



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

18. Dezember 2014\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Dienstleistungsaufträge — Richtlinie 92/50/EWG — Art. 1 Buchst. c und Art. 37 — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 1 Abs. 8 Unterabs. 1 und Art. 55 — Begriffe ‚Dienstleistungserbringer‘ und ‚Wirtschaftsteilnehmer‘ — Öffentliche Universitätsklinik — Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie unternehmerischer und organisatorischer Selbständigkeit — Überwiegend nicht gewinnorientierte Tätigkeit — Institutionelles Ziel, Gesundheitsdienstleistungen anzubieten — Möglichkeit, entsprechende Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten — Zulassung zur Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags“

In der Rechtssache C-568/13

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Italien) mit Entscheidung vom 28. Juni 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 6. November 2013, in dem Verfahren

**Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze**

gegen

**Data Medical Service Srl,**

Beteiligte:

**Regione Lombardia,**

**Bio-Development Srl,**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

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

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: V. Tourrès, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

\* Verfahrenssprache: Italienisch.

- der Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, vertreten durch P. Stolzi, avvocato,
- der Data Medical Service Srl, vertreten durch T. Ugoccioni, avvocato,
- der Bio-Development Srl, vertreten durch E. D’Amico und T. Ugoccioni, avvocati,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Varone, avvocato dello Stato,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Conte und A. Tokár als Bevollmächtigte,

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

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 1 Buchst. c und 37 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und von Art. 1 Abs. 8 Unterabs. 1 und Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (Universitätsklinik von Careggi, im Folgenden: Azienda) und der Data Medical Service Srl (im Folgenden: Data Medical Service) über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der Azienda von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„[A]ls ‚Dienstleistungserbringer‘ [gelten] natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten ...“.

- 4 Art. 37 dieser Richtlinie lautet:

„Scheinen im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der Auftraggeber vor der Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält; die anschließende Prüfung erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen.“

Der Auftraggeber kann Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit der Dienstleistung, der gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt, oder der Originalität der Dienstleistung des Bieters anerkennen.

Wenn die Auftragsunterlagen den Zuschlag auf das niedrigste Angebot vorsehen, muss der Auftraggeber der Kommission die Ablehnung von als zu niedrig erachteten Angeboten mitteilen.“

5 Im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 heißt es, dass diese Richtlinie aus Gründen der Klarheit eine Neufassung der früheren Richtlinien für öffentliche Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und öffentliche Bauaufträge in einem einzigen Text vornimmt und sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs gründet.

6 Der vierte Erwägungsgrund der 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.“

7 Art. 1 Abs. 8 Unterabs. 1 und 2 dieser Richtlinie sieht vor:

„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.“

8 Art. 55 („Ungewöhnlich niedrige Angebote“) der Richtlinie 2004/18 lautet wie folgt:

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

Die betreffenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen:

- a) die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, des Fertigungsverfahren oder der Erbringung der Dienstleistung,
- b) die gewählten technischen Lösungen und/oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Bauleistungen, der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung verfügt,
- c) die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten,
- d) die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten,
- e) die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.

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

(3) Stellt der öffentliche Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur nach Rücksprache mit dem Bieter ablehnen, sofern dieser binnen einer von dem öffentlichen Auftraggeber

festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Lehnt der öffentliche Auftraggeber ein Angebot unter diesen Umständen ab, so teilt er dies der Kommission mit.“

### *Italienisches Recht*

- 9 Aus Art. 3 des Decreto legislativo Nr. 502 über die Gesundheitsreform (Decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria) vom 30. Dezember 1992 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 305 vom 30. Dezember 1992) in seiner Auslegung durch die Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) ergibt sich, dass die Gesundheitseinrichtungen wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen sind, die „im Wesentlichen fachliche Aufgaben in der Rechtsform öffentlicher Einrichtungen mit unternehmerischer Selbständigkeit aufgrund allgemeiner Anweisungen in den regionalen Gesundheitsplänen und in den Durchführungsanweisungen, die ihnen von den Giunte regionali [Regionalräte] erteilt werden, wahrnehmen“.
- 10 Art. 3 Abs. 1bis dieses Decreto sieht vor:

