Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 27. Februar 2014[1]

Rechtssache C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
gegen
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

(Vorabentscheidungsersuchen des Supremo Tribunal Administrativo [Portugal])

„Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Keine Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Unionsrechts (sogenannte ‚In-House'-Vergabe) — Voraussetzung der ‚ähnlichen Kontrolle' — Auftragnehmer, der eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht und rechtlich vom öffentlichen Auftraggeber getrennt ist — Vorliegen privater Interessen beim Auftragnehmer — Voraussetzung der Verrichtung der Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentlichen Auftraggeber, die die ‚ähnliche Kontrolle' ausüben"

1. Mit den sechs vom portugiesischen Supremo Tribunal Administrativo vorgelegten Fragen wird der Gerichtshof ein weiteres Mal um Erläuterungen zur Tragweite der Voraussetzungen ersucht, die vorliegen müssen, damit ein öffentlicher Auftraggeber von der Ausnahme für die sogenannten „In-House"-Vergaben Gebrauch machen kann. Nach dieser, vom Gerichtshof seit dem Urteil Teckal[2] aufgestellten, Ausnahme, zu der inzwischen eine umfangreiche Rechtsprechung vorliegt, ist ein öffentlicher Auftraggeber von der Einleitung eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags befreit, wenn folgende zwei Voraussetzungen gegeben sind: Er muss über den Auftragnehmer eine „ähnliche Kontrolle" wie über seine eigenen Dienststellen ausüben, und der Auftragnehmer muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber, die ihn kontrollieren, verrichten[3].

2. Die vorliegende Rechtssache wirft einige neue Fragen auf, die dem Gerichtshof Gelegenheit geben, den Anwendungsbereich der „In-House"-Ausnahme weiter klarzustellen. Zum einen wird der Gerichtshof ersucht, die Reichweite seiner Rechtsprechung zu bestimmen, nach der das Bestehen privater Interessen beim Auftragnehmer die Möglichkeit ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diesen eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt[4]. Im Einzelnen wird der Gerichtshof zu klären haben, ob dem restriktiven Ansatz dieser Rechtsprechung in Bezug auf

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121).

3 — Vgl. u. a. Urteile vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau (C-26/03, Slg. 2005, I-1, Rn. 49), vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rn. 62), vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei (C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Rn. 33), vom 19. April 2007, Asociación Nacional de Empreses Forestales (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Rn. 55), vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Rn. 27), vom 10. September 2009, Sea (C-573/07, Slg. 2009, I-8127, Rn. 40), vom 29. November 2012, Econord (C-182/11 und C-183/11, Rn. 25) und vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, Rn. 32). Vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — Siehe unten, Nrn. 25 und 28.

private Beteiligungen am Kapital von auftragnehmenden Gesellschaften auch dann gefolgt werden soll, wenn der Auftragnehmer eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht ist, zu deren Mitgliedern außer den öffentlichen Auftraggebern auch Einrichtungen gehören, die karitative und wohltätige Zwecke verfolgen.

3. Zum anderen wird der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache ersucht, die Konturen des zweiten „Teckal-Kriteriums“, d. h. der Bedingung, der zufolge der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber verrichten muss, die ihn kontrollieren, näher zu bestimmen.

I – Rechtlicher Rahmen

A – *Unionsrecht*

4. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG [5] bestimmt: „‚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.“

B – *Nationales Recht*

5. Gemäß Art. 5 Abs. 2 des portugiesischen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge (Código dos Contratos Públicos, CCP) [6], durch das die Richtlinie 2004/18 im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs in die portugiesische Rechtsordnung umgesetzt wurde, „ist [die Regelung über öffentliche Aufträge] 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 einer oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber ausübt, die über sie die im vorstehenden Absatz genannte ähnliche Kontrolle ausüben.“

II – Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

6. Das Centro Hospitalar de Setúbal (im Folgenden: CHS), der erste Kläger in der vor dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache, ist ein portugiesisches öffentliches Krankenhaus.

7. Der Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (im Folgenden: SUCH), der zweite Kläger in der vor dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache, ist eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die durch das Decreto Nr. 46 668 vom 24. November 1965 gegründet wurde und eine eigene Satzung [7] hat. Gemäß Art. 2 seiner Satzung besteht der Zweck von SUCH in der

5 — 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).

6 — Angenommen mit Decreto Nr. 18/2008 vom 29. Januar 2008.

7 — Die Satzung von SUCH wurde mehrfach geändert. Die zu dem in der vorliegenden Rechtssache maßgeblichen Zeitpunkt geltende Fassung ist die vom Oktober 2010.

Erfüllung einer Aufgabe des Gemeinwohls; SUCH stellt für seine Mitglieder ein Instrument zur Deckung der Bedürfnisse mittels eigener Ressourcen dar und verpflichtet sich dem Ziel der Effizienz seiner Mitglieder. Darüber hinaus unterstützt er die Verwirklichung der Gesundheitspolitik, indem er wesentlich zur Effizienz und Finanzierbarkeit des Nationalen Gesundheitsdienstes beiträgt.

8. Gemäß Art. 7 Abs. 1 seiner Satzung können Mitglieder von SUCH nur Stellen des öffentlichen oder des sozialen Sektors sein, die Leistungen der Gesundheitsfürsorge erbringen oder Tätigkeiten zur Förderung und zum Schutz der Gesundheit ausüben. Gemäß Abs. 2 dieses Artikels muss SUCH sicherstellen, dass die Mehrheit der Stimmrechte Mitgliedern gehört, die den Leitungs-, Überwachungs- und Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds unterliegen. Zu dem in der vorliegenden Rechtssache maßgeblichen Zeitpunkt hatte SUCH 88 Mitglieder, darunter CHS sowie 23 private Sozialträger, alles Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, darunter 20 karitative Einrichtungen (Misericórdias).

