



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

19. Juni 2014\*

„Vorabentscheidungsersuchen — Öffentliche Dienstleistungsaufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Auftragserteilung ohne Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens („In-House“-Vergabe) — Auftragnehmer, der rechtlich vom öffentlichen Auftraggeber verschieden ist — Zentrum für die Erbringung von Hilfs- und Unterstützungsdienstleistungen für Krankenhäuser — Gemeinnützige Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht — Mitgliedermehrheit aus öffentlichen Auftraggebern — Mitgliederminderheit aus privatrechtlichen Einrichtungen, karitativen Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht — Tätigkeit, die zu mindestens 80 % des Jahresumsatzes zugunsten der Mitglieder verrichtet wird“

In der Rechtssache C-574/12

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) mit Entscheidung vom 6. November 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Dezember 2012, in dem Verfahren

**Centro Hospitalar de Setúbal EPE,**

**Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)**

gegen

**Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. von Danwitz sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatte), A. Rosas, D. Šváby und C. Vajda,

Generalanwalt: P. Mengozzi,

Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2013,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— des Centro Hospitalar de Setúbal EPE, vertreten durch M. Real Martins und S. Alves Ribeiro, advogados,

\* Verfahrenssprache: Portugiesisch.

- der Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH), vertreten durch M. Claro, advogada,
- der Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, vertreten durch M. Lucas Rodrigues, advogada,
- der portugiesischen Regierung, vertreten durch L. Inez Fernandes und A. Navegas als Bevollmächtigte,
- der spanischen Regierung, vertreten durch M. J. García-Valdecasas Dorrego als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch M. Afonso, A. Tokár und M. Noll-Ehlers als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 27. Februar 2014

folgendes

### Urteil

- 1 Mit dem Vorabentscheidungsersuchen bittet das vorlegende Gericht den Gerichtshof, seine Rechtsprechung zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch unmittelbare, sogenannte „In-House“-Vergabe ohne Anwendung 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) zu präzisieren.
- 2 Dieses Ersuchen ergeht in einem Rechtsstreit zwischen dem Centro Hospitalar de Setúbal EPE (Krankenhauszentrum Setúbal, im Folgenden: Centro Hospitalar) und dem Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (Dienst zur Erbringung von Leistungen zur gemeinsamen Nutzung von Krankenhäusern, im Folgenden: SUCH) auf der einen und der Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (im Folgenden: Eurest) auf der anderen Seite über die Rechtmäßigkeit der Vergabe eines vom Centro Hospitalar dem SUCH unmittelbar erteilten öffentlichen Auftrags.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

#### Richtlinie 2004/18

- 3 Die Richtlinie 2004/18 stellt den rechtlichen Rahmen für die von öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträge dar.
- 4 Der vierte Erwägungsgrund dieser Richtlinie lautet:

„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.“

5 Art. 1 („Definitionen“) Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie lautet:

„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.“

6 Art. 1 Abs. 8 dieser 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.

...“

7 Art. 1 Abs. 9 dieser Richtlinie legt detailliert fest, welche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind und daher für den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags mit einem Wirtschaftsteilnehmer ein Vergabeverfahren gemäß den Regeln dieser Richtlinie einleiten müssen.

8 Art. 7 („Schwellenwerte für öffentliche Aufträge“) der Richtlinie 2004/18 legt die Schwellenwerte fest, ab denen die Vergabe eines Auftrags gemäß den Regeln der Richtlinie zu erfolgen hat. Diese Schwellenwerte werden in regelmäßigen Abständen durch Verordnungen der Kommission geändert und den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst. Zu dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt war der Schwellenwert für durch andere öffentliche Auftraggeber als die zentralen Regierungsbehörden vergebene Dienstleistungsaufträge durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 (ABl. L 314, S. 64) auf 193 000 Euro festgesetzt.

9 Art. 20 der Richtlinie 2004/18 in Titel II Kapitel III („Regelungen für öffentliche Dienstleistungsaufträge“) bestimmt:

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

10 In Art. 21 der Richtlinie im selben Kapitel III heißt es:

„Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B unterliegen nur Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4.“

11 Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18 führt in Kategorie 17 „Gaststätten und Beherbergungsgewerbe“ auf.

