

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

10. September 2009\*

In der Rechtssache C-573/07

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) mit Entscheidung vom 11. Oktober 2007, beim Gerichtshof eingegangen am 28. Dezember 2007, in dem Verfahren

**Sea Srl**

gegen

**Comune di Ponte Nossa,**

Beteiligte:

**Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA,**

erlässt

\* Verfahrenssprache: Italienisch.

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Rosas sowie der Richter A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter), J. Klučka und A. Arabadjiev,

Generalanwalt: J. Mazák,  
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 2009,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Sea Srl, vertreten durch L. Nola, avvocatessa,
  
- der Comune di Ponte Nossa, vertreten durch A. Di Lascio und S. Monzani, avvocati,
  
- der Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA, vertreten durch M. Mazzealli und S. Sonzogni, avvocati,
  
- der italienischen Regierung, vertreten zunächst durch R. Adam, sodann durch I. Bruni als Bevollmächtigte im Beistand von G. Fiengo, avvocato dello Stato,

- der tschechischen Regierung, vertreten durch M. Smolek als Bevollmächtigten,
  
- der niederländischen Regierung, vertreten durch C. Wissels und C. ten Dam als Bevollmächtigte,
  
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,
  
- der polnischen Regierung, vertreten durch A. Ratajczak als Bevollmächtigten,
  
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Konstantinidis und C. Zadra als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

## **Urteil**

<sup>1</sup> Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG und 86 EG.

- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Sea Srl (im Folgenden: Sea) und der Comune di Ponte Nossa (Gemeinde Ponte Nossa) über die Vergabe eines Auftrags über die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung städtischer Abfälle an die Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA (im Folgenden: Setco) durch die Gemeinde Ponte Nossa.

## Rechtlicher Rahmen

### *Gemeinschaftsrecht*

- 3 Art. 1 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) bestimmt:

„...“

- (2) a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

...

- d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge‘ sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.

...

(4) ‚Dienstleistungskonzessionen‘ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

<sup>4</sup> Art. 20 der Richtlinie 2004/18 lautet:

„Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A werden nach den Artikeln 23 bis 55 vergeben.“

<sup>5</sup> Art. 28 dieser Richtlinie schreibt vor, dass die Aufträge im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens vergeben werden.

<sup>6</sup> Nach Art. 80 der Richtlinie 2004/18 hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorschriften zu erlassen, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Januar 2006 nachzukommen.

- 7 Anhang II Teil A dieser Richtlinie enthält eine Kategorie 16 betreffend „Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen“.

*Nationales Recht und satzungsrechtlicher Rahmen*

- 8 Art. 2341-bis des Codice civile (italienisches Zivilgesetzbuch) sieht vor:

„Verträge gleich welcher Form, die, um die Vermögenssituation oder die Leitung der Gesellschaft zu stabilisieren,

- a) die Ausübung des Stimmrechts in Aktiengesellschaften oder in diese kontrollierenden Gesellschaften zum Gegenstand haben,
- b) die Übertragung der betreffenden Aktien oder der Beteiligungen an den sie kontrollierenden Gesellschaften beschränken,
- c) die Ausübung, auch im Verbund, eines beherrschenden Einflusses auf diese Gesellschaften bezwecken oder bewirken,

können keine längere Geltungsdauer als fünf Jahre haben und gelten auch dann als für diese Dauer geschlossen, wenn die Parteien eine längere Vertragsdauer vereinbart haben; die Verträge können bei Vertragsende verlängert werden.

Ist die Vertragsdauer nicht bestimmt, kann jeder Vertragspartner unter Einhaltung einer Frist von 180 Tagen vom Vertrag zurücktreten.

Die Bestimmungen dieses Artikels sind nicht anwendbar auf Verträge, die im Hinblick auf Vereinbarungen zur Mitwirkung an der Herstellung von bzw. am Handel mit Waren oder an der Erbringung bzw. dem Austausch von Dienstleistungen geschlossen werden und sich auf Gesellschaften beziehen, deren Anteile vollständig von den Parteien der Vereinbarung gehalten werden.“

9 Art. 2355-bis des Codice civile bestimmt:

„Die Satzung kann die Übertragung von Namensaktien oder nicht ausgegebenen Aktien besonderen Voraussetzungen unterwerfen und sie für einen Zeitraum verbieten, der fünf Jahre ab Gründung der Gesellschaft oder ab Einführung des Verbots nicht übersteigen darf.

Satzungsbestimmungen, die die Übertragung der Aktien von der alleinigen Genehmigung der Gesellschaftsorgane oder von Gesellschaftern abhängig machen, sind unwirksam, wenn sie nicht eine Erwerbsverpflichtung zulasten der Gesellschaft oder der betreffenden Gesellschafter oder ein Austrittsrecht des Veräußerers vorsehen; die Anwendung von Art. 2357 bleibt unberührt. Das Entgelt und der Liquidationsanteil sind nach den Bedingungen des Art. 2437-ter und in dem dort vorgesehenen Umfang zu bestimmen.

Der vorige Absatz findet in allen Fällen Anwendung, in denen nach Satzungsbestimmungen die Übertragung von Aktien wegen Todesfalls besonderen Voraussetzungen unterworfen ist, sofern nicht eine entsprechende Genehmigung vorgesehen und auch erteilt worden ist.

Beschränkungen der Übertragung der Aktien müssen sich aus dem Titel selbst ergeben.“

- 10 Das Decreto legislativo Nr. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Testo unico der Bestimmungen über die Gebietskörperschaften), vom 18. August 2000 (GURI Nr. 227 vom 28. September 2000, Supplemento ordinario) in der durch das Decreto-legge Nr. 269 recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Decreto-legge mit Eilbestimmungen zur Entwicklungsförderung und zur Funktionsverbesserung der öffentlichen Haushalte) vom 30. September 2003 (GURI Nr. 229 vom 2. Oktober 2003, Supplemento ordinario) geänderten Fassung, das durch das Gesetz Nr. 326 vom 24. November 2003 (GURI Nr. 274 vom 25. November 2003, Supplemento ordinario) nach Änderung in ein Gesetz umgewandelt wurde (im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 267/2000), bestimmt in Art. 113 Abs. 5:

„Die Erbringung der Dienstleistung erfolgt nach den Regelungen des betreffenden Sektors unter Beachtung des Rechts der Europäischen Union, wobei die Dienstleistung vergeben wird

- a) an Kapitalgesellschaften, die durch öffentliche Ausschreibungsverfahren bestimmt werden;
  
- b) an gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaften, bei denen der private Gesellschafter durch öffentliche Ausschreibungsverfahren bestimmt worden ist, bei denen die Einhaltung der innerstaatlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften nach Richtlinien gewährleistet worden ist, die von den zuständigen Behörden durch spezifische Maßnahmen oder Rundschreiben erlassen worden sind;
  
