

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

23. Dezember 2009*

In der Rechtssache C-305/08

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Consiglio di Stato (Italien) mit Entscheidung vom 23. Juni 2008, beim Gerichtshof eingegangen am 4. Juli 2008, in dem Verfahren

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

gegen

Regione Marche

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Dritten Kammer K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Vierten Kammer, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), G. Arestis und J. Malenovský,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 3. September 2009

folgendes

Urteil

- ¹ Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 8 Unterabs. 1 und 2 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).
- ² Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (Nationaler Universitätenverbund für Meereswissenschaften, im Folgenden: CoNISMa) und der Regione Marche wegen deren Entscheidung, den Verbund von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags auszuschließen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

- 3 Im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten sollten dafür sorgen, dass die Teilnahme einer Einrichtung des öffentlichen Rechts als Bieter in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge keine Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privatrechtlichen Bietern verursacht.“

- 4 Art. 1 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie sieht vor:

„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“.

- 5 Art. 1 Abs. 8 der Richtlinie bestimmt:

„Die Begriffe ‚Unternehmer‘, ‚Lieferant‘ und ‚Dienstleistungserbringer‘ bezeichnen natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

Der Begriff ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ umfasst sowohl Unternehmer als auch Lieferanten und Dienstleistungserbringer. Er dient ausschließlich der Vereinfachung des Textes.

...“

6 Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie sieht vor:

„Öffentliche Auftraggeber‘ sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

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

- a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen;
- b) Rechtspersönlichkeit besitzt und
- c) überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder

Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

...“

7 Art. 4 („Wirtschaftsteilnehmer“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie ihre Niederlassung haben, zur Erbringung der betreffenden Leistung berechtigt sind, dürfen nicht allein deshalb zurückgewiesen werden, weil sie gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem der Auftrag vergeben wird, eine natürliche oder eine juristische Person sein müssten.

...

(2) Angebote oder Anträge auf Teilnahme können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. Die öffentlichen Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

- 8 Art. 44 („Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer, Vergabe des Auftrags“) sieht in Abs. 1 vor:

„Die Auftragsvergabe erfolgt aufgrund der in den Artikeln 53 und 55 festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 24, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 45 und 46 ausgeschlossen wurden, geprüft haben; diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 47 bis 52 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 genannten nichtdiskriminierenden Vorschriften und Kriterien.“

- 9 Art. 55 („Ungewöhnlich niedrige Angebote“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.

Die betreffenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen:

- a) die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, des Fertigungsverfahren oder der Erbringung der Dienstleistung,

- b) die gewählten technischen Lösungen und/oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Bauleistungen, der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung verfügt,

- c) die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten,

- d) die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten,

- e) die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.

(2) Der öffentliche Auftraggeber prüft — in Rücksprache mit dem Bieter — die betreffende Zusammensetzung und berücksichtigt dabei die gelieferten Nachweise.

(3) Stellt der öffentliche Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur nach Rücksprache mit dem Bieter ablehnen, sofern dieser binnen einer von dem öffentlichen Auftraggeber festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Lehnt der öffentliche Auftraggeber ein Angebot unter diesen Umständen ab, so teilt er dies der Kommission mit.“

Nationales Recht

¹⁰ Art. 3 Abs. 19 und 22 des Decreto legislativo Nr. 163 zur Schaffung des Gesetzbuchs über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Codice dei contratti pubblici relativi a

lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) vom 12. April 2006 (GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006, Supplemento ordinario, im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 163/2006) sieht vor:

„19. Die Begriffe ‚Unternehmer‘, ‚Lieferant‘ und ‚Dienstleistungserbringer‘ bezeichnen eine natürliche oder juristische Person oder eine Einrichtung ohne eigene Rechtspersönlichkeit einschließlich der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) im Sinne des Decreto Legislativo Nr. 240 vom 23. Juli 1991, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Markt anbieten.

...

