



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 23. Mai 2012¹

Rechtssache C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
gegen
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Ingegneri,
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-economica (OICE),
Etacons srl,
Ing. Vito Prato Engineering srl,
Barletti – Del Grosso e Associati srl,
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato [Italien])

„Vergaberecht — Öffentlich-öffentliche Partnerschaft — Richtlinie 2004/18/EG —
Nichtdurchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens — Erbringung einer Dienstleistung, die in der
Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit bestimmter Krankenhäuser besteht —
Zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer öffentlich-rechtlich konstituierten Universität
geschlossene Verträge — Entgeltliche Verträge, bei denen die Gegenleistung die getragenen Kosten
nicht übersteigt — Eigenschaft als Wirtschaftsteilnehmer“

I – Einleitung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV stellt der Consiglio di Stato (im Folgenden: vorlegendes Gericht) dem Gerichtshof eine Frage betreffend die Auslegung 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 Dienstleistungsaufträge².

2. Das Vorabentscheidungsersuchen ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der Azienda Sanitaria Locale di Lecce (im Folgenden: ASL Lecce) und einer Reihe von Ingenieur- und Architektenverbänden anlässlich einer von der ASL Lecce und der Università del Salento (im Folgenden: Universität) geschlossenen Übereinkunft über die entgeltliche Durchführung von Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen der Provinz Lecce. Die genannten Ingenieur- und Architektenverbände, die an diesem Vorhaben nicht beteiligt worden sind, werfen der ASL Lecce vor, den Auftrag ohne Durchführung eines öffentlichen

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 134, S. 114.

Vergabeverfahrens und damit rechtswidrig der Universität erteilt zu haben. Die ASL Lecce wendet dagegen ein, die Übereinkunft falle in den Bereich der Zusammenarbeit und der Koordinierung zwischen öffentlichen Stellen, da sie zur Erreichung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels getroffen worden sei.

3. Dem Gerichtshof bietet sich mit der vorliegenden Rechtssache einmal mehr die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Vergaberecht weiterzuentwickeln. Ausgehend von seinem Urteil *Kommission/Deutschland*³ muss der Gerichtshof entscheiden, ob eine Anwendung der Vorschriften über das Vergaberecht in einer Fallkonstellation wie der des Ausgangsverfahrens gerechtfertigt erscheint, in der eine öffentlich-rechtlich konstituierte Universität von einer öffentlichen Stelle den Auftrag für eine Beratungstätigkeit erhält. Dabei müssen verschiedene Aspekte berücksichtigt werden, z. B. die Befugnis der Universität, wie ein Wirtschaftsteilnehmer aufzutreten, sowie der kostendeckende Charakter der erhaltenen Gegenleistung.

II – Normativer Rahmen

A – Unionsrecht

4. Art. 1 Abs. 2, 8 und 9 der Richtlinie 2004/18 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.

...

(8) 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.

...

(9) ‚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,

³ — Urteil vom 9. Juni 2009, *Kommission/Deutschland* (C-480/06, Slg. 2009, I-4747).

- 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.

...“

5. Gemäß ihrem Art. 7 gilt die Richtlinie für die Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer (im Folgenden: MwSt) einen Schwellenwert von 206 000 Euro überschreitet, sofern es sich dabei um öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge handelt, die von anderen als den in Anhang IV genannten öffentlichen Auftraggebern vergeben werden. Gemäß Art. 9 der Richtlinie ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts der Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen.

6. Gemäß Art. 16 Buchst. f der Richtlinie findet diese keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Ergebnisse nicht ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.

7. Aus Art. 20 der Richtlinie geht hervor, dass Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A nach den Art. 23 bis 55 vergeben werden. Art. 28 bestimmt, dass die öffentlichen Auftraggeber für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form anwenden. Anhang II Teil A listet u. a. folgende Kategorien von Dienstleistungen auf: „Forschung und Entwicklung“ (Kategorie 8) sowie „Architektur, technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, Stadt- und Landschaftsplanung, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen“ (Kategorie 12).

B – *Nationales Recht*

8. Art. 15 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 241 vom 7. August 1990, das neue Bestimmungen sowohl im Bereich des Verwaltungsverfahrens als auch des Zugangs zu Verwaltungsunterlagen einführt (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)⁴, sieht vor, dass die Träger öffentlicher Verwaltung stets untereinander Vereinbarungen schließen können, um die Ausübung von im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten im Wege der Zusammenarbeit zu regeln.

9. Art. 66 der Verordnung des Präsidenten der Republik (Decreto del Presidente della Repubblica) Nr. 382/1980 bestimmt Folgendes:

„Die Universitäten können unter der Voraussetzung, dass die Durchführung ihrer wissenschaftlichen Lehrtätigkeit dem nicht entgegensteht, durch Verträge und Vereinbarungen zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen festgelegte Forschungs- und Beratungstätigkeiten ausüben. Die Durchführung derartiger Verträge und Vereinbarungen wird in der Regel den Fachbereichen oder, wenn solche nicht gebildet worden sind, den Instituten oder den Universitätskliniken oder einzelnen vollzeitbeschäftigten Lehrkräften übertragen.

⁴ — GURI Nr. 192 vom 18. August 1990.

Die Erträge aus den im vorstehenden Absatz genannten Leistungen der Verträge und Vereinbarungen werden nach einer Regelung aufgeteilt.

...

Das Lehrpersonal und das Nichtlehrpersonal, das an derartigen Leistungen mitwirkt, kann eine Vergütung bis zu einem jährlichen Gesamtbetrag von nicht mehr als 30 % der gesamten Entlohnung erhalten. Auf keinen Fall darf der auf diese Weise an das Personal ausgezahlte Betrag 50 % der gesamten Erträge aus den Leistungen übersteigen.

Die in Abs. 2 genannte Regelung bestimmt den Betrag, der den von der Universität getragenen Aufwendungen allgemeiner Art zuzuweisen ist, und die Kriterien für die Zuteilung des in Abs. 3 genannten Betrags an das Personal.

...

Die Erträge aus den im vorangehenden Absatz genannten Tätigkeiten stellen Einnahmen des Haushalts der Universität dar.“

10. Aus dem Vorlagebeschluss geht ferner hervor, dass die Universitäten nach den spezifischen, ihre Tätigkeit betreffenden Rechtsvorschriften die wichtigsten Stätten der wissenschaftlichen Forschung sind.

III – Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

11. Durch die vom Generaldirektor der ASL Lecce mit Beschluss vom 7. Oktober 2009 gebilligten Ausschreibungsbedingungen und die sich daran anschließende, als „Beratungsvertrag“ bezeichnete Übereinkunft wurde eine schriftliche Vereinbarung zwischen der oben genannten ASL Lecce und der Universität geschlossen. Gegenstand dieser Vereinbarung war die entgeltliche Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausanlagen der Provinz Lecce anhand der neuesten nationalen Vorschriften auf dem Gebiet der Sicherheit von Bauwerken, insbesondere von strategischen Gebäuden.

12. In den Ausschreibungsbedingungen war die zu erbringende Leistung wie folgt bestimmt:

- Bestimmung des Anlagentyps, der für den Bau verwendeten Materialien und der angewandten Berechnungsmethoden; summarische Prüfung des tatsächlichen Sachstands im Verhältnis zu der verfügbar gemachten Projektdokumentation;
- Prüfungen der baulichen Vorschriftsmäßigkeit, summarische Untersuchung der globalen Reaktion des Gebäudes auf Erdbeben, etwaige örtliche Untersuchungen von für die Bestimmung der globalen Reaktion auf Erdbeben bedeutsamen baulichen Bestandteilen oder Subsystemen;
- Ausarbeitung der im vorstehenden Gedankenstrich genannten Ergebnisse und Erstellung von technischen Merkblättern für die bauliche Beurteilung; insbesondere: Berichte über den festgestellten Bautyp, über die Materialien und über den Erhaltungszustand des Bauwerks, mit besonderer Bezugnahme auf die Gesichtspunkte, die sich in höherem Maß auf die Reaktion des Bauwerks in Bezug auf die Erdbebengefährdung des Standorts des Bauwerks auswirken; technische Merkblätter über die Einstufung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhäuser; technische Berichte über bauliche Bestandteile und Subsysteme, die in Bezug auf die Prüfung der Erdbebenanfälligkeit als kritisch angesehen werden; einleitende Anregungen und summarische Beschreibung der

durchführbaren Arbeiten zur seismischen Anpassung oder Verbesserung, mit besonderer Bezugnahme auf die Vorzüge und Grenzen der verschiedenen möglichen Technologien aus technischer und wirtschaftlicher Sicht.

13. Nach dem Beratungsvertrag sollte die Tätigkeit in enger Zusammenarbeit zwischen der von der ASL Lecce bestimmten Arbeitsgruppe und der Universitätsarbeitsgruppe, gegebenenfalls mit Hilfe von hochqualifiziertem externen Personal, durchgeführt werden; die wissenschaftliche Verantwortung sollte bei zwei jeweils von der Auftraggeberseite und dem Fachbereich der Universität benannten Personen liegen; das Eigentum aller aus der Versuchstätigkeit abgeleiteten Ergebnisse sollte der ASL Lecce zustehen, jedoch mit der Verpflichtung, bei einer Veröffentlichung im technisch-wissenschaftlichen Bereich den Fachbereich ausdrücklich zu nennen. Für die gesamte Dienstleistung sollte die ASL Lecce der Universität einen Betrag von 200 000 Euro ohne MwSt zahlen, fällig in vier Raten. Im Fall der vorzeitigen Auflösung des Vertrags sollte die Universität Anspruch auf einen Betrag haben, der dem Umfang der bis dahin erbrachten Arbeitsleistung und den getragenen Kosten entsprach.

14. Auf drei Klagen des Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, der Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), gemeinsam mit den Firmen Etacons Srl, Vito Prato Engineering Srl, Barletti – del Grosso & Associati Srl bzw. des Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce hin hat das TAR Puglia die unmittelbare Vergabe des oben beschriebenen Auftrags an die Universität wegen unterlassener Anwendung der öffentlichen Vergabeverfahren für rechtswidrig erklärt.

