

<b>Gericht:</b>	EuGH 9. Kammer
<b>Entscheidungsdatum:</b>	26.11.2020
<b>Aktenzeichen:</b>	C-835/19
<b>ECLI:</b>	ECLI:EU:C:2020:970
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	Art 2 Abs 1 UAbs 1 EURL 23/2014, Art 30 EURL 23/2014, Art 267 AEUV
<b>Zitiervorschlag:</b>	EuGH, Beschluss vom 26. November 2020 - C-835/19 -, juris

---

**Vorabentscheidung auf Vorlage eines italienischen Gerichts: Nationale Regelung zum Verbot der Vergabe von Autobahnkonzessionen im Rahmen eines Projektfinanzierungsverfahrens**

**Leitsatz**

Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe in Verbindung mit Art. 30 und den Erwägungsgründen 5 und 68 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die es den öffentlichen Auftraggebern untersagt, abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen im Rahmen eines Projektfinanzierungsverfahrens gemäß Art. 183 des Decreto legislativo n. 50 - Codice dei contratti pubblici (gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 - Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 zu vergeben.

**Fundstellen**

ABI EU 2021, Nr C 44, 11-12 (Leitsatz)

**Tenor**

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

**Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe in Verbindung mit Art. 30 und den Erwägungsgründen 5 und 68 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift nicht entgegensteht, die es den Vergabebehörden untersagt, abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen im Verfahren der Projektfinanzierung gemäß Art. 183 des Decreto legislativo n. 50 - Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 - Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 zu vergeben.**

**Gründe**

**Beschluss**

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 30 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1) in Verbindung mit dem 68. Erwägungsgrund dieser Richtlinie.
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits, den die Autostrada Torino Ivrea Valle d'Aosta - Ativa SpA (im Folgenden: Ativa) gegen die Presidenza del. Consiglio dei Ministri (Präsidium des Ministerrats, Italien), das Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerium für Infrastruktur und Verkehr, Italien, im Folgenden: MIT), das Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerium für Wirtschaft und Finanzen, Italien) sowie die Autorità di regolazione dei trasporti (Regulierungsbehörde für das Verkehrswesen, Italien) führt, weil das MIT zwei von Ativa eingereichte Vorschläge für Projektfinanzierungen abgelehnt hat.

## **Rechtlicher Rahmen**

### **Unionsrecht**

- 3 Die Erwägungsgründe 5, 8 und 68 der Richtlinie 2014/23 lauten:

„(5) Mit dieser Richtlinie wird das Recht der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden bestätigt und bekräftigt, darüber zu entscheiden, welche Verwaltungsinstrumente ihrer Ansicht nach am besten geeignet sind, um Bau- oder Dienstleistungen erbringen zu lassen. Insbesondere sollte mit dieser Richtlinie das Recht der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden, darüber zu entscheiden, ob Bau- oder Dienstleistungen für die Öffentlichkeit direkt erbracht oder Dritte damit beauftragt werden, in keiner Weise beschränkt werden. Mitgliedstaaten oder die Behörden sollten auch weiterhin im Einklang mit dem Unionsrecht die Merkmale der zu erbringenden Dienstleistungen, einschließlich qualitativer oder preislicher Anforderungen definieren und festlegen können, um Ziele von öffentlichem Interesse zu erreichen.

...

(8) Für Konzessionen in Höhe oder oberhalb eines bestimmten Schwellenwerts ist es zweckmäßig, auf der Grundlage der Grundsätze des AEUV ein Mindestmaß an Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe vorzusehen, um die Öffnung der Vergabeverfahren für den Wettbewerb sicherzustellen und eine angemessene Rechtssicherheit zu gewährleisten. Diese Koordinierungsbestimmungen sollten nicht über das für die Erreichung der vorstehend genannten Ziele erforderliche Maß hinausgehen und für ein gewisses Maß an Flexibilität sorgen. Den Mitgliedstaaten sollte es freistehen, diese Bestimmungen zu ergänzen und weiterzuentwickeln, wenn sie dies für sinnvoll halten, um insbesondere die Wahrung der obigen Grundsätze besser sicherzustellen.

