

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

8. April 2008^{*}

In der Rechtssache C-337/05

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 15. September 2005,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch D. Recchia und X. Lewis als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Italienische Republik, vertreten durch I. M. Braguglia als Bevollmächtigten im Beistand von G. Fiengo, avvocato dello Stato, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

^{*} Verfahrenssprache: Italienisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts und G. Arestis sowie der Richter K. Schiemann, J. Makarczyk (Berichterstatter), P. Kūris, E. Juhász, E. Levits und A. Ó Caoimh,

Generalanwalt: J. Mazák,
Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 2007,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 10. Juli 2007

folgendes

Urteil

- ¹ Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) in der durch die Richtlinie

97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 93/36) und früher der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1) in der durch die Richtlinien 80/767/EWG des Rates vom 22. Juli 1980 (ABl. L 215, S. 1) und 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 (ABl. L 127, S. 1) geänderten und ergänzten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 77/62) verstoßen hat, indem sie in langjähriger und anhaltender Praxis ohne jedes Ausschreibungsverfahren und insbesondere ohne Befolgung der in den Richtlinien 93/36 und 77/62 vorgesehenen Verfahren Aufträge direkt vergibt, um zur Deckung des Bedarfs mehrerer Militär- und Zivilkorps des italienischen Staates von der Agusta SpA (im Folgenden: Agusta) Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ zu erwerben.

Rechtlicher Rahmen

² Mit ihrer Klage möchte die Kommission die Feststellung eines Verstoßes gegen die Richtlinie 93/36 und vor deren Inkrafttreten gegen die Richtlinie 77/62 erwirken. Aufgrund der Ähnlichkeit der Bestimmungen dieser Richtlinien und aus Gründen der Klarheit ist es zweckmäßig, allein auf die Richtlinie 93/36 Bezug zu nehmen.

³ Der zwölfte Erwägungsgrund der Richtlinie 93/36 lautet:

„Das Verhandlungsverfahren muss die Ausnahme darstellen und darf daher nur in bestimmten, genau festgelegten Fällen zur Anwendung gelangen.“

4 Art. 1 der Richtlinie 93/36 enthält folgende Begriffsbestimmungen:

- „a) ... als öffentliche Lieferaufträge [gelten] die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren. Diese Lieferung kann auch Nebenarbeiten wie das Verlegen und Anbringen umfassen;

- b) ... als öffentliche Auftraggeber [gelten] der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

- ...

- d) ... offene Verfahren [sind] diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen alle interessierten Lieferanten ein Angebot abgeben können;

- e) ... nicht offene Verfahren [sind] diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Lieferanten ein Angebot abgeben können;

- f) ... Verhandlungsverfahren [sind] diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen der öffentliche Auftraggeber sich an Lieferanten seiner Wahl wendet und mit mehreren oder einem einzigen dieser Lieferanten über die Auftragsvergabe verhandelt.“

5 Nach ihrem Art. 2 Abs. 1 Buchst. b findet die Richtlinie 93/36 keine Anwendung auf

„Lieferungen, die gemäß den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit des Mitgliedstaats es gebietet.“

6 Art. 3 dieser Richtlinie bestimmt:

„Unbeschadet der Artikel 2 und 4 und des Artikels 5 Absatz 1 gilt diese Richtlinie für alle Waren, auf die sich Artikel 1 Buchstabe a) bezieht, einschließlich der Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber im Bereich der Verteidigung, mit Ausnahme der Waren, auf die Artikel [296] Absatz 1 Buchstabe b) [EG] Anwendung findet.“

7 Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/36 lautet:

„a) Die Abschnitte II, III und IV sowie die Artikel 6 und 7 finden auf öffentliche Lieferaufträge Anwendung,

- i) die von den öffentlichen Auftraggebern im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b) vergeben werden; hierzu gehören auch die Liefer[auf]träge, die von den in

Anhang I bezeichneten öffentlichen Auftraggebern im Verteidigungsbereich vergeben werden, sofern sie sich auf nicht unter Anhang II fallende Waren beziehen, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens dem Gegenwert von 200 000 Sonderziehungsrechten (SZR) in [Euro] entspricht;