„Zur Verfolgung ihrer institutionellen Ziele setzen sich die lokalen Gesundheitseinrichtungen aus Einrichtungen mit öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit und unternehmerischer Selbständigkeit zusammen. Ihre Organisation und ihre Arbeitsweise werden durch einen privatrechtlichen atto aziendale [Rechtsakt, in dem die Zuständigkeiten für die Betriebsführung der Einrichtung geregelt sind, insbesondere für den Haushaltsplan] im Einklang mit den Grundsätzen und Kriterien geregelt, die in regionalen Bestimmungen vorgesehen sind. Der atto aziendale legt die operationellen Strukturen mit Selbständigkeit der Betriebsführung oder fachlich-beruflicher Selbständigkeit fest, die zu einer detaillierten Rechnungslegung verpflichtet sind.“
- 11 Die Richtlinie 92/50 wurde durch das Decreto legislativo Nr. 157 vom 17. März 1995 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 104 vom 6. Mai 1995) in italienisches Recht umgesetzt.
- 12 Art. 2 Abs. 1 dieses Decreto lautet:

„Als ‚öffentliche Auftraggeber‘ gelten die staatlichen Verwaltungsbehörden, die Regionen, die Autonomen Provinzen Trient und Bozen, die lokalen Gebietskörperschaften, die anderen nicht wirtschaftlich tätigen öffentlichen-rechtlichen Körperschaften sowie die Einrichtungen öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Bezeichnung.“
- 13 Nach seinem Art. 5 Abs. 2 Buchst. h gilt das Decreto nicht für: „öffentliche Dienstleistungsaufträge, die an eine öffentliche Stelle, die ihrerseits ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Art. 2 ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das diese Stelle aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat, die mit dem Vertrag übereinstimmen“.
- 14 Die Richtlinie 2004/18 wurde durch das Decreto legislativo Nr. 163/2006 vom 12. April 2006 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006), mit dem die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge kodifiziert wurden, in italienisches Recht umgesetzt.
- 15 Art. 19 Abs. 2 dieses Decreto bestimmt:

„Das vorliegende Gesetz gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die von einem öffentlichen Auftraggeber oder einer öffentlichen Einrichtung als Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber oder an einen Verband von öffentlichen Auftraggebern aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das dieser aufgrund veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat.“

16 Art. 34 Abs. 1 dieses Decreto nennt die Personen, die zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge berechtigt sind:

„Vorbehaltlich ausdrücklich vorgesehener Beschränkungen sind folgende Personen zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge berechtigt:

- a) Einzelunternehmer (einschließlich Handwerkern), Handelsgesellschaften, Genossenschaften;
  - b) Konsortien von Produktions- und Arbeitsgenossenschaften ... und ... Konsortien von Handwerksbetrieben ...;
  - c) feste Konsortien, die z. B. als Joint-Venture-Gesellschaften im Sinne von Art. 2615-ter des Codice civile verfasst sind, von Einzelunternehmern (einschließlich Handwerkern), Handelsgesellschaften und Produktions- und Arbeitsgenossenschaften nach Art. 36;
  - d) Bietergemeinschaften von Wettbewerbern, deren Mitglieder die in den Buchst. a, b und c dieses Absatzes genannten Personen umfassen ...;
  - e) gewöhnliche Konsortien von Wettbewerbern im Sinne von Art. 2602 des Codice civile, deren Mitglieder die in den Buchst. a, b und c dieses Absatzes genannten Personen umfassen, einschließlich derjenigen, die als Handelsgesellschaft im Sinne von Art. 2615-ter des Codice civile bestehen ...;
  - e bis) Unternehmensgruppen, die an einem Netzwerkvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 4 ter des Decreto-legge Nr. 5 vom 10. Februar 2009 beteiligt sind ...;
  - f) Personen, die einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) im Sinne des Decreto legislativo Nr. 240 vom 23. Juli 1991 angehören ...;
  - f bis) Wirtschaftsteilnehmer im Sinne von Art. 3 Abs. 22 mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten, die nach den in ihrem jeweiligen Land geltenden Rechtsvorschriften errichtet worden sind.“
- 17 Der Buchst. f bis wurde durch den Erlass des Decreto legislativo Nr. 152 vom 11. September 2008 (Supplemento ordinario zum GURI Nr. 231 vom 2. Oktober 2008) in Art. 34 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 eingefügt, nachdem die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Italienische Republik eingeleitet und darauf hingewiesen hatte, dass es nach den Vergaberichtlinien nicht zulässig sei, die Möglichkeit der Teilnahme an Vergabeverfahren auf bestimmte Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern zu beschränken.
- 18 Die Art. 86 bis 88 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 sehen Mechanismen zur Prüfung vor, ob das Angebot ungewöhnlich ist, auf deren Grundlage der öffentliche Auftraggeber entscheiden kann, einen Bieter vom betreffenden Vergabeverfahren auszuschließen.