22. Der Begriff ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ umfasst den Unternehmer, den Lieferanten und den Dienstleistungserbringer oder eine Gruppe oder ein Konsortium von diesen.“

- ¹¹ Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 sieht unter der Überschrift „Personen, an die öffentliche Aufträge vergeben werden können (Art. 4 und 5 der Richtlinie 2004/18)“ vor:

„1. Unbeschadet der ausdrücklich vorgesehenen Einschränkungen sind folgende Einrichtungen zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge berechtigt:

- a) Einzelunternehmer (einschließlich Handwerker), Handelsgesellschaften, Genossenschaften;

- b) Konsortien von Produktions- und Arbeitsgenossenschaften ... und ... Konsortien von Handwerkern ...;

- c) feste Konsortien, die u. a. als Joint-Venture-Gesellschaften im Sinne des Art. 2615-ter des Codice civile verfasst sind, von Einzelunternehmern (einschließlich Handwerkern), Handelsgesellschaften und Produktions- und Arbeitsgenossenschaften nach Art. 36;

- d) Bietergemeinschaften von Wettbewerbern, deren Mitglieder die in den Buchst. a, b und c dieses Absatzes genannten Personen umfassen ...;

- e) gewöhnliche Konsortien von Wettbewerbern im Sinne des Art. 2602 des Codice civile, deren Mitglieder die in den Buchst. a, b und c dieses Absatzes genannten Personen umfassen, einschließlich derjenigen, die als Handelsgesellschaft bestehen ...;

- f) Personen, die einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) beigetreten sind ...;

...“

- 12 Nach der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit wurde in diese Aufzählung mit dem Gesetzesdekret Nr. 152 vom 11. September 2008 (GURI Nr. 231 vom 2. Oktober 2008) folgender Buchstabe eingefügt:

„f-bis) Wirtschaftsteilnehmer im Sinne des Art. 3 Abs. 22 mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten, die nach den in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften errichtet worden sind.“

- 13 Schließlich sieht Art. 2082 des Codice civile vor, dass „Unternehmer“ ist, wer gewerbsmäßig eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, um Waren oder Dienstleistungen herzustellen oder auszutauschen.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 14 Der Vorlageentscheidung zufolge leitete die Regione Marche ein öffentliches Ausschreibungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags über die seismische Vermessung der Sedimentschichten des Meeresbodens, die Durchführung von Bohrungen und die Entnahme von Proben im Meer vor der Küste zwischen Pesaro und Civitanova Marche ein.

- 15 Das CoNISMa stellte einen Antrag auf Teilnahme. Der öffentliche Auftraggeber beschloss, nachdem er Vorbehalte gegen die Zulassung des CoNISMa zum Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags geäußert hatte, mit Entscheidungen vom 4., 18. und 23. April 2007, es vom Verfahren auszuschließen.