- ii) die durch die in Anhang I aufgeführten öffentlichen Auftraggeber vergeben werden und deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens den Gegenwert von 130 000 SZR in [Euro] erreicht; bei Auftraggebern im Verteidigungsbereich gilt dies nur für Lieferaufträge betreffend Waren, die durch Anhang II erfasst sind.“

8 Art. 6 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 93/36 bestimmt:

„(1) Für die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die in Artikel 1 Buchstaben d), e) und f) genannten Verfahren in den nachstehenden Fällen an.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren vergeben, wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht ordnungsgemäße Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den innerstaatlichen, mit Abschnitt IV zu vereinbarenden Vorschriften unannehmbar sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden. Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen in diesen Fällen eine Vergabebekanntmachung, es sei denn, sie beziehen in das betreffende Verhandlungsverfahren alle [Unternehmen] ein, die die Kriterien der Artikel 20 bis 24 erfüllen und die im Verlauf des vorangegangenen offenen oder nicht offenen Verfahrens Angebote unterbreitet haben, die den formalen Voraussetzungen für das Angebotsverfahren entsprechen.

(3) Die öffentlichen Auftraggeber können in folgenden Fällen Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben:

...

- c) wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Lieferanten hergestellt oder geliefert werden kann;

...

- e) bei zusätzlichen, vom ursprünglichen Unternehmer durchgeführten Lieferungen, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten Waren oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Unternehmers dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber Material unterschiedlicher technischer Merkmale kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde. Die Laufzeit dieser Aufträge sowie der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten.“

9 Art. 33 der Richtlinie 93/36 bestimmt:

„Die Richtlinie 77/62/EWG ... wird aufgehoben, unbeschadet der Pflichten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in Anhang V genannten Umsetzungs- und Anwendungs[fristen].

Bezugnahmen auf die aufgehobene Richtlinie gelten als Bezugnahmen auf die vorliegende Richtlinie und sind nach Maßgabe der Entsprechungstabelle in Anhang VI zu lesen.“

Vorverfahren

- 10 Da der Kommission keine Information über die Durchführung eines gemeinschaftsweiten Ausschreibungsverfahrens für die Lieferung von Hubschraubern zur Deckung des Bedarfs verschiedener Korps des italienischen Staates vorlag, ging sie davon aus, dass die betreffenden Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ unter Verletzung der Richtlinien 77/62 und 93/36 auf direktem Wege ohne jegliches Ausschreibungsverfahren auf Gemeinschaftsebene erworben worden waren. Deshalb richtete sie am 17. Oktober 2003 ein Mahnschreiben an die Italienische Republik, in dem sie diese zur Stellungnahme binnen 21 Tagen nach Erhalt dieses Schreibens aufforderte.
- 11 Die italienischen Behörden beantworteten das Mahnschreiben mit Fax vom 9. Dezember 2003.
- 12 Da die Kommission das Vorbringen der italienischen Behörden für nicht ausreichend hielt, um die im Mahnschreiben enthaltenen Darstellungen zu entkräften, und die italienischen Behörden keine weiteren Angaben machten, richtete sie am 5. Februar 2004 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Italienische Republik, in der sie diese aufforderte, der Stellungnahme binnen zwei Monaten nach deren Zustellung nachzukommen.

- 13 Die italienischen Behörden beantworteten die mit Gründen versehene Stellungnahme mit drei Schreiben vom 5. April, 13. Mai und 27. Mai 2004.
- 14 Da die Kommission das Antwortvorbringen der Italienischen Republik auf die mit Gründen versehene Stellungnahme für unzureichend hielt und feststellte, dass die Italienische Republik nichts unternommen hatte, um die beanstandete Vergabepraxis hinsichtlich der öffentlichen Lieferaufträge abzustellen, hat sie beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