- c) an Gesellschaften mit vollständig öffentlichem Kapital unter der Voraussetzung, dass die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die das Gesellschaftskapital halten, über die Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die sie kontrollieren, verrichtet.“



11 Art. 1 Abs. 3 der Satzung von Setco lautet:

„Gesellschafter können in Anbetracht der Art der Gesellschaft die in Art. 2 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 genannten lokalen Gebietskörperschaften sowie andere öffentliche Einrichtungen und öffentliche Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit sein, deren Tätigkeit und Erfahrung für das vollständige Erreichen des Gesellschaftszwecks von Nutzen sein können.“

12 Art. 1 Abs. 4 dieser Satzung sieht vor:

„Nicht zulässig ist die Beteiligung von Privatpersonen oder sonstigen Einrichtungen oder von Personen, deren Beteiligung aufgrund ihrer Art und/oder Höhe, selbst wenn es sich um eine Minderheitsbeteiligung handeln sollte, eine Änderung der Mechanismen der ‚ähnlichen Kontrolle‘ (wie sie in den nachfolgenden Bestimmungen sowie im Gemeinschafts- und im nationalen Recht definiert sind) oder eine mit dem geltenden Recht nicht vereinbare Unternehmensführung bewirken könnte.“

13 Art. 3 der Satzung von Setco bestimmt:

„Zweck der Gesellschaft ist die Durchführung lokaler öffentlicher Dienstleistungen und interkommunaler lokaler öffentlicher Dienstleistungen, die ausschließlich jene lokalen Gebietskörperschaften betreffen, die diese Dienstleistungen — auch aufgrund untereinander geschlossener Verträge — nach den Art. 113 ff. des Decreto legislativo Nr. 267/2000 ... vergeben.

...

### 3. Die oben genannten Dienstleistungen und Werke

- können auch zugunsten von Privatpersonen erbracht werden, wenn dies nicht den Gesellschaftszwecken zuwiderläuft oder wenn es deren Verwirklichung begünstigt;

...“

<sup>14</sup> Art. 6 Abs. 4 dieser Satzung sieht vor:

„Die Gesellschaft kann, um gegebenenfalls den gestreuten Aktienbesitz (von Bürgern und/oder Wirtschaftsteilnehmern) auf örtlicher Ebene oder [den Aktienbesitz] der Beschäftigten zu fördern, auch Vorzugsaktien ausgeben ...“

<sup>15</sup> Art. 8-bis der Satzung von Setco bestimmt:

„1. Die freihändige Vergabe lokaler öffentlicher Dienstleistungen an die Gesellschaft kann im Einklang mit dem geltenden nationalen und Gemeinschaftsrecht durch Gesellschafter erfolgen, die in Bezug auf alle oder einen der in Art. 3 genannten Bereiche Gebietskörperschaften vertreten („beauftragende Gesellschafter“ [„soci affidanti“]), wobei diese Bereiche folgenden Abteilungen zugeordnet sind: 1. Abteilung: Abfälle; 2. Abteilung: Wasser; 3. Abteilung: Gas; 4. Abteilung: Fremdenverkehr; 5. Abteilung: Energie; 6. Abteilung: Gemeinnützige Leistungen.

2. Die Gesellschaft übernimmt die Dienstleistungen für die beauftragenden Gesellschafter im Rahmen eines Ausschließlichkeitsverhältnisses und jedenfalls im örtlichen Zuständigkeitsbereich der genannten Behörden.

3. Die Gesellschafter üben gemeinsam und/oder getrennt umfassende Befugnisse zur Leitung, Koordinierung und Überwachung der Gesellschaftsorgane und -einrichtungen aus; insbesondere können sie die Gesellschaftsorgane einberufen, um Aufschluss über Einzelheiten der Durchführung der lokalen öffentlichen Dienstleistungen zu erhalten; sie verlangen in regelmäßigen Zeitabständen, mindestens jedoch zweimal jährlich Berichte über die Durchführung der Dienstleistungen und die wirtschaftliche und finanzielle Entwicklung; sie kontrollieren die Unternehmensführung nach Maßgabe der in internen Regelungen der Vergabebehörden festgelegten Form; sie erteilen — als Gültigkeitsvoraussetzung — ihre vorherige Zustimmung zu allen die Durchführung der lokalen öffentlichen Dienstleistungen betreffenden Satzungsänderungen.

4. Die Abteilungen legen die Anwendung von Mechanismen zur ähnlichen, gemeinsamen und differenzierten Kontrolle nach den in der vorliegenden Satzung und in den betreffenden Dienstleistungsverträgen vorgesehenen Modalitäten fest.

5. Die beauftragenden Gesellschafter üben die Befugnisse in Bezug auf die Abteilungen aus, für die sie die freihändige Vergabe der Dienstleistungen beschlossen haben. Zur effizienten Durchführung dieser Dienstleistungen sind die Organe und die Beschäftigten der Gesellschaft für die übernommene Tätigkeit auch gegenüber den in der vorliegenden Satzung genannten Einrichtungen verantwortlich.

6. Die Kontrolle seitens der beauftragenden Gesellschafter wird außer über die im Gesellschaftsrecht vorgesehenen Rechte als Anteilseigner der Gesellschaft durch einen einheitlichen Ausschuss für die Leitung und die politisch-administrative Kontrolle (im Folgenden: Einheitlicher Ausschuss) und einen technischen Kontrollausschuss für jede Abteilung (im Folgenden: Technischer Ausschuss) ausgeübt.

7. Andere als beauftragende Gesellschafter können ohne Stimmrecht an den Sitzungen des Einheitlichen Ausschusses ... und des Technischen [A]usschusses für jede Abteilung teilnehmen. Diese Ausschüsse können mit der absoluten Mehrheit ihrer Mitglieder unter Angabe einer in das Sitzungsprotokoll aufzunehmenden Begründung den Ausschluss dieser anderen Gesellschafter von der Teilnahme an einzelnen Sitzungen oder Teilen einer Sitzung beschließen.“

16 Art. 8-ter der Satzung von Setco lautet:

„1. Der Einheitliche Ausschuss ... besteht aus je einem Vertreter jedes beauftragenden Gesellschafters, der aus dem Kreis bestehend aus dem gesetzlichen Vertreter der Körperschaft, dem Assessore delegato und einem entsprechend beauftragten Ratsmitglied ausgewählt wird, weiter aus einem von den beauftragenden Gesellschaftern in der ersten Sitzung gemeinsam ernannten Beamten, der Unterstützung leistet, das Protokoll führt, kein Stimmrecht hat und unter den bei zumindest einem der Vergabekörperschaften beschäftigten Sekretären, Generaldirektoren oder Führungskräften (oder — bei Einrichtungen ohne Führungspersonal — unter den für die Dienstleistungen Verantwortlichen) ausgewählt wird.

