*², näher zu konkretisieren.

gabewesens sind folgende Rechtsakte (im Folgenden: Richtlinien) anzuführen, welche inzwischen durch neue Richtlinien (das so genannte Legislativpaket) ersetzt wurden:

- von den so genannten klassischen Richtlinien die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge³ (im Folgenden: Dienstleistungsrichtlinie) sowie

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

2. Aus dem Bereich des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Ver-

- Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor⁴ (im Folgenden: Sektorenrichtlinie).

¹ — Originalsprache: Deutsch.

² — Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98 (*Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745).

³ — ABl. L 209, S. 1, geändert.

⁴ — ABl. L 199, S. 84, geändert.

B — *Nationales Recht*

3. Artikel 22 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 142 vom 8. Juni 1990 über die örtliche Selbstverwaltung⁵ gestattete es den Gemeinden und Provinzen, die lokalen öffentlichen Aufgaben, die in ihre Zuständigkeit fallen, auf eine der in seinen Buchstaben a bis e genannten Arten zu erfüllen:

- a) in der Form des Regiebetriebs, sofern es aufgrund des geringen Umfangs oder der Besonderheiten der Aufgabe nicht angezeigt ist, eine Einrichtung oder ein Unternehmen zu gründen;
- b) durch Vergabe („concessione“) an Dritte, sofern hierfür Gründe technischer, wirtschaftlicher oder sozialer Art bestehen;
- c) durch besondere Unternehmen, auch für die Erfüllung mehrerer Aufgaben von wirtschaftlichem und kommerziellem Interesse;
- d) durch Einrichtungen, und zwar für die Erfüllung sozialer Aufgaben ohne kommerzielles Interesse;

- e) durch Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit überwiegend öffentlichem Kapital, die von der Einrichtung errichtet worden sind oder an der die Einrichtung beteiligt ist, die Träger der öffentlichen Dienstleistung ist.

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

4. Das Consorzio Aziende Metano (im Folgenden: Co.Na.Me.) hatte mit der Gemeinde Cingia de' Botti für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis zum 31. Dezember 2000 einen „Vertrag über die Wartung, die Leitung und die Überwachung des Methan-gasnetzes“ geschlossen.

5. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1999 teilte die Gemeinde Cingia de' Botti Co.Na. Me. mit, dass der Gemeinderat mit Beschluss vom 21. Dezember 1999 die „Vereinbarung mit der Padania Acque SpA über die Leitung des Vertriebes und die Wartung der Gasanlage“ genehmigt habe. Mit demselben Beschluss wurde auch der Vertragsentwurf zwischen der Padania Acque SpA (im Folgenden: Padania) und der Gemeinde Cingia de' Botti genehmigt.

6. Padania ist ein überwiegend staatseigenes Unternehmen, das aus der Übertragung des ehemaligen Consorzio per l'acqua potabile

5 — GURI Nr. 135 vom 12. Juni 1990. Dieses Gesetz wurde in Artikel 113 des Decreto legislativo Nr. 267 vom 18. August 2000 umgewandelt. Diese Bestimmung wurde später durch Artikel 35 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 448 vom 28. Dezember 2001 (legge finanziaria für das Jahr 2002) geändert.

(Konsortium für Trinkwasser) auf die Gemeinden der Provinz Cremona entstanden ist. Nahezu alle Gemeinden dieser Provinz sind daran beteiligt, darunter die Gemeinde Cingia de' Botti, die 0,97 % des Kapitals hält, und die Provinz Cremona.

schaftskapital so bemessen ist, dass keine Möglichkeit besteht, die Unternehmensleitung unmittelbar zu kontrollieren, und ist demzufolge, wie im vorliegenden Fall, in dem der Gesellschaftsanteil 0,97 % beträgt, festzustellen, dass die Voraussetzungen für eine hausinterne Bewirtschaftung nicht vorliegen?

7. In Anbetracht der Art dieses Unternehmens wurde es mit den fraglichen Dienstleistungen unmittelbar gemäß Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe e des Gesetzes Nr. 142 beauftragt.

IV — Zur Zulässigkeit

8. Co.Na.Me. wandte sich an das Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia und beehrte insbesondere die Aufhebung des Beschlusses der Gemeinde. Das Tribunale legte dem Gerichtshof folgende Vorlagefrage vor:

9. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen wirft mehrere Fragen betreffend die Zulässigkeit auf.

A — Zu Artikel 81 EG

Stehen die Artikel 43 EG, 49 EG und 81 EG, nach denen Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten sowie Handelspraktiken und Verhaltensweisen der Unternehmen, die geeignet sind, den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Union zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, verboten sind, einer unmittelbaren Vergabe, d. h. einer Vergabe ohne Ausschreibung, der öffentlichen Dienstleistung der Gasversorgung an Unternehmen entgegen, an denen die Gemeinden beteiligt sind, wenn diese Beteiligung am Gesell-

10. Zweifel an der Zulässigkeit der Vorlagefrage bestehen in Bezug auf Artikel 81 EG.

11. Wie sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt, hat das nationale Gericht einmal die genauen Gründe anzugeben, die es veranlassen haben, sich nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu fragen und die Vorlage von Vorabentscheidungsfragen für erforderlich

zu halten⁶. So hat der Gerichtshof entschieden, dass es unerlässlich ist, dass das nationale Gericht ein Mindestmaß an Erläuterungen zu den Gründen für die Wahl der Gemeinschaftsbestimmungen, um deren Auslegung es ersucht, und zu dem Zusammenhang gibt, den es zwischen diesen Bestimmungen und den auf den Rechtsstreit anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften herstellt⁷.

12. Darüber hinaus hat der Gerichtshof entschieden, dass er für die Entscheidung über Vorabentscheidungsfragen nicht zuständig ist, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht⁸.

13. Betreffend die genannten Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes im Hinblick auf die Zulässigkeit von Vorlagefragen ist festzustellen, dass sich die Ausführungen im Vorlagebeschluss zu Artikel 81 EG, abgesehen von der Wiedergabe seines Wortlautes, darauf beschränken, dass der freie Wettbewerb einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und ein Eingriff in diesen einen ganz besonderen Ausnahmefall darstelle, der nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt sei.

14. Damit genügt der Vorlagebeschluss jedoch nicht den Anforderungen der oben angeführten Rechtsprechung im Hinblick auf die Begründung für die erbetene Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts.

15. Des Weiteren sind nach der ständigen Rechtsprechung Vorlagefragen nur insoweit zulässig, als der Vorlagebeschluss ausreichende Angaben zum Sachverhalt des Ausgangsverfahrens enthält⁹.

16. Dabei ist im Wettbewerbsrecht, zu dem auch Artikel 81 EG betreffend das Kartellverbot gehört, ein besonders strenger Maßstab anzulegen¹⁰.