9. Gemäß Art. 3 seiner Satzung untersteht SUCH den Leitungs-, Überwachungs- und Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds, das für die Ernennung des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats sowie 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, über Satzungsänderungen und über die Auflösung von SUCH zuständig ist.

10. Gemäß Art. 5 Abs. 3 seiner Satzung kann SUCH nach Wettbewerbs- und Marktregeln öffentlichen Einrichtungen, die nicht seine Mitglieder sind, oder privaten in- oder ausländischen Einrichtungen Dienstleistungen erbringen, sofern den Mitgliedern daraus kein Schaden entsteht und dies für SUCH selbst und seine Mitglieder in wirtschaftlicher Hinsicht und im Hinblick auf eine technologische Wertsteigerung von Vorteil ist. Nach Abs. 4 dieses Artikels muss SUCH sicherstellen, dass mindestens 80 % seiner Tätigkeit seinen Mitgliedern zugutekommen.

11. Am 27. Juli 2011 haben CHS und SUCH einen Vertrag über die Lieferung von Mahlzeiten durch SUCH an die Patienten und das Personal von CHS geschlossen. Der Vertrag wurde für eine Laufzeit von fünf Jahren geschlossen, ist verlängerbar und sieht einen Jahrespreis in Höhe von 1 295 289 Euro vor, woraus sich für die fünf Jahre Laufzeit des Vertrags ein Gesamtbetrag in Höhe von 6 476 455 Euro ergibt. Die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, wurde SUCH von CHS ohne Durchführung eines in der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Vergabeverfahrens direkt übertragen, da nach Auffassung der Vertragsparteien dieser Vertrag dem „In-House“-Verhältnis unterfällt, das zwischen SUCH und den Krankenhäusern, die seine Mitglieder sind, darunter CHS, besteht.

12. Die Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (im Folgenden: Eurest), die gleichartige Dienstleistungen wie die, die Gegenstand des Vertrags zwischen CHS und SUCH sind, erbringt und mit CHS einen Vertrag über die Lieferung von Mahlzeiten geschlossen hatte, der nach Abschluss des Vertrags zwischen CHS und SUCH beendet wurde, ist der Auffassung, dass die direkte Übertragung der Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen durch CHS an SUCH rechtswidrig sei, da diese ohne öffentliches Vergabeverfahren und daher unter Verstoß gegen die innerstaatlichen und europäischen vergaberechtlichen Vorschriften erfolgt sei, und erhob beim Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada Klage auf Nichtigerklärung des Beschlusses des Verwaltungsrats von CHS, mit dem ihr Vertrag mit dem genannten Krankenhaus beendet wurde, sowie auf Nichtigerklärung des zwischen CHS und SUCH geschlossenen Vertrags.

13. Mit Urteil vom 30. Januar 2012 gab das Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada der Klage statt und erklärte den zwischen CHS und SUCH geschlossenen Vertrag für nichtig. Das Gericht befand, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung der in Art. 5 Abs. 2 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehenen Ausnahme sei nicht nachgewiesen worden, so dass die Übertragung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienstleistungen durch ein öffentliches Vergabeverfahren hätte

erfolgen müssen. CHS und SUCH legten gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung beim Tribunal Central Administrativo do Sul ein, das diese mit Urteil vom 26. April 2012 zurückwies. Gegen dieses Urteil legten sowohl SUCH als auch CHS Rechtsmittel beim vorlegenden Gericht, dem Supremo Tribunal Administrativo, ein.

14. Das vorlegende Gericht stellt zunächst fest, es sei unstreitig, dass ein Krankenhaus wie CHS als juristische Person des öffentlichen Rechts ein öffentlicher Auftraggeber sei. Ebenso sei es unstreitig, dass der Vertrag, den CHS mit SUCH, einer von ihm getrennten Einrichtung, geschlossen habe, ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag sei. Im Übrigen müssten beide Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge, der oben in Nr. 5 wiedergegeben ist und der die Teckal-Rechtsprechung kodifiziert, erfüllt sein, damit dieser Auftrag Gegenstand einer direkten „In-House"-Vergabe sein könne.

15. Insbesondere hinsichtlich der ersten Voraussetzung, d. h. des Vorliegens einer „ähnlichen Kontrolle", führt das vorlegende Gericht aus, die besondere Rechtsnatur von SUCH, zu dessen Mitgliedern auch private Sozialträger gehörten, werfe im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der eine Beteiligung, sei es auch nur eine Minderheitsbeteiligung, eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft das Vorliegen einer derartigen Kontrolle ausschließe[8], neue Fragen aufwerfe, und zwar insbesondere in Anbetracht des Umstands, dass die fragliche Einrichtung nicht notwendigerweise mit Gewinnerzielungsabsicht handeln müsse, um dem unionsrechtlichen Unternehmensbegriff zu unterfallen. Darüber hinaus fragt sich das vorlegende Gericht unter Bezugnahme auf ein Urteil, mit dem der portugiesische Rechnungshof dem in Rede stehenden Vertrag den Prüfvermerk verweigert hat und dessen Begründung in dem beim vorlegenden Gericht angefochtenen Urteil übernommen wurde, ob im vorliegenden Fall in Anbetracht der Zahl der nicht-öffentlichen Mitglieder von SUCH, seiner weitgehenden Autonomie und Unabhängigkeit gegenüber den öffentlichen Stellen, der konkreten Dynamik seiner Arbeitsweise, insbesondere derjenigen seines Verwaltungsrats, sowie seiner Größe und Komplexität die Voraussetzung der ähnlichen Kontrolle erfüllt sein könne.

16. Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahme betreffend „In-House"-Vergaben fragt sich das vorlegende Gericht, ob diese erfüllt sein kann, wenn SUCH nach den Bestimmungen seiner Satzung 20 % seines Umsatzes durch die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte, die nicht seine Mitglieder sind, nach Wettbewerbsregeln erwirtschaften kann.