2. Der Einheitliche Ausschuss nimmt Beratungs-, Leitungs- und Entscheidungsaufgaben zum Zweck der Ausübung der ähnlichen Kontrolle wahr, und zwar insbesondere folgende Aufgaben: a) Er nimmt gegenüber den Gesellschaftsorganen und -einrichtungen die Befugnisse und Rechte wahr, die dem Rat, dem Gemeindevorstand und dem Bürgermeister/Präsidenten in Bezug auf die Kontrolle der eigenen Abteilungen und Dienststellen zustehen. Die Kontrolle erstreckt sich auf alle Aspekte der Organisation und des Funktionierens der vergebenen Dienstleistungen. b) Er legt für die Abteilungsausschüsse Richtlinien für die koordinierte und einheitliche Durchführung der Dienstleistungen fest, auch in Bereichen und für Aspekte, die mehrere Abteilungen betreffen. c) Er bestimmt die Vertreter der lokalen Gebietskörperschaften, die in den Verwaltungsrat der Gesellschaft berufen werden. d) Er ernennt den Präsidenten des Verwaltungsrats und des Rechnungsprüfungsausschusses und verfügt deren Abberufung in den in der vorliegenden Satzung genannten Fällen. e) Er legt Richtlinien für die Ernennung der beauftragten Verwaltungsratsmitglieder und des Generaldirektors der Gesellschaft fest. f) Er genehmigt den Entwurf des Programmplans, des mehrjährigen Haushaltsplans, des jährlichen Haushaltsplans und des Jahresabschlussberichts. g) Er hört die Leitungsorgane der Gesellschaft und mindestens einmal jährlich den Präsidenten und/oder den Generaldirektor an. h) Er erhält in regelmäßigen Zeitabständen, mindestens aber halbjährlich, von den Leitungsorganen der Gesellschaft Berichte über die Durchführung der lokalen öffentlichen Dienstleistungen. i) Er kann einige seiner Aufgaben an einen oder

mehrere Technische Ausschüsse delegieren, und zwar auch in unterschiedlicher Weise unter Berücksichtigung der jeweiligen spezifischen Zuständigkeiten. 1) Er nimmt im Voraus zu den Handlungen der Geschäftsführer Stellung, die nach der vorliegenden Satzung der Genehmigung durch die Hauptversammlung bedürfen.

3. Der Einheitliche Ausschuss tritt mindestens einmal jährlich zu einer ordentlichen Sitzung zusammen; zu außerordentlichen Sitzungen tritt er auf Anforderung a) eines der beauftragenden Gesellschafter, b) des gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft zusammen.“

17 Art. 8-quater der Satzung von Setco bestimmt:

„1. Es wird ein Technischer [A]usschuss für jede der folgenden Abteilungen eingerichtet: 1. Abteilung: Abfälle, 2. Abteilung: Wasser, 3. Abteilung: Gas, 4. Abteilung: Fremdenverkehr, 5. Abteilung: Energie, 6. Abteilung: Gemeinnützige Leistungen.

2. Der Technische [A]usschuss besteht aus je einem Vertreter jedes beauftragenden Gesellschafters, der unter den bei zumindest einem der beauftragenden Gesellschafter beschäftigten Sekretären, Generaldirektoren oder Führungskräften (oder, bei Einrichtungen ohne Führungspersonal, unter den für die Dienstleistungen Verantwortlichen) ausgewählt wird ...

3. Eine Person kann Mitglied von Technischen Ausschüssen mehrerer Abteilungen sein.

4. Der Technische Ausschuss hat insbesondere folgende Aufgaben: a) Er übt gegenüber den Gesellschaftsorganen und -einrichtungen die Befugnisse und Rechte aus, die den technischen Organen der Behörde in Bezug auf die eigenen Dienststellen zustehen. Die Kontrolle, die sich auf die Zuständigkeitsbereiche der jeweiligen

Abteilung beschränkt und den Richtlinien des Einheitlichen Ausschusses entsprechen muss, erstreckt sich auf alle Aspekte der Organisation und der Funktionsweise der vergebenen Dienstleistungen. b) Er unterstützt den Einheitlichen Ausschuss bei den Entscheidungen, die die Organisation und das Funktionieren der Dienstleistungen, für die die jeweilige Abteilung zuständig ist, betreffen. c) Er erfüllt die ihm vom Einheitlichen Ausschuss übertragenen Aufgaben. d) Er koordiniert die Systeme zur Kontrolle der Führung der Gesellschaft. e) Er schlägt dem Einheitlichen Ausschuss oder den Organen der Gesellschaft den Erlass der Maßnahmen vor, die erforderlich sind, um die Gesellschaftstätigkeit mit den Zielen der Vergabebehörden, die sich aus dem Durchführungsplan und dem Zielvorgabenplan ergeben, in Einklang zu bringen. f) Er leistet der Gesellschaft bei ihrer Tätigkeit technisch-administrative Unterstützung gemäß den Regelungen der Vergabebehörden und/oder der Vereinbarung zur Regelung der Beziehungen zwischen diesen Behörden. g) Er zeigt etwaige Missstände bei der Durchführung der Dienstleistungen auf und schlägt Abhilfemaßnahmen im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Vorschriften und die Regelung der lokalen öffentlichen Dienstleistungen vor.“

18 Art. 14 der Satzung von Setco sieht vor:

„1. Vorbehaltlich der Rechte der Organe zur ähnlichen, gemeinsamen und differenzierten Kontrolle nach den Art. 8-bis, 8-ter und 8-quater entscheidet die ordentliche Gesellschafterversammlung über alle gesetzlich oder in der vorliegenden Satzung vorgesehenen Materien unter Berücksichtigung der Richtlinien, Leitlinien und etwaigen Weisungen dieser Organe zur Organisation und Durchführung der der Gesellschaft unmittelbar zugeordneten öffentlichen Dienstleistungen.

...

3. Folgende Handlungen der Verwaltungsratsmitglieder bedürfen der vorherigen Genehmigung durch die ordentliche Gesellschafterversammlung nach befürwortender Stellungnahme des Einheitlichen Ausschusses gemäß Art. 8-ter zu allen Personen, die an der Organisation und der Funktionsweise der lokalen öffentlichen Dienstleistungen beteiligt sind:

- a) Programmplanung, Mehrjahres- und Einjahresvorausschätzungen und Zwischenbilanz zur Berichtigung der Vorausschätzungen;
  
- b) Gründung von Kapitalgesellschaften mit dem Gesellschaftszweck, die Tätigkeit der Gesellschaft zu unterstützen oder zu ergänzen; Erwerb von Beteiligungen, auch Minderheitsbeteiligungen, an solchen Gesellschaften sowie deren Auflösung;
  
- c) Aufnahme neuer in der Satzung vorgesehener Dienstleistungen oder Einstellung bereits vorhandener Dienstleistungen;
  
- d) Erwerb und Veräußerung von Grundstücken und Anlagen, Aufnahme von Hypothekendarlehen und Vornahme ähnlicher Geschäfte gleich welchen Typs und welcher Art, die mit einem finanziellen Engagement von über 20 % des aus der letzten genehmigten Bilanz resultierenden Nettovermögens verbunden sind;
  
- e) Leitlinien für die Festsetzung von Tarifen und Preisen für die erbrachten Dienstleistungen, sofern für diese keine rechtlichen Zwänge bestehen oder sie nicht von zuständigen Organen oder Behörden festgesetzt worden sind.