17. In Bezug auf Artikel 81 EG genügt der Vorlagebeschluss auch nicht den Anforderungen hinsichtlich des tatsächlichen Rahmens. So fehlen im Vorlagebeschluss insbesondere Angaben zu den beteiligten Unternehmen und zu den Handlungen, die nach Auffassung des vorlegenden Gerichts unter Artikel 81 EG fallen.

6 — Beschlüsse vom 12. März 2004 in der Rechtssache C-54/03 (Austroplant-Arzneimittel, Slg. 2004, I-0000, Randnr. 11), vom 25. Juni 1996 in der Rechtssache C-101/96 (Italia Testa, Slg. 1996, I-3081, Randnr. 6), vom 30. April 1998 in den Rechtssachen C-128/97 und C-137/97 (Testa und Modesti, Slg. 1998, I-2181, Randnr. 15) sowie vom 8. Juli 1998 in der Rechtssache C-9/98 (Agostini, Slg. 1998, I-4261, Randnr. 6).

7 — Beschlüsse in der Rechtssache C-54/03 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 11, vom 7. April 1995 in der Rechtssache C-167/94 (Grau Gomis u. a., Slg. 1995, I-1023, Randnr. 9) und vom 28. Juni 2000 in der Rechtssache C-116/00 (Laguillaumie, Slg. 2000, I-4979, Randnr. 16).

8 — Beschluss in der Rechtssache C-54/03 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 12, sowie Urteile vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 39) und vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99 (Canal Satellite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 19).

9 — Urteil vom 26. Januar 1993 in den Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Telemarsicabruzzo u. a., Slg. 1993, I-393, Randnr. 6) sowie Beschlüsse vom 19. März 1993 in der Rechtssache C-157/92 (Banchemo, Slg. 1993, I-1085, Randnr. 4), in den Rechtssachen C-128/97 und C-137/97 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 5, in der Rechtssache C-9/98 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 4, und in der Rechtssache C-54/03 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 10.

10 — Urteil vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-176/96 (Lehtonen und Castors, Slg. 2000, I-2681, Randnr. 22) sowie Beschlüsse in der Rechtssache C-157/92 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 5, in der Rechtssache C-116/00 (zitiert in Fußnote 7), Randnr. 19, und vom 11. Februar 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-438/03, C-439/03, C-509/03 und C-2/04 (Antonio Cannito u. a., Slg. 2004, I-1605, Randnr. 6).

18. In Bezug auf Artikel 81 EG erfüllt der Vorlagebeschluss also nicht die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vorlagefrage.

Dienstleistungsverkehrs regelt, finden die Grundfreiheiten keine Anwendung. Zu diesem Ergebnis kam der Gerichtshof in der Rechtsache RI.SAN.¹¹.

B – Zu den Grundfreiheiten

19. Zulässigkeitsprobleme der Vorlagefrage ergeben sich aber auch hinsichtlich der genannten Grundfreiheiten (Artikel 43 EG und 49 EG).

20. So hat der Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen aus demselben Mitgliedstaat und ebenfalls das Vergabewesen betreffend deswegen für unzulässig erklärt, weil dort das Unternehmen, das die Rechtmäßigkeit der von einer Gemeinde getroffenen Auswahl bezweifelte, seinen Sitz in Italien hatte und auf dem italienischen Markt nicht unter Berufung auf die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit tätig war. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass der Sachverhalt somit keinen Bezug zu einem der Tatbestände hat, die das Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs regelt. Weist aber ein Fall mit keinem seiner Elemente über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinaus und hat er deshalb keinen Bezug zu einem der Tatbestände, die das Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des freien Personen- und

21. Allerdings hat der Gerichtshof Vorabentscheidungsersuchen auch für zulässig erachtet und mit Hinweisen zur Auslegung und Anwendung des Primärrechts beantwortet, obwohl es ebenso um einen rein inländischen Sachverhalt ging¹². Aus dem Vergabewesen ist diesbezüglich die Rechtssache *Telaustria*¹³ zu nennen, die ein Ausgangsverfahren betraf, dessen Parteien aus ein und demselben Mitgliedstaat stammten. Des Weiteren ist die Rechtssache *Buchhändler-Vereinigung*¹⁴ anzuführen, in der die in der Rechtssache *Telaustria* entwickelten Grundsätze angewendet wurden. Auch im letzteren Verfahren waren alle Beteiligten aus demselben Mitgliedstaat. Das Gleiche gilt für die Rechtssache *ARGE*, in der der Gerichtshof dennoch eine Vorlagefrage nach der Auslegung einer Grundfreiheit beantwortete¹⁵.

22. Es stellt sich also die Frage, warum der Gerichtshof trotz ähnlicher Fallgestaltung wie in der Rechtssache *RI.SAN.* diese drei

11 – Urteil vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-108/98 (*RI.SAN.*, Slg. 1999, I-5219, Randnrn. 21 ff.).

12 – Vgl. auch das Urteil vom 5. März 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 (Reisch u. a., Slg. 2002, I-2157, Randnrn. 24 ff.), das allerdings nicht das Vergaberecht betraf.

13 – Urteil in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2).

14 – Beschluss vom 30. Mai 2002 in der Rechtssache C-358/00 (*Buchhändler-Vereinigung*, Slg. 2002, I-4685).

15 – Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99 (*ARGE Gewässerschutz*, Slg. 2000, I-11037), betreffend insbesondere die dritte Vorlagefrage.

Vergaben betreffende Vorabentscheidungsersuchen in der Sache entschied. Ein möglicher Grund könnte darin liegen, dass in den Rechtssachen Telaustria und Buchhändler-Vereinigung die Vorlagefragen selbst ausdrücklich auf die Auslegung von Richtlinien gerichtet waren. Im Unterschied dazu ist die Vorlagefrage im vorliegenden Verfahren ausdrücklich auf das Primärrecht, insbesondere zwei Grundfreiheiten, gerichtet.

23. Daraus könnte man nun schließen, dass es für die Zulässigkeit einer Vorlagefrage darauf ankommt, worauf diese ausdrücklich gerichtet ist, d. h. ob sie Primärrecht oder abgeleitetes Recht betrifft¹⁶.

24. Für die Zulässigkeit der Vorlagefrage auch im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die fraglichen Grundfreiheiten sprechen zwei Gründe: erstens ein prozessualer und zweitens ein materieller.

25. In prozessualer Hinsicht ist daran zu erinnern, dass es dem Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren darum geht, dem vorlegenden Gericht eine zweckdienliche Antwort zu erteilen. Das veranlasst den Gerichtshof in bestimmten Fällen sogar dazu, die Vorlagefragen umzuformulieren. Im vorliegenden Verfahren ist dies jedoch nicht möglich, weil die Frage ausdrücklich

auf die Auslegung des Primärrechts und nicht der Richtlinien gerichtet ist und der nationale Richter das in einem auf eine diesbezügliche Frage des Gerichtshofes gesendeten Antwortschreiben bekräftigt hat.