Die Erteilung eines Auftrags ohne Anwendung der von der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Verfahren – sogenannte „In-House“-Vergabe

12 Die Voraussetzungen einer solchen Vergabe wurden von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt und entwickelt. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist die Ausschreibung eines Wettbewerbs durch die Einleitung eines Verfahrens gemäß der Richtlinie 2004/18 nicht zwingend, wenn der öffentliche Auftraggeber über eine rechtlich von ihm verschiedene Person eine Kontrolle

ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die ihre Anteile innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteil Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, Rn. 50).

- 13 Der Gerichtshof hat auch die Ansicht vertreten, dass die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, jedenfalls ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, da die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen auf Überlegungen beruht, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und andersartige Ziele verfolgt als diejenigen, die im öffentlichen Interesse liegen (vgl. Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, Rn. 49 und 50).

### *Portugiesisches Recht*

- 14 Die Richtlinie 2004/18 wurde durch das portugiesische Gesetzbuch über öffentliche Aufträge, das durch das Decreto-lei Nr. 18/2008 vom 29. Januar 2008 in der durch das Decreto-lei Nr. 287/2009 vom 2. Oktober 2009 (*Diário da República*, Serie A, Nr. 192, vom 2. Oktober 2009) geänderten und neu veröffentlichten Fassung genehmigt worden ist (im Folgenden: Gesetzbuch über öffentliche Aufträge), in portugiesisches Recht umgesetzt.
- 15 Unter Anwendung der in den Rn. 12 und 13 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs heißt es in Art. 5 Abs. 2 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge:

„Teil II des vorliegenden Gesetzbuchs ist auch nicht auf den Abschluss von Verträgen – jedweden Inhalts – anwendbar, die von öffentlichen Auftraggebern mit einer anderen Einrichtung geschlossen werden, sofern

- a) der öffentliche Auftraggeber über die Tätigkeiten dieser Einrichtung allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und
- b) diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen zugunsten eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber ausübt, die über sie die in Buchst. a genannte ähnliche Kontrolle ausüben.“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

- 16 Das Centro Hospitalar, ein öffentliches Krankenhaus, schloss am 27. Juli 2011 mit dem SUCH einen Vertrag über die Lieferung von Mahlzeiten durch den SUCH an die Patienten und das Personal des Centro Hospitalar (im Folgenden: Protokoll von 2011). Gegenstand dieses Protokolls ist ein Dienstleistungsauftrag, der dem SUCH unmittelbar ohne Einleitung der von der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen öffentlichen Vergabeverfahren erteilt wurde, da die Vertragsparteien der Auffassung waren, dass zwischen dem SUCH und den zu seinen Mitgliedern zählenden öffentlichen Krankenhäusern eine „In-House“-Beziehung bestehe und diese darauf ausgerichtet sei, die Bedürfnisse der öffentlichen Krankenhäuser auf internem Weg zu befriedigen.
- 17 Das Protokoll von 2011 bezieht sich auf den Zeitraum vom 10. August 2011 bis 9. August 2016 und ist verlängerbar. Sein Jahresbetrag beläuft sich auf 1 295 289 Euro bei einem Gesamtbetrag in Höhe von 6 476 445 Euro für die fünfjährige Vertragslaufzeit.
- 18 Wie aus den dem Gerichtshof zur Verfügung gestellten Akten hervorgeht, wurde der SUCH durch das Decreto-lei Nr. 46/668 vom 24. November 1965 gegründet. Im Oktober 2010 wurde seine Satzung vom Staatssekretär für Gesundheit genehmigt. Nach Art. 2 dieser Satzung ist der SUCH eine gemeinnützige

Vereinigung, deren Zweck in der Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe besteht. Er ist ein Instrument zur Deckung der Bedürfnisse mittels eigener Ressourcen, weshalb er verpflichtet ist, von sich aus Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer schnelleren und effizienteren Funktionsweise der Mitglieder beitragen können, indem er Vorteile durch Skaleneffekte ermöglicht und damit zur Finanzierbarkeit des nationalen Gesundheitsdienstes beiträgt.