Zur Klage

Zur Zulässigkeit

Vorbringen der Parteien

- 15 Die Italienische Republik macht geltend, die Klage sei unzulässig, weil die Kommission im Rahmen des Vorverfahrens die Aufträge für militärische Lieferungen nicht beanstandet habe. Es sei nur von zivilen Lieferungen die Rede gewesen. Folglich entsprächen die im Vorverfahren erhobenen Rügen nicht denjenigen, die im Rahmen der vorliegenden Klage ausgeführt würden.
- 16 Außerdem sei die Klage, soweit sie die Lieferaufträge für den Bedarf des Corpo forestale dello Stato (Staatliches Forstkorps) betreffe, unzulässig. Damit werde nämlich der Grundsatz *ne bis in idem* verletzt, weil der Verstoß in Bezug auf diese Kategorie

von Aufträgen vom Gerichtshof bereits im Urteil vom 27. Oktober 2005, Kommission/Italien (C-525/03, Slg. 2005, I-9405), untersucht und beurteilt worden sei.

- 17 Ferner macht die Italienische Republik in ihrer Gegenerwiderung geltend, dass die Klage in Anbetracht des vagen und unbestimmten Sachvortrags der Kommission sowohl im Mahnschreiben als auch in der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht die in der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen der Kohärenz und Genauigkeit erfülle, was ihre Verteidigungsrechte erheblich beeinträchtigt habe.
- 18 Die Kommission erwidert, dass es zwar im vorprozessualen Stadium zu keinem Zeitpunkt um militärische Lieferungen gegangen sei, wohl aber um zivile Lieferungen, die u. a. für mehrere Militärkorps des italienischen Staates bestimmt gewesen seien. Sie betont auch, dass die Rechtssache, in der das angeführte Urteil Kommission/Italien ergangen sei, einen anderen Streitgegenstand gehabt habe als die vorliegende Klage.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 19 Nach ständiger Rechtsprechung soll das Vorverfahren dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit geben, seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und sich gegen die Rügen der Kommission wirksam zu verteidigen (vgl. u. a. Urteile vom 10. Mai 2001, Kommission/Niederlande, C-152/98, Slg. 2001, I-3463, Randnr. 23, vom 15. Januar 2002, Kommission/Italien, C-439/99, Slg. 2002, I-305, Randnr. 10, und vom 27. November 2003, Kommission/Finnland, C-185/00, Slg. 2003, I-14189, Randnr. 79).

- 20 Der ordnungsgemäße Ablauf des Vorverfahrens stellt somit eine vom EG-Vertrag bewusst vorgesehene wesentliche Garantie für den Schutz der Rechte des betroffenen Mitgliedstaats dar. Nur wenn diese Garantie beachtet wird, erlaubt das kontradiktorische Verfahren vor dem Gerichtshof diesem, zu entscheiden, ob der Mitgliedstaat tatsächlich gegen die Verpflichtungen verstoßen hat, deren Verletzung die Kommission geltend macht (vgl. u. a. Urteil vom 5. Juni 2003, Kommission/Italien, C-145/01, Slg. 2003, I-5581, Randnr. 17).
- 21 Im Licht dieser Rechtsprechung ist zu prüfen, ob die Kommission im Vorverfahren sichergestellt hat, dass die Verteidigungsrechte der Italienischen Republik gewahrt wurden.
- 22 Was, erstens, den Vorwurf mangelnder Entsprechung zwischen den im Vorverfahren erhobenen und den vor dem Gerichtshof ausgeführten Rügen angeht, genügt die Feststellung, dass der mit Gründen versehene Stellungnahme und der Klageschrift, die fast gleichlautend gefasst sind, dieselben Rügen zugrunde liegen. Das Vorbringen der Italienischen Republik, mit dem dargelegt werden soll, dass die im Vorverfahren erhobenen Rügen nicht mit den in der Klageschrift ausgeführten Rügen übereinstimmen, greift daher nicht durch.
- 23 Zweitens ist zum Vorwurf eines Mangels an Klarheit und Bestimmtheit bei der Festlegung der gegenüber der Italienischen Republik erhobenen Rügen im Vorverfahren daran zu erinnern, dass zwar die mit Gründen versehene Stellungnahme im Sinne des Art. 226 EG eine zusammenhängende und detaillierte Darlegung der Gründe enthalten muss, aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, dass der betreffende Mitgliedstaat gegen eine seiner Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag verstoßen hat, dass aber an die Genauigkeit des Mahnschreibens keine so strengen Anforderungen wie bei der mit Gründen versehenen Stellungnahme gestellt werden können, da das Mahnschreiben zwangsläufig nur in einer ersten knappen Zusammenfassung der Rügen bestehen kann (vgl. u. a. Urteile vom 28. März 1985, Kommission/Italien, 274/83, Slg. 1985, 1077, Randnr. 21, vom 16. September 1997, Kommission/Italien, C-279/94, Slg. 1997, I-4743, Randnr. 15, und vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien, C-221/04, Slg. 2006, I-4515, Randnr. 36).