...

5. Die Versammlung und der Einheitliche Ausschuss können der Vornahme der in den vorstehenden Nummern vorgesehenen Handlungen zustimmen, auch unter Erteilung bestimmter Auflagen, Auferlegung bestimmter Verpflichtungen oder der Anordnung, dass die Verwaltungsratsmitglieder bestimmte Handlungen vorzunehmen haben. In diesem Fall erstatten die Geschäftsführer einen Bericht über die Einhaltung der

Auflagen innerhalb der in der Genehmigung gesetzten Frist oder mangels einer solchen innerhalb von dreißig Tagen nach Vornahme der betreffenden Handlung.

6. Die Gebietskörperschaften, die als Aktionäre mindestens ein Zwanzigstel des Gesellschaftskapitals repräsentieren, und jeder beauftragende Aktionär können, wenn sie der Auffassung sind, dass die Gesellschaft die Handlung nicht im Einklang mit der erteilten Genehmigung vorgenommen hat oder vornimmt, über den Einheitlichen Ausschuss die sofortige Einberufung der Versammlung nach Art. 2367 Abs. 1 des Codice civile verlangen, damit diese die Maßnahmen trifft, die sie im Interesse der Gesellschaft für zweckmäßig hält.

7. Werden der vorherigen Genehmigung unterliegende Handlungen vorgenommen, ohne dass die Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder — in den in der Satzung vorgesehenen Fällen — eine befürwortende Stellungnahme des Einheitlichen Ausschusses beantragt und eingeholt wurde, oder wird die Handlung nicht nach Maßgabe der erteilten Genehmigung vorgenommen, so kann dies eine Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder rechtfertigen.

8. Will der Verwaltungsrat die von der Gesellschafterversammlung genehmigte Handlung nicht vornehmen, so erlässt er innerhalb von fünfzehn Tagen nach Erlass der Entscheidung der Gesellschafterversammlung eine mit Gründen versehene Ad-hoc-Entscheidung, die unverzüglich den Gebietskörperschaften, die Aktionäre sind, und, soweit es um Materien geht, die zur Durchführung der örtlichen öffentlichen Dienstleistungen gehören, dem Einheitlichen Ausschuss zuzuleiten ist. Letzterer kann, soweit die Entscheidungen über die Organisation und/oder die Durchführung der örtlichen öffentlichen Dienstleistungen betroffen sind, innerhalb von dreißig Tagen nach Eingang der Mitteilung des Verwaltungsrats eine Entscheidung treffen, mit der er seine Stellungnahme und/oder seine Weisungen bestätigt. Die erlassene Entscheidung ist für das Verwaltungsorgan bindend.

...“



19 Art. 16 dieser Satzung bestimmt:

„1. Die Gesellschaft wird von einem Verwaltungsrat mit ordentlichen und außerordentlichen Verwaltungsbefugnissen verwaltet, unbeschadet der Befugnisse, die gesetzlich oder nach der Satzung

- a) der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind,
- b) der vorherigen Genehmigung der Gesellschafterversammlung unterliegen,
- c) den Organen zur ähnlichen Kontrolle nach den Art. 8-bis ff. der Satzung vorbehalten sind.

2. Der Verwaltungsrat besteht aus 3 (drei) bis 7 (sieben) Mitgliedern, die auf Vorschlag des Einheitlichen Ausschusses nach Art. 8-ter von der Gesellschafterversammlung ernannt werden. In allen Fällen ist es Sache der auftraggebenden Aktionäre, eine bestimmte Zahl von Verwaltungsratsmitgliedern (einschließlich des Präsidenten des Verwaltungsrats), die dem Umfang ihrer Beteiligung und jedenfalls mehr als der Hälfte der Zahl der Verwaltungsratsmitglieder entspricht, unmittelbar zu ernennen, abzuberufen oder zu ersetzen.

...

6. Der Verwaltungsrat erlässt die Entscheidungen über die Organisation und/oder die Durchführung der örtlichen öffentlichen Dienstleistungen, die unter Beachtung der von den Kontrollorganen nach den Art. 8-bis ff. dieser Satzung genehmigten Leitlinien freihändig vergeben werden sollen.

...“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

- 20 Sea, die aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung den Zuschlag für die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen und vergleichbaren Abfällen im Gebiet der Gemeinde Ponte Nossa erhalten hatte, erbrachte diese Dienstleistung während des Dreijahreszeitraums vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2006.
- 21 Setco ist eine Aktiengesellschaft, an der einige Gemeinden des Val Seriana beteiligt sind und deren größte Anteilseignerin die Gemeinde Clusone ist.
- 22 Mit Entscheidung vom 16. Dezember 2006 beschloss die Gemeinde Ponte Nossa, im Hinblick auf die freihändige Vergabe der fraglichen Dienstleistung an Setco mit Wirkung vom 1. Januar 2007 Minderheitsgesellschafterin dieser Gesellschaft zu werden.
- 23 Die Gemeinden, die Aktionäre von Setco waren, darunter die Gemeinde Ponte Nossa, erließen am 23. Dezember 2006 die Satzung dieser Gesellschaft, um sie gemäß Art. 113 Abs. 5 Buchst. c des Decreto legislativo Nr. 267/2000 einer Kontrolle wie derjenigen zu unterwerfen, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausübten.

- 24 Mit Entscheidung vom 30. Dezember 2006 vergab die Gemeinde Ponte Nossa die Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen und vergleichbaren Abfällen in ihrem Gebiet ab 1. Januar 2007 an Setco im Wege der freihändigen Vergabe ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren.
- 25 Am 2. Januar 2007 erhob Sea beim Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Verwaltungsgericht für die Region Lombardei) Klage gegen die Entscheidungen der Gemeinde Ponte Nossa vom 16. und vom 30. Dezember 2006.
- 26 Sea machte insbesondere geltend, die Gemeinde Ponte Nossa habe durch die freihändige Vergabe der fraglichen Dienstleistung an Setco gegen Art. 113 Abs. 5 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 sowie gegen die Art. 43 EG, 49 EG und 86 EG verstoßen, da sie gegenüber Setco keine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienstleistungen ausübe, was Voraussetzung für die freihändige Vergabe einer Dienstleistung an ein Unternehmen sei, an dem der öffentliche Auftraggeber beteiligt sei.
- 27 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts könnten es einige Gesichtspunkte fraglich erscheinen lassen, ob die Gemeinde Ponte Nossa eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt.
- 28 Zum einen sei eine Beteiligung von Privatpersonen am Kapital von Setco, auch wenn es sie gegenwärtig nicht gebe, doch potenziell möglich. Das vorliegende Gericht weist dazu darauf hin, dass trotz des in Art. 1 Abs. 4 ihrer Satzung ausdrücklich vorgesehenen Ausschlusses privater Teilhaber am Grundkapital von Setco diese Beteiligung nach Art. 6 Abs. 4 dieser Satzung sowie nach Art. 2355-bis des Codice civile möglich erscheine.
- 29 Zum anderen sei, was die der Gemeinde Ponte Nossa gegenüber Setco tatsächlich zustehenden Kontrollbefugnisse angehe, fraglich, ob eine Kontrolle, wie sie diese

Gemeinde über ihre eigenen Dienststellen ausübe, vorliegen könne, da sie doch nur eine Minderheitsbeteiligung an dieser Gesellschaft halte.