15. Gegen die jeweiligen Urteile haben die ASL Lecce und die Universität Rechtsmittel beim vorliegenden Gericht eingelegt. In seiner Vorlageentscheidung weist dieses Gericht auf Bedenken hin, dem Abschluss eines Vertrags wie des streitgegenständlichen könne die Richtlinie 2004/18 entgegenstehen. In Anbetracht dessen fragt es sich, ob die streitgegenständliche Vereinbarung die rechtlichen Anforderungen an eine öffentlich-öffentliche Partnerschaft, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelt worden sind, erfülle. Für diese Schlussfolgerung bestünden zwar gewisse Anhaltspunkte, jedoch lasse sich dies nicht mit Gewissheit sagen, zumal andere Aspekte für das Gegenteil sprächen. Da seiner Ansicht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine entscheidenden Auslegungshinweise zu entnehmen seien, hat der Consiglio di Stato das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stehen die Richtlinie 2004/18 und insbesondere Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d, Art. 2, Art. 28 sowie Anhang II, Kategorien 8 und 12, einer nationalen Regelung entgegen, die den Abschluss von Vereinbarungen in Schriftform zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausbauten erlaubt, die nach den nationalen Vorschriften über die Sicherheit von Bauwerken und insbesondere von strategischen Gebäuden gegen eine die für die Erbringung der Leistung getragenen Kosten nicht übersteigende Gegenleistung durchzuführen sind, wenn die den Auftrag ausführende Verwaltung die Eigenschaft eines Wirtschaftsteilnehmers besitzen kann?

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Die Vorlageentscheidung mit Datum vom 9. November 2010 ist am 1. April 2011 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

17. Schriftliche Erklärungen haben die ASL Lecce, die Universität, der Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), die Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), der Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), die italienische, die tschechische, die polnische, die schwedische Regierung und die Europäische Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

18. In der mündlichen Verhandlung vom 27. März 2012 sind die Prozessbevollmächtigten der ASL Lecce, der Universität, des CNI, der OICE, des CNAPPC, der italienischen, der polnischen und der schwedischen Regierung sowie der Kommission erschienen, um Ausführungen zu machen.

V – Wesentliche Argumente der Verfahrensbeteiligten

19. Auf das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten soll, soweit relevant, im Rahmen meiner Ausführungen Bezug genommen werden.

VI – Rechtliche Würdigung

A – Allgemeines

20. Der Formulierung der Vorlagefrage zufolge möchte das vorlegende Gericht im Grunde wissen, ob die geltenden nationalen Rechtsvorschriften insofern als mit der Richtlinie 2004/18 vereinbar angesehen werden können, als sie Vereinbarungen, wie sie in der Vorlagefrage beschrieben sind, gestatten. Betrachtet man jedoch die Rechtsprobleme der vorliegenden Rechtssache in ihrem Gesamtzusammenhang, so ist festzustellen, dass die Kernfrage, mit der sich der Gerichtshof vorrangig befassen müssen, die Vereinbarkeit der fraglichen Vereinbarung mit der Richtlinie 2004/18 betrifft. Um dem nationalen Gericht eine für die Beilegung des Ausgangsrechtsstreits hilfreiche Antwort auf seine Fragen zu geben, erscheint es sinnvoll, den Schwerpunkt der Untersuchung auf diesen Aspekt zu verlagern. Deswegen werde ich mich im Rahmen meiner Untersuchung der Frage zuwenden, ob im Ausgangsfall gegen die Vorgaben der Richtlinie 2004/18 verstoßen worden ist. Eine Umformulierung der Vorlagefrage zu diesem Zweck halte ich nicht für zwingend erforderlich, zumal die Feststellung eines eventuellen Verstoßes mittelbar Aufschluss darüber gibt, ob das geltende nationale Recht im Einklang mit dem Unionsrecht steht. Sollte die fragliche Vereinbarung nach dem Ergebnis der Untersuchung nicht den Vorschriften der Richtlinie 2004/18 entsprechen, so kann der in Italien bestehende Rechtszustand auch nicht als unionsrechtskonform angesehen werden.

21. Die Richtlinie 2004/18 stünde einer Vereinbarung wie der zwischen der ASL Lecce und der Universität getroffenen entgegen, wenn es sich bei dem Auftrag zur Durchführung von Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit bestimmter Krankenhäuser nach dem Unionsrecht um einen vergabepflichtigen Vorgang handelte, da im Ausgangsfall eine Ausschreibung unterblieben ist. Wie der Vorlageentscheidung zu entnehmen ist, ist der fragliche Auftrag stattdessen unmittelbar der Universität erteilt worden. Sollte das Vorliegen eines vergabepflichtigen Vorgangs bestätigt werden, müsste weiter untersucht werden, ob gegebenenfalls ein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der den Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung gestattet, wobei im Ausgangsfall sowohl in der Richtlinie 2004/18 selbst kodifizierte Ausnahmetatbestände als auch die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelte Rechtsfigur der Partnerschaft zwischen öffentlichen Stellen zur Erfüllung einer Aufgabe im Allgemeininteresse in Frage kommen.

B – Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18

22. Dies setzt allerdings voraus, dass die fragliche Vereinbarung überhaupt vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 erfasst ist. Dieser stellt den ersten Prüfungspunkt dar, dem ich mich sogleich zuwenden werde.

1. Vorliegen eines öffentlichen Auftrags

a) Erbringung von Dienstleistungen

23. Damit der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie als eröffnet angesehen werden kann, muss ein „öffentlicher Auftrag“ vorliegen. Möglicherweise lässt sich die fragliche Vereinbarung einer der in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie aufgelisteten Arten von öffentlichen Aufträgen zuordnen. Meines Erachtens kommt angesichts der verfügbaren Sachverhaltsinformationen eine Einordnung als „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ im Sinne der in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d enthaltenen Legaldefinition in Betracht. Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden darin als „öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentliche Bau- oder Lieferungsaufträge sind“, definiert. Von ihrem Gegenstand her entsprechen die von der Universität der Vereinbarung nach durchzuführenden Arbeiten der unter der Kategorie 12 in Anhang II Teil A aufgelisteten Art von Dienstleistungen („Architektur, technische Beratung und Planung, integrierte technische Leistungen, Stadt- und Landschaftsplanung, zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, technische Versuche und Analysen“). Es geht nämlich um komplexe technische Arbeiten, die sowohl die Prüfung der baulichen Vorschriftsmäßigkeit als auch Erdbebengefährdung von Gebäuden zum Gegenstand haben. Sie weisen einen offenkundigen Bezug zur Architektur auf und sehen eine umfassende Beratungstätigkeit auf diesem Gebiet durch entsprechend qualifiziertes Personal der Universität vor.

b) Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer

24. Des Weiteren setzt die Definition des „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ insofern, als sie auf dem Begriff des öffentlichen Auftrags in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie aufbaut, einen schriftlichen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer voraus.

25. Das gesetzliche Schriffterfordernis ist erfüllt, da der am 29. Oktober 2009 abgeschlossene „Beratungsvertrag“ schriftlich fixiert wurde.

26. Als „öffentlicher Auftraggeber“ gelten gemäß Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie „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“. In ihrer Eigenschaft als Teil der öffentlichen Verwaltung erfüllt die ASL Lecce die Voraussetzungen, um als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie eingestuft zu werden.

27. Was eine eventuelle Einstufung der Universität als „Wirtschaftsteilnehmer“ anbelangt, ist festzustellen, dass dieser Begriff gemäß Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie auch „Dienstleistungserbringer“ umfasst. Darunter sind „natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen“ zu verstehen, „die auf dem Markt die Erbringung von Dienstleistungen anbieten“. Die Università del Salento selbst ist, wie ihren schriftlichen Erklärungen⁵ zu entnehmen ist, öffentlich-rechtlich konstituiert. Als relevant erweist sich in diesem Zusammenhang die Bestimmung in Art. 66 der Verordnung des Präsidenten der Republik Nr. 382/1980, da sie die Universitäten ermächtigt, mit öffentlichen und privaten Einrichtungen Verträge und Vereinbarungen abzuschließen, um Forschungs- und Beratungstätigkeiten auszuüben. Daraus lässt sich schließen, dass Universitäten nach nationalem Recht gestattet ist, nicht nur als Lehr- und Forschungsstätte zu fungieren, sondern auch als Wirtschaftsteilnehmer im Sinne der oben genannten Definition zu handeln.

⁵ — S. 2 des Schriftsatzes der Universität.

28. Verwiesen sei an dieser Stelle auf das Urteil CoNISMa⁶, in dem der Gerichtshof bestätigt hat, dass Universitäten als Wirtschaftsteilnehmer auch an Vergabeverfahren teilnehmen dürfen. Darin hat der Gerichtshof erklärt, dass die Eigenschaft als Wirtschaftsteilnehmer nicht notwendigerweise unternehmerisch strukturierten Dienstleistenden vorbehalten ist⁷. Vielmehr darf jede Person oder Einrichtung als Bewerber auftreten, die den betreffenden Auftrag ausführen kann, 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 nicht⁸. Zudem hat der Gerichtshof festgestellt, 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 gelten, freihändig vergeben werden können und damit anders als bezweckt nicht unter die Unionsvorschriften auf dem Gebiet der Gleichbehandlung und der Transparenz fallen.

29. Folglich ist in der zwischen der ASL Lecce und der Universität getroffenen Vereinbarung ein schriftlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer zu sehen.

c) Entgeltlichkeit der Dienstleistung

30. Eine weitere Voraussetzung für die Einstufung einer Vereinbarung als „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie ist ihr entgeltlicher Charakter. Der Begriff der „Entgeltlichkeit“ erfordert, dass der Leistungserbringung durch den Bieter auch eine Vergütungspflicht des Auftraggebers gegenübersteht. Neben der Beteiligung zweier Personen ist hier die Gegenseitigkeit in Form des sachlichen Leistungsaustauschs gemeint. Diese Gegenseitigkeit der Vertragsbeziehung ist für einen vergabepflichtigen Vorgang notwendig.