- 19 Mitglieder des SUCH können nach Art. 7 seiner Satzung Einrichtungen des öffentlichen und des sozialen Sektors, d. h. Sozialträger ohne Gewinnerzielungsabsicht, einschließlich Stellen und Einrichtungen des Gesundheitsministeriums und anderer Ministerien sein. Darüber hinaus muss der SUCH sicherstellen, dass die Mehrheit der Stimmrechte in der Generalversammlung im Besitz der öffentlich-rechtlichen Mitglieder ist, die den Leitungs-, Überwachungs- und Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds unterliegen.
- 20 Nach Art. 5 seiner Satzung kann der SUCH im Übrigen auch nach Wettbewerbs- und Marktregeln öffentlichen Einrichtungen, die keine Mitglieder sind, sowie in- oder ausländischen privaten Einrichtungen Dienstleistungen erbringen, soweit sich dies nicht nachteilig auf die Interessen seiner Mitglieder auswirkt und für die Mitglieder und den SUCH in wirtschaftlicher Hinsicht oder im Hinblick auf eine technologische Wertsteigerung von Vorteil ist. Die Erbringung solcher Dienstleistungen darf jedoch im Rahmen der Tätigkeit des SUCH nur ergänzenden Charakter haben und nicht über ein Rechnungsvolumen von 20 % des gesamten Jahresumsatzes im vorangehenden Geschäftsjahr hinausgehen.
- 21 Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Protokolls von 2011 hatte der SUCH 88 Mitglieder, darunter 23 private Sozialträger, alles Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, darunter 20 karitative Einrichtungen (Misericórdias).
- 22 Eurest, eine Gesellschaft, die in einem der Dienstleistungsbereiche, auf die sich das Protokoll von 2011 bezieht, tätig ist, erhob vor dem Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada Klage auf Nichtigerklärung dieses Protokolls. Mit Urteil vom 30. Januar 2012 erklärte das Gericht das Protokoll von 2011 für nichtig, da zwischen dem Centro Hospitalar und dem SUCH kein derartiges Überwachungsverhältnis bestehe, dass die Vergabe des in Rede stehenden Auftrags im Wege der unmittelbaren Vergabe gerechtfertigt sein könnte.
- 23 Das Gericht stützte sich insoweit auf ein Urteil des Tribunal de Contas (Rechnungshof), nach dessen Auffassung ungeachtet der Änderungen der Satzung des SUCH in Anbetracht der Zahl seiner nicht öffentlich-rechtlichen Mitglieder, seiner weitreichenden Autonomie und Unabhängigkeit gegenüber den öffentlichen Stellen, der konkreten Dynamik der Arbeitsweise seines Verwaltungsrats und des Umstands, dass er ein Unternehmen von einer beträchtlichen Größe und Komplexität darstelle, nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Bedingungen nach Art. 5 Abs. 2 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge erfüllt seien. Dieses Urteil wurde durch Urteil des Plenums des Tribunal de Contas vom 3. Juli 2012 bestätigt.
- 24 Das Centro Hospitalar und der SUCH legten gegen das Urteil des Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada Rechtsmittel beim Tribunal Central Administrativo do Sul ein, welches das Rechtsmittel mit Urteil vom 26. April 2012 zurückwies und das angefochtene Urteil unter Berufung auf die Begründung des Tribunal de Contas in seinem oben genannten Urteil bestätigte. Gegen die Zurückweisung ihres Rechtsmittels legten das Centro Hospitalar und der SUCH Rechtsmittel beim Supremo Tribunal Administrativo ein, wobei sie erneut vortrugen, zwischen dem SUCH und den öffentlichen Krankenhäusern, die die Mehrzahl seiner Mitglieder ausmachten, bestehe ein Innenverhältnis.
- 25 Das Supremo Tribunal Administrativo weist darauf hin, dass ein öffentliches Krankenhaus wie das Centro Hospitalar in seiner Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts ein öffentlicher Auftraggeber sei und dass der entgeltliche Vertrag mit dem SUCH, einer gegenüber dem öffentlichen