- 30 Daraufhin hat das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist die freihändige Vergabe der Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen und vergleichbaren Abfällen an eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Aktiengesellschaft, deren Satzung im Hinblick auf Art. 113 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 so ausgestaltet ist wie in den Gründen dieses Beschlusses beschrieben, mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit, dem Diskriminierungsverbot und dem Gebot der Gleichbehandlung, der Transparenz und des freien Wettbewerbs nach den Art. 12 EG, 43 EG, 45 EG, 46 EG, 49 EG und 86 EG, vereinbar?

### **Zur Vorlagefrage**

- 31 Zunächst ist festzustellen, dass die Vergabe einer Dienstleistung der Sammlung, Beförderung und Beseitigung von festen städtischen Abfällen, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, je nach den Besonderheiten der Gegenleistung für diese Dienstleistung unter die Definition von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 oder diejenige von Dienstleistungskonzessionen nach Art. 1 Abs. 4 dieser Richtlinie fallen kann.

- 32 Nach den Angaben in der Vorlageentscheidung und in den dem Gerichtshof vom vorlegenden Gericht übersandten Akten könnte der im Ausgangsverfahren fragliche Vertrag insbesondere deshalb einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag darstellen, weil der von Setco und der Gemeinde Ponte Nossa geschlossene Vertrag zur Erbringung der fraglichen Dienstleistungen vorsieht, dass die Gemeinde Ponte Nossa Setco die Gegenleistung für die von dieser erbrachten Dienstleistungen gewährt.

- 33 Ein solcher Vertrag könnte als zur Kategorie 16 des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18 gehörender Dienstleistungsauftrag über Abfallbeseitigung unter diese Richtlinie fallen.
- 34 Die Vorlageentscheidung enthält jedoch nicht alle erforderlichen Angaben, um bestimmen zu können, ob es sich um eine Dienstleistungskonzession oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt und ob im Fall eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags alle Tatbestandsvoraussetzungen der Richtlinie 2004/18 erfüllt sind. Insbesondere ist ihr nicht zu entnehmen, ob der Wert des im Ausgangsverfahren fraglichen Auftrags den Schwellenwert für die Anwendbarkeit dieser Richtlinie übersteigt.
- 35 Ob das Ausgangsverfahren eine Dienstleistungskonzession oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag betrifft und ob, falls Letzteres zutrifft, ein solcher Dienstleistungsauftrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt, hat jedenfalls keinen Einfluss auf die Beantwortung der Vorlagefrage durch den Gerichtshof.
- 36 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist im Fall eines entgeltlichen Vertrags, der mit einer Einrichtung geschlossen wird, die von der örtlichen öffentlichen Stelle, die der öffentliche Auftraggeber ist, rechtlich verschieden ist, eine Ausschreibung nicht obligatorisch, wenn diese Körperschaft über die Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und die Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50).
- 37 Diese Rechtsprechung ist für die Auslegung sowohl der Richtlinie 2004/18 als auch der Art. 12 EG, 43 EG und 49 EG als auch der allgemeinen Grundsätze, deren spezielle Ausprägung sie darstellen, maßgeblich (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49, und vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 62).

- 38 Auch wenn bestimmte Verträge nicht in den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen, haben die öffentlichen Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress, C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60, und Beschluss vom 3. Dezember 2001, Vestergaard, C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20).
- 39 Bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge haben die öffentlichen Auftraggeber insbesondere die Art. 43 EG und 49 EG sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile Parking Brixen, Randnrn. 47 bis 49, und vom 6. April 2006, ANAV, C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnrn. 19 bis 21).
- 40 Die Art. 12 EG, 43 EG und 49 EG sowie die allgemeinen Grundsätze, deren spezielle Ausprägung sie darstellen, kommen jedoch dann nicht zur Anwendung, wenn die Gebietskörperschaft, die der öffentliche Auftraggeber ist, über die den Zuschlag erhaltende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und zugleich diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder die Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteile Teckal, Randnr. 50, Parking Brixen, Randnr. 62, und vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, Slg. 2009, I-4747, Randnr. 34).
- 41 Dass die den Zuschlag erhaltende Einrichtung die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft hat, schließt die Anwendung der Ausnahme, die in der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung anerkannt worden ist, keineswegs aus. Im Urteil ANAV hat der Gerichtshof die Geltung dieser Rechtsprechung für den Fall einer Aktiengesellschaft bejaht.
- 42 Das vorlegende Gericht hebt hervor, dass zwar Art. 1 Abs. 3 und 4 der Satzung von Setco den Zugang zu deren Kapital öffentlichen Einrichtungen vorbehalten, dass jedoch

Setco nach Art. 6 Abs. 4 dieser Satzung Vorzugsaktien ausgeben könne, um gegebenenfalls den Aktienbesitz von Bürgern und Wirtschaftsteilnehmern auf örtlicher Ebene oder den Aktienbesitz der Beschäftigten zu fördern.

- 43 In der Sitzung hat die Gemeinde Ponte Nossa geltend gemacht, dass dieser Art. 6 Abs. 4 im Rahmen der am 23. Dezember 2006 erfolgten Änderung der Satzung von Setco hätte aufgehoben werden sollen, dass er jedoch irrtümlich aufrechterhalten worden sei. Die Aufhebung dieser Satzungsbestimmung sei später erfolgt. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob diese Angaben, die zum Abschluss der Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals von Setco für private Investoren führen könnten, zutreffen.
- 44 Das vorliegende Gericht wirft die Frage auf, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine Gesellschaft, deren Anteilseigner er ist und mit der er einen Vertrag schließen will, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann, wenn die Möglichkeit einer Beteiligung von privaten Investoren am Grundkapital dieser Gesellschaft besteht, auch wenn sie noch nicht konkretisiert ist.
- 45 Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, darauf hindeutet — ohne entscheidend zu sein —, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei, C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Randnr. 37, sowie vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Randnr. 31).
- 46 Dagegen schließt es eine — auch minderheitliche — Beteiligung eines privaten Unternehmens am Grundkapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über seine eigenen Dienststellen (vgl. in diesem Sinne Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 49, und Coditel Brabant, Randnr. 30).