31. Im Ausgangsfall traf nach der fraglichen Vereinbarung die ASL Lecce zwar eine Vergütungspflicht gegenüber der Universität. Allerdings gilt hier die Besonderheit, dass die versprochene Gegenleistung so bemessen war, dass sie die anfallenden Kosten nicht überstieg. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch kostendeckende Vergütungen dem Begriff der „Entgeltlichkeit“ genügen. Meines Erachtens sprechen einige Argumente für eine weite Auslegung dieses Begriffs, und zwar dahin gehend, dass jede Art von Vergütung, die einen Geldwert darstellen kann, erfasst sein soll.

32. Wie das vorliegende Gericht in seiner Vorlageentscheidung⁹ zutreffend darlegt, macht allein das Fehlen von Gewinn die vertragliche Vereinbarung nicht unentgeltlich. Diese bleibt von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet durchaus entgeltlich, zumal der Empfänger immerhin eine geldwerte Leistung¹⁰ erhält, und könnte somit grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fallen. Davon abgesehen lässt sich die Auffassung vertreten, dass nur ein weites Verständnis des Begriffs „Entgeltlichkeit“ dem Zweck der Vergaberichtlinien, der in der Öffnung der Märkte für einen echten Wettbewerb besteht, gerecht wird¹¹. Nur so kann die praktische Wirksamkeit der

6 — Urteil vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, Slg. 2009, I-12129).

7 — Ebd., Randnr. 35.

8 — Ebd., Randnr. 42.

9 — Vgl. S. 22, Randnr. 34 der Vorlageentscheidung.

10 — Vgl. Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (hrsg. von Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), Teil B5, Randnr. 24, S. 4, nach dessen Ansicht das Merkmal der Entgeltlichkeit grundsätzlich bei jedem geldwerten Vorteil als gewahrt anzusehen ist. Ähnlich auch Eisner, C., „Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 1)“, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, S. 190, wonach der betreffende Vorgang, sobald tatsächlich Entgelt für die Erbringung einer Leistung vereinbart wird, anhand der vergaberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen ist.

11 — Vgl. Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, Band 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg 2007, S. 617, Randnr. 2012.

Vergaberichtlinien gewährleistet und eine Umgehung des Vergaberechts, etwa durch die Vereinbarung anderer Entgeltformen, die eine Gewinnerzielungsabsicht nicht ohne Weiteres erkennen lassen, wie z. B. durch Tauschgeschäfte oder den Verzicht auf zwischen den Vertragspartnern bestehende gegenseitige Ansprüche, verhindert werden¹².

33. Ein solches Verständnis des Entgeltbegriffs liegt auch auf einer Linie mit der weiten Entgeltdefinition des Gerichtshofs für die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV¹³. Angesichts der Tatsache, dass die Richtlinie 2004/18 ausweislich ihrer Rechtsgrundlage in Art. 95 EG (jetzt Art. 114 AEUV) dazu bestimmt ist, der Verwirklichung der Grundfreiheiten im Binnenmarkt zu dienen, was im zweiten Erwägungsgrund zum Ausdruck kommt, erscheint ein weites Verständnis des Begriffs „Entgeltlichkeit“ konsequent. Entsprechend dieser weiten Auslegung darf beim Leistungserbringer eine Gewinnerzielung nicht zwingend verlangt werden. Vielmehr soll für die Bejahung des Entgeltlichkeitserfordernisses auch ausreichen, wenn der Leistungserbringer lediglich eine kostendeckende Vergütung in Form einer Kostenerstattung erhält. Vom Entgeltbegriff erfasst werden sollen somit auch sogenannte bloße Entschädigungen¹⁴.

34. Folglich hat die fragliche Vereinbarung entgeltlichen Charakter, und es liegt im Ausgangsfall ein „öffentlicher Dienstleistungsauftrag“ im Sinne der in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie enthaltenen Definition vor.

2. Erreichung des jeweiligen Schwellenwerts

a) Unterschreitung des einschlägigen Schwellenwerts?

35. Die Vergaberichtlinien mit ihren strengen Verfahrensanforderungen gelten nicht für jeden Kleinauftrag. Vielmehr muss der Geldgegenwert des betreffenden Auftrags einen gewissen Schwellenwert erreichen, um unter die Vergabennormen zu fallen. Schon aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten müssen die zum Teil sehr aufwändigen Vergabeverfahren nicht für jeden kleinvolumigen Auftrag angewandt werden. Zudem legt ein geringer Auftragswert ein ernst zu nehmendes grenzüberschreitendes Handelsinteresse nicht nahe.

36. Damit findet durch die Schwellenwerte eine Zweiteilung des Vergaberechts in zwei Klassen statt. Oberhalb der Schwellenwerte sind detaillierte Richtlinienvorgaben zu beachten. Unterhalb der Schwellenwerte ist lediglich das primäre Vergaberecht der Union mit den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ableitenden ungeschriebenen Grundsätzen einschlägig. Diese Zweiteilung erweist sich in der vorliegenden Rechtssache deshalb als relevant, weil der Schwellenwert im Ausgangsfall möglicherweise unterschritten ist, was im Einzelnen zu prüfen sein wird.

37. Gemäß Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts der Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei der Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert einschließlich aller Optionen und der etwaigen Verlängerungen des Vertrags zu berücksichtigen. Aus den Akten geht hervor, dass die ASL Lecce sich zur Zahlung einer Gegenleistung von 200 000 Euro ohne MwSt verpflichtet hat. Legt man diesen Betrag als geschätzten Wert der vertraglich vereinbarten Dienstleistungen zugrunde, so ist festzustellen, dass er unterhalb des Schwellenwerts von 206 000 Euro liegt, wie er in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 in der am 29. Oktober 2009, d. h. zum Zeitpunkt des Abschlusses

12 — Ebd.

13 — Vgl. Urteil vom 27. September 1988, Humbel & Edel (263/86, Slg. 1988, 5365, Randnr. 18). Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (hrsg. von Heinz Mayer), Wien 2003, Art. 49 EG, Randnr. 8, S. 5, sieht im kostendeckenden Charakter einer Gegenleistung bereits das Merkmal der Entgeltlichkeit erfüllt.

14 — Vgl. Frenz, W., a. a. O. (Fn. 11), S. 618, Randnr. 2013.

der fraglichen Vereinbarung anwendbaren Fassung, festgelegt worden ist. Folgerichtig dürfte die Vereinbarkeit der fraglichen Vereinbarung mit dem Vergaberecht der Union auch nicht am Maßstab der Richtlinie 2004/18 geprüft werden. Prüfungsmaßstab dürfte lediglich das Primärrecht, vor allem die Bestimmungen über die Grundfreiheiten, sein.

38. Andererseits darf, worauf die Kommission in ihren schriftlichen Ausführungen hinweist¹⁵, nicht außer Acht gelassen werden, dass der Schwellenwert kurze Zeit später auf 193 000 Euro gesenkt wurde, und zwar durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 mit Wirkung vom 1. Januar 2010¹⁶. Damit würde der geschätzte Wert der Dienstleistungen oberhalb des neuen Schwellenwerts liegen. Es fragt sich somit, welcher Schwellenwert im Ausgangsfall herangezogen werden muss. Dies hängt wiederum mit der Frage zusammen, welche Fassung der Richtlinie 2004/18 im Ausgangsfall zur Anwendung kommt. Um diese Frage beantworten zu können, muss der maßgebliche Zeitpunkt für die Anwendbarkeit einer Vergaberichtlinie bestimmt werden.

39. Die Richtlinie 2004/18 enthält eine Reihe von Vorschriften, die dem Rechtsanwender helfen sollen, den maßgeblichen Zeitpunkt für die Berechnung des Auftragswerts zu bestimmen. So sieht beispielsweise Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie vor, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Zeitpunkt der Absendung der Vergabebekanntmachung oder mangels Notwendigkeit einer solchen die Einleitung des Verfahrens ist. Es wäre also grundsätzlich denkbar, auf diese Vorschriften abzustellen, um die zeitliche Anwendbarkeit der maßgeblichen Fassung der Richtlinie 2004/18 zu bestimmen. Indes ist festzustellen, dass diese Vorschriften von einer Fallkonstellation ausgehen, in der ein Vergabeverfahren tatsächlich stattgefunden hat. Sie enthalten jedoch keine Aussage darüber, wie zu verfahren ist, wenn – wie im Ausgangsfall – eine Ausschreibung, aus welchem Grund auch immer, unterblieben ist. Da zur letztgenannten Fallkonstellation ausdrückliche Regelungen fehlen, sind einige grundsätzliche Überlegungen anzustellen, um für diese Fallkonstellation eine Lösung zu finden, die ihr hinreichend Rechnung trägt.

40. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kommission/Deutschland¹⁷ hatte ich auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass die in den Vergaberichtlinien festgelegten Schwellenwerte Gegenstand regelmäßiger Anpassungen sind. Angesichts dessen bedarf es klarer Regelungen zur Bestimmung der einschlägigen Schwellenwerte. Aus diesem Grund habe ich dort auch vorgeschlagen, im Fall einer unterbliebenen Ausschreibung als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmung des einschlägigen Schwellenwerts und damit mittelbar auch für die zeitliche Anwendbarkeit einer Vergaberichtlinie auf den Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen abzustellen¹⁸. Dies erscheint sinnvoll, zumal es darauf ankommt, auf einen Zeitpunkt abzustellen, zu dem hinreichende Gewissheit über den Gesamtumfang des Auftragsvolumens sowie den voraussichtlichen Auftragswert besteht. Die oben genannten Regelungen in Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 beruhen auf demselben Gedanken. Da davon auszugehen ist, dass spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses endgültige Gewissheit über den voraussichtlichen Auftragswert bestand, müsste dieser im Ausgangsfall der maßgebliche Zeitpunkt sein. Dies hat zur Folge, dass im Ausgangsfall die Richtlinie 2004/18 in der älteren Fassung zur Anwendung kommt. Da der Wert der vertraglich vereinbarten Dienstleistung unterhalb des darin festgelegten Schwellenwerts liegt, müsste, wie bereits dargelegt, die Vereinbarkeit der fraglichen Vereinbarung mit dem Vergaberecht der Union grundsätzlich allein am Maßstab des Primärrechts geprüft werden.