Auftraggeber selbständigen Einrichtung, ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 sei. Im Rahmen der Prüfung, ob dieser Auftrag unmittelbar habe erteilt werden können, führt das vorlegende Gericht aus, dass die insoweit von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ über den Auftragnehmer von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam ausgeübt werden könne und dass diese Kontrolle die tatsächliche Befugnis des oder der öffentlichen Auftraggeber voraussetze, nicht nur in die strategischen Entscheidungen des Auftragnehmers, sondern auch in dessen laufende Geschäftsführung einzugreifen.

- 26 Das vorlegende Gericht hebt jedoch hervor, dass die besondere Rechtsnatur des SUCH aufgrund des Umstands, dass zu seinen Mitgliedern auch private Sozialträger gehörten, neue Fragen zu der sich aus dem Urteil Stadt Halle und RPL Lochau (EU:C:2005:5) ergebenden Rechtsprechung des Gerichtshofs aufwerfe. Es fragt sich daher, ob diese Rechtsprechung voraussetze, dass das private Unternehmen, das am Kapital einer Gesellschaft beteiligt sei, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt sei, zwingend eine Gewinnerzielung anstreben müsse.
- 27 Unter Hinweis auf die Rügen des Tribunal de Contas fragt sich das vorlegende Gericht auch, ob in Anbetracht der Zahl der nicht öffentlich-rechtlichen Mitglieder des SUCH, der Art der Aufsicht, die von den zu seinen Mitgliedern gehörenden öffentlichen Auftraggebern und den öffentlichen Stellen über ihn ausgeübt würde, seiner Größe und der Komplexität seiner Arbeitsweise sowie des Umstands, dass er möglicherweise gegenüber den öffentlichen Stellen selbständig handeln könne, die Voraussetzung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ im vorliegenden Fall erfüllt sei.
- 28 Zu der zweiten Voraussetzung, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt wird, nämlich dem Erfordernis, dass die in Rede stehende Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen zugunsten des öffentlichen Auftraggebers oder der öffentlichen Auftraggeber, die ihre Anteile innehaben, ausübt, weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass der Auftragnehmer nach dieser Rechtsprechung als Wirtschaftsteilnehmer handeln müsse, der sich ausschließlich oder fast ausschließlich der Befriedigung der Bedürfnisse des oder der öffentlichen Auftraggeber widme, und dass jede weitere Tätigkeit nebensächlich sein müsse. Es fragt sich daher, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, wenn eine Einrichtung wie der SUCH nach den Regeln des Wettbewerbs Dritten Dienstleistungen bis zu einer Höhe von 20 % des gesamten Jahresumsatzes im vorangehenden Geschäftsjahr erbringen könne.
- 29 Aufgrund dieser Erwägungen und angesichts des Umstands, dass es in letzter Instanz entscheidet, hat das Supremo Tribunal Administrativo beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist es mit der Gemeinschaftsrechtslehre über „In-House“-Vergaben vereinbar, dass ein öffentliches Krankenhaus unter Befreiung von dem für den betreffenden Vertrag gesetzlich vorgesehenen Vergabeverfahren einer Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, deren Mitglied es ist und deren Zweck in der Erfüllung einer Aufgabe des Gemeinwohls im Gesundheitsbereich im Hinblick auf eine Steigerung der Leistungsfähigkeit und Effizienz ihrer Mitglieder besteht, einen Auftrag über die Erbringung von – in die Zuständigkeit des Krankenhauses fallenden – Verpflegungsleistungen im Krankenhaus erteilt und so dieser Einrichtung die Verantwortung für seine Aufgaben in diesem Bereich überträgt, wenn der Einrichtung nach ihrer Satzung nicht nur Einrichtungen des öffentlichen Sektors, sondern auch Einrichtungen des sozialen Sektors angehören können, wobei zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe von insgesamt 88 Mitgliedern dieser Einrichtung 23 Mitglieder Einrichtungen des sozialen Sektors, d. h. private Sozialträger (IPSS) ohne Gewinnerzielungsabsicht und zum Teil gemeinnütziger Natur waren?
  2. Kann man davon ausgehen, dass der Auftragnehmer bei seinen Entscheidungen seinen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern untersteht, so dass diese einzeln oder gemeinsam eine ähnliche Kontrolle über diese ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, wenn der Auftragnehmer nach der Satzung sicherstellen muss, dass die Mehrheit der Stimmrechte den Mitgliedern gehört, die