17. Im Licht dieser Erwägungen hat das vorlegende Gericht mit Beschluss vom 6. November 2012 das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt, um dem Gerichtshof folgende 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, darunter Wohltätigkeitseinrichtungen, waren?

8 — Vgl. Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Rn. 49 und 50.

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 „ähnlichen Kontrolle“ 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 National de Saúde einschließlich der größten Krankenhäuser des Landes gehören, deren Umsatz sich erwartungsgemäß auf etwa 90 Mio. 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 an in- und ausländische private 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 CCP 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 CCP 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?

III – Verfahren vor dem Gerichtshof

18. Der Vorlagebeschluss ist bei der Kanzlei am 7. Dezember 2012 eingegangen. CHS, SUCH, Eurest, die portugiesische und die spanische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und in der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2013 Erklärungen abgegeben.

IV – Rechtliche Würdigung

19. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, dass nicht bestritten wurde, dass der zwischen CHS und SUCH geschlossene Vertrag ein öffentlicher Auftrag ist und dass er als solcher den europarechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegt, insbesondere den Vorschriften der Richtlinie 2004/18 [9].

20. Die im Ausgangsverfahren streitige Frage, auf die sich alle dem Gerichtshof vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen beziehen, betrifft dagegen die Anwendbarkeit der Ausnahme für sogenannte „In-House"-Vergaben auf diesen Vertrag.

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

21. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof im Wesentlichen wissen, ob die sich aus seiner Rechtsprechung zu „In-House"-Vergaben ableitende Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vorschriften der Richtlinie 2004/18 auch dann anwendbar ist, wenn der Auftragnehmer eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht ist, deren Zweck die Verwirklichung von Zielen des Gemeinwohls ist, deren Mitglieder nach deren Satzung nicht nur Stellen des öffentlichen, sondern auch des sozialen Sektors sein können, und wenn zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ein – wenn auch nur geringerer – Teil der Mitglieder dieses Vereins nicht dem öffentlichen Sektor angehört, sondern aus Einrichtungen des sozialen Sektors besteht, die Tätigkeiten ohne Gewinnerzielungsabsicht, insbesondere im Bereich der Wohltätigkeit, ausüben.

22. Diese Frage betrifft die erste der beiden Teckal-Voraussetzungen, d. h. die Bedingung, dass ein öffentlicher Auftraggeber über einen Auftragnehmer eine „ähnliche Kontrolle" wie über seine eigenen Dienststellen ausüben muss [10]. Daher soll vorab kurz auf die Tragweite der Voraussetzung der „ähnlichen Kontrolle", wie sie von der Rechtsprechung näher bestimmt wurde, hingewiesen werden.

23. Diesbezüglich hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine ähnliche Kontrolle gegeben ist, wenn der fragliche Auftragnehmer einer Kontrolle unterliegt, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf seine Entscheidungen einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Mit anderen Worten muss es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, über diese Einrichtung eine strukturelle und funktionelle Kontrolle auszuüben. Der Gerichtshof verlangt außerdem, dass diese Kontrolle wirksam ist [11].

24. Nach der Rechtsprechung kann bei Einschaltung einer von mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam gehaltenen Einrichtung die „Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen" von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt werden, ohne dass es notwendig wäre, dass diese Kontrolle von jeder von ihnen einzeln ausgeübt wird [12].

9 — Unstreitig überschreitet der in Nr. 11 angeführte Wert des Auftrags, um den es im Ausgangsverfahren vor dem vorlegenden Gericht geht, deutlich den in Art. 7 Buchst. b der Richtlinie in der geänderten Fassung festgelegten Schwellenwert.

10 — Siehe oben, Nr. 1.

11 — Vgl. Urteil Econord, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung.

12 — Vgl. Urteil Econord, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung.

25. Dagegen schließt nach ständiger Rechtsprechung die – selbst minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen [13].

26. Dies vorausgeschickt muss speziell hinsichtlich der dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage insbesondere darauf hingewiesen werden, dass der Umstand, dass die den Zuschlag erhaltende Einrichtung die privatrechtliche Rechtsform einer Vereinigung hat, für sich genommen keinesfalls die Anwendung der „In-House"-Ausnahme ausschließt [14]. Tatsächlich hat der Gerichtshof schon mehrfach die Anwendbarkeit dieser Ausnahme für den Fall anerkannt, dass der Auftragnehmer eine privatrechtliche Rechtsform, zum Beispiel die einer Aktiengesellschaft, hat [15].

27. Dass der Auftragnehmer der direkten Vergabe ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, ist für die Anwendung der „In-House"-Ausnahme nicht relevant. Die Anwendung dieser Ausnahme stützt sich nämlich auf das zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer bestehende interne Verhältnis, welches das Bestehen zweier übereinstimmender selbständiger Willenserklärungen, die unterschiedliche berechtigte Interessen verkörpern, ausschließt [16]. Sie ist daher nicht nur von der Rechtsnatur des Auftragnehmers unabhängig, sondern auch davon, ob dieser eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt. Im Übrigen geht aus der Rechtsprechung hervor, dass das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht bei einer Einrichtung, und insbesondere bei einer Vereinigung, keineswegs ausschließt, dass diese eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und deshalb für sich genommen nicht geeignet ist, diese Einrichtung von der Anwendung der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen auszuschließen [17].

28. Im Hinblick darauf, dass zu den Mitgliedern des Auftragnehmers nicht nur Einrichtungen des öffentlichen, sondern auch des sozialen Sektors zählen, ist – wie schon in den Nrn. 2 und 25 erwähnt – darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in nunmehr ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, dass die – selbst minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der der öffentliche Auftraggeber, der die „In-House"-Übertragung vornehmen möchte, beteiligt ist, es auf jeden Fall ausschließt, dass dieser Auftraggeber über diese Gesellschaft die erforderliche ähnliche Kontrolle ausübt.