15 – Vgl. Fn. 22 des Schriftsatzes der Kommission.

16 – Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (ABl. L 314, S. 64).

17 – Schlussanträge vom 14. April 2010, Kommission/Deutschland (C-271/08, Urteil vom 15. Juli 2010, Slg. 2010, I-6817, Nr. 143).

18 – Ebd.

41. Zwar finden sich in den Verträgen keine expliziten Vorschriften zum Vergaberecht¹⁹. Dennoch hat der Gerichtshof aus den Grundfreiheiten, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung vergaberechtliche Grundsätze abgeleitet und je nach dem zu beurteilenden Einzelfall konkrete vergaberechtliche Anforderungen aufgestellt, die öffentliche Auftraggeber beachten müssen. So verlangt der primärrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe etwa, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen²⁰. Aus diesem Gleichbehandlungsgebot sowie aus dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit folgt eine Transparenzpflicht, die darin besteht, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Auftragsvergabe dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind²¹.

42. Für eine eingehende Untersuchung der Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze aus dem Primärrecht fehlt es jedoch an den notwendigen Sachverhaltsangaben und Erläuterungen seitens des vorliegenden Gerichts. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass dieses sein Ersuchen auf die Auslegung des Unionsrechts auf die Richtlinie 2004/18 beschränkt hat. Die Ausführungen des vorliegenden Gerichts beziehen sich dementsprechend ausschließlich auf Aspekte, die für eine Auslegung dieses Sekundärrechtsakts relevant sind.

43. Es sei in diesem Zusammenhang in Erinnerung gerufen, dass der Gerichtshof betreffend die Zulässigkeit von Vorlagen auf das Erfordernis einer ausreichenden Darstellung des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens des Ausgangsverfahrens in der Vorlageentscheidung hingewiesen hat. Dieses Erfordernis soll es dem Gerichtshof zum einen erlauben, zu einer dem nationalen Gericht nützlichen Auslegung des Unionsrechts zu gelangen²², und zum anderen den Regierungen der Mitgliedstaaten sowie den anderen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit geben, nach Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs Erklärungen einzureichen²³. Beiden Zwecken wird, jedenfalls was den Ausgangsfall betrifft, jedoch erst dann Rechnung getragen werden können, wenn das vorliegende Gericht ein entsprechendes Ersuchen um Auslegung des Primärrechts an den Gerichtshof richtet und seine Darstellung des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens des Ausgangsverfahrens um entsprechende Ausführungen ergänzt. Es empfiehlt sich daher, das vorliegende Gericht auf die Möglichkeit einer erneuten Vorlage hinzuweisen.

44. Eine erneute Vorlage dürfte allerdings erst dann in Betracht kommen, wenn endgültig bestätigt wird, dass der einschlägige Schwellenwert tatsächlich nicht überschritten worden ist. Dem nationalen Richter obliegt es, die notwendigen Tatsachenfeststellungen zu treffen, um mit Sicherheit auszuschließen, dass nicht noch weitere Beträge als Teil der vereinbarten Gegenleistung zu berücksichtigen sind. Besonderes Augenmerk muss der Art und Weise gelten, wie der Auftragswert der ASL Lecce berechnet wurde. Der nationale Richter wird eine Reihe von Aspekten überprüfen müssen, u. a., ob Rechnungsposten eventuell zu niedrig angesetzt wurden, die vertragliche Vereinbarung die nachträgliche Anpassung solcher Rechnungsposten an die tatsächlichen Kosten

19 — Vgl. Frenz, W., a. a. O. (Fn. 11), S. 533, Randnr. 1721.

20 — Urteil vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 48).

21 — Urteile vom 15. Oktober 2009, Acoset (C-196/08, I-9913, Randnr. 49), und vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 21). Zu diesem Verhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot vgl. Urteile vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnrn. 30 f.), vom 21. Februar 2008, Kommission/Italien (C-412/04, Slg. 2008, I-619, Randnr. 66), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 17 f.), und vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 ff.).

22 — Vgl. Urteil vom 26. Januar 1993, Telemarsicabruzzo u. a. (C-320/90 bis C-322/90, Slg. 1993, I-393, Randnr. 6).

23 — Vgl. Urteile vom 25. März 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi u. a. (C-480/00 bis C-482/00, C-484/00, C-489/00 bis C-491/00, C-497/00 bis C-499/00, Slg. 2004, I-2943, Randnr. 73), sowie vom 21. September 1999, Albany (C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Randnr. 40).

vorsah und ob zwischen den Vertragsparteien eine Aufteilung der Aufträge, einschließlich einer getrennten Berechnung der Rechnungsposten, vereinbart wurde²⁴. In Anbetracht der nur geringfügigen Unterschreitung des Schwellenwerts im Ausgangsfall erweisen sich diese Aspekte als besonders klärungsbedürftig.

b) Vermutung der Entscheidungsrelevanz der Vorlagefrage

45. Sollte der Auftragswert tatsächlich unterhalb des im Ausgangsfall einschlägigen Schwellenwerts von 206 000 Euro liegen, würde dieser Umstand Zweifel an der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage aufwerfen, zumal sie ausdrücklich auf die Auslegung der Richtlinie 2004/18 statt auf das eher anwendbare Primärrecht abzielt. Die Vorlagefrage könnte sich unter Umständen insofern als nicht entscheidungserheblich erweisen, als ihr Zusammenhang mit der Realität bzw. dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens nicht ganz eindeutig ist.

46. Indes ist daran zu erinnern, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten nach Art. 267 AEUV allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen²⁵. Sofern die vorgelegten Fragen die Auslegung des Unionsrechts betreffen, ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden²⁶.

47. Folglich kann die Vermutung der Erheblichkeit der von den nationalen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nur in Ausnahmefällen ausgeräumt werden, und zwar dann, wenn die erbetene Auslegung der in diesen Fragen erwähnten Bestimmungen des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht²⁷. Letzteres trifft indes auf den Ausgangsfall nicht zu, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass das vorlegende Gericht nach Würdigung aller Umstände des Ausgangsfalls, insbesondere der Art und Weise, wie der Auftragswert der ASL Lecce berechnet worden ist²⁸, zu der Schlussfolgerung kommt, dass eine Anwendung der Richtlinie 2004/18 im Ausgangsfall letztlich doch angezeigt ist, weil der einschlägige Schwellenwert überschritten worden ist.

48. Folglich ist der Gerichtshof gehalten, dem Ersuchen des vorlegenden Gerichts nachzukommen und die Richtlinie 2004/18 auszulegen.

24 — Im Zusammenhang mit den Berechnungsmethoden stehen die in allen Vergaberichtlinien ausdrücklich normierten Umgehungsverbote. Zum einen ist die Aufteilung der Aufträge untersagt, wenn das in der Absicht geschieht, sie der Anwendung der jeweiligen Richtlinie zu entziehen. Zum anderen verbieten die Richtlinien die Umgehung durch Wahl der Berechnungsmethode. Darüber hinaus lässt sich aus den Umgehungsverböten ein generelles Verbot der absichtlichen oder fahrlässigen Unterkalkulation ableiten (vgl. Frenz, W., a. a. O. [Fn. 11], S. 209, Randnr. 822; Trepte, P., *Public Procurement in the EU*, 2. Aufl., Oxford 2007, S. 262 f.).

25 — Nach dieser Rechtsprechung wird unterstellt, dass das nationale Gericht über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts sowie der von den Parteien vorgetragenen Argumente verfügt und deshalb besser in der Lage ist, in voller Sachkenntnis zu beurteilen, ob die Rechtsfragen, die durch den bei ihm anhängigen Rechtsstreit aufgeworfen werden, erheblich sind und ob für den Erlass seines Urteils eine Vorabentscheidung erforderlich ist (vgl. Urteil vom 22. Juni 2000, *Marca Mode*, C-425/98, Slg. 2000, I-4861, Randnr. 21).

26 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38), vom 22. Mai 2003, *Korhonen u. a.* (C-18/01, Slg. 2003, I-5321, Randnr. 19), vom 19. April 2007, *Asemfo* (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 30), und vom 1. Oktober 2009, *Gottwald* (C-103/08, Slg. 2009, I-9117, Randnr. 16).

27 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1995, *Bosman* (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61), vom 1. April 2008, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon* (C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Randnr. 29), und *Gottwald* (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 17).

28 — Siehe Nr. 44 der vorliegenden Schlussanträge.

3. Fehlende Einschlägigkeit eines Ausnahmetatbestands

49. Während die Schwellenwerte eine erste rein finanzielle Eingrenzung des Vergaberechts vornehmen, enthalten die Richtlinien darüber hinaus explizite Ausnahmetatbestände für spezielle Bereiche. Davon zu unterscheiden sind jene ungeschriebenen Ausnahmen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelt hat und die im Wesentlichen Fallkonstellationen betreffen, in denen regionale bzw. lokale öffentliche Stellen gemeinsam Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen. Die Ausnahmegesetze dienen von ihrem Zweck her der Feinabstimmung der Vergaberichtlinien. Insbesondere sollen solche Bereiche vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen werden, in denen keine vergabespezifischen Gefahren für den Wettbewerb bestehen, ein grenzüberschreitendes Handelsinteresse fehlt oder eine Anwendung des Vergaberechts den Eigenheiten und besonderen Bedürfnissen der Ausnahmebereiche nicht gerecht würde²⁹.

50. Unabhängig davon, welche Art von Ausnahme in einem bestimmten Fall einschlägig ist, gilt es zu bedenken, dass wegen des Ziels der Vergaberichtlinien, die Vergabe staatlicher Aufträge in allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Regelungen zu unterwerfen und das öffentliche Auftragswesen generell dem Wettbewerbsgedanken zu öffnen, die Ausnahmebestimmungen der Richtlinien abschließend und darüber hinaus grundsätzlich eng auszulegen sind³⁰.