- 47 Ob tatsächlich eine Beteiligung Privater am Grundkapital der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft vorliegt, ist in der Regel zum Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnrn. 15 und 52). Auch kann es geboten sein, zu berücksichtigen, dass das nationale Recht, das zum Zeitpunkt der Vergabe eines Auftrags an eine Gesellschaft gilt, an der der öffentliche Auftraggeber das gesamte Grundkapital hält, die baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital vorschreibt (vgl. in diesem Sinne Urteil Parking Brixen, Randnrn. 67 und 72).
- 48 Ausnahmsweise können besondere Umstände die Berücksichtigung von nach der Vergabe des betreffenden Auftrags eingetretenen Ereignissen erfordern. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Anteile der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft, die bisher vollständig vom öffentlichen Auftraggeber gehalten wurden, kurz nach Vergabe des betreffenden Auftrags an diese Gesellschaft im Rahmen einer künstlichen Gestaltung zur Umgehung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften an ein privates Unternehmen übertragen werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnrn. 38 bis 41).
- 49 Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass Anteile an einer Gesellschaft zu einem beliebigen Zeitpunkt veräußert werden. Es wäre jedoch mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn zugelassen würde, dass die Beurteilung der Frage, ob es sich beim Grundkapital einer Gesellschaft, an die ein öffentlicher Auftrag vergeben wird, um öffentliches Kapital handelt, wegen dieser bloßen Möglichkeit auf unbestimmte Zeit in der Schwebe gehalten werden könnte.
- 50 Wird zum Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden Auftrags an eine Gesellschaft deren gesamtes Grundkapital vom öffentlichen Auftraggeber — allein oder mit weiteren öffentlichen Stellen — gehalten, so ist die Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals dieser Gesellschaft für private Investoren nur zu berücksichtigen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige entsprechende Kapitalöffnung besteht.
- 51 Daher lässt in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der das Grundkapital der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft vollständig aus öffentlichem Kapital besteht und kein konkreter Hinweis auf eine baldige Öffnung des Grundkapitals dieser



Gesellschaft für private Teilhaber vorliegt, die bloße Möglichkeit einer Beteiligung von Privatpersonen am Kapital dieser Gesellschaft noch nicht den Schluss zu, dass die Voraussetzung einer Kontrolle durch die öffentliche Stelle nicht erfüllt wäre.

- 52 Diesem Ergebnis stehen nicht die Ausführungen in Randnr. 26 des Urteils vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287), entgegen, wonach der Umstand, dass eine Gesellschaft, wie sie in jener Rechtssache in Rede stand, für privates Kapital geöffnet wird, es nicht ausschließt, diese Gesellschaft als eine Struktur zu betrachten, vermittels deren die an ihr beteiligten Gemeinden intern eine öffentliche Dienstleistung verwalten. In dieser Rechtssache war eine öffentliche Dienstleistung an eine Gesellschaft vergeben worden, deren Kapital zum Zeitpunkt der Vergabe nicht vollständig, doch überwiegend in öffentlicher Hand war, so dass es sich um gemischt öffentlich-privates Kapital handelte (vgl. Urteil Coname, Randnrn. 5 und 28).
- 53 Zu beachten ist allerdings, dass es im Fall der Vergabe eines Auftrags ohne Ausschreibung an eine Gesellschaft mit öffentlichem Kapital, bei der die in Randnr. 51 des vorliegenden Urteils angeführten Voraussetzungen vorliegen, eine Ausschreibung erfordernde Änderung einer grundlegenden Bedingung dieses Auftrags bedeuten würde, wenn zu einem späteren Zeitpunkt, aber immer noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Auftrags, Privatpersonen zur Beteiligung am Grundkapital der genannten Gesellschaft zugelassen würden.
- 54 Sodann stellt sich die Frage, ob dann, wenn eine öffentliche Stelle Minderheitsgesellschafterin einer Aktiengesellschaft mit vollständig öffentlichem Kapital wird, um dieser die Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung zu übertragen, die Kontrolle, die die öffentlichen Stellen als Gesellschafter der Gesellschaft über diese ausüben, nur dann als eine Kontrolle, wie sie sie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, angesehen werden kann, wenn die Kontrolle von jeder dieser Stellen einzeln ausgeübt wird, oder ob diese Kontrolle auch von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann.
- 55 Die Rechtsprechung verlangt nicht, dass in einem solchen Fall die Kontrolle über die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft individuell ausgeübt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Coditel Brabant, Randnr. 46).

- 56 In einem Fall, in dem sich mehrere öffentliche Stellen dafür entscheiden, einige ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben durch die Einschaltung einer Gesellschaft zu erfüllen, deren Anteile sie gemeinsam halten, ist es nämlich normalerweise ausgeschlossen, dass eine dieser Stellen, die nur eine Minderheitsbeteiligung an dieser Gesellschaft hält, allein eine bestimmende Kontrolle über deren Entscheidungen ausübt. In einem solchen Fall zu verlangen, dass die Kontrolle durch eine öffentliche Stelle individuell erfolgen müsse, hätte die Wirkung, dass in den meisten Fällen, in denen eine solche öffentliche Stelle einer Gesellschaft, deren Anteile von anderen öffentlichen Stellen gehalten werden, beitreten möchte, um dieser Gesellschaft die Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung zu übertragen, eine Ausschreibung vorgeschrieben würde (vgl. in diesem Sinne Urteil Coditel Brabant, Randnr. 47).
- 57 Ein solches Ergebnis wäre mit der Systematik der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge und der Konzessionen nicht vereinbar. Eine öffentliche Stelle hat nämlich die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 48, Coditel Brabant, Randnr. 48, und Kommission/Deutschland, Randnr. 45).
- 58 Von dieser Möglichkeit, zur Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auf ihre eigenen Mittel zurückzugreifen, können die betreffenden öffentlichen Stellen in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen Gebrauch machen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. April 2007, Asemfo, C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 57, und Coditel Brabant, Randnr. 49).
- 59 Es ist daher die Möglichkeit zuzulassen, dass, wenn mehrere öffentliche Stellen die Anteile an einer Gesellschaft halten, der sie die Wahrnehmung einer ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben übertragen, diese Stellen ihre Kontrolle über diese Gesellschaft gemeinsam ausüben können (vgl. in diesem Sinne Urteil Coditel Brabant, Randnr. 50).
- 60 Bei einem Kollegialorgan kommt es auf das Verfahren zur Beschlussfassung, insbesondere einen etwaigen Rückgriff auf eine Mehrheitsentscheidung, nicht an (vgl. Urteil Coditel Brabant, Randnr. 51).