29. Wie im Übrigen auch vom vorlegenden Gericht hervorgehoben, ist nach dieser Rechtsprechung die Möglichkeit, dass der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnlichen Kontrolle ausübt, also für den Fall ausgeschlossen, dass an Letzterem private Interessen in Form einer Beteiligung eines *Unternehmens* am *Stammkapital* einer *Gesellschaft* bestehen.

30. Der Fall von SUCH unterscheidet sich jedoch von einem solchen Sachverhalt, da dieser zum einen nicht die Rechtsform einer Gesellschaft hat und daher nicht über ein Stammkapital verfügt und zum anderen die privaten sozialen Einrichtungen, die seine Mitglieder ohne öffentlich-rechtliche Natur sind, nicht notwendigerweise Unternehmen im engeren Sinn sind.

13 — Vgl. Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Rn. 49, vom 10. November 2005, Kommission/Österreich (C-29/04, Slg. 2005, I-9706, Rn. 46), vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Rn. 31), vom 8. April 2008, Kommission/Italien (C-337/05, Slg. 2008, I-2173, Rn. 38), Coditel Brabant, Rn. 30, Sea, Rn. 46, vom 15. Oktober 2009, Acoset (C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Rn. 53), sowie vom 22. Dezember 2010, Mehiläinen und Terveystalo Healthcare (C-215/09, Slg. 2010, I-13749, Rn. 32).

14 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Sea, Rn. 41. Vgl. diesbezüglich auch Nr. 63 der Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache Stadt Halle und RPL Lochau.

15 — Vgl. außer dem in der vorhergehenden Randnummer angeführten Urteil Sea auch die Urteile ANAV (z. B. Rn. 33) und Econord (z. B. Rn. 29 und 32).

16 — Für nähere Einzelheiten diesbezüglich siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Datenlotsen Informationssysteme, Rn. 41, mit umfangreichen Angaben zur Rechtsprechung.

17 — Vgl. Urteile vom 29. November 2007, Kommission/Italien (C-119/06, Slg. 2007, I-168, Rn. 37 und 41), und vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, Slg. 2009, I-12129, Rn. 45).

31. Der zentrale Punkt der ersten Vorlagefrage ist daher genau dieser: Ist auf eine Situation wie die von SUCH der in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz anwendbar, nach dem das Bestehen privater Interessen beim Auftragnehmer die Möglichkeit ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diesen eine ähnliche Kontrolle ausübt, mit der daraus folgenden Unmöglichkeit direkter Vergaben an diese Einrichtung in Anwendung der „In-House"-Ausnahme?

32. Diesbezüglich weise ich vorab darauf hin, dass der Gerichtshof mehrfach entschieden hat, dass das Hauptziel der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen und die Öffnung für einen möglichst umfassenden Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten ist [18]. Dieses Ziel bedeutet die Verpflichtung für jeden öffentlichen Auftraggeber, die Normen des Vergaberechts der Union anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen; folglich ist jede Ausnahme von der Geltung dieser Verpflichtung *eng* auszulegen [19].

33. Nach der Rechtsprechung liegt dem Ausschluss eines „In-House"-Verhältnisses, das eine direkte Übertragung erlaubt, bei Bestehen von privaten Interessen am Kapital des Auftragnehmers eine doppelte Ratio zugrunde. Wie vom Gerichtshof festgestellt, wird nämlich zum einen die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, wohingegen die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, beruht und andersartige Ziele verfolgt [20].

34. Zum anderen hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen würde, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde [21].

35. Ich bin daher der Ansicht, dass beide Erwägungen des Gerichtshofs zur Beteiligung eines privaten Unternehmens am Stammkapital einer Gesellschaft auf eine Situation wie die von SUCH, so wie sie sich nach den Akten darstellt, anwendbar sind.

36. Zum einen ist die Auffassung, nach der die Verfolgung von privaten Interessen auf andersartigen Überlegungen beruht als die Verfolgung von öffentlichen Interessen, meiner Ansicht nach nicht auf den Fall der Anlage von privatem Kapital in einer Gesellschaft beschränkt. Zweifelsohne verkörpert die Beteiligung von Stellen wie den privaten Sozialträgern an einem Auftragnehmer Überlegungen und Interessen privater Natur, zum Beispiel karitative oder Wohltätigkeitsbelange, die Ziele verfolgen, die – so anerkennenswert sie auch sein mögen – nicht notwendigerweise im öffentlichen Interesse liegen. Diese Ziele weisen, auch wenn sie in einigen Fällen abstrakt als von allgemeinem Interesse angesehen werden können, Elemente auf, die dem privaten Interesse zuzuordnen sind, zum Beispiel religiöse [22] oder vereinsinterne Interessen, die zwar das öffentliche Interesse ergänzen können, diesem aber dennoch fremd sind.

18 — Vgl. in diesem Sinne Urteile CoNISMa, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Carbotermo und Consorzio Alisei, Rn. 58.

19 — Vgl. u. a. Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Rn. 44 und 46, und Parking Brixen, Rn. 63, sowie ANAV, Rn. 26. Vgl. auch Nr. 38 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Datenlotsen Informationssysteme.

20 — Vgl. Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Rn. 50, und Kommission/Österreich, Rn. 47.

21 — Vgl. Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Rn. 51.

22 — Unbeschadet der dem vorlegenden Gericht obliegenden Feststellungen scheint dies der Fall der SUCH zugehörigen „Misericórdias" zu sein.

37. Insofern zum anderen nicht ausgeschlossen ist, dass Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, wie die karitativen Einrichtungen, die Mitglieder von SUCH sind, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit anderen Teilnehmern ausüben und an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen können [23], ist die direkte Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Anwendung der „In-House"-Ausnahme auch hier, wie im Fall der Gesellschaften, geeignet, diesen Einrichtungen einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten zu verschaffen.