- 24 Wie der Ablauf des Vorverfahrens zeigt, waren im vorliegenden Fall die Ausführungen der Kommission in diesem Verfahrensstadium klar genug, um der Italienischen Republik ein Verteidigungsvorbringen zu ermöglichen.
- 25 Drittens ist, was den Vorwurf eines Verstoßes gegen den Grundsatz *ne bis in idem* angeht, darauf hinzuweisen, dass das Urteil vom 27. Oktober 2005, Kommission/Italien, in einer Rechtssache mit einem ganz anderen Gegenstand ergangen ist, denn die damalige Klage der Kommission betraf einen Beschluss des Präsidenten des italienischen Ministerrats, mit dem abweichend von den Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Lieferaufträge der Rückgriff auf Verhandlungsverfahren gestattet worden war; die Klage wurde für unzulässig erklärt, da dieser Beschluss bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist keine Wirkungen mehr entfaltete. Die vorliegende Klage hat aber keineswegs die erneute Prüfung der Rechtmäßigkeit des genannten Beschlusses zum Gegenstand, sondern betrifft eine althergebrachte Praxis des italienischen Staates, die darin besteht, ohne jegliches Ausschreibungsverfahren auf Gemeinschaftsebene Aufträge direkt zu vergeben, um Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ zu erwerben.
- 26 Die von der Italienischen Republik erhobene Einrede der Unzulässigkeit ist somit zurückzuweisen.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

- 27 Die Kommission stützt ihre Klage darauf, dass sie eine allgemeine Praxis festgestellt habe, nach der Aufträge direkt vergeben würden, um zur Deckung des Bedarfs verschiedener Militär- und Zivilkorps des italienischen Staates Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ zu erwerben.

- 28 Sie verweist auf mehrere Aufträge, die in den Jahren 2000 bis 2003 vom Corpo dei Vigili del Fuoco (Feuerwehrcorps), den Carabinieri (Gendarmerie), dem Corpo forestale dello Stato, der Guardia Costiera (Küstenwache), der Guardia di Finanza (Zollverwaltung), der Polizia di Stato (Staatliche Polizei) und der Abteilung „Zivilschutz“ der Präsidentschaft des Ministerrats vergeben worden seien. Für die Zeit vor dem Jahr 2000 hätten die italienischen Behörden eingeräumt, Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ ohne jedes Ausschreibungsverfahren gekauft zu haben. Schließlich bestünden die Flotten der betreffenden staatlichen Korps ausschließlich aus Hubschraubern der genannten Fabrikate, von denen keiner im Anschluss an ein Ausschreibungsverfahren auf Gemeinschaftsebene erworben worden sei.
- 29 Da diese Aufträge die Kriterien der Richtlinie 93/36 erfüllt hätten, hätten sie Gegenstand eines offenen oder nicht offenen Verfahrens gemäß Art. 6 dieser Richtlinie, nicht aber eines Verhandlungsverfahrens sein müssen.
- 30 Die Italienische Republik macht zunächst geltend, die für die Militärkorps des italienischen Staates bestimmten Lieferungen fielen unter Art. 296 EG und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36. Diese Bestimmungen seien nämlich deshalb anwendbar, weil die fraglichen Hubschrauber „Güter mit doppeltem Verwendungszweck“ seien, d. h., sie könnten sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke eingesetzt werden.
- 31 Sie macht sodann geltend, dass sie aufgrund der technischen Besonderheiten der Hubschrauber und des Zusatzcharakters der in Rede stehenden Lieferungen nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e der Richtlinie 93/36 auf das Verhandlungsverfahren habe zurückgreifen dürfen.