26. Die Frage, ob es dabei im Ausgangsverfahren um eine Konzession oder um einen Auftrag im Sinne des Gemeinschaftsrechts geht, kann letztlich offen bleiben. Denn für den Gerichtshof reicht das Vorliegen von Vorlagefragen aus, die ihm „Anlass zu weiteren Auslegungshinweisen geben, die sich für die Beilegung des Ausgangsrechtsstreits als nützlich erweisen könnten“¹⁷. Dass sie auf den konkreten Sachverhalt des Ausgangsverfahrens auch *tatsächlich* angewendet werden, dürfte insoweit also kein Kriterium darstellen.

27. In materieller Hinsicht sei vor einer Dogmatisierung des in der Rechtssache RI. SAN. gewählten Ansatzes gewarnt. Gerade im Vergaberecht, welches auf die Öffnung der nationalen Märkte gerichtet ist, darf es nämlich nicht darauf ankommen, ob in einem konkreten Vergabeverfahren und/oder im daran anschließenden nationalen Nachprüfungsverfahren alle Beteiligten aus demselben Mitgliedstaat wie der Auftraggeber kommen¹⁸. Denn das könnte man auch als Indiz dafür deuten, dass eben nicht die erforderliche Publizität des Vergabeverfahrens gegeben war und sich daher kein

16 — Siehe hingegen das Urteil vom 5. Dezember 2000 in der Rechtssache C-448/98 (Guimont, Slg. 2000, I-10663). In dieser Rechtssache richtete sich die Vorlagefrage ausdrücklich auf die Auslegung von Primärrecht.

17 — Urteil in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 59; Hervorhebung von mir.

18 — Siehe z. B. auch die Konstellation im Urteil in der Rechtssache C-94/99 (zitiert in Fußnote 15).

ausländischer Unternehmer beteiligen konnte. Das gilt nicht nur für die Vergaberichtlinien, sondern auch für die betroffenen Grundfreiheiten. Zu schützen sind so nicht nur die tatsächlich an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen, sondern auch die potenziellen Bieter. Die potenzielle Betroffenheit von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten genügt daher bereits, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt und damit eine Voraussetzung für die Anwendung der Grundfreiheiten erfüllt ist.

28. Diese Gründe sprechen für die Zulässigkeit der Vorlagefrage, insoweit sie die Grundfreiheiten der Artikel 43 EG und 49 EG betreffen.

V — Zur Begründetheit

29. Die Vorlagefrage in dem Umfang, in dem sie zulässig ist, betrifft im Wesentlichen die Reichweite der Artikel 43 EG und 49 EG, und zwar hinsichtlich der aus diesen ableitbaren Gebote oder Verbote für Vergabeverfahren.

30. Damit bezieht sie sich auf einen wesentlichen Teil der Vorgaben, die der Gerichtshof als „Grundregeln des Vertrages im All-

gemeinen und Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen“¹⁹ bezeichnet hat.

A — Vorbemerkungen hinsichtlich der anwendbaren Rechtsvorschriften

31. Wenn sich die Vorlagefrage auch ausdrücklich auf die Auslegung bestimmter Vorschriften des Primärrechts bezieht, führt das dennoch nicht eo ipso dazu, dass diese Vorschriften auch anzuwenden sind.

32. Ihre Anwendbarkeit richtet sich vielmehr danach, ob der konkrete Vergabevorgang des Ausgangsverfahrens die jeweiligen Voraussetzungen für die Anwendung dieser primärrechtlichen Vorschriften erfüllt.

33. Es ist dabei nicht entscheidend, dass der nationale Richter den Vergabevorgang als „concessione“ bezeichnet hat, weil sich diese Bezeichnung auch auf das nationale Recht beziehen könnte, das diesen Begriff kennt. Der nationale Begriff muss jedoch nicht notwendigerweise mit dem des Gemeinschaftsrechts übereinstimmen. Aber selbst wenn der nationale Richter den gemein-

19 — Urteil in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 60; bestätigt mit anderer Formulierung im Beschluss vom 3. Dezember 2001 in der Rechtssache C-59/00 (Vestergaard, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20).

schaftlichen Konzessionsbegriff gemeint haben sollte, bedeutet das noch nicht, dass diese Qualifizierung im Ausgangsverfahren auch zutreffend ist.

34. Und auch, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des abgeleiteten Rechts erfüllt wären, bleibt eine weitere Unklarheit, nämlich die, unter welche Richtlinie der konkrete Sachverhalt fällt. Dazu ist nämlich zu bemerken, dass der konkrete Sachverhalt dem Gerichtshof nicht in allen maßgeblichen Einzelheiten bekannt ist.

35. Da Gemeinden als Gebietskörperschaften sowohl öffentliche Auftraggeber im Sinne der klassischen Vergaberichtlinien als auch im Sinne der Sektorenrichtlinie sind, wäre daher der Zweck der Vergabe zu klären. Von diesem Zweck hängt es ab, welche Richtlinie zur Anwendung kommt²⁰.

36. Selbst wenn klargestellt sein sollte, dass nicht die — im Verhältnis zu den anderen Richtlinien spezielle — Sektorenrichtlinie anzuwenden ist, steht aber immer noch nicht fest, unter welche der klassischen Vergaberichtlinien die Vergabe fällt. Dafür ist entscheidend, welchen Gegenstand die

Vergabe hat, etwa ob sie die Lieferung von Waren, z. B. Energielieferung, oder die Erbringung von Dienstleistungen, z. B. die Versorgung, betrifft. Handelt es sich um eine gemischte Vergabe, hat sie also beides zum Gegenstand, kommt es nach Artikel 2 der Dienstleistungsrichtlinie auf den Wert der Bestandteile der Vergabe an.

37. Dass es im Ausgangsverfahren um eine solche gemischte Vergabe geht, kann zwar den Akten nicht entnommen werden, scheint jedoch im Hinblick auf die Praxis in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht ausgeschlossen, wie auch ein vom Gerichtshof bereits unterschiedenes Vorabentscheidungsverfahren²¹ zeigt.

38. Wie schon in der Rechtssache RI.SAN. kann der Gerichtshof die Richtigkeit der Angaben des vorlegenden Gerichts, wonach der Ausgangsrechtsstreit nicht die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages betrifft, nicht überprüfen²².

39. Aber selbst wenn eine konkrete Vergabe grundsätzlich alle Voraussetzungen für die Anwendung einer der Vergaberichtlinien erfüllt, könnte der konkrete Vergabevorgang doch von der jeweiligen Richtlinie ausgenommen sein. So könnte im Anlassfall neben einer der ausdrücklichen Ausnahmen der Richtlinien, wie etwa Artikel 13 der Sekto-

20 — Siehe dazu die Urteile vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01 (Kommission/Deutschland, Slg. 2003, I-3609) sowie vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-126/03 (Kommission/Deutschland, Slg. 2004, I-0000).