...

(68) Konzessionen sind in der Regel langfristige, komplexe Vereinbarungen, bei denen der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber getragen werden und normalerweise in dessen Zuständigkeit fallen. Daher sollte dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftraggeber vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie und der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei der Festlegung und Durchführung des

Verfahrens zur Auswahl des Konzessionsnehmers ein großer Spielraum gelassen werden. Um jedoch Gleichbehandlung und Transparenz während des gesamten Vergabeverfahrens sicherzustellen, sollten grundlegende Garantien in Bezug auf das Vergabeverfahren vorgeschrieben werden, zu denen unter anderem die Information über Art und Umfang der Konzession, eine Beschränkung der Bewerberzahl, die Weitergabe von Informationen an Bewerber und Bieter sowie die Verfügbarkeit geeigneter Aufzeichnungen gehören. Darüber hinaus sollte festgelegt werden, dass von den ursprünglichen Bestimmungen der Konzessionsbekanntmachung nicht abgewichen werden sollte, um eine unfaire Behandlung potenzieller Bewerber zu vermeiden.“

4 Art. 1 („Gegenstand und Anwendungsbereich“) Abs. 1 dieser Richtlinie sieht vor:

„Diese Richtlinie enthält Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Artikel 8 festgelegten Schwellenwert entspricht.“

5 Art. 2 („Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden“) Abs. 1 der Richtlinie bestimmt:

„In dieser Richtlinie wird im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und dem Unionsrecht der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften anerkannt. Es steht diesen Körperschaften frei zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen am besten gesteuert werden kann, damit bei öffentlichen Dienstleistungen insbesondere ein hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzerrechte gewährleistet werden können.

...“

6 Art. 3 („Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz“) dieser Richtlinie lautet:

„(1) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und in nichtdiskriminierender Weise und wahren in ihrem Handeln Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

Das Konzessionsvergabeverfahren – einschließlich der Schätzung des Vertragswerts – darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder bestimmte Wirtschaftsteilnehmer beziehungsweise bestimmte Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

(2) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber streben unter Einhaltung des Artikels 28 danach, die Transparenz des Vergabeverfahrens und der Vertragserfüllung zu gewährleisten.“

7 Art. 8 („Schwellenwert und Methoden zur Berechnung des geschätzten Werts von Konzessionen“) Abs. 1 der Richtlinie 2014/23 sieht vor:

„Diese Richtlinie gilt für Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5 186 000 [Euro] beträgt.“

8 Titel II der Richtlinie 2014/23, der die allgemeinen Grundsätze und Verfahrensgarantien für die Konzessionsvergaben enthält, besteht aus den Art. 30 bis 41.

9 Art. 30 („Allgemeine Grundsätze“) Abs. 1 und 2 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber können das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten.

(2) Das Konzessionsvergabeverfahren wird unter Einhaltung der Grundsätze nach Artikel 3 konzipiert. Insbesondere enthält sich der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber während des Konzessionsvergabeverfahrens jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bewerber oder Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten.“

10 Art. 37 („Verfahrensgarantien“) Abs. 6 der Richtlinie lautet:

„Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber kann Verhandlungen mit den Bewerbern und Bieter führen. Der Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen dürfen während der Verhandlungen nicht geändert werden.“

### ***Italienisches Recht***

#### *Gesetz Nr. 11 vom 28. Januar 2016*

11 Art. 1 Abs. 1 Buchst. III der Legge n. 11 - Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Gesetz Nr. 11 über die Übertragung von Befugnissen auf die Regierung zur Umsetzung der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, die öffentliche Auftragsvergabe und die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Neugestaltung der Regelung für öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge) vom 28. Januar 2016 (GURI Nr. 23 vom 29. Januar 2016) verpflichtete den beauftragten Gesetzgeber zum Erlass von Vorschriften über „die Einleitung wettbewerblicher Verfahren zur Vergabe neuer Autobahnkonzessionen spätestens 24 Monate vor dem Ablauf der bestehenden Konzessionen, mit Überprüfung des Systems der Autobahnkonzessionen, insbesondere im Hinblick auf die Einführung eines

Verbots von Verlängerungsklauseln und -bestimmungen gemäß der neuen allgemeinen Regelung für Konzessionsverträge“.