51. Im Ausgangsfall kommen sowohl kodifizierte als auch ungeschriebene Ausnahmen in Betracht, die im Folgenden auch in dieser systematischen Reihenfolge auf ihre Anwendbarkeit hin untersucht werden sollen.

a) Kodifizierte Ausnahmetatbestände

i) Dienstleistungsauftrag aufgrund eines „ausschließlichen Rechts“

52. In Betracht kommt zunächst der Ausnahmetatbestand des Art. 18 der Richtlinie 2004/18. Danach „[gilt] die Richtlinie nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber ... aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das dieser aufgrund veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- und Verwaltungsvorschriften innehat“. Dieser Ausnahmetatbestand wäre somit erst dann einschlägig, wenn sich ein ausschließliches Recht der Universität, Dienstleistungen der vereinbarten Art zu erbringen, nachweisen ließe.

53. Dazu genügt der Hinweis, dass auch wenn das italienische Recht die Universitäten in Art. 6 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 168/1989 zu den „wichtigsten Stätten der wissenschaftlichen Forschung“ erklärt und sie in Art. 15 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 241/1990 dazu ermächtigt, „Vereinbarungen mit anderen öffentlichen Stellen zu schließen, um die Ausübung von im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten im Wege der Zusammenarbeit zu regeln“, sich daraus noch kein ausschließliches Recht im oben genannten Sinne ableiten lässt. Ein gesetzlich verbürgtes ausschließliches Recht der Universitäten, Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen im Auftrag der öffentlichen Verwaltung durchzuführen, lässt sich weder in der italienischen Rechtsordnung noch im Unionsrecht finden. Der tschechischen Regierung³¹ ist darin zuzustimmen,

29 — Vgl. Frenz, W., a. a. O. (Fn. 11), S. 670, Randnr. 2197.

30 — Vgl. Urteile vom 10. März 1987, Kommission/Italien (199/85, Slg. 1987, 1039, Randnr. 14), vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 43), vom 17. November 1993, Kommission/Spanien (C-71/92, Slg. 1993, I-5923, Randnr. 10), und vom 13. Januar 2005, Kommission/Spanien (C-84/03, Slg. 2005, I-139, Randnrn. 48 und 58).

31 — Vgl. Randnrn. 17 und 18 des Schriftsatzes der tschechischen Regierung.

dass diese Tätigkeiten von ihrer Art her eher als eine akzessorische Forschungstätigkeit der Universität anzusehen sind und nicht der Erfüllung ihrer grundlegenden Funktion als Stätte akademischer Wissensvermittlung dienen, hinsichtlich deren die Universität im Bereich des Bildungssystems eines jeden Mitgliedstaats über ein ausschließliches Recht verfügt.

54. Folglich ist der Ausnahmetatbestand des Art. 18 der Richtlinie 2004/18 im Ausgangsfall nicht einschlägig.

ii) Besondere Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen

55. Des Weiteren ist zu prüfen, ob die besondere Ausnahme in Art. 16 Buchst. f der Richtlinie 2004/18 im Ausgangsfall einschlägig ist. Nach dieser Bestimmung findet die Richtlinie keine Anwendung auf Dienstleistungsaufträge, die „Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen [zum Gegenstand haben], deren Ergebnisse nicht ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet sind“.

56. Letzteres ist insoweit erfüllt, als die ASL Lecce sich vertraglich zur Zahlung einer Gegenleistung verpflichtet hat. Unklar ist hingegen, ob die anderen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Denn auch wenn laut Beratungsvertrag das Eigentum aller aus der Versuchstätigkeit abgeleiteten Ergebnisse der ASL Lecce zustehen sollte, war diese immerhin verpflichtet, bei einer Veröffentlichung im technisch-wissenschaftlichen Bereich den Fachbereich ausdrücklich zu nennen. Dies wirft die Frage auf, inwiefern der ASL Lecce das ausschließliche Eigentum an den Ergebnissen der Untersuchung zustand. Es kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass dies der Fall war. In Ermangelung näherer Sachverhaltsangaben zum Inhalt der Vereinbarung und zu den daran anknüpfenden Rechtsfolgen nach nationalem Recht ist es nicht möglich, mit Gewissheit festzustellen, ob diese Voraussetzung des Ausnahmetatbestands in Art. 16 Buchst. f der Richtlinie 2004/18 erfüllt ist. Dazu wäre eine Erhebung und eine Bewertung von Tatsachen notwendig, wozu der Gerichtshof im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 267 AEUV jedoch nicht befugt ist³². Dies fällt vielmehr in die Kompetenz des nationalen Richters. Ihm obliegt es somit zu prüfen, ob der Ausnahmetatbestand des Art. 16 Buchst. f der Richtlinie 2004/18 angesichts der Gesamtumstände des Ausgangsfalls einschlägig ist.

b) Ungeschriebene Ausnahmetatbestände

57. Wie bereits oben angedeutet, hat der Gerichtshof im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zwei weitere Ausnahmetatbestände entwickelt, die jeweils sogenannte In-House-Geschäfte und diverse Formen der interkommunalen Zusammenarbeit betreffen³³. Es empfiehlt sich, sie – mit Blick auf eine Prüfung ihrer Anwendbarkeit auf den Ausgangsfall – in ihren wesentlichen Grundzügen darzustellen.

i) In-House-Vorgänge

58. In-House-Vorgänge setzen von ihrem Begriff her einen Leistungsaustausch voraus, der – rechtlich gesehen – innerhalb ein und desselben Rechtsträgers erfolgt. In-House-Vorgänge stellen also keine beschaffungsrelevanten Vorgänge dar, weil ein öffentlicher Auftraggeber die Leistungen mit eigenen Mitteln erbringt. Vergaberechtlich ist dies zulässig, wie der Gerichtshof im Urteil Stadt Halle und RPL

32 — Vgl. Urteile vom 6. April 1962, Bosch (13/61, Slg. 1962, 101), und vom 5. Februar 1963, Van Gend en Loos (26/62, Slg. 1963, 1).

33 — Siehe *Grünbuch der Kommission vom 27. Januar 2011 über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge*, KOM(2011) 15 endg., S. 24, in dem beide in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Fallkonstellationen genannt sind. Darin spricht sich die Kommission dafür aus, bei der Ausarbeitung von legislativen Vorhaben festzulegen, welche Formen der Zusammenarbeit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen fallen sollen. Dabei sollen auch die Erkenntnisse der Rechtsprechung des Gerichtshofs mitberücksichtigt werden.

Lochau³⁴ festgestellt hat. Darin hat der Gerichtshof erklärt, dass „eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, die Möglichkeit [hat], 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“. Nach Auffassung des Gerichtshofs „[kann] in einem solchen Fall von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein“. Die Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind somit auf eine solche Fallkonstellation nicht anwendbar³⁵.

59. Im Rahmen desselben Themenkomplexes wird auch jene Fallkonstellation behandelt, bei der eine öffentlich-rechtliche Körperschaft einen Auftrag an eine zwar rechtlich selbständige Person vergibt, diese Person aber in besonderen Beziehungen zu ihr steht³⁶. Auch bei dieser Problematik geht es letztlich darum, ob ein ausschreibungspflichtiger Auftrag vorliegt. Vordergründig stellt sich dabei die Frage, ob an dem Vorgang zwei verschiedene Personen beteiligt sind, die jeweils als öffentlicher Auftraggeber und als Bieter auftreten können. Während eine Personenidentität sich bereits mit Hinweis auf ihre rechtliche Selbständigkeit verneinen lässt, bereitet die Frage, ob sie für einen konkreten Vorgang jeweils die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber und Bieter aufweisen, nicht selten Schwierigkeiten. Unter Umständen können beide Personen bezogen auf einen bestimmten Vertrag derart miteinander verbunden sein, dass mangels Auftrag eine Ausschreibungspflicht entfällt.

60. Nach Auffassung des Gerichtshofs genügt es für eine Ausschreibungspflicht grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Seit dem maßgebenden Urteil Teckal³⁷ geht der Gerichtshof allerdings von der fehlenden Notwendigkeit einer Ausschreibung, und damit im Endeffekt von einem in-house-ähnlichen Vorgang aus, „wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben“³⁸.

61. Allerdings ist festzustellen, dass keine der beiden Fallkonstellationen im Ausgangsfall gegeben ist. Erstens ist der hier in Rede stehende Vertrag zwischen zwei verschiedenen Rechtsträgern abgeschlossen worden. Zweitens steht nach Auskunft des vorlegenden Gerichts³⁹ fest, dass die Universität jeglicher Art von Kontrolle durch die ASL Lecce entzogen ist. Folglich kann nicht von einem In-House-Vorgang gesprochen werden.

34 — Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau (C-26/03, Slg. 2005, I-1).

35 — Ebd., Randnr. 48.

36 — Vgl. Holoubek, M., *EU-Kommentar* (hrsg. von Jürgen Schwarze), 2. Aufl., Art. 49/50 EGV, Randnr. 151, S. 753, der darauf hinweist, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur die auftragsartige Beziehung im Innenverhältnis einer juristischen Person, sondern auch die Auftragbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und ausgegliederten Einrichtungen vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien und auch von dem der Grundfreiheiten ausgenommen hat.

37 — Urteil Teckal (oben in Fn. 30 angeführt).

38 — Vgl. Urteile Teckal (oben in Fn. 30 angeführt, Randnr. 50), Stadt Halle und RPL Lochau (oben in Fn. 34 angeführt, Randnr. 49) und Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 34).

39 — Siehe Randnr. 35 der Vorlageentscheidung.

ii) Interkommunale Zusammenarbeit

62. Eine weitere ungeschriebene Ausnahme ergibt sich aus den Rechtsprechungsgrundsätzen, die im Urteil Kommission/Deutschland⁴⁰ ihren Niederschlag gefunden haben⁴¹. Diesem Urteil lässt sich entnehmen, unter welchen Umständen und in welchen Formen die interkommunale Zusammenarbeit vom Anwendungsbereich des Vergaberechts auszunehmen ist⁴². Nicht zuletzt deshalb empfiehlt es sich, die Fakten, die Anlass zu dieser Entscheidung gegeben haben sowie die Argumentation des Gerichtshofs in ihren Grundzügen zusammenzufassen.