- 32 Ganz allgemein betont sie, dass sich ihre Praxis nicht von der der meisten Mitgliedstaaten, in denen Hubschrauber hergestellt würden, unterscheide.
- 33 Schließlich macht sie geltend, dass die Beziehungen des italienischen Staates zu Agusta bis Ende der 90er Jahre als „In house“-Beziehungen im Sinne des Urteils vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121), bezeichnet werden könnten.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 34 Vorab ist festzustellen, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Beträge der fraglichen Aufträge über dem in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/36 festgesetzten Grenzwert lagen, der sie in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen lässt.
- 35 Auch ist darauf hinzuweisen, dass die der Klagebeantwortung der Italienischen Republik beigefügten Unterlagen zu den Hubschrauberkaufverträgen das Vorbringen der Kommission bestätigen, wonach der Erwerb der betreffenden Hubschrauber im Verhandlungsverfahren eine ständige und dauerhafte Praxis erkennen lässt.

— Zum „In house“-Verhältnis zwischen dem italienischen Staat und Agusta

- 36 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Ausschreibung gemäß den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge — selbst wenn der

Vertragspartner eine vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich getrennte Einrichtung ist — dann nicht zwingend, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens muss diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Körperschaften realisieren, die ihre Anteile innehaben (vgl. Urteile Teckal, Randnr. 50, vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49, vom 13. Januar 2005, Kommission/Spanien, C-84/03, Slg. 2005, I-139, Randnr. 38, vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnr. 34, vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei, C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Randnr. 33, und vom 19. April 2007, Asemfo, C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 55).

³⁷ Somit ist zu prüfen, ob die beiden Voraussetzungen, die nach der vorstehend genannten Rechtsprechung vorliegen müssen, im Hinblick auf Agusta erfüllt sind.

³⁸ Was die erste Voraussetzung betreffend die Kontrolle durch die öffentliche Stelle angeht, ist daran zu erinnern, dass eine — sei es auch minderheitliche — Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, auf jeden Fall ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über seine eigenen Dienststellen (vgl. Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 49).

³⁹ Insoweit geht aus der der Klagebeantwortung beigelegten Studie zu den Beteiligungen des italienischen Staates an EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica und Agusta hervor, dass Letztere seit ihrer Gründung eine privatrechtliche Gesellschaft und seit 1974 ohne Unterbrechung eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, an deren Kapital der italienische Staat und private Anteilseigner beteiligt sind, ist.

40 Da Agusta eine Gesellschaft ist, die zum Teil für privates Kapital offen steht und damit das vorstehend in Randnr. 38 angeführte Kriterium erfüllt, ist mithin ausgeschlossen, dass der italienische Staat über sie eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über seine eigenen Dienststellen.

41 Unter diesen Umständen kann, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob Agusta ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der den Auftrag erteilenden öffentlichen Stelle realisiert, dem Vorbringen der Italienischen Republik, dass zwischen dieser Gesellschaft und dem italienischen Staat ein „In house“-Verhältnis bestehe, nicht gefolgt werden.

— Zu den berechtigten Belangen von nationalem Interesse

42 Vorab ist daran zu erinnern, dass die Maßnahmen, die von den Mitgliedstaaten im Rahmen der berechtigten Belange von nationalem Interesse getroffen werden, nicht schon deshalb in ihrer Gesamtheit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen sind, weil sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder der Landesverteidigung ergehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. März 2003, Dory, C-186/01, Slg. 2003, I-2479, Randnr. 30).

43 Der Vertrag sieht nämlich, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit namentlich in den Artikeln 30 EG, 39 EG, 46 EG, 58 EG, 64 EG, 296 EG und 297 EG vor, die ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle betreffen. Aus ihnen lässt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter

Vorbehalt ableiten, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnähme. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrags anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 1986, Johnston, 222/84, Slg. 1986, 1651, Randnr. 26, vom 26. Oktober 1999, Sirdar, C-273/97, Slg. 1999, I-7403, Randnr. 16, vom 11. Januar 2000, Kreil, C-285/98, Slg. 2000, I-69, Randnr. 16, und Dory, Randnr. 31).