- 16 Das CoNISMa wandte sich mit einer an der Präsidenten der Italienischen Republik gerichteten außerordentlichen Beschwerde — einem in der italienischen Rechtsordnung vorgesehenen besonderen Rechtsbehelf — gegen diesen Ausschluss und machte geltend, dass eine Auslegung von Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 dahin, dass er eine erschöpfende Aufzählung enthalte, die Universitäten und Forschungsinstitute nicht erfasse, so dass diese nicht an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen dürften, nicht mit der Richtlinie 2004/18 vereinbar sei. Im Verfahren der außerordentlichen Beschwerde ersuchte das Ministerium für Umwelt und Landschaftsschutz, wie in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen, den Consiglio di Stato um Stellungnahme.
- 17 Das vorliegende Gericht führt aus, dass es, um seine Stellungnahme abgeben zu können, feststellen müsse, ob eine universitätsübergreifende Gruppe wie das CoNISMa als „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne der Richtlinie 2004/18 angesehen werden könne und damit an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags wie desjenigen des Ausgangsverfahrens teilnehmen dürfe. Es hat insoweit aus folgenden Gründen Bedenken geäußert.
- 18 Der Consiglio di Stato stellt vorab fest, dass das CoNISMa eine Gruppe („consorzio“) sei, die aus 24 italienischen Universitäten und drei Ministerien bestehe. Gemäß seiner Satzung verfolge es keinen Erwerbszweck; sein Ziel sei die Förderung und Koordinierung der Forschung und anderer wissenschaftlicher Tätigkeiten und Anwendungen im Bereich der Meereswissenschaften zwischen den beteiligten Universitäten. Es dürfe sich an Ausschreibungen und sonstigen Wettbewerbsverfahren beteiligen, die von der öffentlichen Verwaltung und von im öffentlichen und privaten Bereich tätigen Unternehmen veranstaltet würden. Seine Tätigkeiten würden in erster Linie über Zuschüsse finanziert, die vom Ministerium für Universitäten und Forschung, anderen Behörden und — italienischen oder ausländischen — öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt würden.
- 19 Der Consiglio di Stato verweist erstens auf Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), deren Nachfolgerin die Richtlinie 2004/18 sei, wonach „als ‚Dienstleistungserbringer‘ natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen [gelten], die Dienstleistungen anbieten“; diese Formulierung scheine auf die Absicht hinzuweisen, die Möglichkeit, mit den

öffentlichen Auftraggebern einen Vertrag zu schließen, solchen Personen vorzubehalten, die die Tätigkeit, die der im Rahmen des fraglichen Auftrags zu erbringenden Leistung entspreche, „institutionell“ ausübten. Nach diesem Ansatz könnten neben privaten Wirtschaftsteilnehmern nur solche öffentliche Einrichtungen an Vergabeverfahren teilnehmen, die die auftragsgegenständlichen Leistungen entsprechend der ihnen in der Rechtsordnung übertragenen Aufgabe gewerbsmäßig erbrächten, also nicht die universitären Einrichtungen. Dieser Ansatz scheine durch das Urteil des Gerichtshofs vom 18. Januar 2007, Auroux u. a. (C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnr. 44), bestätigt zu werden, wonach die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen auf den Betreffenden „als auf dem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer“ Anwendung fänden. Derselbe Ansatz scheine auch Art. 3 Abs. 19 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 zugrunde zu liegen, wonach Dienstleistungserbringer ein Wirtschaftsteilnehmer sei, der Dienstleistungen „auf dem Markt“ anbiete.

20 Das vorliegende Gericht stellt zweitens fest, dass der in der italienischen Rechtsprechung zu dieser Frage vertretene Standpunkt nicht eindeutig sei. Manche Gerichte verträten die Auffassung, dass nur natürliche und juristische Personen, die eine unternehmerische Tätigkeit ausübten, sowie öffentliche Einrichtungen, die ihrem institutionellen Aufbau gemäß ähnliche Leistungen anböten wie die auftragsgegenständlichen, an Vergabeverfahren teilnehmen dürften. Nach dieser Auffassung fielen die Universitäten nicht in diese Kategorien von privaten und öffentlichen Unternehmern, weil ihre institutionelle Aufgabe in der Entfaltung der Forschungs- und Lehrtätigkeit bestehe. Nach einer anderen Auffassung dürften sich öffentliche Universitäten und Gruppen von ihnen an Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen beteiligen, sofern die betreffende Dienstleistungserbringung mit ihren institutionellen Zielen und ihrer Satzung vereinbar sei.

21 Drittens verweist der Consiglio di Stato auf den Standpunkt der Behörde zur Überwachung öffentlicher Aufträge, die zwischen Wirtschaftsteilnehmern und solchen Beteiligten unterscheide, die — wie nichtwirtschaftliche öffentliche Einrichtungen, Universitäten und Fachbereiche — nicht in diese Kategorie fielen, weil sie einen anderen Zweck als den der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit verfolgten, bei der es um die Schaffung von Wohlstand gehe. Diese Einrichtungen seien daher nicht berechtigt, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen, außer wenn sie im Rahmen der ihnen nach nationalem Recht eingeräumten Autonomie zu diesem Zweck Unternehmen gründeten. Diese Auffassung werde durch Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 bestätigt, der eine erschöpfende Aufzählung der zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge Berechtigten enthalte.