den Leitungs-, Überwachungs- und Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds unterliegen, und sein Verwaltungsrat ebenfalls mehrheitlich aus öffentlich-rechtlichen Mitgliedern besteht?

3. Ist die Voraussetzung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ im Licht der Gemeinschaftsrechtslehre über „In-House“-Vergaben als erfüllt anzusehen, wenn der Auftragnehmer nach der Satzung den Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds untersteht, das für die Ernennung des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats, die Bestätigung der Beschlüsse der Generalversammlung über die Aufnahme von Darlehen, die zu einer Nettoverschuldung von 75 % oder mehr des im vergangenen Geschäftsjahr festgestellten Eigenkapitals führen, die Bestätigung der Beschlüsse über Satzungsänderungen, die Bestätigung der Beschlüsse der Generalversammlung über die Auflösung des Auftragnehmers und die Entscheidung über die Verwendung seines Vermögens im Fall der Auflösung zuständig ist?
4. Können die Beziehungen zwischen dem Auftragnehmer und seinen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern angesichts des Umstands, dass es sich bei dem Auftragnehmer um eine im gesamten portugiesischen Hoheitsgebiet tätige große und komplexe Einrichtung handelt, zu deren Mitgliedern die Mehrheit der Dienste und Einrichtungen des Serviço Nacional de Saúde einschließlich der größten Krankenhäuser des Landes gehören, deren Umsatz sich erwartungsgemäß auf etwa 90 Millionen Euro belaufen wird, deren Geschäft verschiedene und komplexe Tätigkeitsbereiche umfasst und die äußerst beeindruckende Tätigkeitsindikatoren aufweist, über 3 300 Mitarbeiter hat sowie über Beteiligungen an zwei ergänzenden Unternehmensgruppen und zwei Handelsgesellschaften verfügt, als rein interne Beziehungen oder „In-House“-Vergaben qualifiziert werden?
5. Lässt sich angesichts der Tatsache, dass der Auftragnehmer nach der Satzung nach den Regeln des Wettbewerbs an öffentliche Einrichtungen, die nicht seine Mitglieder sind, oder mit in- und ausländischen privaten Einrichtungen Dienstleistungen erbringen kann, i) sofern den Mitgliedern daraus kein Schaden entsteht und dies für die Mitglieder und den Auftragnehmer in wirtschaftlicher Hinsicht oder im Hinblick auf eine technologische Bereicherung oder Wertsteigerung von Vorteil ist und ii) sofern die Erbringung dieser Dienstleistungen einen Rechnungsbetrag von 20 % seines gesamten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr nicht übersteigt, annehmen, dass die Voraussetzungen einer „In-House“-Vergabe erfüllt sind, insbesondere was die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehene Voraussetzung der „wesentlichen Bestimmung der Tätigkeit“ angeht?
6. Lässt für den Fall, dass die Antwort auf eine der vorstehenden Fragen für sich allein nicht genügt, um festzustellen, ob die in Art. 5 Abs. 2 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt oder nicht erfüllt sind, die Würdigung dieser Antworten insgesamt im Licht der Gemeinschaftsrechtslehre über „In-House“-Vergaben den Schluss zu, dass eine derartige Vergabe vorliegt?