⁴⁴ Insoweit muss der Mitgliedstaat, der diese Ausnahmen in Anspruch nehmen möchte, nachweisen, dass die betreffenden Befreiungen nicht die Grenzen der genannten außergewöhnlichen Fälle überschreiten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. September 1999, Kommission/Spanien, C-414/97, Slg. 1999, I-5585, Randnr. 22).

⁴⁵ Im vorliegenden Fall macht die Italienische Republik geltend, bei den Käufen von Hubschraubern der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ hätten berechnete Belange von nationalem Interesse im Sinne von Art. 296 EG und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36 vorgelegen, weil diese Hubschrauber Güter mit doppeltem Verwendungszweck seien, also sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke eingesetzt werden könnten.

⁴⁶ Erstens ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 296 Abs. 1 Buchst. b EG jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen kann, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; Voraussetzung ist dabei allerdings, dass diese Maßnahmen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

- 47 Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass die betreffenden Waren eigens für militärische Zwecke bestimmt sein müssen. Daraus folgt, dass beim Erwerb von Ausrüstungsgegenständen, deren Nutzung für militärische Zwecke ungewiss ist, zwingend die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet werden müssen. Die Lieferung von Hubschraubern an Militärkorps zur zivilen Nutzung unterliegt denselben Regeln.
- 48 Es steht aber fest, dass die in Rede stehenden Hubschrauber, wie die Italienische Republik einräumt, auf jeden Fall für zivile Zwecke gedacht sind und gegebenenfalls militärischen Zwecken dienen können.
- 49 Folglich kann sich die Italienische Republik nicht mit Erfolg auf den in Art. 3 der Richtlinie 93/36 in Bezug genommenen Art. 296 Abs. 1 Buchst. b EG berufen, um den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren beim Erwerb der genannten Hubschrauber zu rechtfertigen.
- 50 Zweitens rechtfertigt die Italienische Republik die Auftragsvergabe an Agusta im Verhandlungsverfahren mit der Vertraulichkeit der Daten, die für die Herstellung der von Agusta gebauten Hubschrauber weitergegeben würden. Sie verweist insoweit auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36.
- 51 Es ist jedoch festzustellen, dass sie nicht angegeben hat, warum ihrer Ansicht nach die Vertraulichkeit der Daten, die für die Herstellung der von Agusta gebauten Hubschrauber weitergegeben werden, weniger gut gewährleistet wäre, wenn andere Unternehmen, ob mit Sitz in Italien oder in einem anderen Mitgliedstaat, mit der Hubschrauberherstellung beauftragt würden.

52 Die Notwendigkeit, eine Geheimhaltungspflicht vorzusehen, hindert insoweit keineswegs an einer Auftragsvergabe im Ausschreibungsverfahren.

53 Die Rechtfertigung des Erwerbs der fraglichen Hubschrauber im Verhandlungsverfahren mit Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36 ist deshalb gemessen an dem Ziel, das Bekanntwerden vertraulicher Informationen im Zusammenhang mit der Hubschrauberherstellung zu verhindern, unverhältnismäßig. Die Italienische Republik hat nämlich nicht dargetan, dass dieses Ziel bei einer Ausschreibung, wie sie nach der Richtlinie 93/36 vorgesehen ist, nicht hätte erreicht werden können.

54 Daher kann sich die Italienische Republik nicht mit Erfolg auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36 berufen, um den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren beim Erwerb der genannten Hubschrauber zu rechtfertigen.

— Zu den Homogenitätserfordernissen der Hubschrauberflotte

55 Die Italienische Republik beruft sich zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren auch auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und e der Richtlinie 93/36. Sie macht geltend, dass zum einen aufgrund der technischen Besonderheiten der in Rede stehenden Hubschrauber nur Agusta mit deren Herstellung habe beauftragt werden können und dass es zum anderen erforderlich gewesen sei, die Interoperabilität der italienischen Hubschrauberflotte sicherzustellen, um insbesondere die Kosten im logistischen und im operativen Bereich sowie für die Pilotenausbildung zu verringern.