- 22 Zur Begründung seiner Bedenken verweist der Consiglio di Stato schließlich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der die Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens anhand eines funktionellen Maßstabs auszu-legen seien, mit dem eine Umgehung des tragenden Grundsatzes des effektiven Wettbewerbs verhindert werden könne (Urteil vom 13. Dezember 2007, Bayerischer Rundfunk u. a., C-337/06, Slg. 2007, I-11173). Hinsichtlich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge habe der Gerichtshof auf das Hauptziel dieser Gemeinschaftsvorschriften hingewiesen, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten (Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnrn. 44 und 47).
- 23 Im Licht dieser Rechtsprechung stellt der Consiglio di Stato fest, dass die Zulassung von Universitäten, Forschungsinstituten und Gruppen von ihnen zu Vergabeverfahren in zweifacher Hinsicht gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen könnte. Erstens bestünde die Gefahr, dass ein Teil der öffentlichen Aufträge, der für eine nicht unerhebliche Zahl gewöhnlicher Unternehmen in der Praxis nur schwer zugänglich sei, dem freien Markt entzogen würde. Zum anderen erhalte der Zuschlagsempfänger zu Unrecht eine privilegierte Stellung, die ihm wegen der dauerhaften und vorhersehbaren öffentlichen Finanzierung wirtschaftliche Sicherheit garantiere, die die anderen Wirtschaftsteilnehmer nicht hätten. Jedoch würde eine enge Auslegung des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“, die dessen ständige Präsenz „auf dem Markt“ fordere und damit Universitäten, Forschungsinstitute und Gruppen von ihnen die Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verwehre, der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen sowie zwischen Forschern und Unternehmern sehr schaden und letztlich den Wettbewerb einschränken.
- 24 In Anbetracht dieser Erwägungen hat der Consiglio di Stato beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Sind die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG dahin auszulegen, dass sie es einer Gruppe („consorzio“), die ausschließlich aus italienischen Universitäten und staatlichen Verwaltungsbehörden besteht, verwehren, an einer Ausschreibung von Dienstleistungsaufträgen wie dem für die Erhebung geophysikalischer Daten und für Probenentnahmen aus dem Meer teilzunehmen?

2. Verstoßen die Bestimmungen der italienischen Regelung in Art. 3 Abs. 22 und 19 sowie in Art. 34 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 — wonach „der Begriff ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ Unternehmer, Lieferanten und Dienstleistungserbringer oder eine Gruppe oder ein Konsortium von diesen umfasst“, und die „Begriffe ‚Unternehmer‘, ‚Lieferant‘ und ‚Dienstleistungserbringer‘ eine natürliche oder eine juristische Person oder eine Einrichtung ohne eigene Rechtspersönlichkeit einschließlich der Europäischen Wirtschaftsvereinigung [EWIV] bezeichnen, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen ‚auf dem Markt anbieten““ — gegen die Richtlinie 2004/18, wenn man sie dahin auslegt, dass sie die Teilnahme den Leistungserbringern vorbehält, die derartige Tätigkeiten gewerbsmäßig ausüben, so dass Einrichtungen ausgeschlossen sind, die hauptsächlich zu anderen Zwecken als zu Erwerbszwecken, wie zu Forschungszwecken, tätig sind?

Zu den Vorlagefragen

- 25 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Consiglio di Stato nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Gericht im Sinne von Art. 234 EG ist, wenn er eine Stellungnahme im Rahmen einer außerordentlichen Beschwerde wie der des Ausgangsverfahrens abgibt (Urteil vom 16. Oktober 1997, Garofalo u. a., C-69/96 bis C-79/96, Slg. 1997, I-5603, Randnr. 27).