21 — Beschluss vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-310/01 (Comune di Udine).

22 — Urteil in der Rechtssache C-108/98 (zitiert in Fußnote 11), Randnr. 20.

renrichtlinie, auch eine der ungeschriebenen, vom Gerichtshof entwickelten Ausnahmen greifen, wie die im Urteil in der Rechtssache Stadt Halle²³ ausgelegte Teckal-Ausnahme²⁴ für so genannte Quasi-In-House-Vergaben. Wäre das der Fall, käme wiederum Primärrecht zur Anwendung.

sich aus den Grundfreiheiten der Artikel 43 EG und 49 EG ableiten lassen, betrifft die grundsätzliche Frage, ob die Grundfreiheiten nicht nur Verbote in Form von Schranken für mitgliedstaatliches Handeln festlegen, sondern auch positive Verpflichtungen normieren, und wenn ja, welche.

40. Das wäre auch ein Grund dafür, dass der nationale Richter die Vorlagefrage auf die Auslegung von Primärrecht beschränkt.

41. Denn sollte tatsächlich keine der Richtlinien anwendbar sein, könnten die Grundfreiheiten, welche den Mitgliedstaaten namentlich Verpflichtungen zur Gleichbehandlung und zur Transparenz gegenüber den Marktteilnehmern anderer Mitgliedstaaten auferlegen, im Anlassfall entscheidungserheblich sein.

43. Manche aus den Grundfreiheiten ableitbaren Verbote lassen sich unschwer als Schranken qualifizieren, welche im Übrigen auch Gegenstand unzähliger Verfahren vor dem Gerichtshof waren. Aus dem Bereich Vergabewesen sei nur etwa auf das sich aus der Warenverkehrsfreiheit abzuleitende Verbot hingewiesen, wonach es „einem öffentlichen Auftraggeber untersagt [ist], in die Verdingungsunterlagen zu dem betreffenden Auftrag eine Klausel aufzunehmen, die für die Durchführung des Auftrags die Verwendung von Material einer bestimmten Marke ohne den Zusatz ‚oder gleichwertiger Art‘ vorschreibt“²⁵.

B — Grundfreiheiten und positive Verpflichtungen

42. Dieses Verfahren, in dem es darum geht, welche Verpflichtungen der Auftraggeber

44. Die Konstellation jener Rechtssache und deren Behandlung durch den Gerichtshof zeigt aber sehr deutlich, dass man ein Verbot, etwas zu unterlassen, nämlich einen bestimmten Zusatz anzubringen, auch als Gebot, etwas zu tun, nämlich einen bestimmten Zusatz zu verwenden, verstehen kann.

23 — Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle, Slg. 2005, I-0000).

24 — Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121).

25 — Beschluss in der Rechtssache C-59/00 (zitiert in Fußnote 19), Randnr. 24.

45. Umgelegt auf die Konstellation des Ausgangsverfahrens dieses Vorabentscheidungsverfahrens bedeutet das, dass diese mindestens auf zweierlei Weise verstanden werden kann. Zum einen könnte man untersuchen, ob die Grundfreiheiten — gedeutet als Schranken — ein Verbot der freihändigen Vergabe oder der Direktvergabe normieren. Zum anderen könnte man untersuchen, ob sie zu einem bestimmten Grad an Öffentlichkeit oder zu einer bestimmten Veröffentlichung verpflichten. Je nachdem, ob man am Unterlassen oder am aktiven Tun anknüpft, gelangt man daher zu einer positiven Verpflichtung oder nicht.

46. Aber auch aus einem anderen Grund erweist es sich als unbedingt erforderlich, zum Zwecke der Beantwortung der Vorlagefrage in der vorliegenden Konstellation auf die Problematik positiver Verpflichtungen einzugehen.

47. Denn die vorliegende Konstellation kann auch unter dem Blickwinkel des so genannten abwehrrrechtlichen Ansatzes betrachtet werden. Das Verhalten des Auftraggebers oder Konzessionsgebers kann nämlich auch als Eingriff in ein Recht eines anderen angesehen werden, und zwar als Eingriff in das Recht von Unternehmen auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren oder auf Abgabe eines Angebots. Die Mitgliedstaaten, einschließlich der öffentlichen Auftraggeber oder Konzessionsgeber, haben für die Beachtung dieses aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Rechts zu sorgen.

48. Der Vollständigkeit halber sei schließlich angemerkt, dass man die vorliegende Kon-

stellation auch danach analysieren könnte, ob sie eine Schutzpflicht oder eine Garantspflicht der betreffenden Gebietskörperschaft auslöst. Unstrittig ist jedenfalls, dass ein Mitgliedstaat, und einem solchen ist auch die verfahrensgegenständliche Kommune zuzurechnen, verpflichtet ist, die Grundfreiheiten, hier der Unternehmen, d. h. der potenziellen Bieter, zu gewährleisten.

49. Einen wesentlichen Ansatzpunkt zur Beantwortung der Frage, ob die Grundfreiheiten überhaupt *positive Pflichten* enthalten und welchen Inhalt diese haben, bildet die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur gegenseitigen Anerkennung.

50. Dieser Rechtsprechung lässt sich sogar die Verpflichtung der Mitgliedstaaten entnehmen, ein bestimmtes Verfahren einzurichten und auch anzuwenden. Das Gebot zu aktivem Tun richtet sich an den Gesetzgeber wie auch an die Verwaltung und an die Gerichtsbarkeit. Die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Vorgaben betreffen insbesondere den Inhalt des Verfahrens, etwa eine bestimmte Prüfung vorzunehmen. In prozeduraler Hinsicht wird diese Prüfung noch weiter dadurch spezifiziert, dass ihre Zielrichtung und ihre Methode, nämlich mittels Vergleich bestimmter Dokumente vorzugehen, vorgeschrieben werden. Darüber hinaus

sind die Entscheidungen zu begründen und im Rechtsweg überprüfbar²⁶.

51. Diese Vorgaben lassen sich auch auf das Vergaberecht übertragen, in dem es auch hier um die Einhaltung bestimmter verfahrensrechtlicher Grundsätze geht. Somit kann man aus der bisherigen Rechtsprechung zur gegenseitigen Anerkennung ableiten, dass die Grundfreiheiten den Mitgliedstaaten durchaus auch bestimmte verfahrensmäßige Gebote auferlegen.