- ⁵⁶ Wie sich insbesondere aus dem zwölften Erwägungsgrund der Richtlinie 93/36 ergibt, hat das Verhandlungsverfahren Ausnahmecharakter und darf nur in „bestimmten, genau festgelegten“ Fällen zur Anwendung gelangen. Zu diesem Zweck führt Art. 6 Abs. 2 und 3 dieser Richtlinie abschließend und ausdrücklich die einzigen Ausnahmefälle auf, in denen der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren zulässig ist (vgl. in diesem Sinne zur Richtlinie 77/62 das Urteil vom 17. November 1993, Kommission/Spanien, C-71/92, Slg. 1993, I-5923, Randnr. 10, und zur Richtlinie 93/36 die Urteile Teckal, Randnr. 43, und vom 13. Januar 2005, Kommission/Spanien, Randnr. 47).
- ⁵⁷ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die Ausnahmen von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der im Vertrag niedergelegten Rechte im Bereich der öffentlichen Aufträge gewährleisten sollen, eng auszulegen (vgl. Urteile vom 18. Mai 1995, Kommission/Italien, C-57/94, Slg. 1995, I-1249, Randnr. 23, vom 28. März 1996, Kommission/Deutschland, C-318/94, Slg. 1996, I-1949, Randnr. 13, und vom 2. Juni 2005, Kommission/Griechenland, C-394/02, Slg. 2005, I-4713, Randnr. 33). Die Mitgliedstaaten können daher weder in der Richtlinie 93/36 nicht geregelte Tatbestände für den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren vorsehen noch die dort ausdrücklich geregelten Tatbestände um neue Bestimmungen ergänzen, die den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren erleichtern, da sie sonst die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie beseitigen würden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Januar 2005, Kommission/Spanien, Randnr. 48).
- ⁵⁸ Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände derjenige trägt, der sich auf diese Ausnahme berufen will (vgl. Urteile vom 10. März 1987, Kommission/Italien, 199/85, Slg. 1987, 1039, Randnr. 14, und Kommission/Griechenland, Randnr. 33).

59 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Italienische Republik nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, warum allein die von Agusta hergestellten Hubschrauber die geforderten technischen Besonderheiten aufweisen sollen. Außerdem hat sie lediglich die Vorteile einer Interoperabilität der in ihren verschiedenen Korps eingesetzten Hubschrauber hervorgehoben. Sie hat jedoch nicht dargetan, inwieweit ein Lieferantenwechsel sie gezwungen hätte, Material unterschiedlicher technischer Merkmale zu kaufen, und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung hätte mit sich bringen können.

60 Nach alledem ist festzustellen, dass die Italienische Republik dadurch, dass sie in langjähriger und anhaltender Praxis ohne jedes Ausschreibungsverfahren und insbesondere ohne Befolgung der in der Richtlinie 93/36 und davor in der Richtlinie 77/62 vorgesehenen Verfahren Aufträge direkt vergeben hat, um zur Deckung des Bedarfs mehrerer Militär- und Zivilkorps des italienischen Staates von Agusta Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ zu erwerben, gegen ihre Verpflichtungen aus diesen Richtlinien verstoßen hat.

Kosten

61 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Italienische Republik mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Italienische Republik hat dadurch, dass sie in langjähriger und anhaltender Praxis ohne jedes Ausschreibungsverfahren und insbesondere ohne Befolgung der in der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung und früher der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge in der durch die Richtlinien 80/767/EWG des Rates vom 22. Juli 1980 und 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 geänderten und ergänzten Fassung vorgesehenen Verfahren Aufträge direkt vergeben hat, um zur Deckung des Bedarfs mehrerer Militär- und Zivilkorps von der Agusta SpA Hubschrauber der Fabrikate „Agusta“ und „Agusta Bell“ zu erwerben, gegen ihre Verpflichtungen aus diesen Richtlinien verstoßen.**

- 2. Die Italienische Republik trägt die Kosten.**

Unterschriften