Zur ersten Frage

- 26 Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen sind, dass sie der Teilnahme einer ausschließlich aus Universitäten und Behörden bestehenden Gruppe an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags entgegenstehen.

- 27 Aus dem Vorabentscheidungsersuchen geht hervor, dass es sich bei den vom vorlegenden Gericht gemeinten Richtlinienbestimmungen insbesondere um Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 8 Unterabs. 1 und 2 handelt, da diese auf den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ Bezug nehmen. Aus dem Ersuchen ergibt sich außerdem, dass die betreffende Gruppe nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstrebt, keine unternehmerische Organisationsstruktur hat und nicht ständig auf dem Markt tätig ist.
- 28 Zur Beantwortung dieser Frage ist vorab festzustellen, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 zum einen keine Definition des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“ enthalten und zum anderen nicht danach zwischen den Bietern unterscheiden, ob sie hauptsächlich Gewinnerzielung anstreben oder nicht, und auch nicht ausdrücklich Einrichtungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende ausschließen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs enthalten diese Bestimmungen jedoch ausreichende Hinweise, um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben zu können.
- 29 So wird im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 die Möglichkeit angesprochen, dass eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ als Bieter an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnimmt.
- 30 Ferner erkennt Art. 1 Abs. 8 Unterabs. 1 und 2 dieser Richtlinie die Eigenschaft als „Wirtschaftsteilnehmer“ nicht nur natürlichen und juristischen Personen, sondern ausdrücklich auch öffentlichen Einrichtungen oder Gruppen dieser Einrichtungen zu, die auf dem Markt Leistungen anbieten. Der Begriff „öffentliche Einrichtung“ kann aber auch Einrichtungen erfassen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben und weder unternehmerisch strukturiert noch ständig auf dem Markt tätig sind.
- 31 Darüber hinaus untersagt es Art. 4 („Wirtschaftsteilnehmer“) dieser Richtlinie in Abs. 1 den Mitgliedstaaten, vorzusehen, dass Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften ihres Sitzmitgliedstaats zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung

berechtigt sind, allein deshalb zurückgewiesen werden, weil sie gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem der Auftrag vergeben wird, eine natürliche oder eine juristische Person sein müssten. Auch diese Bestimmung unterscheidet nicht danach, ob die Bewerber oder Bieter öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Status haben.

32 Zur vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Frage, ob es durch die Teilnahme von Einrichtungen wie dem Kläger im Ausgangsverfahren, die wegen der ihnen gewährten öffentlichen Zuwendungen eine im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern privilegierte Stellung genossen, an einem Vergabeverfahren zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könne, ist festzustellen, dass der vierte Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten erwähnt, dafür zu sorgen, dass die Teilnahme einer Einrichtung des öffentlichen Rechts an einem Vergabeverfahren keine solchen Wettbewerbsverzerrungen verursacht. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Einrichtungen wie den Kläger.

33 In diesem Zusammenhang ist auch auf die Verpflichtungen und die Möglichkeiten hinzuweisen, die ein öffentlicher Auftraggeber nach Art. 55 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 hat, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat. Der Gerichtshof hat im Übrigen anerkannt, dass der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Umständen die Verpflichtung, zumindest aber die Möglichkeit hat, Zuwendungen — insbesondere nicht vertragskonforme Beihilfen — zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Dezember 2000, ARGE, C-94/99, Slg. 2000, I-11037, Randnr. 29).

34 Die Möglichkeit, dass ein Wirtschaftsteilnehmer wegen öffentlicher Zuwendungen oder staatlicher Hilfen eine privilegierte Stellung hat, kann es jedoch nicht rechtfertigen, Einrichtungen wie den Kläger des Ausgangsverfahrens von vornherein und ohne weitere Prüfung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.