- 61 Auch diese Schlussfolgerung wird nicht durch das Urteil Coname erschüttert. Zwar hat der Gerichtshof in Randnr. 24 dieses Urteils eine Beteiligung von 0,97 % als so geringfügig angesehen, dass sie einer Gemeinde keine Kontrolle über den Konzessionsinhaber, der eine öffentliche Dienstleistung verwaltet, ermöglichen kann. Er hat sich in der betreffenden Passage dieses Urteils jedoch nicht mit der Frage befasst, ob eine solche Kontrolle gemeinsam ausgeübt werden kann (vgl. Urteil Coditel Brabant, Randnr. 52).
- 62 Im Übrigen hat der Gerichtshof später, im Urteil Asemfo (Randnrn. 56 bis 61), anerkannt, dass die Voraussetzung hinsichtlich der Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber in einem Fall, in dem dieser nur 0,25 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens hielt, unter bestimmten Umständen erfüllt sein kann (vgl. Urteil Coditel Brabant, Randnr. 53).
- 63 Infolgedessen kann in einem Fall, in dem eine öffentliche Stelle einer Aktiengesellschaft mit vollständig öffentlichem Kapital als Minderheitsgesellschafterin beitrifft, um dieser Gesellschaft die Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung zu übertragen, die Kontrolle, die die öffentlichen Stellen als Gesellschafter der Gesellschaft über diese ausüben, dann, wenn die Kontrolle von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt wird, als Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen angesehen werden.
- 64 Mit der Frage des vorlegenden Gerichts soll weiter geklärt werden, ob Entscheidungsstrukturen, wie sie in der Satzung von Setco vorgesehen sind, so geartet sind, dass sie es den Teilhabergemeinden ermöglichen, über die Gesellschaft, deren Anteile sie halten, tatsächlich eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen auszuüben.
- 65 Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die den Zuschlag erhält, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Diese Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Hierbei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. in diesem Sinne Urteile Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 36, sowie Coditel Brabant, Randnr. 28).

- 66 Unter den maßgebenden Umständen, die sich der Vorlageentscheidung entnehmen lassen, sind zunächst die anwendbaren Rechtsvorschriften, sodann die Frage, ob die örtliche Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, und schließlich die in der Satzung von Setco vorgesehenen Kontrollmechanismen zu prüfen.
- 67 Was die anwendbaren Rechtsvorschriften angeht, sieht Art. 113 Abs. 5 Buchst. c des Decreto legislativo Nr. 267/2000 vor, dass die Dienstleistung unter Beachtung des Rechts der Europäischen Union an Gesellschaften mit vollständig öffentlichem Kapital unter der Voraussetzung vergeben werden kann, dass die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die das Gesellschaftskapital halten, „über die Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die sie kontrollieren, verrichtet“.
- 68 Mit dieser Formulierung hat der italienische Gesetzgeber die in Randnr. 50 des Urteils Teckal aufgestellten und in mehreren späteren Urteilen des Gerichtshofs bestätigten Voraussetzungen wörtlich übernommen. Solche nationalen Rechtsvorschriften entsprechen grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht, wobei klarzustellen ist, dass auch die Auslegung dieser Rechtsvorschriften den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen muss (vgl. in diesem Sinne Urteil ANAV, Randnr. 25).
- 69 Außerdem geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Gemeinden, die Aktionäre von Setco waren, die Satzung dieser Gesellschaft am 23. Dezember 2006 änderten, um sie gemäß Art. 113 Abs. 5 Buchst. c des Decreto legislativo Nr. 267/2000 einer Kontrolle wie derjenigen zu unterwerfen, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausübten.
- 70 Dass mit dieser Änderung der Satzung von Setco bezweckt wurde, die Beachtung der einschlägigen Gemeinschaftsregelung sicherzustellen, ergibt sich auch aus Art. 8-bis Abs. 1 dieser Satzung.

- 71 Im Übrigen deutet nichts in den Akten darauf hin, dass diese Satzung etwa in der Absicht einer Umgehung der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Aufträge geändert worden wäre.
- 72 Schließlich sind, wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, die kleineren lokalen Gebietskörperschaften nach den einschlägigen Rechts- und Satzungsbestimmungen nur dann befugt, die Durchführung lokaler Dienstleistungen von wirtschaftlicher Bedeutung an vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Gesellschaften freihändig zu vergeben, wenn diese Körperschaften über die Gesellschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts eine „ähnliche Kontrolle“ ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen. Nach den Ausführungen des nationalen Gerichts wird der Ausdruck „ähnliche Kontrolle“ dort allerdings nicht definiert.
- 73 Zur Beantwortung der Frage, ob die fragliche Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, die eine Kontrolle durch die Gebietskörperschaften, die ihre Anteilseigner sind, als nicht gesichert erscheinen lässt, sind die räumliche und die materielle Auswirkung der Tätigkeiten dieser Gesellschaft sowie die Möglichkeit für Letztere zu prüfen, Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors zu knüpfen.
- 74 Nach Art. 3 („Gesellschaftszweck“) der Satzung von Setco führt Setco lokale öffentliche Dienstleistungen durch, die ausschließlich jene lokalen Gebietskörperschaften betreffen, die diese Dienstleistungen vergeben.
- 75 Außerdem bestimmt Art. 8-bis Abs. 2 dieser Satzung, dass Setco die Dienstleistungen für die beauftragenden Gesellschafter im Rahmen eines Ausschließlichkeitsverhältnisses im örtlichen Zuständigkeitsbereich der genannten Behörden übernimmt.
- 76 Diese Bestimmungen deuten zum einen darauf hin, dass sich der geografische Wirkungsbereich der Tätigkeiten der im Ausgangsverfahren fraglichen, den Zuschlag

erhaltenden Gesellschaft nicht über das Gebiet der Gemeinden, die ihre Aktionäre sind, hinaus erstreckt, und zum anderen darauf, dass diese Gesellschaft ihrem Zweck nach öffentliche Dienstleistungen nur für diese Gemeinden verwalten soll.