52. Eine weitere primärrechtliche Rechtsquelle, der verfahrensmäßige Vorgaben entnommen werden können, ist neben den Grundfreiheiten, Artikel 10 EG. Dessen erster Absatz enthält eindeutig ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Handlungsgebot („Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen ...“). Dieser allgemeinen und sehr grundsätzlichen Vorschrift lässt sich zumindest das Gebot entnehmen, Verfahren, und damit auch Vergabeverfahren, so auszugestalten, dass die Mitgliedstaaten ihre materiellen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen erfüllen.

53. In dem Maße, in dem sich dem Gemeinschaftsrecht, in diesem Verfahren also den Grundfreiheiten, bestimmte Verpflichtungen

entnehmen lassen, haben die Mitgliedstaaten, einschließlich der Kommunen, auch hinsichtlich von Aufträgen oder Konzessionen entsprechende Handlungen zu setzen, etwa bestimmte Fristen einzuhalten oder bestimmte Veröffentlichungen vorzunehmen.

54. Im Zusammenhang mit Artikel 10 EG stehen zudem die daraus entwickelten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des Äquivalenz- und des Effektivitätsgebotes, die dem Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten, einschließlich des Vergabeverfahrensrechts, bestimmte Grenzen setzen. Diese Vorgaben betreffen nicht nur den Rechtsschutz, sondern bereits die Phase davor, nämlich die Durchführung von Vergabeverfahren. Dabei ist freilich jeder Fall „unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens ... zu prüfen“²⁷.

55. Diesen primärrechtlichen Vorgaben, die die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den Grundfreiheiten ergänzen, kommt gerade außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien ein großer Stellenwert zu.

56. Schließlich ist noch auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze hinzuweisen, denen ebenso Vorgaben für das nationale Verfahrens-

26 – Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-340/89 (Vlassopoulou, Slg. 1991, I-2357, Randnrn. 16 ff.).

27 – Urteile vom 10. April 2003 in der Rechtssache C-276/01 (Steffensen, Slg. 2003, I-3735, Randnr. 66) und vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-327/00 (Santex, Slg. 2003, I-1877, Randnr. 56).

recht entnommen werden können, und die ebenso im Vergabeverfahren eine Rolle spielen können. Das gilt insbesondere für den allgemeinen Gleichheitssatz (Grundsatz der Gleichbehandlung), der über das Verbot der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinausgeht.

C — Verpflichtungen aus den Grundfreiheiten im Vergabewesen

1. Eingeschränkter Geltungsbereich der Grundfreiheiten

57. Selbst wenn man die grundsätzliche Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf öffentliche Auftraggeber und Konzessionsgeber bejaht, bedeutet das noch keineswegs, dass damit schon jeder Vergabevorgang den Grundfreiheiten unterliegt.

58. So ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Auftraggeber oder Konzessionsgeber sich zu Recht auf einen der zahlreichen Gründe beruft, die die Nichtanwendung der Grund-

freiheiten rechtfertigen. In Betracht kommen dabei nicht nur die im Vertrag ausdrücklich normierten Gründe, wie z. B. öffentliche Sicherheit oder öffentliche Gesundheit²⁸, sondern auch die Allgemeininteressen im Sinne der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung.

59. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Rechtfertigungsgründe im Bereich der Konzessionsvergabe hat auch die Kommission in einer ihrer Mitteilungen anerkannt²⁹. Selbstverständlich sind auch im Vergabewesen die hier nicht näher zu erläuternden Voraussetzungen für die Rechtfertigungsgründe, wie etwa die Verhältnismäßigkeit einer nationalen Maßnahme, zu erfüllen.

60. Zu diesen auf die Grundfreiheiten bezogenen Rechtfertigungsgründen treten noch die im Vertrag ausdrücklich normierten Ausnahmeregelungen hinzu. Auch diese können auf die Vergabe von Konzessionen Anwendung finden, mit der Folge, dass der Konzessionsgeber nicht an die Vorgaben der Grundfreiheiten gebunden ist.

61. Im Besonderen kommen hier die Bestimmungen betreffend verschiedene Aspekte der inneren oder äußeren Sicherheit in Betracht, auf die auch in der mündlichen

28 — In Bezug auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit sind das Artikel 45 EG und Artikel 55 EG.

29 — Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. 2000, C 121, Nr. 3.1).

Verhandlung hingewiesen wurde. So gestattet Artikel 296 Absatz 1 Buchstabe b EG den Mitgliedstaaten, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, die für die Wahrung ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind. Im Vergabewesen betrifft das die Beschaffung von bestimmten Verteidigungsgütern. Zwar eignet sich dieser Sektor nicht unbedingt für Konzessionen, doch wäre das jedenfalls aufgrund von Gemeinschaftsrecht nicht ausgeschlossen.

62. Artikel 297 EG wiederum gestattet den Mitgliedstaaten im Falle bestimmter Krisensituationen die Ergreifung bestimmter Maßnahmen. Auch diese Vorschrift ist grundsätzlich ebenso auf Beschaffungen anwendbar.

63. Wie vor allem aus Artikel 298 EG hervorgeht, sind die Befugnisse der Mitgliedstaaten bei Anwendung der beiden vorgenannten Vorschriften des Vertrages freilich nicht unbegrenzt und unterliegen insbesondere der Kontrolle der Kommission und des Gerichtshofes.

64. Schließlich ist noch auf eine weitere primärrechtliche Regelung hinzuweisen, die zwar nicht auf die Grundfreiheiten zugeschnitten ist, aber dennoch wie eine Ausnahme von ihnen wirken kann. Artikel 86 Absatz 2 EG sieht nämlich vor, dass die „Vorschriften dieses Vertrages“, d. h. auch die Grundfreiheiten, gelten, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Dazu kommt als weitere Voraussetzung, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem bestimmten Ausmaß

beeinträchtigt wird. Adressaten dieser Vorschrift sind — im Unterschied zur Anwendung auf die Mitgliedstaaten in Verbindung mit Artikel 10 EG — allerdings nur Unternehmen, und zwar nur solche, die mit bestimmten Dienstleistungen betraut sind oder Finanzmonopole sind. Deshalb findet sie nur auf solche Konzessionsgeber Anwendung, die als derartige Unternehmen zu qualifizieren sind.

65. Hinsichtlich des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens wäre somit zu prüfen, ob der Konzessionsgeber unter eine der ausgenommenen Kategorien von Unternehmen fällt und ob die Art und Weise, wie die Vergabe erfolgte, erforderlich war, um es ihm zu ermöglichen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen³⁰. Freilich ist es auch möglich, dass sich der betreffende Mitgliedstaat auf Artikel 86 EG beruft, um die Übertragung von Rechten an ein Unternehmen zu rechtfertigen³¹.

66. Abschließend ist auf die im Verfahren angesprochene Rechtsprechung in den Rechtssachen Teckal³² und Stadt Halle³³ sowie auf die in Artikel 13 der Sektorenrichtlinie normierte Ausnahme für bestimmte Vergaben an verbundene Unternehmen einzugehen.