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

19 Mit einer am 5. Oktober 2005 veröffentlichten Bekanntmachung leitete die Regione Lombardia (Region Lombardei) ein Ausschreibungsverfahren ein, um anhand des wirtschaftlich günstigsten Angebots für einen Zeitraum von drei Jahren die Dienstleistung der Datenverarbeitung zur externen Bewertung der Qualität von Arzneimitteln zu vergeben. Die Azienda, die in der Region Toscana ansässig ist und ihre Tätigkeiten ausübt, nahm an dieser Ausschreibung teil und wurde auf den ersten Platz gesetzt, vor allem aufgrund des Preises, zu dem sie ihre Dienstleistungen anbot, der 59 % niedriger war als der

Preis der an zweiter Stelle gesetzten Bieterin, der Data Medical Service. Nach der Prüfung, ob dieses Angebot möglicherweise ungewöhnlich war, wurde der Auftrag mit Entscheidung der Regione Lombardia vom 26. Mai 2006 an die Azienda vergeben.

- 20 Data Medical Service focht die Vergabeentscheidung beim Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht der Lombardei) an und machte geltend, dass die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen, weil eine öffentliche Einrichtung nach den geltenden Rechtsvorschriften nicht an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen dürfe und weil jedenfalls ihr Preisangebot – wegen der Höhe des angebotenen Preisnachlasses – ungewöhnlich niedrig sei.
- 21 Mit Urteil vom 24. November 2006 gab das Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia dem ersten Klagegrund statt. Das Gericht stützte sich dabei auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. h des Decreto legislativo Nr. 157/1995 sowie auf Art. 19 in Verbindung mit Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 und war der Auffassung, dass zwar die beiden letztgenannten Bestimmungen im vorliegenden Fall zeitlich nicht anwendbar seien, aber ein förmliches Verbot für öffentliche Einrichtungen wie die Azienda bestehe, an öffentlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Ihnen könne unter bestimmten Voraussetzungen nur unmittelbar ein Auftrag erteilt werden. Die Azienda könne nämlich als öffentliche Einrichtung, die ausschließlich zur Verwaltung des öffentlichen Krankenhauses in Florenz bestimmt sei, nicht unter Bedingungen des freien Wettbewerbs mit Privaten tätig werden.
- 22 Die Azienda legte gegen dieses Urteil Rechtsmittel beim Consiglio di Stato (Staatsrat) ein, dem obersten Verwaltungsgericht in Italien.
- 23 Dieses Gericht weist zunächst darauf hin, dass die Azienda – unabhängig davon, dass der fragliche Auftrag inzwischen vollständig ausgeführt worden sei – ein Interesse daran behalte, dass ihr Recht auf Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge anerkannt werde.
- 24 Der Consiglio di Stato führt sodann aus, dass die erste Vorlagefrage, die sich in diesem Fall stelle, die exakte Abgrenzung des Begriffs des Wirtschaftsteilnehmers im Sinne des Unionsrechts und die Möglichkeit betreffe, darunter auch öffentliche Universitätskliniken zu verstehen. Was die Natur dieser Einrichtungen im Prozess der Umgestaltung zu einem Wirtschaftsbetrieb angehe, habe dieser Prozess zu einer Umwandlung der vorher bestehenden „lokalen Gesundheitseinrichtungen“ – ursprünglich auf Gemeindeebene tätige Behörden – in Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit und mit unternehmerischer Selbständigkeit, d. h. mit organisatorischer, finanzieller, buchhalterischer und verwaltungsmäßiger Selbständigkeit, geführt, was einen Teil der nationalen Lehre und Rechtsprechung veranlasst habe, die Gesundheitseinrichtungen einschließlich der Krankenhauseinrichtungen als „wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen“ anzusehen. Dennoch stehe der öffentliche Charakter dieser Einrichtungen außer Frage. Ihre Tätigkeit sei nicht überwiegend auf Gewinnerzielung ausgerichtet, und sie verfügten über behördliche Befugnisse im engeren Sinne, insbesondere über Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse.
- 25 Der Consiglio di Stato ist sich nicht sicher, ob man unter diesen Umständen entsprechend dem Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia stets sagen könne, dass nach italienischem Recht ein kategorisches Verbot für solche Einrichtungen als wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen bestehe, an öffentlichen Ausschreibungen als „einfache Mitbewerber“ teilzunehmen. Er stützt sich insoweit auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) und Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, EU:C:2012:817), aus der hervorgehe, dass jede Einrichtung, die meine, einen öffentlichen Auftrag ausführen zu können, unabhängig von ihrem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status das Recht habe, sich daran zu beteiligen.