## **Zu den Vorlagefragen**

### *Vorbemerkung*

- 30 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach Titel II Kapitel III der Richtlinie 2004/18 je nach der Einordnung der betreffenden Dienstleistungen unterschiedliche Bestimmungen der Richtlinie Anwendung finden. Nach den dem Gerichtshof vorliegenden Akten fallen die Dienstleistungen, auf die sich das Protokoll von 2011 bezieht, unter Anhang II Teil B dieser Richtlinie.

31 Eine solche Beurteilung unterliegt auf der Grundlage des Sachverhalts, über den das vorliegende Gericht zu entscheiden hat, jedoch dessen Zuständigkeit, und sie kann jedenfalls keinen Einfluss auf die Anwendung der Richtlinie 2004/18 selbst oder der Ausnahme von „In-House“-Geschäften haben, wenn die hierfür von der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.

*Zur ersten Frage*

32 Mit dieser Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Voraussetzung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt worden ist, damit die Erteilung eines öffentlichen Auftrags als „In-House“-Geschäft gelten und damit unmittelbar ohne Anwendung der Richtlinie 2004/18 erfolgen kann, erfüllt ist, wenn der Auftragnehmer eine gemeinnützige Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht ist, deren Mitglieder gemäß ihrer Satzung nicht nur Einrichtungen des öffentlichen Sektors, sondern auch private Sozialträger, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, sein können und diese zum Zeitpunkt der Auftragserteilung einen erheblichen – wenn auch nur minderheitlichen – Teil der Zahl der Mitglieder der beauftragten Vereinigung darstellen.

33 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es für die Frage, ob die unionsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und folglich die Rechtsprechung des Gerichtshofs über die Ausnahme von „In-House“-Geschäften anzuwenden sind, unerheblich ist, dass es sich um einen Auftragnehmer in der Rechtsform einer privatrechtlichen Vereinigung handelt und er keine Gewinnerzielung anstrebt. Dies schließt nämlich nicht aus, dass die in Rede stehende beauftragte Einrichtung eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben kann (vgl. in diesem Sinne Urteile *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, Rn. 41, und *CoNISMA*, C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 45).

34 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich im vorliegenden Fall im Wesentlichen die Frage stellt, ob die sich aus dem Urteil *Stadt Halle und RPL Lochau* (EU:C:2005:5) ergebende Rechtsprechung anwendbar ist, da der SUCH nicht die Rechtsform einer Gesellschaft hat und somit kein Gesellschaftskapital besitzt, und seine Mitglieder, die dem sozialen Sektor angehören, keine Unternehmen im Sinne der in dem genannten Urteil verwendeten Terminologie sind.

35 Hierzu ist festzustellen, dass die Ausnahme für „In-House“-Vergaben auf der Erwägung beruht, dass in diesen Fällen angenommen werden kann, dass der öffentliche Auftraggeber seine im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben mit seinen eigenen Mitteln erfüllt.

36 Einer der Gründe, die den Gerichtshof zu den Schlussfolgerungen im Urteil *Stadt Halle und RPL Lochau* (EU:C:2005:5) veranlasst haben, lag nicht in der Rechtsform der privatrechtlichen Einrichtungen, die an der beauftragten Einrichtung beteiligt waren, oder deren kommerziellem Zweck, sondern in dem Umstand, dass diese privatrechtlichen Einrichtungen Überlegungen folgten, die mit ihren privaten Interessen zusammenhängen, die anderer Art als die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele des öffentlichen Auftraggebers waren. Aus diesem Grund konnte der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer keine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben (vgl. in diesem Sinne Urteil *Stadt Halle und RPL Lochau*, EU:C:2005:5, Rn. 49 und 50).