30 — Urteile vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99 (Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 57) und vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 16).

31 — Urteil vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94 (Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 32).

32 — Urteil in der Rechtssache C-107/98 (zitiert in Fußnote 24).

33 — Urteil in der Rechtssache C-26/03 (zitiert in Fußnote 23).

67. Diese Rechtsprechung bzw. Regelung erlaubt unter ganz bestimmten Voraussetzungen die Nichtanwendung der klassischen Vergaberichtlinien bzw. der Sektorenrichtlinie. Vergaben, die unter eine dieser Ausnahmen fallen, unterliegen also nicht den Vergabevorschriften des abgeleiteten Rechts. Damit öffnet sich jedoch automatisch der Anwendungsbereich des Primärrechts, einschließlich der hier verfahrensgegenständlichen Grundfreiheiten.

68. Aber weder die zitierte Rechtsprechung noch die ausdrückliche Regelung der Sektorenrichtlinie führen zu einer Nichtanwendung von Primärrecht. Für eine so weit gehende Ausnahme vom Gemeinschaftsrecht findet sich nämlich weder im Primärrecht noch in der Rechtsprechung ein Ansatzpunkt. Ist also auf die Vergabe des Ausgangsverfahrens Primärrecht anzuwenden, stellt sich die Frage nach der Bedeutung der zitierten Rechtsprechung bzw. der Regelung der Sektorenrichtlinie nicht mehr, weil es sich dabei um Ausnahmen von der Anwendung des abgeleiteten Rechts handelt.

2. Abstufungen innerhalb des Primärrechts oder einheitliches Vergaberegime?

69. Selbst wenn die Anwendbarkeit des Primärrechts, etwa der Grundfreiheiten, auf eine konkrete Vergabe feststeht, ist in einem

weiteren Schritt zu klären, welche konkreten Pflichten den Auftraggeber oder Konzessionsgeber treffen. Es geht also um die Ermittlung des sich aus den Grundfreiheiten eventuell ergebenden Vergaberegimes.

70. Dabei ist zunächst fraglich, ob die Grundfreiheiten überhaupt ein Regime, noch dazu ein einheitliches Regime festlegen, d. h., für alle von ihnen erfassten Vergaben dieselben Vorgaben gelten. Auf einer hohen Abstraktionsebene mag das zwar zutreffen. So haben die den Mitgliedstaaten zuzurechnenden Auftraggeber und Konzessionsgeber etwa das Diskriminierungsverbot und bestimmte Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit zu beachten.

71. Schon allein der Umstand, dass sich den Grundfreiheiten keine nur annähernd so konkreten Vorgaben wie den Richtlinien entnehmen lassen, spricht aber dagegen, dass für alle Vergaben etwa die gleichen Verfahrensregelungen, z. B. für Art und Inhalt der Veröffentlichung, gelten sollen.

72. Zwar wäre es im Interesse der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit, für die Auftraggeber und Konzessionsgeber wie für die Unternehmen als potenzielle Bieter, vorteilhaft, wenn es ein primärrechtliches Vergaberegime oder wenigstens einige wenige solche Regime gäbe: So könnten etwa

die in der Praxis mitunter auftretenden Probleme vermieden werden, die dadurch entstehen, dass im Zuge eines Verfahrens zur Vergabe einer Konzession erst während der Verhandlungen diese Vergabe zu einem Auftrag wird³⁴.

73. Auf der anderen Seite ist es bei Vergaben jedoch günstig, wenn den Beteiligten auch ein gewisser Freiraum zur Verfügung steht. So sehen schon die Richtlinien eine Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten vor. Ähnliches müsste erst recht im Anwendungsbereich des Primärrechts gelten.

74. Das Problem besteht nun darin, Kategorien von Vergaben zu bestimmen, für die jeweils ein bestimmtes Regime gilt. Allerdings lassen sich weder dem Wortlaut des Vertrages noch der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, insbesondere nicht jener im Vergabewesen, Kriterien für die Abgrenzung zwischen verschiedenen Fallgruppen (Kategorien) von Vergaben entnehmen. Dass hier aber eine Abstufung erforderlich ist, legt allein schon der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nahe.

75. Denkbar wäre es zwar, auch in diesem Zusammenhang auf die Ausnahmen nach

der Rechtsprechung in den Rechtssachen Teckal und Stadt Halle sowie nach Artikel 13 der Sektorenrichtlinie in dem Sinne zurückzugreifen, dass davon erfasste Vergaben einem erleichterten Regime unterliegen. Einer analogen Anwendung dieser Ausnahmen als Abgrenzungskriterium steht allerdings entgegen, dass es eben kein einheitliches primärrechtliches Vergaberegime gibt, von dem man abweichen könnte.

76. Sachgerecht wäre somit eine Heranziehung von Kriterien, die auch die Richtlinien zur Bestimmung von Kategorien von Vergaben vorsehen.

77. Einen wesentlichen Gesichtspunkt dabei bildet einmal der geschätzte Wert der Vergabe³⁵. Dazu kommt der Gegenstand, also ob es sich um Dienstleistungen, Lieferungen oder um Bauleistungen handelt. Innerhalb der Dienstleistungen könnte man, wiederum ähnlich wie die Richtlinien, die zwischen ausgenommenen, nichtprioritären und prioritären Dienstleistungen unterscheiden, nach dem näheren Inhalt differenzieren. Des Weiteren wäre auf den Grad der Komplexität der Vergabe abzustellen, also ob es sich um eher standardisierte Waren oder um komplexe Infrastrukturprojekte handelt, deren technische, rechtliche oder finanzielle Bedingungen zu Beginn des Vergabeverfahrens gar nicht angegeben werden können.

34 — Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM(2004) 327 endg., Nrn. 34 ff.

35 — Der Gemeinschaftsgesetzgeber war so der Auffassung, dass Verfahren der Richtlinien für Aufträge von geringem Wert nicht angemessen seien (Beschluss in der Rechtssache C-59/00 [zitiert in Fußnote 19], Randnr. 19).

78. Dieser in den Richtlinien vorfindbaren Kategorienbildung liegt der für das Vergabewesen allgemein geltende Gedanke zugrunde, dass bestimmte Vergaben mehr binnenmarktrelevant sind als andere, d. h. für einen größeren Kreis von Wirtschaftsteilnehmern von Interesse sind, und zwar auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. Dieser Aspekt sollte gerade für die Anwendung der Grundfreiheiten von Bedeutung sein, erfordern diese doch ein grenzüberschreitendes Element.