38. Aufgrund dieser Erwägungen ist meiner Ansicht nach, zumindest nach dem gegenwärtigen Rechtsstand [24], die Möglichkeit auszuschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber über eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, zu deren Mitgliedern – wenn auch zu einem geringeren Anteil – nicht-öffentliche Stellen gehören, die privater Rechtsnatur sind und private Interessen verkörpern, zum Beispiel Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, die karitative und im Gemeinwohl liegende Interessen verfolgen, eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Daraus folgt meines Erachtens, dass die direkte Vergabe eines Auftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber an eine solche Einrichtung unter Anwendung der „In-House"-Ausnahme ausgeschlossen werden muss. Offensichtlich obliegt es dem vorlegenden Gericht die in diesem Zusammenhang nötigen Feststellungen zu treffen.

39. Dies vorausgeschickt sind hierzu meiner Meinung nach gleichwohl noch einige Ausführungen erforderlich.

40. Erstens bedeutet der Umstand, dass die Bejahung eines „In-House"-Verhältnisses zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einer Einrichtung, an der Stellen, die, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, private Interessen verkörpern, eine Beteiligung – sei es auch nur eine Minderheitsbeteiligung – halten, nach dem gegenwärtigen Rechtsstand ausgeschlossen ist, keineswegs, dass die Natur und die Ziele der Solidaritäts-, Wohltätigkeits- und ehrenamtlich tätigen Vereine nicht auch im Bereich des Vergaberechts berücksichtigt werden können. Dazu möchte ich zum einen darauf hinweisen, dass die Solidarität in Art. 2 EUV ausdrücklich als einer der Werte verankert ist, die das europäische Gesellschaftsmodell charakterisieren und daher Einrichtungen, die diesem Wert verpflichtet sind, aktiv zur Errichtung einer europäischen Gesellschaft im Einklang mit dem Geist der Verträge beitragen [25]. Im Einklang damit ist zum anderen die Feststellung unvermeidlich, dass soziale und solidarische Überlegungen der Regelung über das öffentliche Auftragswesen nicht fremd sind, wie sich zum Beispiel aus Art. 26 der Richtlinie 2004/18 ableiten lässt, dem zufolge die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags soziale Aspekte betreffen können [26].

41. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass allein der Umstand, dass die Satzung der Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, an die der Auftrag vergeben wurde, vorsieht, dass ihre Mitglieder auch Stellen sein können, die nicht dem öffentlichen Sektor, sondern zum Beispiel dem sozialen Sektor angehören, für sich genommen nicht geeignet ist, das Bestehen eines „In-House"-Verhältnisses für den Fall auszuschließen, dass zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ausschließlich öffentliche Stellen Teil dieser Einrichtung sind. Es wäre nämlich mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar,

23 — Urteile Kommission/Italien (C-119/06, Rn. 37 und 41), und CoNISMa, Rn. 45.

24 — Diesbezüglich muss darauf hingewiesen werden, dass die letzte Fassung des Vorschlags für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über öffentliche Aufträge (Ratsdokument Nr. 11745/13), die gegenwärtig dem Rat zur Beratung vorliegt und auf die die Kommission in der Verhandlung Bezug genommen hat, für „In-House"-Vergaben das Fehlen einer direkten privaten Beteiligung am Kapital der juristischen Person, über die der öffentliche Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle ausübt, voraussetzt, mit Ausnahme jedoch von Beteiligungen ohne Kontroll- oder Sperrbefugnisse, die durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf diese juristische Person vermitteln. Sollte diese Bestimmung in der endgültigen Fassung der neuen Richtlinie beibehalten werden, ist es nicht ausgeschlossen, dass sie in einigen spezifischen Fällen zu einer anderen Auslegung als die auf den jetzigen Rechtsstand gestützte führen kann.

25 — Unter diesem Blickwinkel kann zum Beispiel festgestellt werden, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum gerade im Hinblick auf die Ausgestaltung des Systems der sozialen Sicherheit eingeräumt hat und ihnen die Möglichkeit eingeräumt hat, zu diesem System private Wirtschaftsteilnehmer zuzulassen, sofern diese keinen Erwerbszweck verfolgen. Vgl. Urteil vom 17. Juni 1997, Sodemare u. a./Regione Lombardia (C-70/95, Slg. 1997, I-3395, Rn. 32).

26 — Vgl. dazu auch den 46. Erwägungsgrund der Richtlinie.

wenn zugelassen würde, dass die Beurteilung, ob der Charakter einer Einrichtung ausschließlich öffentlich ist, wegen der in der Satzung vorgesehenen bloßen Möglichkeit der Beteiligung privater Stellen an dieser Einrichtung auf unbestimmte Zeit in der Schwebe gehalten werden könnte. Daraus folgt für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden Auftrags ausschließlich öffentliche Stellen Mitglieder der in Rede stehenden Einrichtung sind, die Öffnung dieser Einrichtung für die Beteiligung privater Stellen nur dann berücksichtigt werden kann, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige entsprechende Öffnung besteht. Die bloße Möglichkeit für Private zur Beteiligung an einer Einrichtung lässt daher noch nicht den Schluss zu, dass die Voraussetzung einer ähnlichen Kontrolle durch die öffentliche Stelle nicht erfüllt wäre [27].

42. Hingegen würde es im Fall der Vergabe eines Auftrags ohne Ausschreibung an eine Einrichtung, deren Mitglieder ausnahmslos öffentliche Stellen sind, eine eine Ausschreibung erfordernde Änderung einer grundlegenden Bedingung dieses Auftrags bedeuten, wenn während der Gültigkeitsdauer des Auftrags private Stellen als Mitglieder dieser Einrichtung zugelassen würden [28].