- 26 Dieser Rechtsprechung sei ein großer Teil der italienischen Gerichte gefolgt, die zudem betont hätten, dass die Aufzählung in Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 nicht als erschöpfend anzusehen sei. Der Consiglio di Stato ist der Auffassung, dass diese gemeinschaftsrechtliche und nationale Rechtsprechung ausschließe, Art. 5 Abs. 2 Buchst. b des Decreto Legislativo Nr. 157/1995 und Art. 34 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 dahin auszulegen, dass sie eine Krankenhauseinrichtung von vornherein von der Möglichkeit der Teilnahme an den Ausschreibungen ausschlossen. Ein solches allgemeines Verbot hätte nämlich keine Berechtigung mehr.
- 27 Dies komme aber nicht einer unbedingten Zulassung solcher Einrichtungen zur Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gleich. Zwei Grenzen seien von der genannten Rechtsprechung aufgezeigt worden: Erstens müsse die ausgeschriebene Tätigkeit zur Verwirklichung der institutionellen Ziele der betreffenden öffentlichen Einrichtung beitragen, und zweitens dürfe es keine spezifische nationale Regelung geben, die solche Tätigkeiten insbesondere aufgrund einer möglichen wettbewerbsverzerrenden Wirkung verbiete.
- 28 In Bezug auf die erste Grenze ist der Consiglio di Stato der Ansicht, dass die Krankenhauseinrichtungen, vor allem Universitätskliniken, auch wichtige Aufgaben der Lehre und Forschung erfüllen und dass die Dienstleistung, um die es in der Ausschreibung gehe, die in der bei ihm anhängigen Rechtssache in Rede stehe, nämlich die Datenverarbeitung, als Mittel zur Verwirklichung dieser institutionellen Ziele angesehen werden könne. In Bezug auf die zweite Grenze ist der Consiglio di Stato der Ansicht, dass die Möglichkeit einer aus öffentlichen Mitteln finanzierten Einrichtung, frei an den Ausschreibungen teilzunehmen, das Problem der Gleichbehandlung von ungleichen Mitbewerbern aufwerfe; zum einen jene, die auf dem Markt zurechtkommen müssten, und zum anderen jene, die auch mit öffentlichen Finanzierungen rechnen könnten und daher in der Lage seien, Angebote abzugeben, die von keiner Person des Privatrechts hätten abgegeben werden können. Deshalb sollte nach Korrekturmechanismen zum Ausgleich der ungleichen Ausgangsbedingungen der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer gesucht werden, die über Verfahren zur Prüfung, ob ein Angebot möglicherweise ungewöhnlich sei, hinausgehen sollten.
- 29 Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Steht Art. 1 der Richtlinie 92/50, auch im Licht des späteren Art. 1 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18, einer innerstaatlichen Vorschrift entgegen, die dahin ausgelegt wurde, dass die Azienda als Krankenhauseinrichtung, die eine wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung ist, von der Teilnahme an Ausschreibungen ausgeschlossen ist?
  2. Stehen die unionsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Ausschreibungen, insbesondere die allgemeinen Grundsätze des freien Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit, einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die einem Rechtssubjekt wie Azienda, die fortlaufend öffentliche Mittel erhält und unmittelbar mit dem öffentlichen Gesundheitsdienst betraut ist, ermöglicht, daraus einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil im Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern zu ziehen – wie die Höhe des angebotenen Preisnachlasses zeigt –, ohne dass gleichzeitig Korrekturmaßnahmen zur Verhinderung einer solchen Wettbewerbsverzerrung vorgesehen sind?