– Die Argumentation des Gerichtshofs im Urteil Kommission/Deutschland

63. Gegenstand jenes Vertragsverletzungsverfahrens war die ohne europaweite Ausschreibung erfolgte Übertragung der Abfallbeseitigung der vier niedersächsischen Landkreise Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade auf die Stadtreinigung Hamburg, ein öffentliches Unternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Als Vergütung war ein Jahresentgelt mit einem Preisanpassungsmechanismus auf der Grundlage der Anlieferungsmenge vorgesehen. Die Laufzeit des Vertrags betrug 20 Jahre. Die Parteien hatten vereinbart, spätestens fünf Jahre vor dem Ende der Vertragslaufzeit Verhandlungen darüber aufzunehmen, ob ein Anschlussvertrag abgeschlossen werden sollte.

64. Der Gerichtshof hat die Klage der Kommission abgewiesen, da er in dem Abschluss des Vertrags über die Abfallentsorgungsleistungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens und ohne europaweite Ausschreibung keinen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 gesehen hat. Eine etwaige Ausschreibungspflicht hat der Gerichtshof im Wesentlichen mit der Begründung verneint, mit dem streitigen Vertrag sei eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – vereinbart worden⁴³. Um dies festzustellen, hat er den Vertrag einer ausführlichen Analyse unterzogen, in deren Rahmen er jene Aspekte herausgearbeitet hat, die seiner Ansicht nach die interkommunale Zusammenarbeit typischerweise kennzeichnen. Diese Aspekte stellen, wie noch zu zeigen sein wird, zugleich die Kriterien dar, anhand deren sich bestimmen lässt, ob eine bestimmte Vereinbarung zwischen öffentlichen Stellen unter die ungeschriebene Ausnahme der interkommunalen Zusammenarbeit fällt. Mit anderen Worten, sie stellen die Tatbestandsmerkmale des Ausnahmetatbestands dar.

65. Auffällig ist, dass interkommunale Zusammenarbeit aus Sicht des Gerichtshofs durch das Bemühen aller beteiligten Gebietskörperschaften gekennzeichnet ist, gemeinsam die effektive Erfüllung einer Aufgabe im Allgemeininteresse sicherzustellen. Als Legitimationsgrundlage für die Herausnahme dieses Bereichs aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts dient die Feststellung – wie bereits im Urteil Coditel Brabant⁴⁴ –, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. Diese Autonomie setzt nach Auffassung des Gerichtshofs aber voraus, dass ein öffentlicher Auftraggeber auch die Freiheit haben muss, mit anderen öffentlichen Auftraggebern

40 — Oben in Fn. 3 angeführt.

41 — Vgl. Chaminade, A., „Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales“, *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, Nr. 363, S. 662, der von einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs seit den Urteilen betreffend In-House-Vorgänge spricht. Vgl. Ferk, P./Ferk, B., „Osebe javnega prava kot ponudniki“, *Podjetje in delo*, 2011, Nr. 4, S. 481 f., die im Zusammenhang mit dem Urteil Kommission/Deutschland insofern von einer Ergänzung zur bisherigen Doktrin der In-House-Vorgänge sprechen, als darin von einem vertraglichen und nicht einem institutionellen Verhältnis zwischen den Beteiligten die Rede ist.

42 — Vgl. Pirker, B., „La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne“, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009 Nr. 3, S. 574; Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, S. 1542, die die Auffassung vertreten, dass das Urteil Kommission/Deutschland eine neue Ausnahme zum Vergaberecht begründe.

43 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 37).

44 — Vgl. Urteil vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Randnr. 48).

zusammenzuarbeiten und so die jeweiligen Eigenmittel zu bündeln⁴⁵. Auf der Basis dieser Argumentation hat der Gerichtshof den öffentlichen Stellen ebenso die Wahlfreiheit zugestanden, in welcher Rechtsform sie bei der gemeinsamen Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben zusammenarbeiten wollen, ob wie hier lediglich durch einen einfachen Vertrag oder institutionalisiert⁴⁶ durch eine eigens geschaffene Einrichtung des öffentlichen Rechts. Dies hat er zum einen mit dem formalen Argument begründet, dass es keine unionsrechtliche Vorschrift gebe, die insoweit eine bestimmte Rechtsform vorschreibe⁴⁷. Zum anderen hat er teleologisch auch keine Notwendigkeit für einen entsprechenden Formenzwang der Zusammenarbeit gesehen, solange der Wettbewerb im Vergabebinnenmarkt nicht dadurch verfälscht wird, dass ein privates Unternehmen bevorzugt und somit andere diskriminiert werden⁴⁸.

– Die vom Gerichtshof festgelegten Kriterien

66. Anders als bei der Rechtsprechung zu den In-House-Vorgängen, wo der Gerichtshof bereits im Urteil Teckal die beiden maßgeblichen Kriterien in einem prägnanten Merksatz zusammengefasst hat, lässt sich in dieser Grundsatzentscheidung keine vergleichbare prägnante Formel finden, unter welchen Voraussetzungen über den entschiedenen Fall hinaus eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit allgemein als zulässig anzusehen sein kann. Dennoch lassen sich, wie bereits ausgeführt, aus der Argumentationslinie des Gerichtshofs eine Reihe von maßgeblichen Kriterien herausarbeiten, die kumulativ vorliegen müssen. Danach stellt der Gerichtshof die interkommunale Zusammenarbeit anhand der folgenden Kriterien vom Anwendungsbereich des Vergaberechts frei:

- Erfüllung einer gemeinsamen, im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe bzw. von Aufgaben, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen;
- durch ausschließlich öffentliche Stellen ohne Beteiligung Privater;
- auf vertraglicher Grundlage oder einer institutionalisierten Rechtsform wie beispielsweise einem Zweckverband;
- kein privates Unternehmen wird im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags besser gestellt als seine Wettbewerber;
- der Vertrag zielt nicht darauf ab, das Vergaberecht zu umgehen.

67. Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auf den Ausgangsfall könnte im Prinzip vorgebracht werden, dass es hier – anders als in dem Sachverhalt, der dem Urteil Kommission/Deutschland zugrunde lag – nicht um eine Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften geht. In der Tat ist Gegenstand der vorliegenden Rechtssache eher eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Behörde einer Gebietskörperschaft und einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Vor diesem Hintergrund müsste der Frage nachgegangen werden, inwiefern es möglich ist, auf der Basis dieser Rechtsprechung von einem Ausnahmetatbestand auszugehen, der Formen der Zusammenarbeit wie die hier fragliche erfasst.

45 – Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 45).

46 – Vgl. Steiner, M., „Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?“, *European Law Reporter*, 2009, S. 283, der in Bezug auf den Sachverhalt, der dem Urteil Kommission/Deutschland zugrunde lag, von einer faktischen „institutionalisierten Kooperation“ spricht.

47 – Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 47).

48 – Ebd.

iii) Rechtsfigur der „öffentlich-öffentlichen Partnerschaft“

– Ausweitung des Ausnahmetatbestands auf diverse Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen

68. Eine sorgfältige Lektüre des Urteils Kommission/Deutschland offenbart indes, dass die vom Gerichtshof entwickelte Ausnahme solchen Formen der Zusammenarbeit nicht grundsätzlich entgegensteht.

69. Für diese These lässt sich erstens anführen, dass es in jener Rechtssache um einen Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen ging, wobei auf den Umstand hinzuweisen ist, dass es sich bei der Stadtreinigung Hamburg um eine Anstalt des öffentlichen Rechts und nicht um eine Gebietskörperschaft handelte⁴⁹. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof im Urteil oft den neutralen Begriff „öffentliche Stelle“ verwendet⁵⁰, womit er zu verstehen gibt, dass eine Zusammenarbeit, als Voraussetzung für eine Anwendung des ungeschriebenen Ausnahmetatbestands, nicht nur den Kommunen offensteht⁵¹. Eine Beschränkung des Ausnahmetatbestands ausschließlich auf die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften wäre angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verwaltungsorganisationen in den jeweiligen Mitgliedstaaten auch zu formalistisch und schwer nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund ist es eher folgerichtig, den Anwendungsbereich dieses ungeschriebenen Ausnahmetatbestands weiter zu verstehen und demzufolge eher von einer „Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen“ zu sprechen.

70. Demnach ist davon auszugehen, dass dieser ungeschriebene Ausnahmetatbestand grundsätzlich auch eine Fallkonstellation erfassen kann, in der sich eine Gesundheitsbehörde und eine Universität als Vertragspartner gegenüberstehen.

– Erfüllung der Kriterien im Ausgangsfall

71. Damit die ASL Lecce und die Universität sich auf diese ungeschriebene Ausnahme berufen können, müssen die oben genannten Kriterien, die eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen ausmachen, im Ausgangsfall erfüllt sein. Es ist unbestritten, dass eine vertragliche Vereinbarung zwischen ausschließlich öffentlichen Stellen ohne irgendeine Form privater Beteiligung vorliegt, womit gleich mehrere Kriterien erfüllt sind. Andere Kriterien bereiten hingegen Schwierigkeiten und erfordern eine nähere Prüfung.

Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe

72. Eine der strittigsten Fragen, die sich in der vorliegenden Rechtssache stellen, ist, ob der in Rede stehende Vertrag von beiden Parteien mit dem Ziel geschlossen wurde, eine *im Allgemeininteresse* liegende Aufgabe zu erfüllen.

73. Wie bereits dargelegt, wurde die Universität beauftragt, Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen der Provinz Lecce durchzuführen. Diese Arbeiten mussten in Einklang mit den nationalen Vorschriften durchgeführt werden, die auf dem Gebiet der Sicherheit von Bauwerken, insbesondere von strategischen Gebäuden, erlassen worden

49 — In diesem Sinne Wagner, S., „Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen“, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, S. 328.

50 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnrn. 34, 44, 45 und 47).