43. Aufgrund dieser Erwägungen ist meiner Ansicht nach die erste Frage des vorlegenden Gerichts dahin zu beantworten, dass die für „In-House"-Vergaben vorgesehene Ausnahme von der Anwendbarkeit der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen nicht anwendbar ist, wenn der Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag direkt, ohne Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens, vergeben will, eine privatrechtliche Einrichtung ist, zu deren Mitgliedern – wenn auch zu einem geringeren Anteil – Stellen gehören, die private Interessen verkörpern.

B – *Zur zweiten und zur dritten Vorlagefrage*

44. Mit der zweiten und der dritten Vorlagefrage, die meiner Ansicht nach zusammen beantwortet werden können, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine „ähnliche Kontrolle" über einen Auftragnehmer vorliegen kann, wenn dessen Satzung Bestimmungen enthält, die seinen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern oder dem zuständigen Regierungsmitglied besondere Befugnisse in den Satzungsorganen übertragen.

45. Im Einzelnen fragt das vorlegende Gericht den Gerichtshof mit der zweiten Frage im Wesentlichen, ob ein Auftragnehmer der einzeln oder gemeinsam ausgeübten „ähnlichen Kontrolle" seiner öffentlich-rechtlichen Mitglieder untersteht, wenn er nach seiner Satzung sicherstellen muss, dass die Mehrheit der Stimmrechte in der Generalversammlung 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.

46. Mit der dritten Frage fragt das vorlegende Gericht im Wesentlichen, ob eine „ähnliche Kontrolle" besteht, wenn der Auftragnehmer nach seiner Satzung den Aufsichtsbefugnissen des für den Gesundheitsbereich zuständigen Regierungsmitglieds untersteht, das für die Ernennung des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des Verwaltungsrats sowie die Bestätigung bestimmter - in Art. 3 der Satzung von SUCH aufgeführter - Beschlüsse der Generalversammlung zuständig ist [29].

27 — Vgl. in diesem Sinne Rn. 49, 50 und 51 des Urteils Sea.

28 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Sea, Rn. 53.

29 — Siehe oben, Nr. 9.

47. Aus der Antwort auf die erste Vorlagefrage geht nun hervor, dass ein öffentlicher Auftraggeber über einen Auftragnehmer keine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann, wenn an dieser Einrichtung eine Beteiligung – sei es auch nur eine Minderheitsbeteiligung – von Einrichtungen besteht, die private Interessen verkörpern. Meiner Ansicht nach muss aus dieser Feststellung, die im Einklang mit der in Nr. 32 angeführten Rechtsprechung Ausdruck einer engen Auslegung der Ausnahme ist, gefolgert werden, dass die Beteiligung von Einrichtungen, die private Interessen verkörpern, am Auftragnehmer nicht deshalb vernachlässigt werden kann, weil Bestimmungen in dessen Satzung gegebenenfalls bestimmte Überwachungs- und Aufsichtsbefugnisse an dessen restliche öffentlich-rechtlichen Mitglieder oder das zuständige Regierungsmitglied übertragen. Daher ist meiner Ansicht nach sowohl die zweite als auch die dritte Vorlagefrage zu verneinen.

48. Es sei darüber hinaus darauf hingewiesen, dass daraus, dass der Auftragnehmer direkten [30] oder indirekten [31] Aufsichtsbefugnissen des zuständigen Regierungsmitglieds untersteht, nicht notwendigerweise folgt, dass die öffentlichen Auftraggeber einzeln oder gemeinsam eine ähnliche Kontrolle über den Auftragnehmer ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen.

49. Es trifft zu, dass die Befugnis zur Überwachung der satzungsgemäßen Entscheidungsgremien des Auftragnehmers je nach den Umständen des Einzelfalls als eines der Elemente angesehen werden kann, die es den öffentlichen Auftraggebern, die über diese Befugnis verfügen, ermöglichen, über diesen Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle auszuüben wie über ihre eigenen Dienststellen [32]. Abstrakt trifft es ebenso zu, dass nicht ausgeschlossen ist, dass unter bestimmten Umständen eines Einzelfalls [33] öffentlichen Stellen, die die öffentlichen Auftraggeber überwachen, die ihrerseits die Kontrolle über den Auftragnehmer ausüben, übertragene Überwachungs- und Aufsichtsbefugnisse dazu beitragen können, die Willensautonomie des Auftragnehmers soweit zu beschränken, dass das Bestehen einer ähnlichen Kontrolle dieser öffentlichen Auftraggeber über den Auftragnehmer bejaht werden kann.

50. Trotz dieser Erwägungen muss das Bestehen der ähnlichen Kontrolle dennoch unter konkretem Bezug auf die öffentlichen Auftraggeber, die sie über die Einrichtung ausüben müssen, an die sie einen Auftrag direkt vergeben wollen, festgestellt werden und nicht unter Bezug auf den Staat als solchen unter Vermittlung durch das zuständige Regierungsmitglied.

51. Aufgrund dieser Erwägung sind meiner Ansicht nach die zweite und die dritte Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass im Fall der Beteiligung – sei es auch nur einer Minderheitsbeteiligung – von Stellen, die private Interessen verkörpern, an einer Einrichtung das Vorliegen von Bestimmungen der Satzung dieser Einrichtung, die bestimmte Überwachungs- oder Aufsichtsbefugnisse den restlichen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern oder dem zuständigen Regierungsmitglied übertragen, es nicht erlaubt, das Bestehen einer ähnlichen Kontrolle über diese Einrichtung, die eine Anwendung der „In-House“-Ausnahme rechtfertigen würde, zu bejahen.