## Zu den Vorlagefragen

### *Zur ersten Frage*

- 30 Diese Frage geht darauf zurück, dass sich das vorlegende Gericht nicht sicher ist, ob die geltende italienische Regelung, wenn sie dahin ausgelegt wird, dass sie ein allgemeines Verbot für alle öffentlichen Einrichtungen und damit auch für öffentliche Universitätskliniken wie die Azienda enthält, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, als mit der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vergabe öffentlicher Aufträge vereinbar angesehen werden könne.
- 31 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50 nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die die Teilnahme einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge wegen ihrer Eigenschaft als wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung ausschließen.
- 32 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich die Frage des vorlegenden Gerichts zwar sowohl auf Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50 als auch auf Art. 1 Abs. 8 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/18 bezieht, dass aber der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag jedoch in den zeitlichen Geltungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt. Aus Rn. 19 des vorliegenden Urteils geht nämlich hervor, dass die Regione Lombardia das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabeverfahren mit einer am 5. Oktober 2005 veröffentlichten Bekanntmachung einleitete. Nach den Art. 80 und 82 der Richtlinie 2004/18 hob diese Richtlinie die Richtlinie 92/50 aber erst zum 31. Januar 2006 auf. Das Verfahren zur Vergabe des im Ausgangsverfahren fraglichen öffentlichen Auftrags unterliegt daher dem Recht, das zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung galt.
- 33 Weiter ist zu beachten, dass die Möglichkeit der Teilnahme öffentlicher Einrichtungen an öffentlichen Ausschreibungen neben der Teilnahme privater Wirtschaftsteilnehmer bereits klar aus dem Wortlaut des Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50 hervorgeht, wonach als „Dienstleistungserbringer“ natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen gelten, die Dienstleistungen anbieten. Zudem hat der Gerichtshof eine solche Möglichkeit der Teilnahme in seinem Urteil Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, Rn. 51) anerkannt und dies in den späteren Urteilen ARGE (EU:C:2000:677, Rn. 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, Rn. 38) und Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (EU:C:2012:817, Rn. 26) bestätigt.
- 34 Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass eines der Ziele der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens die Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., C-337/06, EU:C:2007:786, Rn. 39), die auch im eigenen Interesse des beteiligten öffentlichen Auftraggebers liegt, der so im Hinblick auf das wirtschaftlich günstigste und dem Bedarf der betreffenden öffentlichen Körperschaft am besten entsprechende Angebot über eine größere Auswahl verfügt. Eine restriktive Auslegung des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“ hätte zur Folge, dass Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht als „öffentliche Aufträge“ gälten und freihändig vergeben werden könnten und damit – anders als bezweckt – nicht unter die Vorschriften des Unionsrechts auf dem Gebiet der Gleichbehandlung und der Transparenz fallen würden (vgl. in diesem Sinne Urteil CoNISMa, EU:C:2009:807, Rn. 37 und 43).
- 35 Der Gerichtshof ist deshalb zu dem Ergebnis gekommen, dass sich sowohl aus den Unionsvorschriften als auch aus der Rechtsprechung ergibt, dass jede Person oder Einrichtung als Bieter oder Bewerber auftreten darf, die in Anbetracht der in der Auftragsausschreibung festgelegten Bedingungen meint,

dass sie den betreffenden Auftrag ausführen kann, unabhängig von ihrem – privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen – Status und der Frage, ob sie auf dem Markt systematisch tätig ist oder nur gelegentlich auftritt (vgl. in diesem Sinne Urteil CoNISMa, EU:C:2009:807, Rn. 42).