79. Des Weiteren könnte man zwecks Abgrenzung der Kategorien voneinander, d. h. der Zuordnung einer bestimmten Vergabe zu einer bestimmten Kategorie und damit auch zu einem bestimmten Regime, wie in den Richtlinien, auch auf bestimmte Umstände, wie das Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten oder Dringlichkeit, abstellen. Auf diese Weise könnten bestimmte Vergaben, die in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen, sogar gänzlich von der Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung befreit sein.

80. Auf die Spitze getrieben würde ein System, das alle Vergaben erfasst — und das aus mehreren Kategorien besteht, für die jeweils ein bestimmtes Regime besteht —, letztendlich jedoch auf ein den Richtlinien nachgebildetes vielschichtiges primärrechtliches Vergaberegime oder genauer auf mehrere Regime hinauslaufen. Die in diesem Vorabentscheidungsverfahren angesprochene Transparenz stellt aber nur einen Regelungsbereich unter vielen dar.

81. Schließlich ist auf den auch auf Vergabeverfahren anwendbaren Effektivitätsgrundsatz hinzuweisen. Danach sind das gesamte konkrete Verfahren, der Verfahrensablauf und die Besonderheiten des Verfahrens zu berücksichtigen³⁶.

3. Die Vorgaben nach Primärrecht

82. Als Ausgangspunkt lässt sich festhalten, dass im Rahmen des Primärrechts jedenfalls nicht dasselbe Vergaberegime anzuwenden ist wie im Geltungsbereich der Richtlinien. Gegen eine solche umfassende Übertragung sprechen vor allem zwei Gründe.

83. Erstens würde damit — und zwar ohne Durchführung des im Primärrecht vorgesehenen Rechtsetzungsverfahrens — selbst außerhalb der Richtlinien das nur für die von diesen erfassten Vergaben normierte Regime gelten. Das wäre eine Umgehung des gemeinschaftlichen Gesetzgebungsverfahrens. Zweitens würden die Richtlinien selbst umgangen, die Vorschriften gerade nur für bestimmte Vergaben festlegen.

³⁶ — Urteile in der Rechtssache C-276/01 (zitiert in Fußnote 27), Randnr. 66, und — speziell für das Vergaberecht — in der Rechtssache C-327/00 (zitiert in Fußnote 27), Randnr. 56.

84. Zunächst ist allerdings an den Umstand zu erinnern, dass die aus den Grundfreiheiten ableitbaren Vorgaben grundsätzlich für alle Aspekte von Vergaben gelten, d. h. zum einen für die materielle Seite, wie etwa die Beschreibung des Leistungsgegenstandes (z. B. mittels technischer Spezifikationen oder Laufzeit einer Konzession) oder Kriterien für die Eignung (vor allem Qualifikationen) und für den Zuschlag, wobei hierbei insbesondere der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu beachten ist. Zum anderen gelten diese Vorgaben auch für die prozessuale Seite, also für das Verfahren im engeren Sinn, wie etwa die Wahl der Verfahrensart — wozu auch die Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung gehört — und die Fristen (z. B. für den Eingang des Teilnahmeantrags oder des Angebots).

Beginn des Vergabeverfahrens festgelegten Anforderungen einzuhalten und auf alle Bewerber gleich anzuwenden sind.

87. Da es in diesem Vorabentscheidungsverfahren jedoch alleine um die Frage der gebotenen Transparenz geht, beschränken sich die Ausführungen im Folgenden auf diesen Aspekt.

a) Die Transparenz

85. Neben dem verfahrensgegenständlichen Gebot der Transparenz lassen sich noch das damit zusammenhängende Gleichbehandlungsgebot³⁷, der Wettbewerbsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Vorgaben anführen, die auch im Geltungsbereich des Primärrechts anwendbar wären.

88. Zunächst ist klarzustellen, dass Transparenz nach den Richtlinien mehr umfasst als bloß die mit der Publizität von konkreten Vergabeverfahren verbundenen Aspekte. Zu Letzterer gehören etwa die verschiedenen Arten von Bekanntmachungen, sei es eine Aufforderung zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren, sei es eine Ausschreibung, d. h. eine Einladung zur Abgabe von Angeboten.

86. Aus dem Gleichbehandlungsgebot lässt sich etwa ableiten, dass die Wahl der Konzessionäre auf objektiver Grundlage zu erfolgen hat. Das bedeutet auch, dass die zu

89. Darüber hinaus kennen die Richtlinien auch andere Veröffentlichungspflichten, wie etwa die zur Bekanntgabe über die erfolgte Vergabe. Des Weiteren sehen die Richtlinien interne Aufzeichnungspflichten vor, etwa in Form des Vergabevermerkes oder der Auf-

37 — Urteile vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31) und in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 61.

bewahrung bestimmter Unterlagen³⁸. Diese Pflichten könnte man auch auf das Primärrecht übertragen.

des Primärrechts, dass die Transparenz unverfälschten Wettbewerb garantieren und zur Öffnung der nationalen Märkte beitragen soll.

90. Das Prinzip der Transparenz bildet darüber hinaus vielmehr einen leitenden Grundsatz für das gesamte Vergabeverfahren. Dazu gehören ebenso etwa die Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen der Auftraggeber und generell eine objektive Vorgangsweise während eines Vergabeverfahrens.

93. Der „angemessene Grad von Öffentlichkeit“ einer Vergabe betrifft zuallererst die Frage, ob überhaupt eine Veröffentlichung stattzufinden hat. So ist nicht auszuschließen, dass es auch Fälle geben kann, in denen eine freihändige Vergabe, d. h. ein Vergabeverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung, durchgeführt werden darf. Was nämlich die Richtlinien erlauben, muss im Anwendungsbereich des Primärrechts erst recht zulässig sein. Um den Unterschied zwischen Richtlinien und Primärrecht nicht zu verwischen, wäre es zu streng, wenn man Vergabeverfahren ohne Vergabebekanntmachung nur unter den Bedingungen der Richtlinien, d. h. den dort abschließend angeführten Gründen, durchführen dürfte. Ebenso wäre es zu streng, die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens davon abhängig zu machen, dass alle potenziellen Bieter kontaktiert werden. Tut der Auftraggeber oder Konzessionsgeber das aber doch, wäre der Transparenz jedenfalls Genüge getan⁴⁰.

91. Im vorliegenden Verfahren ist der Gerichtshof eingeladen, seine Rechtsprechung zur Veröffentlichungspflicht näher zu konkretisieren. In der Rechtssache Telaustria hat er nämlich grundsätzlich entschieden, dass „der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen *angemessenen Grad* von Öffentlichkeit sicherstellen [muss], der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“³⁹.

92. Ausgangspunkt bei der Ermittlung des „angemessenen Grades von Öffentlichkeit“ ist die Zielsetzung des auszulegenden Gebotes der Transparenz. Denn wie für die Richtlinien gilt auch im Anwendungsbereich

94. Freilich ist umgekehrt zu verhindern, dass Auftraggeber oder Konzessionsgeber den ihnen gewährten Freiraum missbrauchen. Man könnte daher von einer grund-

38 — Siehe dazu Artikel 12 der Dienstleistungsrichtlinie sowie Artikel 41 der Sektorenrichtlinie.