C – *Zur vierten Vorlagefrage*

52. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof im Wesentlichen wissen, ob die Beziehungen zwischen dem Auftragnehmer und seinen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern deshalb als ein, eine direkte Vergabe rechtfertigendes, „In-House“-Verhältnis qualifiziert werden können, weil es sich bei dem Auftragnehmer um eine im gesamten nationalen Hoheitsgebiet tätige komplexe und große Einrichtung handelt.

30 — Wie im Fall der Satzungsbestimmung, die Gegenstand der dritten Vorlagefrage ist, d. h. Art. 3 der Satzung von SUCH.

31 — Wie im Fall der Satzungsbestimmung, die Gegenstand der zweiten Vorlagefrage ist, d. h. Art. 7 Abs. 2 der Satzung von SUCH.

32 — Vgl. Urteil Sea, Rn. 89, in diesem Sinne auch Urteil Coditel Brabant, Rn. 34, vgl. aber auch Rn. 69 des Urteils Parking Brixen.

33 — In dem jedoch keine Beteiligung privater Interessen am Auftragnehmer besteht.

53. Auch diese Vorlagefrage betrifft, wie die drei vorangegangenen, die erste „Teckal-Voraussetzung“, d. h. das Bestehen einer „ähnlichen Kontrolle“. In Nr. 23 habe ich an die Tragweite dieser Voraussetzung, wie sie von der Rechtsprechung näher bestimmt wurde, nämlich als eine Form der strukturellen, funktionellen und wirksamen Kontrolle, erinnert. In Nr. 27 habe ich dagegen darauf hingewiesen, dass die fehlende Autonomie des Auftragnehmers nach der Rechtsprechung die Grundlage für die „In-House“-Ausnahme bildet.

54. Aus diesen Vorbemerkungen folgt, dass die beträchtliche Größe und die komplexe Struktur einer Einrichtung für sich genommen keine Anhaltspunkte sind, aufgrund derer positiv festgestellt werden kann, dass eine Verwaltung wirksam eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über eine Einrichtung ausübt und demnach die zwischen diesen bestehende Beziehung als „ähnliche Kontrolle“ im Sinne der Rechtsprechung qualifiziert werden kann.

55. Das bedeutet jedoch nicht, dass diese Anhaltspunkte für die Beurteilung der Frage, ob eine ähnliche Kontrolle vorliegt, völlig irrelevant sind. Die beträchtliche Größe und die komplexe Struktur einer Einrichtung können meiner Meinung nach Indizien sein, die im Rahmen einer umfassenden Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls zu der Schlussfolgerung beitragen können, dass diese Einrichtung über einen Autonomiespielraum verfügt, der das Vorhandensein der ähnlichen Kontrolle ausschließt. Daher bin ich der Ansicht, dass die vierte Vorlagefrage in diesem Sinne beantwortet werden muss.

D – *Zur fünften Vorlagefrage*

56. Mit seiner fünften Vorlagefrage fragt das vorlegende Gericht den Gerichtshof im Wesentlichen, ob die „In-House“-Ausnahme anwendbar ist, wenn ein Auftragnehmer gemäß seiner Satzung Dienstleistungen nach den Regeln des Wettbewerbs an öffentliche Einrichtungen, die nicht seine Mitglieder sind, und an Private erbringen kann, sofern erstens den Mitgliedern daraus kein Schaden entsteht und dies für die Mitglieder und den Auftragnehmer selbst von Vorteil ist und zweitens die Erbringung dieser Dienstleistungen einen Rechnungsbetrag von 20 % seines gesamten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr nicht übersteigt.

57. Während die ersten vier Vorlagefragen alle die erste Teckal-Voraussetzung, d. h. das Bestehen der „ähnlichen Kontrolle“, betrafen, geht es in der fünften Vorlagefrage um die zweite Voraussetzung, die für die Anwendung der „In-House“-Ausnahme gegeben sein muss, d. h. die Bedingung, wonach der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber, die ihn kontrollieren, verrichten muss.

58. Diesbezüglich ist auf die Feststellung des Gerichtshofs zu verweisen, der zufolge dieses zweite Erfordernis insbesondere sicherstellen soll, dass die Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen anwendbar bleiben, wenn eine von einer oder mehreren Körperschaften kontrollierte Einrichtung auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass es einem Unternehmen nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit fehlt, weil die es betreffenden Entscheidungen von der öffentlichen Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat, sofern es noch einen bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern abwickeln kann [34].

34 — Vgl. Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Rn. 60 und 61.

59. Der Gerichtshof hat auch klargestellt, dass die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit nur dann im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber, die sie kontrollieren, verrichtet, wenn sie *im Wesentlichen* und *hauptsächlich* nur für den betreffenden Auftraggeber (oder die betreffenden Auftraggeber) tätig wird und daher jede andere Tätigkeit rein *nebensächlich* ist [35]. Üben mehrere öffentliche Auftraggeber die ähnliche Kontrolle über eine Einrichtung aus, ist auf die Tätigkeit abzustellen, die diese Einrichtung für alle diese öffentlichen Auftraggeber verrichtet [36].

60. Des Weiteren hat der Gerichtshof im Urteil Asociación Nacional de Empresas Forestales [37] diese Voraussetzungen, vorbehaltlich der dem vorlegenden Gericht obliegenden Feststellungen, in einem Fall als erfüllt angesehen, in dem der Auftragnehmer im Durchschnitt 90 % seiner Tätigkeit für die Körperschaften und öffentlichen Einrichtungen, die seine Anteile innehatten, verrichtet hat [38].

61. Dies vorausgeschickt bin ich, was die Satzungsbestimmung angeht, der zufolge der in Rede stehende Auftragnehmer nur dann Dienstleistungen nach den Regeln des Wettbewerbs an Dritte erbringen kann, wenn seinen Mitgliedern daraus kein Schaden entsteht und dies für die Mitglieder von Vorteil ist, der Ansicht, dass diese eine Beschränkung der Ausübung freier Wettbewerbstätigkeiten dieser Einrichtung darstellt und insofern kein Hindernis für die Anwendung der zweiten Teckal-Voraussetzung sein kann.