- 36 Zudem sind die Mitgliedstaaten, wie sich aus Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 ergibt, zwar befugt, bestimmten Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern die Erbringung bestimmter Leistungen zu gestatten oder zu verwehren. Sie können auch die Tätigkeiten von Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten regeln, die keine Gewinnerzielung anstreben und deren Zweck hauptsächlich auf Forschung und Lehre gerichtet ist. Insbesondere können sie solchen Einrichtungen gestatten oder verwehren, auf dem Markt tätig zu sein, je nachdem, ob diese Tätigkeit mit ihren institutionellen und satzungsmäßigen Zielen vereinbar ist oder nicht. Wenn und soweit diese Einrichtungen jedoch berechtigt sind, bestimmte Leistungen auf dem Markt gegen Entgelt dauernd oder zeitweise anzubieten, können ihnen die Mitgliedstaaten nicht untersagen, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, die die Erbringung eben dieser Leistungen betreffen. Ein solches Verbot wäre nämlich nicht mit Art. 1 Buchst. a und c der Richtlinie 92/50 vereinbar (vgl. hinsichtlich der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 Urteile CoNISMa, EU:C:2009:807, Rn. 47 bis 49, und Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a., EU:C:2012:817, Rn. 27).
- 37 Wie der Vertreter der italienischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof ausgeführt hat, dürfen sich öffentliche Universitätskliniken wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende als „wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen“, wie sie auf nationaler Ebene eingestuft sind, auf dem Markt in Sektoren, die mit ihren institutionellen und satzungsmäßigen Aufgaben vereinbar sind, gegen Entgelt betätigen. Im Ausgangsverfahren erscheinen zudem die Leistungen, die der in Rede stehende öffentliche Auftrag betrifft, mit den institutionellen und satzungsmäßigen Zielen der Azienda nicht unvereinbar. Unter diesen Umständen, die vom vorlegenden Gericht zu prüfen sind, darf die Azienda nach der in Rn. 36 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht daran gehindert werden, sich an diesem Auftrag zu beteiligen.
- 38 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50 nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die die Teilnahme einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge wegen ihrer Eigenschaft als wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung ausschließen, wenn und soweit dieser Einrichtung gestattet ist, sich im Einklang mit ihren institutionellen und satzungsmäßigen Zielen auf dem Markt zu betätigen.

#### *Zur zweiten Frage*

- 39 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 und insbesondere die allgemeinen Grundsätze des freien Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit, die dieser Richtlinie zugrunde liegen, dahin auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erlauben, an einer Ausschreibung teilzunehmen und ein Angebot abzugeben, mit dem wegen der öffentlichen Mittel, die diese Einrichtung erhält, kein Wettbewerber konkurrieren kann, ohne dass Korrekturmaßnahmen vorgesehen sind, um möglichen sich daraus ergebenden Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen.
- 40 Im Rahmen der Begründung dieser Frage hat der Consiglio di Stato Zweifel daran geäußert, dass das Verfahren der Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote gemäß Art. 37 der Richtlinie 92/50 als ausreichendes Mittel angesehen werden kann, um solchen Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen.
- 41 Auch wenn es das vorlegende Gericht für wünschenswert erachtet, nach Korrekturmechanismen zum Ausgleich der ungleichen Ausgangsbedingungen der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer zu suchen, die über Verfahren zur Prüfung, ob dieses Angebot möglicherweise ungewöhnlich ist, hinausgehen

sollten, ist festzustellen, dass der Unionsgesetzgeber, der sich der Unterschiedlichkeit der an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmenden Wettbewerber bewusst war, keine anderen Mechanismen als die der Prüfung und der möglichen Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote vorgesehen hat.