- 77 Nach Art. 3 Abs. 3 dieser Satzung kann Setco jedoch Dienstleistungen auch zugunsten von Privatpersonen erbringen, wenn dies nicht den Gesellschaftszwecken zuwiderläuft oder wenn es deren Verwirklichung begünstigt.
- 78 In der Sitzung hat Setco ausgeführt, die ihr verliehene Befugnis, mit Unternehmen des Privatsektors geschäftliche Beziehungen zu unterhalten, sei für die Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags ergänzend notwendig. Zur Veranschaulichung hat sie die differenzierte Abfallsammlung genannt, die es erforderlich machen könnte, bestimmte Kategorien gesammelter Stoffe zwecks deren Rückgewinnung an spezialisierte Stellen weiterzuverkaufen. Nach Ansicht von Setco handelt es sich um Tätigkeiten, die die Abfallsammlung ergänzen, und nicht um solche, die mit der Haupttätigkeit nichts zu tun haben.
- 79 Es ist festzustellen, dass dann, wenn die der im Ausgangsverfahren fraglichen, den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft verliehene Befugnis, Dienstleistungen an private Wirtschaftsteilnehmer zu erbringen, ihre wesentliche Tätigkeit nur ergänzt, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist, das Bestehen dieser Befugnis dem Hauptzweck dieser Gesellschaft, der nach wie vor in der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen besteht, keinen Abbruch tut. Daher genügt das Bestehen einer solchen Befugnis nicht für die Feststellung, dass die genannte Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, die eine Kontrolle durch die Körperschaften, die ihre Anteile halten, als nicht gesichert erscheinen lässt.
- 80 Diese Schlussfolgerung wird dadurch bestätigt, dass die zweite in Randnr. 50 des Urteils Teckal aufgestellte Voraussetzung, dass die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben, es zulässt, dass diese Gesellschaft eine ganz untergeordnete Tätigkeit für andere Wirtschaftsteilnehmer als diese Körperschaften ausübt (vgl. in diesem Sinne Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 63). Diese Voraussetzung wäre gegenstandslos, wenn die erste in Randnr. 50 des Urteils Teckal aufgestellte Voraussetzung dahin ausgelegt würde, dass sie jede ergänzende Tätigkeit, einschließlich einer solchen mit Verbindung zum Privatsektor, verbietet.

- 81 Was die in der Satzung von Setco vorgesehenen Kontrollmechanismen angeht, ergibt sich aus den Akten, dass die Gesellschafter mit den am 23. Dezember 2006 vorgenommenen Änderungen dieser Satzung beabsichtigten, der Hauptversammlung und dem Verwaltungsrat, wie sie im italienischen Gesellschaftsrecht vorgesehen sind, in diesem Recht nicht ausdrücklich vorgesehene Entscheidungsstrukturen an die Seite zu stellen, die eine Kontrolle über Setco wie über ihre eigenen Dienststellen gewährleisten sollten. Dabei geht es insbesondere um die Gewährleistung einer verstärkten Kontrolle vermittelt des Einheitlichen Ausschusses und eines Technischen Ausschusses für jede für die verschiedenen Tätigkeiten von Setco zuständige Abteilung.
- 82 Wie aus den Art. 8-ter und 8-quater dieser Satzung hervorgeht, bestehen der Einheitliche Ausschuss und die Technischen Ausschüsse aus Vertretern der Körperschaften, die Gesellschafter sind. Jede dieser Körperschaften hat unabhängig von ihrer Größe oder der Zahl ihrer Aktien eine Stimme in diesen Ausschüssen.
- 83 Des Weiteren weisen die Art. 8-bis bis 8-quater der Satzung dem Einheitlichen Ausschuss und den Technischen Ausschüssen weite Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse zu.
- 84 Dementsprechend begrenzt Art. 14 der Satzung die Befugnisse der Hauptversammlung dadurch, dass er diese dazu verpflichtet, die Leitlinien und etwaigen Weisungen der genannten Ausschüsse zu berücksichtigen, bevor sie die Vornahme bestimmter Handlungen durch die Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft genehmigen kann.
- 85 Ebenso beschränkt Art. 16 der Satzung die Entscheidungsautonomie des Verwaltungsrats, indem er diesen zur Beachtung der den genannten Ausschüssen vorbehaltenen Befugnisse verpflichtet und seine Entscheidungen von der Beachtung der Weisungen dieser Ausschüsse abhängig macht.
- 86 Satzungsbestimmungen wie diejenigen der im Ausgangsverfahren fraglichen, den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft versetzen die Aktionärskörperschaften angesichts des Umfangs der Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse, die sie den auf ihrer

Grundlage eingesetzten Ausschüssen zuweisen, sowie des Umstands, dass diese Ausschüsse aus Abgeordneten der Aktionärskörperschaften bestehen, in die Lage, durch diese Ausschüsse sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

87 Das vorliegende Gericht vertritt allerdings die Ansicht, die Art. 8-bis bis 8-quater der Satzung von Setco kämen unter Art. 2341-bis des Codice civile fallenden Gesellschafternebenabreden gleich, soweit sie sich auf den Einheitlichen Ausschuss und die Technischen Ausschüsse bezögen. Daraus schließt es, dass eine Kontrolle, wie sie von den Aktionärskörperschaften über ihre eigenen Dienststellen ausgeübt werde und auf die sich das Verfahren dieser Ausschüsse beziehe, ins Leere gehen könne.

88 Dies ist eine Frage der Auslegung nationalen Rechts, die vom vorlegenden Gericht zu beantworten ist.

89 Vorbehaltlich der Prüfung der Frage durch das vorliegende Gericht, ob die betreffenden Satzungsbestimmungen greifen, kann daher angenommen werden, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Aktionärskörperschaften mit der Kontrolle, die sie durch die satzungsgemäßen Organe über die den Zuschlag erhaltende Gesellschaft ausüben, eine Kontrolle über diese Gesellschaft wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben können.

90 Aufgrund dessen ist auf die Vorlagefrage zu antworten:

Die Art. 43 EG und 49 EG, der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht stehen der freihändigen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Aktiengesellschaft nicht entgegen, wenn die öffentliche Körperschaft, die der öffentliche Auftraggeber ist, über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche



Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben, verrichtet.

Vorbehaltlich der Prüfung der Frage durch das vorlegende Gericht, ob die betreffenden Satzungsbestimmungen greifen, ist davon auszugehen, dass die Aktionärskörperschaften mit der Kontrolle, die sie über die genannte Gesellschaft ausüben, eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, wenn folgende Umstände, wie sie im Ausgangsverfahren vorliegen, gegeben sind:

- Die Tätigkeit der genannten Gesellschaft ist auf das Gebiet der genannten Körperschaften begrenzt und wird im Wesentlichen für diese ausgeübt, und
  
- diese Körperschaften nehmen durch die satzungsgemäßen Organe, die aus Vertretern dieser Körperschaften bestehen, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss.

## **Kosten**

- <sup>91</sup> Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligten für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

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

**Die Art. 43 EG und 49 EG, der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht stehen der freihändigen Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an eine vollständig in öffentlichem Eigentum stehende Aktiengesellschaft nicht entgegen, wenn die öffentliche Körperschaft, die der öffentliche Auftraggeber ist, über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben, verrichtet.**

**Vorbehaltlich der Prüfung der Frage durch das vorlegende Gericht, ob die betreffenden Satzungsbestimmungen greifen, ist davon auszugehen, dass die Aktionärskörperschaften mit der Kontrolle, die sie über die genannte Gesellschaft ausüben, eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, wenn folgende Umstände, wie sie im Ausgangsverfahren vorliegen, gegeben sind:**

- **Die Tätigkeit der genannten Gesellschaft ist auf das Gebiet der genannten Körperschaften begrenzt und wird im Wesentlichen für diese ausgeübt, und**
- **diese Körperschaften nehmen durch die satzungsgemäßen Organe, die aus Vertretern dieser Körperschaften bestehen, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss.**

Unterschriften