51 — In diesem Sinne Öhler, M./Gruber, C., „Zusammenarbeit‘ iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt“, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, S. 288.

waren. Wie die ASL Lecce⁵² in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, waren die Ergebnisse dieser Studie dazu bestimmt, als Grundlage für künftige eigene Projekte zur Verbesserung der Widerstandskraft der betreffenden Bauwerke zu dienen. Daraus ist zu folgern, dass mit dem Auftrag zur Durchführung der Studie die ASL Lecce eigentlich einer Verpflichtung nachkommen wollte, die ihr das nationale Recht zwecks Gewährleistung der Sicherheit von Krankenhäusern auferlegt hatte. Eine solche Aufgabe dient dem Allgemeininteresse und fällt in die Zuständigkeit des Staates.

74. Folglich wurde der fragliche Vertrag von beiden Parteien mit dem Ziel geschlossen, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen.

Zusammenarbeit zur Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe

75. Darüber hinaus ist zu verlangen, dass die Zusammenarbeit der Erfüllung einer *gemeinsamen* öffentlichen Aufgabe dient⁵³. Es reicht daher nicht aus, dass die gesetzliche Pflicht zur Wahrnehmung der fraglichen öffentlichen Aufgabe nur eine der beteiligten öffentlichen Stellen trifft, während die andere sich auf die Rolle einer Erfüllungsgehilfin beschränkt, welche die Durchführung dieser fremden Aufgabe auftragshalber übernimmt. Dies erscheint nachvollziehbar, wenn man sich die etymologische Bedeutung des Wortes „Zusammenarbeit“ vergegenwärtigt, besteht das Wesen einer solchen Zusammenarbeit doch gerade in einer gemeinsamen Strategie unter Partnern, die auf dem Austausch und der Abstimmung der jeweiligen Interessen aufeinander gründet. Die einseitige Verfolgung eigener Interessen durch nur eine der Beteiligten lässt sich nur schwer als „Zusammenarbeit“ im oben genannten Sinne umschreiben⁵⁴.

76. Konkrete Anhaltspunkte für ein entsprechendes Erfordernis einer echten Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen liefern die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil Kommission/Deutschland⁵⁵, die sich auf eine besondere Form der Zusammenarbeit zwischen vier Gebietskörperschaften und einer öffentlichen Anstalt bezogen, die ihnen ermöglichte, gemeinsam eine ihnen allen obliegende öffentliche Aufgabe, nämlich die Abfallentsorgung, zu erfüllen. Auf diesen Aspekt hat der Gerichtshof in seinen Ausführungen ausdrücklich hingewiesen. Wie er festgestellt hat, zeichnete sich das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien durch die Anerkennung gegenseitiger Rechte und Pflichten aus. Zudem waren die Vertragsparteien zu gegenseitigem Beistand und gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet. Dem Urteil lag somit ein Austauschverhältnis zugrunde, das über die Dienstleistungserbringung gegen einfache Entgeltzahlung hinausging⁵⁶.

77. Wie von der polnischen Regierung⁵⁷, dem CNI⁵⁸ und der Kommission⁵⁹ zutreffend erkannt, unterscheidet sich der Ausgangsfall jedoch insofern grundlegend vom oben dargestellten Sachverhalt, als die Ziele der beteiligten öffentlichen Stellen im Einzelnen voneinander abweichen. Während allein die ASL Lecce eine gesetzliche Pflicht zur Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausanlagen trifft, besteht die Rolle der Universität dem Gesetz nach in der wissenschaftlichen Forschung. Diese Rolle wird durch die traditionelle Funktion als Stätte akademischer Wissensvermittlung ergänzt, auf die bereits hingewiesen worden ist⁶⁰. Vor diesem Hintergrund

52 — Siehe S. 3 des Schriftsatzes der ASL Lecce.

53 — Vgl. Struve, T., „Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, S. 807; Veldboer, W., „Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil ‚Hamburger Stadtreinigung‘“, *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, S. 360.

54 — Vgl. Öhler, M./Gruber, C., a. a. O. (Fn. 51), S. 289, die verlangen, dass die Vereinbarung zwischen den öffentlichen Stellen einen „kooperativen Charakter“ aufweist.

55 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 37).

56 — In diesem Sinne Struve, T., a. a. O. (Fn. 53).

57 — Siehe Randnr. 22 des Schriftsatzes der polnischen Regierung.

58 — Siehe S. 6 des Schriftsatzes des CNI, wobei dieser sogar in Abrede stellt, dass die Erforschung und die Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausanlagen überhaupt eine gesetzliche Aufgabe der ASL Lecce sei.

59 — Siehe Randnr. 86 des Schriftsatzes der Kommission.

60 — Siehe Nr. 53 dieser Schlussanträge.

erscheint klar, dass die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausanlagen nicht als in die originäre Zuständigkeit einer Universität fallend angesehen werden kann. Betrachtet man nämlich die konkreten Aspekte des Ausgangsfalls, so muss festgestellt werden, dass kein entsprechender gesetzlicher Auftrag der Universität vorliegt. Dies ist bereits im Rahmen der Untersuchung von Art. 18 der Richtlinie 2004/18 festgestellt worden⁶¹. Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Universität sich von sich aus dieser Aufgabe annehmen würde. Nichtsdestoweniger verfügt sie sowohl über das notwendige Fachwissen als auch über die personelle und die sachliche Ausstattung, um diese Aufgabe zu erfüllen. Auf diese Mittel greift die ASL Lecce zurück, um ihre öffentliche Aufgabe zu erledigen. Sie ist gewissermaßen Nutznießerin der Ressourcen der Universität. Letztlich werden aber nur die Interessen der ASL Lecce verfolgt.

78. In diesem Zusammenhang kommt der Natur des Verhältnisses beider Beteiligten Bedeutung zu. Eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen kann, wie dem Urteil Kommission/Deutschland zu entnehmen ist, unterschiedlich ausgestaltet sein: entweder auf institutioneller Basis durch die Schaffung einer auf die Bedürfnisse der Beteiligten zugeschnittenen Struktur, der Befugnisse übertragen werden bzw. mittels der Befugnisse gemeinsam ausgeübt werden oder auch auf vertraglicher Basis durch den Abschluss eines Kooperationsvertrags bzw. einer Vereinbarung über die Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe⁶². Im Ausgangsfall liegt nichts dergleichen vor. Der zwischen der ASL Lecce und der Universität abgeschlossene Beratungsvertrag legt weder die Grundlage noch den rechtlichen Rahmen für eine Zusammenarbeit im Dienst einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe fest. Stattdessen sieht er lediglich eine Dienstleistung in Form einer fachlichen Beratung vor, für die ein Entgelt zu zahlen ist. Letzten Endes „kauft“ die ASL Lecce eine Studie von der Universität, zumal sie wohl das alleinige Eigentumsrecht daran erwirbt und darüber nach Belieben verfügen kann. Für diese Studie wird die Universität wiederum finanziell entlohnt, wobei erneut darauf hinzuweisen ist, dass der kostendeckende Charakter der Gegenleistung nichts an der Entgeltlichkeit der Dienstleistung ändert⁶³.

79. Hinzu kommt, dass der hier in Rede stehende Beratungsvertrag, anders als jene vertragliche Vereinbarung, die dem Urteil Kommission/Deutschland zugrunde lag, keine gegenseitigen Beistandspflichten vorsieht. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die vorgesehenen Tätigkeiten in enger Zusammenarbeit zwischen der von der ASL Lecce bestimmten Arbeitsgruppe und der Universitätsarbeitsgruppe durchgeführt werden sollten, da laut Vertrag auch auf externes Personal zurückgegriffen werden durfte. Die gegenseitigen Unterstützungspflichten hielten sich somit in Grenzen und sollten offenbar nicht über das hinausgehen, was erforderlich war, um der Universitätsarbeitsgruppe die Durchführung der Studie zu ermöglichen.

80. Davon abgesehen legen die schriftlichen Erklärungen der ASL Lecce⁶⁴ nahe, dass zwischen den zwei von ihr und der Universität zur Erfüllung der angeblich gemeinsamen öffentlichen Aufgabe eingesetzten Arbeitsgruppen kein echter Austausch stattfand. Vielmehr sollte sich die Arbeitsgruppe der ASL Lecce auf der Basis der festgestellten Befunde, d. h. nach Durchführung der Studie seitens der Universität, der Ausarbeitung von Konzepten für die Verbesserung der Sicherheit der untersuchten Bauwerke widmen. Diese Tatsache bekräftigt die bereits geäußerte Annahme, dass die ASL Lecce in Wirklichkeit ein Gutachten in Auftrag gegeben und dafür bezahlt hat.

81. Nach alledem ist festzustellen, dass der fragliche Beratungsvertrag keine echte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Stellen im Sinne der Rechtsprechung begründet, die der Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe dient. Es handelt sich eher um einen Vertrag über Dienste, die gegen Entgelt erbracht werden.

61 — Siehe Nr. 53 dieser Schlussanträge.

62 — In diesem Sinne Dreyfus, J.-D., Rodrigues, S., „La coopération intercommunale confortée par la CJCE?“, *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, S. 1720.

63 — Siehe Nr. 34 dieser Schlussanträge.

64 — Siehe S. 3 des Schriftsatzes der ASL Lecce.

Keine Besserstellung eines privaten Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern

82. Des Weiteren dürfte nach den vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien bei der Beauftragung zur Durchführung der Studie kein privates Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern bessergestellt worden sein.

83. Wie eingangs festgestellt, ist die Universität als „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne von Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 aufgetreten⁶⁵. Deshalb hatte sie aus der Sicht des Vergaberechts dieselbe Rechtsstellung wie ein privates Unternehmen. Angesichts der Tatsache, dass die Universität diesen Auftrag erhalten hat, ohne dass eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hätte, ist sie im Vergleich zu jenen Ingenieur- und Architektenverbänden bessergestellt worden, die möglicherweise ebenso in der Lage gewesen wären, die fragliche Studie anzufertigen.