- 35 Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer, der Leistungen auf dem Markt anbietet“ nicht auf unternehmerisch strukturierte Wirtschaftsteilnehmer beschränken oder besondere Bedingungen einführen wollte, die geeignet sind, den Zugang zu Ausschreibungen von vornherein auf der Grundlage der Rechtsform und der internen Organisation der Wirtschaftsteilnehmer zu beschränken.
- 36 Diese Auslegung wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigt.
- 37 So hat der Gerichtshof entschieden, dass eines der Ziele der Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens die Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., Randnr. 39) und dass für das Gemeinschaftsrecht ein Interesse daran besteht, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird (Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur, C-538/07, Slg. 2009, I-4219, Randnr. 26). Diese Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb wird nicht nur im Interesse der Gemeinschaft am freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen angestrebt, sondern auch im eigenen Interesse des beteiligten öffentlichen Auftraggebers, der so im Hinblick auf das wirtschaftlich günstigste und dem Bedarf der betreffenden öffentlichen Körperschaft am besten entsprechende Angebot über eine größere Auswahl verfügt (vgl. in diesem Sinne zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten Urteil vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso, C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-3565, Randnr. 29).
- 38 Im Sinne dieser Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für einen möglichst umfassenden Wettbewerb hat der Gerichtshof auch entschieden, dass die vergaberechtlichen Gemeinschaftsvorschriften anwendbar sind, wenn die Einrichtung, mit der ein öffentlicher Auftraggeber einen entgeltlichen Vertrag schließen möchte, selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung). Nach Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 ist aber ein öffentlicher Auftraggeber eine Einrichtung, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt. Eine solche Einrichtung übt nicht in erster Linie eine Gewinn erzielende Tätigkeit auf dem Markt aus.

- 39 Weiter hat der Gerichtshof entschieden, dass die Gemeinschaftsvorschriften jeder nationalen Regelung entgegenstehen, die Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie ansässig sind, zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung berechtigt sind, von der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, deren Wert den Schwellenwert der Richtlinien überschreitet, allein deshalb ausschließt, weil sie nicht die einer bestimmten Kategorie von juristischen Personen entsprechende Rechtsform haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Dezember 2007, *Frigerio Luigi & C.*, C-357/06, Slg. 2007, I-12311, Randnr. 22).
- 40 Zudem ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum einen der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht schon dadurch verletzt ist, dass die Auftraggeber zu einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags Einrichtungen zulassen, die Zuwendungen erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nicht subventionierten Mitbewerber liegen, und zum anderen hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber, wenn er die öffentlichen Auftraggeber dazu hätte verpflichten wollen, solche Bieter auszuschließen, dies ausdrücklich angeordnet (Urteil *ARGE*, Randnrn. 25 und 26).
- 41 Schließlich braucht der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, um als Unternehmer und damit als Wirtschaftsteilnehmer eingestuft zu werden, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht in der Lage zu sein, die Leistung unmittelbar mit eigenen Mitteln zu erbringen; es genügt, dass er die Ausführung der fraglichen Leistung veranlassen kann und hierfür die erforderlichen Garantien bietet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juli 2001, *Ordine degli Architetti u. a.*, C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 90).
- 42 Sowohl aus den Gemeinschaftsvorschriften als auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich daher, dass jede Person oder Einrichtung als Bieter oder Bewerber auftreten darf, die in Anbetracht der in der Auftragsausschreibung festgelegten Bedingungen meint, dass sie den betreffenden Auftrag ausführen kann, selbst oder unter Rückgriff auf Subunternehmer, unabhängig von ihrem — privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen — Status und der Frage, ob sie auf dem Markt systematisch tätig ist oder nur gelegentlich auftritt oder ob sie aus öffentlichen Mitteln subventioniert wird oder nicht. Ob diese Einrichtung die Ausschreibungsbedingungen

tatsächlich erfüllen kann, wird, wie die tschechische Regierung zutreffend ausgeführt hat, in einem späteren Verfahrensabschnitt nach den Kriterien der Art. 44 bis 52 der Richtlinie 2004/18 geprüft.