39 — Urteil in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 62; Hervorhebung von mir.

40 — Das nimmt Generalanwalt Fennelly in seinen Schlussanträgen, Nr. 43, für das Ausgangsverfahren in der Rechtssache Telaustria dann an, sofern die Bieter nicht alle oder ganz überwiegend im gleichen Staat wie der Auftraggeber niedergelassen sind.

sätzlichen primärrechtlichen Veröffentlichungspflicht mit mehreren Ausnahmemöglichkeiten ausgehen. Danach hätte der Auftraggeber oder Konzessionsgeber im Einzelfall zu begründen, warum er von der Veröffentlichungsregel abweicht.

95. Aber selbst wenn man von einer grundsätzlichen Veröffentlichungspflicht ausgeht, bleiben noch viele Einzelheiten offen.

96. So stellt sich einmal die Frage nach dem Publikationsmedium. Zum einen geht es um den Aspekt der geografischen Verbreitung, d. h. lokale, regionale, nationale oder europäische Ebene. Zum anderen bezieht sich das auf die Art des Mediums selbst. So kommen neben klassischen Printmedien, wie Amtsblätter, Tageszeitungen oder Publikationen des jeweiligen Wirtschaftssektors, auch elektronische Foren, wie das Internet, in Betracht. Unter Umständen kann sogar auf die archaische Form des Aushangs⁴¹ zurückgegriffen werden.

97. Die Art der Veröffentlichung stellt aber nur einen Aspekt dar. Daneben ist es für den Auftraggeber oder Konzessionsgeber wichtig zu wissen, welche Vorgaben ihm die Grundfreiheiten in Bezug auf den Mindestinhalt der Bekanntmachung machen. Generell gilt hier als Maßstab, dass so viel Information zu geben ist, wie die Unternehmen benötigen,

um über ihre Teilnahme am Vergabeverfahren oder die Abgabe eines Angebots entscheiden zu können. Keinesfalls aber lassen sich den Grundfreiheiten so viele und für sämtliche Fälle geltende Einzelheiten entnehmen, die dann in ihrer Gesamtheit Muster für Bekanntmachungen ergeben, wie sie in den Richtlinien vorgesehen sind. Als Grundsatz gilt daher auch hinsichtlich des Mindestinhalts einer Bekanntmachung: Die Grundfreiheiten verpflichten nicht in allen Fällen zu jenen Angaben, die die Muster für Bekanntmachungen gemäß abgeleitetem Recht vorschreiben.

98. Sowohl die Art als auch der Inhalt der Bekanntmachung richten sich aber nach den innerhalb des Primärrechts für die Bildung von Kategorien von Vergaben und die daraus resultierende Abstufung genannten Kriterien.

99. Angesichts des Umstands, dass sich den Akten, insbesondere dem Vorlagebeschluss, die erforderlichen Einzelheiten nicht entnehmen lassen, um den für das Ausgangsverfahren angemessenen Grad der Veröffentlichung bestimmen zu können, und im Hinblick auf den Grundsatz, dass es im Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 234 EG nicht Aufgabe des Gerichtshofes ist, Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts auf einen konkreten Sachverhalt anzuwen-

41 — Das hält auch die Kommission in ihrer Mitteilung (zitiert in Fußnote 29) für zulässig.

den, wird es Sache des nationalen Richters sein, darüber zu befinden, ob im Ausgangsverfahren der Verpflichtung zur Transparenz genügt wurde⁴².

100. Dabei hat der nationale Richter im Sinne einer Marktanalyse zu berücksichtigen, für welche Wirtschaftsteilnehmer die geplante Vergabe im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb von Interesse ist, wobei der Wert und der Gegenstand der Vergabe eine entscheidende Rolle spielen.

b) Die Ausnahme für bestimmte Quasi-In-House-Vergaben

101. Wie bereits dargelegt, kann weder die sekundärrechtliche Ausnahme der Teckal- und Stadt-Halle-Rechtsprechung noch die Ausnahme nach Artikel 13 der Sektorenrichtlinie zu einer Nichtanwendung des Primärrechts, d. h. auch der hier einschlägigen Grundfreiheiten, führen.

42 — Zu einer solchen Lösung siehe das Urteil in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 63.

102. Ist die Vergabe des Ausgangsverfahrens tatsächlich als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren und fällt sie aufgrund dessen nicht unter die Richtlinien, so erübrigt sich die Frage, ob die Richtlinien auf die konkrete Vergabe nicht aufgrund eines anderen Umstands keine Anwendung finden, etwa weil die Ausnahme der Rechtsprechung bzw. der Sektorenrichtlinie greift. Es kommt dann nämlich schon aus einem anderen Grund zur Anwendung des Primärrechts.

103. Im Übrigen ist es im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens nach Artikel 234 EG nicht Aufgabe des Gerichtshofes, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden. Das hat der Gerichtshof gerade in Vergabefällen mehrmals betont⁴³. Es wäre vielmehr Aufgabe des nationalen Richters, zu prüfen, ob im Ausgangsverfahren die vom Gerichtshof entwickelten Kriterien bzw. die Voraussetzungen der Sektorenrichtlinie erfüllt sind. Dazu wäre aber zuerst zu ermitteln, ob überhaupt eine der Richtlinien anwendbar ist.

104. Handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession und sind folglich die Richtlinien nicht anwendbar, scheidet die Anwendung der beiden Quasi-In-House-Ausnahmen jedenfalls aus.

43 — Siehe dazu nur die Urteile in der Rechtssache C-324/98 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 63, vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache C-18/01 (Korhonen, Slg. 2003, I-5321), vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C-448/01 (EVN AG und Wien-Strom, Slg. 2003, I-14527); Beschluss in der Rechtssache C-310/01 (zitiert in Fußnote 21).

VI — Ergebnis

105. Nach alledem wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Die Artikel 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie grundsätzlich eine Verpflichtung zur Transparenz festlegen. Die Artikel 43 EG und 49 EG stehen aber nicht in jedem Fall einer Direktvergabe, d. h. einer Vergabe ohne Vergabebekanntmachung bzw. ohne Aufruf zum Wettbewerb, entgegen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Direktvergabe in einem Vergabeverfahren wie dem des Ausgangsverfahrens zulässig ist, hat der nationale Richter im Sinne einer Marktanalyse zu berücksichtigen, für welche Wirtschaftsteilnehmer die geplante Vergabe im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb von Interesse ist, wobei der Wert und der Gegenstand der Vergabe eine entscheidende Rolle spielen.