84. Dieses Kriterium setzt logisch zwingend voraus, dass potenzielle Wettbewerber überhaupt vorhanden waren. Dazu ist festzustellen, dass die ASL Lecce in ihren schriftlichen Ausführungen nicht ausdrücklich bestreitet, dass auch andere Wirtschaftsteilnehmer die fragliche Studie hätten durchführen können. Zwar werden Wirtschaftlichkeit, sachliche Ausstattung und Kompetenz der Universität gepriesen⁶⁶, keineswegs wird aber anderen Wirtschaftsteilnehmern wie etwa Ingenieur- bzw. Architektenbüros die grundsätzliche Fähigkeit dazu abgesprochen. Eine dahin gehende Behauptung ließe sich angesichts der Ausführungen des CNI⁶⁷ zur Stützung der These, dass eine solche Tätigkeit eher in die originäre Kompetenz von Ingenieuren und Architekten fällt, nur schwer aufrechterhalten. Sofern die ASL Lecce in der mündlichen Verhandlung ihren Standpunkt richtiggestellt hat, und zwar dahin gehend, dass die komplexe Aufgabenstellung Ingenieur- bzw. Architektenbüros überfordert hätte, hat sie dennoch auf eine entsprechende Frage des Gerichtshofs hin nicht bestreiten können, dass möglicherweise auch andere Universitäten und private Forschungseinrichtungen im In- und Ausland den Anforderungen der Aufgabenstellung gewachsen wären.

85. Die abschließende Klärung dieser Frage obliegt jedoch dem für Tatsachenfeststellungen zuständigen nationalen Richter. Dabei muss er beurteilen, ob die erforderlichen Verfahren zur Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit tatsächlich von einer solchen Komplexität waren, dass letztlich allein die besagte Universität – und auch keine andere – die Studie hätte durchführen können. Für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens genügt die Feststellung, dass die ASL Lecce aller Voraussicht nach die Auswahl zwischen verschiedenen potenziellen Wettbewerbern gehabt hätte, wenn sie einen öffentlichen Auftrag zur Durchführung der besagten Studie ausgeschrieben hätte.

86. Folglich ist die Universität im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags gegenüber potenziellen Wettbewerbern bessergestellt worden, womit eine weitere Voraussetzung für eine Anwendung der ungeschriebenen Ausnahme nicht erfüllt ist.

Keine Umgehung des Vergaberechts

87. Als weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des ungeschriebenen Tatbestands auf den Ausgangsfall ist zu verlangen, dass durch den Abschluss des Vertrags die Regeln des Vergaberechts nicht umgangen worden sind.

65 — Siehe Nrn. 27 und 28 dieser Schlussanträge.

66 — Siehe S. 23 f. des Schriftsatzes der ASL Lecce.

67 — Siehe S. 2 des Schriftsatzes des CNI.

88. Was diese Voraussetzung angeht, ist der Auffassung der polnischen Regierung⁶⁸ zuzustimmen, dass eine Verfälschung des Wettbewerbs bereits in dem Umstand zu sehen ist, dass eine Ausschreibung unterblieben ist, obwohl die fragliche Studie aller Voraussicht nach auch von solchen Ingenieur- und Architektenverbänden hätte durchgeführt werden können, die mit der Universität konkurrierten. Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang, dass gerade für die ASL Lecce als öffentlicher Auftraggeber von Interesse gewesen wäre, den Auftrag einer größtmöglichen Zahl von Wettbewerbern zugänglich zu machen. Wie der Gerichtshof im Urteil CoNISMa⁶⁹ erklärt hat, stellt die Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb eines der Ziele der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens dar. Diese Öffnung wird nicht nur im Interesse der Union am freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen⁷⁰, sondern auch im eigenen Interesse des beteiligten öffentlichen Auftraggebers angestrebt, der so im Hinblick auf das wirtschaftlich günstigste und dem Bedarf der betreffenden öffentlichen Stelle am besten entsprechende Angebot über eine größere Auswahl verfügt. Dieser Möglichkeit hat sich die ASL Lecce dadurch versperrt, dass sie potenziellen Bietern keine Gelegenheit gegeben hat, Angebote zu unterbreiten.

89. Vor diesem Hintergrund erscheint das Argument der ASL Lecce⁷¹, die Auftragsvergabe an die Universität habe ihr eine beträchtliche Kostenersparnis gebracht, nicht überzeugend, zumal sie mangels einer öffentlichen Ausschreibung keine Möglichkeit hatte, Angebote von anderen potenziellen Wettbewerbern einzusehen. Nicht nur ist die ASL Lecce den Beweis für diese Behauptung schuldig geblieben, sie hat auch nicht einmal schlüssig darlegen können, wie sie auf einen voraussichtlichen Betrag von 800 000 Euro gekommen ist, den ihrer Ansicht nach andere Wettbewerber – sofern sie zur Durchführung der Studie in der Lage gewesen wären – verlangt hätten. Die nicht durch Fakten belegte Unterstellung, nur die Universität habe die fragliche Studie zu einem derart günstigen Preis durchführen können, zeugt von einer Verkennung des Zwecks des Vergaberechts.

90. Würde man öffentlichen Auftraggebern gestatten, sich – über den Bereich der öffentlich-öffentlichen Partnerschaft hinaus – an andere öffentliche Stellen zu wenden, um Dienstleistungen zu erwerben, ohne sie den Regeln des Vergaberechts zu unterwerfen, wäre zu befürchten, dass Letztere langfristig umgangen werden könnten, womit letztlich das Ziel der Union vereitelt würde, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie einen unbeschränkten Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts zu gewährleisten. Um dies zu verhindern, bedarf es einer strengen Kontrolle der Einhaltung der vom Gerichtshof im Urteil Kommission/Deutschland aufgestellten Kriterien.

91. Demnach ist festzustellen, dass der zwischen der ASL Lecce und der Universität abgeschlossene Vertrag darauf abzielte, das Vergaberecht zu umgehen. Auch diese Tatsache spricht gegen eine Anwendung der ungeschriebenen Ausnahme.

– Argumente gegen eine Einordnung als „öffentlich-öffentliche Partnerschaft“

92. Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass eine Reihe von Kriterien für die Einordnung des Zusammenwirkens öffentlicher Stellen im Rahmen einer „öffentlich-öffentlichen Partnerschaft“ im Ausgangsfall nicht erfüllt ist. Dies gilt vor allem für das Erfordernis einer Zusammenarbeit zur Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe⁷². Weder lässt sich eine echte „Zusammenarbeit“

68 — Siehe Randnr. 23 des Schriftsatzes der polnischen Regierung.

69 — Urteil CoNISMa (oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 37).

70 — Das Vergaberecht setzt dem privatautonomen Handeln öffentlicher Stellen, gerade was die Auswahl des Vertragspartners betrifft, im Interesse des Wettbewerbs Grenzen. Siehe zum Einfluss binnenmarktpolitischer Zielsetzungen auf das Privatrecht Wendehorst, C., „Methodenlehre und Privatrecht in Europa“, *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien 2011, S. 829.

71 — Siehe S. 15 des Schriftsatzes der ASL Lecce.

72 — Siehe Nr. 81 dieser Schlussanträge.

im herkömmlichen Sinne erkennen, noch verfolgen die Beteiligten ein gemeinsames, ihnen gesetzlich vorgegebenes Ziel. Vielmehr liegt eine Fallkonstellation vor, bei der sich eine öffentliche Stelle kostengünstig der Ressourcen einer anderen öffentlichen Stelle bedient. Rechtlich gesehen geht es um einen Vertrag über Dienste, die gegen Entgelt erbracht werden. Ferner spricht gegen eine Ausklammerung des hier in Rede stehenden Vorgangs aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts der Umstand, dass die Universität im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags gegenüber potenziellen Wettbewerbern bessergestellt worden ist⁷³ und dass der fragliche Vertrag darauf abzielte, das Vergaberecht zu umgehen⁷⁴. In Anbetracht dieses Befunds kann nicht von einer „öffentlich-öffentlichen Partnerschaft“ die Rede sein.

c) Zwischenergebnis

93. Im Ergebnis ist festzustellen, dass kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 ausschließen würde.

4. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

94. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der hier in Rede stehende Auftrag zur Durchführung von Tätigkeiten der Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit bestimmter Krankenhäuser einen vergabepflichtigen Vorgang darstellt, auf den die Richtlinie 2004/18 anwendbar ist. Da eine Ausschreibung im Ausgangsfall unterblieben ist, liegt ein Verstoß gegen die Richtlinie vor. In Anbetracht der Tatsache, dass das nationale Recht Vereinbarungen wie die zwischen der ASL Lecce und der Universität gestattet, steht auch dieses Recht nicht mit der Richtlinie in Einklang.

95. Daraus folgt, dass die Richtlinie 2004/18, insbesondere Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d, Art. 2, Art. 28 sowie Anhang II, Kategorien 8 und 12, dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Abschluss von Vereinbarungen in Schriftform zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer öffentlich-rechtlich konstituierten Universität über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausbauten erlaubt, die nach den nationalen Vorschriften über die Sicherheit von Bauwerken und insbesondere von strategischen Gebäuden gegen eine die für die Erbringung der Leistung getragenen Kosten nicht übersteigende Gegenleistung durchzuführen sind, wenn die den Auftrag ausführende Universität die Eigenschaft eines Wirtschaftsteilnehmers besitzen kann.

VII – Ergebnis

96. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Consiglio di Stato gestellte Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

Die 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 d, Art. 2, Art. 28 sowie Anhang II, Kategorien 8 und 12, ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Abschluss von Vereinbarungen in Schriftform zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer öffentlich-rechtlich konstituierten Universität über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit von Krankenhausbauten erlaubt, die nach den nationalen Vorschriften über die Sicherheit von Bauwerken und insbesondere von strategischen Gebäuden gegen eine die für die

73 — Siehe Nr. 86 dieser Schlussanträge.

74 — Siehe Nr. 91 dieser Schlussanträge.

Erbringung der Leistung getragenen Kosten nicht übersteigende Gegenleistung durchzuführen sind, wenn die den Auftrag ausführende Universität die Eigenschaft eines Wirtschaftsteilnehmers besitzen kann.