62. Erheblicher erscheint dagegen die Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn der Auftragnehmer 20 % seines gesamten Jahresumsatzes für öffentliche Einrichtungen, die nicht seine Mitglieder sind, und für Private, also für Dritte, erbringt. Meiner Ansicht nach muss diesbezüglich, so wie von der in Nr. 32 angeführten Rechtsprechung verlangt, bei der Auslegung der fraglichen Ausnahme einem restriktiven Ansatz gefolgt werden. Betrachtet man aus diesem Blickwinkel eine Situation, in der der Auftragnehmer einen Anteil von 20 % seiner Tätigkeit im freiem Wettbewerb und nicht für die öffentlichen Körperschaften, die seine Anteile innehaben, erbringt, kann man meines Erachtens nicht, wie von der in Nr. 59 angeführten Rechtsprechung verlangt, davon ausgehen, dass dieser Auftragnehmer *im Wesentlichen* und *hauptsächlich* nur für die öffentlichen Körperschaften, die ihn kontrollieren, tätig wird und daher jede andere Tätigkeit rein *nebensächlich* ist. Eine Tätigkeit, die einem Fünftel der gesamten Tätigkeit einer Einrichtung entspricht, kann meiner Ansicht nach schon unter quantitativen Gesichtspunkten nicht als *nebensächliche* Tätigkeit definiert werden.

63. Ich bin daher der Ansicht, dass die fünfte Vorlagefrage nach dem gegenwärtigen Rechtsstand [39] dahin zu beantworten ist, dass die „In-House"-Ausnahme nicht anwendbar ist, wenn ein Auftragnehmer gemäß seiner Satzung nach den Regeln des Wettbewerbs Dienstleistungen bis zu einem Rechnungsbetrag von 20 % seines gesamten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr an Dritte erbringen kann.

35 — Ebd., Rn. 62 und 63 (Hervorhebung nur hier).

36 — Ebd., Rn. 70 und 71.

37 — C-295/05.

38 — Ebd., Rn. 63.

39 — Es muss nämlich darauf hingewiesen werden, dass die in Fn. 24 angeführte letzte Fassung des Vorschlags für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über öffentliche Aufträge ausdrücklich vorsieht, dass die „In-House"-Ausnahme anwendbar ist, wenn mehr als 80 % der Tätigkeiten des betreffenden Auftragnehmers für den oder die öffentlichen Auftraggeber, die ihn kontrollieren, erbracht werden (siehe Art. 11 Abs. 1 Buchst. b). Sollte diese Schwelle in der Richtlinie beibehalten werden, würde dies eine den zukünftigen Rechtsstand ändernde Wahl des Gesetzgebers widerspiegeln. Dies spielt jedoch meiner Ansicht nach bei der Auslegung des zum gegenwärtigen Zeitpunkt geltenden Rechts keine Rolle.

E – *Zur sechsten Vorlagefrage*

64. Das vorlegende Gericht hat um Beantwortung der sechsten Frage nur für den Fall ersucht, dass die Antwort auf eine der vorstehenden Fragen für sich allein genommen nicht genügt, um festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der „In-House"-Ausnahme erfüllt sind. Für diesen Fall fragt das vorlegende Gericht, ob die Würdigung dieser Antworten insgesamt den Schluss zulässt, dass eine solche Ausnahme in einem Fall wie dem bei ihm anhängigen Anwendung findet.

65. Im Licht der Antworten auf die ersten fünf Vorlagefragen bin ich der Ansicht, dass der Gerichtshof, wenn er dem von mir vorgeschlagenen Ansatz folgen sollte, davon absehen kann, diese Frage zu beantworten. Aus diesen Antworten, insbesondere aus der Beantwortung der ersten und der fünften Vorlagefrage, geht nämlich hervor, dass in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens die genannte Ausnahme nach dem gegenwärtigen Rechtsstand [40] nicht anwendbar ist, und zwar unabhängig von einer Gesamtwürdigung dieser Antworten. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, diese Vorlagefrage nicht zu beantworten.

V – Ergebnis

66. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Supremo Tribunal Administrativo vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

Die für „In-House"-Vergaben vorgesehene Ausnahme von der Anwendbarkeit der Unionsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist nicht anwendbar, wenn der Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag direkt, ohne Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens, vergeben will, eine privatrechtliche Einrichtung ist, zu deren Mitgliedern – wenn auch zu einem geringeren Anteil – Stellen gehören, die private Interessen verkörpern. Das Vorliegen von Bestimmungen der Satzung dieser Einrichtung, die bestimmte Überwachungs- oder Aufsichtsbefugnisse den restlichen öffentlich-rechtlichen Mitgliedern oder dem zuständigen Regierungsmitglied übertragen, erlaubt es in einem solchen Fall nicht, das Bestehen einer ähnlichen Kontrolle über diese Einrichtung, die eine Anwendung der „In-House"-Ausnahme rechtfertigen würde, zu bejahen.

Die beträchtliche Größe und die komplexe Struktur einer Einrichtung können Indizien sein, die im Rahmen einer umfassenden Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls zu der Schlussfolgerung beitragen können, dass diese Einrichtung über einen Autonomiespielraum verfügt, der das Vorhandensein der ähnlichen Kontrolle ausschließt.

Die „In-House"-Ausnahme ist nicht anwendbar, wenn ein Auftragnehmer gemäß seiner Satzung nach den Regeln des Wettbewerbs Dienstleistungen bis zu einem Rechnungsbetrag von 20 % seines gesamten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr an öffentliche Einrichtungen, die nicht seine Mitglieder sind und an Private erbringen kann.

40 — Siehe oben, Fn. 24 und 38.