- 42 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend behandeln müssen und transparent vorgehen müssen.
- 43 Die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 und die Rechtsprechung des Gerichtshofs erlauben es jedoch nicht, einen Bieter von vornherein und ohne weitere Prüfung von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags allein deshalb ausschließen, weil er wegen der öffentlichen Zuwendungen, die er erhält, in der Lage ist, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen der nicht subventionierten Bieter liegen (vgl. in diesem Sinne Urteile ARGE, EU:C:2000:677, Rn. 25 bis 27, und CoNISM<sub>a</sub>, EU:C:2009:807, Rn. 34 und 40).
- 44 Allerdings hat der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Umständen die Verpflichtung, zumindest aber die Möglichkeit, Zuwendungen – insbesondere nicht vertragskonforme Beihilfen – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen (vgl. in diesem Sinne Urteile ARGE, EU:C:2000:677, Rn. 29 und CoNISM<sub>a</sub>, EU:C:2009:807, Rn. 33).
- 45 Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof ausgeführt hat, kann dabei der Umstand, dass die betreffende öffentliche Einrichtung über eine jeweils getrennte Buchführung für ihre auf dem Markt ausgeübten Tätigkeiten und ihre anderen Tätigkeiten verfügt, es erlauben, festzustellen, ob ein Angebot wegen einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig ist. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch aus dem Fehlen einer solchen Trennung der Buchführung nicht schließen, dass ein solches Angebot durch die Gewährung einer Zuwendung oder einer nicht vertragskonformen staatlichen Beihilfe ermöglicht wurde.
- 46 Hervorzuheben ist noch, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 37 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 92/50 ergibt, dass sich die Möglichkeit, ein ungewöhnlich niedriges Angebot abzulehnen, nicht allein auf den Fall beschränkt, dass sich der in diesem Angebot vorgeschlagene niedrige Preis durch die Gewährung einer rechtswidrigen oder mit dem Binnenmarkt unvereinbaren staatlichen Beihilfe erklärt. Diese Möglichkeit besteht nämlich allgemeiner.
- 47 Zum einen geht aus dem Wortlaut dieser Bestimmung hervor, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, dazu verpflichtet ist, den Bewerber zur Vorlage der erforderlichen Belege für die Seriosität seines Angebots aufzufordern (vgl. in diesem Sinne Urteil SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 28).
- 48 Es stellt daher ein Erfordernis der Richtlinie 92/50 dar, dass eine effektive kontradiktorische Erörterung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bewerber zu einem zweckmäßigen Zeitpunkt im Verfahren der Prüfung von Angeboten stattfindet, damit der Bewerber den Nachweis der Seriosität seines Angebots erbringen kann; dadurch soll Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil SAG ELV Slovensko u. a., EU:C:2012:191, Rn. 29).
- 49 Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass Art. 37 der Richtlinie 92/50 keine Definition des Begriffs eines „ungewöhnlich niedrigen Angebots“ enthält. Es ist daher Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber, festzulegen, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ im Sinne dieses Artikels zu errechnen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Lombardini und Mantovani, C-285/99 und C-286/99, EU:C:2001:640, Rn. 67).
- 50 Der Unionsgesetzgeber hat allerdings in dieser Bestimmung klargestellt, dass ein ungewöhnlich niedriges Angebot „im Verhältnis zur Leistung“ zu beurteilen ist. Daher kann der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Prüfung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, zur

Gewährleistung eines gesunden Wettbewerbs nicht nur die in Art. 37 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 genannten Umstände berücksichtigen, sondern auch alle im Hinblick auf die fragliche Leistung maßgeblichen Gesichtspunkte (vgl. in diesem Sinne Urteil SAG ELV Slovensko u. a., EU:C:2012:191, Rn. 29 und 30).

- 51 Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 und insbesondere die allgemeinen Grundsätze des freien Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit, die dieser Richtlinie zugrunde liegen, dahin auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die an einer Ausschreibung teilnimmt, erlauben, ein Angebot abzugeben, mit dem wegen der öffentlichen Mittel, die diese Einrichtung erhält, kein Wettbewerber konkurrieren kann. Bei der Prüfung gemäß Art. 37 dieser Richtlinie, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann jedoch der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Möglichkeit, dieses Angebot abzulehnen, eine öffentliche Finanzierung berücksichtigen, die eine solche Einrichtung erhält.

### **Kosten**

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

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

- 1. Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge steht nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die die Teilnahme einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge wegen ihrer Eigenschaft als wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung ausschließen, wenn und soweit dieser Einrichtung gestattet ist, sich im Einklang mit ihren institutionellen und satzungsmäßigen Zielen auf dem Markt zu betätigen.**
- 2. Die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 und insbesondere die allgemeinen Grundsätze des freien Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit, die dieser Richtlinie zugrunde liegen, sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die es einer öffentlichen Krankenhauseinrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die an einer Ausschreibung teilnimmt, erlauben, ein Angebot abzugeben, mit dem wegen der öffentlichen Mittel, die diese Einrichtung erhält, kein Wettbewerber konkurrieren kann. Bei der Prüfung gemäß Art. 37 dieser Richtlinie, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann jedoch der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Möglichkeit, dieses Angebot abzulehnen, eine öffentliche Finanzierung berücksichtigen, die eine solche Einrichtung enthält.**

Unterschriften