37 Zu dem von dem vorlegenden Gericht geltend gemachten Umstand, der SUCH sei eine gemeinnützige Einrichtung und bei den privatrechtlichen Mitgliedern, die ihm zum Zeitpunkt der Erteilung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags angehört hätten, habe es sich um privatrechtliche – ebenfalls gemeinnützige – Sozialträger gehandelt, ist darauf hinzuweisen, dass es den konkreten Umständen des Falles geschuldet ist, dass der Gerichtshof im Urteil *Stadt Halle und RPL Lochau* (EU:C:2005:5) auf Begriffe wie „Unternehmen“ oder „Gesellschaftskapital“ Bezug genommen hat, was

jedoch nicht bedeutet, dass der Gerichtshof seine Schlussfolgerungen nur auf die Fälle beschränken wollte, in denen gewerbliche Unternehmen, die eine Gewinnerzielung anstreben, an einer beauftragten Einrichtung beteiligt sind.

- 38 Ein anderer Grund, der den Gerichtshof zu den Schlussfolgerungen im Urteil Stadt Halle und RPL Lochau (EU:C:2005:5) veranlasst hat, besteht darin, dass die unmittelbare Vergabe eines Auftrags der privatrechtlichen Einrichtung innerhalb der beauftragten Einrichtung einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten verschaffen würde (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, EU:C:2005:5, Rn. 51).
- 39 Im Ausgangsverfahren verfolgen die privatrechtlichen Mitglieder des SUCH Interessen und Ziele, die sich – so aner kennenswert sie in sozialer Hinsicht auch sein mögen – von den im öffentlichen Interesse liegenden Zielen unterscheiden, die von den öffentlichen Auftraggebern, die gleichzeitig Mitglieder des SUCH sind, verfolgt werden.
- 40 Im Übrigen ist es, wie der Generalanwalt in Nr. 37 seiner Schlussanträge festgestellt hat, nicht ausgeschlossen, dass die privatrechtlichen Mitglieder des SUCH, ungeachtet ihrer Stellung als Sozialträger, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, wirtschaftliche Tätigkeiten im Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern ausüben können. Die unmittelbare Erteilung eines Auftrags an den SUCH kann daher dessen privatrechtlichen Mitgliedern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.
- 41 Folglich sind die Erwägungen, die den Gerichtshof zu den in den Rn. 36 und 38 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Schlussfolgerungen veranlasst haben, auch unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens gültig.
- 42 Der Umstand, dass privatrechtliche Mitglieder an der beauftragten Einrichtung nur eine minderheitliche Beteiligung innehaben, kann diese Schlussfolgerungen nicht in Frage stellen (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, EU:C:2005:5, Rn. 49).
- 43 Es ist schließlich festzustellen, dass es grundsätzlich ohne Belang ist, dass der SUCH nach seiner Satzung nur über die Möglichkeit verfügte, privatrechtliche Einrichtungen als Mitglieder zuzulassen. Entscheidend ist im vorliegenden Fall, dass der SUCH bei der Erteilung des im Ausgangsverfahren fraglichen Auftrags tatsächlich nicht nur aus öffentlich-rechtlichen Mitgliedern, sondern auch aus privatwirtschaftlichen Einrichtungen bestand.
- 44 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Voraussetzung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt worden ist, damit die Erteilung eines öffentlichen Auftrags als „In-House“-Geschäft gelten kann, nicht erfüllt und die Richtlinie 2004/18 daher anwendbar ist, wenn der Auftragnehmer eine gemeinnützige Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht ist, zu deren Mitgliedern bei der Erteilung dieses Auftrags nicht nur Einrichtungen des öffentlichen Sektors, sondern auch private Sozialträger, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, zählen.

*Zu den Fragen 2 bis 6*

- 45 Angesichts der Antwort auf die erste Frage ist auf die anderen Vorlagefragen nicht einzugehen.

## Kosten

- 46 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden 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 (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

**Die Voraussetzung der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt worden ist, damit die Erteilung eines öffentlichen Auftrags als „In-House“-Geschäft gelten kann, ist nicht erfüllt und 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 daher anwendbar, wenn der Auftragnehmer eine gemeinnützige Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht ist, zu deren Mitgliedern bei der Erteilung dieses Auftrags nicht nur Einrichtungen des öffentlichen Sektors, sondern auch private Sozialträger, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, zählen.**

Unterschriften