- 43 Dem ist hinzuzufügen, dass eine restriktive Auslegung des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“ zur Folge hätte, dass Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht als „öffentliche Aufträge“ gälten, freihändig vergeben werden könnten und damit — anders als bezweckt — nicht unter die Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der Gleichbehandlung und der Transparenz fallen würden.
- 44 Darüber hinaus würde eine solche Auslegung, wie das vorlegende Gericht hervorhebt, der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen sowie zwischen Forschern und Unternehmern schaden und eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen.
- 45 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18, insbesondere Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 8 Unterabs. 1 und 2, die auf den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ Bezug nehmen, dahin auszulegen sind, dass sie es Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht über die Organisationsstruktur eines Unternehmens verfügen und nicht ständig auf dem Markt tätig sind, wie Universitäten und Forschungsinstitute sowie Gruppen von Universitäten und Behörden, gestatten, an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrag teilzunehmen.

Zur zweiten Frage

- 46 Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18, insbesondere Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Art. 8 Unterabs. 1 und 2, einer nationalen Regelung zur Umsetzung dieser Richtlinie in das innerstaatliche Recht entgegenstehen, wenn diese Regelung dahin ausgelegt wird, dass nur Dienstleistungs-

erbringer, die systematisch und gewerbsmäßig Dienstleistungen auf dem Markt anbieten, nicht aber Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstitute, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, an Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen teilnehmen dürfen.

47 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten, wie sich aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 ergibt, befugt sind, bestimmten Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern die Erbringung bestimmter Leistungen zu gestatten oder zu verwehren.

48 Daher können die Mitgliedstaaten, wie die Kommission zu Recht vorträgt, auch die Tätigkeiten von Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten regeln, die keine Gewinnerzielung anstreben und deren Zweck hauptsächlich auf Forschung und Lehre gerichtet ist. Sie können insbesondere solchen Einrichtungen gestatten oder verwehren, auf dem Markt tätig zu sein, je nachdem, ob diese Tätigkeit mit ihren institutionellen und satzungsmäßigen Zielen vereinbar ist oder nicht.

49 Wenn und soweit diese Einrichtungen jedoch berechtigt sind, bestimmte Leistungen auf dem Markt anzubieten, kann ihnen die nationale Regelung zur Umsetzung der Richtlinie 2004/18 in das innerstaatliche Recht nicht untersagen, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, die die Erbringung eben dieser Leistungen betreffen. Ein solches Verbot wäre nämlich nicht mit den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 vereinbar, wie sie im Rahmen der Prüfung der ersten Vorlagefrage ausgelegt worden sind.

50 In einem solchen Fall ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sein innerstaatliches Recht so weit wie möglich im Licht des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie 2004/18 auszulegen, um die mit ihr angestrebten Ergebnisse zu erreichen, indem es die diesem Zweck am besten entsprechende Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften wählt und damit zu einer mit den Bestimmungen dieser Richtlinie vereinbaren Lösung

gelangt und indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewandt lässt (vgl. Urteil vom 22. Dezember 2008, Magoora, C-414/07, Slg. 2008, I-10921, Randnr. 44).

- 51 Auf die zweite Frage ist daher zu antworten, dass die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass sie der Auslegung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, untersagt, sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu beteiligen, obwohl sie nach nationalem Recht berechtigt sind, die auftragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.

Kosten

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

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

- 1. Die Bestimmungen 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, insbesondere Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 8 Unterabs. 1 und 2, die auf den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ Bezug nehmen, sind dahin auszulegen, dass sie es Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht über die Organisationsstruktur eines Unternehmens verfügen und nicht ständig auf dem Markt tätig sind, wie Universitäten und Forschungsinstitute sowie Gruppen von Universitäten und Behörden, ge-**

statten, an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrag teilzunehmen.

- 2. Die Richtlinie 2004/18 ist dahin auszulegen, dass sie der Auslegung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, untersagt, sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu beteiligen, obwohl sie nach nationalem Recht berechtigt sind, die auftragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.**

Unterschriften