- 12 Gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. mmm dieses Gesetzes ist der mit der Umsetzung beauftragte Gesetzgeber verpflichtet, „eine besondere Übergangsregelung für die Vergabe von im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Dekrets über die Umsetzung der Richtlinien abgelaufenen oder auslaufenden Autobahnkonzessionen [zu treffen], damit der Wettbewerbsgrundsatz sowie hinsichtlich der Konzessionen, für die der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber über den Konzessionsnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, die Grundsätze aus Art. 17 der Richtlinie [2014/23] in vollem Umfang gewahrt werden“.

#### *Neues Gesetzbuch über öffentliche Aufträge*

- 13 Nach Art. 180 des Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 – Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 (GURI Nr. 91 vom 19. April 2016, im Folgenden: neues Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) beinhalten Verträge über öffentlich-private Partnerschaften u. a. die Finanzierung von Projekten.

- 14 Art. 183 („Projektfinanzierung“) dieses Gesetzbuchs lautet:
- „1. Für die Durchführung öffentlicher oder gemeinnütziger Baumaßnahmen, einschließlich von Bauleistungen betreffend die Errichtung von Anlagen für die Freizeitschifffahrt, als Teil von amtlichen Planungsinstrumenten, die von Vergabebehörden auf der Grundlage der geltenden Vorschriften erlassen wurden, einschließlich von Plänen für Hafenanlagen, die in vollem Umfang oder zum Teil aus privatem Kapital finanziert werden können, können die Vergabebehörden anstelle der Vergabe von Aufträgen mittels einer Konzession gemäß Teil III eine Konzession im Rahmen einer auf einer Machbarkeitsstudie beruhenden öffentlichen Ausschreibung durch die Veröffentlichung einer Ausschreibungsbekanntmachung über die Abgabe von Angeboten über die volle oder teilweise Nutzung der Mittel zulasten der Urheber der Vorschläge vergeben. Für die Infrastrukturen im Bereich der Online-Arbeiten ist es jedenfalls erforderlich, dass die entsprechenden Vorschläge Teil der Planungsinstrumente des Ministeriums für Infrastruktur und Verkehr sind.

2. Die Ausschreibungsbekanntmachung wird je nach dem Betrag der Bauarbeiten gemäß den Modalitäten von Art. 72 oder von Art. 36 Abs. 9 veröffentlicht, wobei die Ausschreibung auf der Machbarkeitsstudie der Vergabebehörden beruht. Die Machbarkeitsstudie als Grundlage für die Ausschreibung wird von den Bediensteten der Vergabebehörden erstellt, die den notwendigen subjektiven Anforderungen an die Erstellung dieser Studie entsprechen, die von den verschiedenen an dem pluridisziplinären Lösungsansatz der Machbarkeitsstudie beteiligten Berufen abhängen. Falls qualifizierte Bedienstete nicht in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen, können die Vergabebehörden Dritte mit der Erstellung der Machbarkeitsstudie beauftragen, die nach den in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Verfahren auszuwählen sind. Die Kosten für die Drittvergabe dieser Tätigkeiten können in den wirtschaftlichen Rahmen des Projekts aufgenommen werden.

...

15. Die Wirtschaftsteilnehmer können den Vergabebehörden Vorschläge hinsichtlich der Durchführung öffentlicher oder gemeinnütziger Baumaßnahmen im Rahmen der Konzession, einschließlich von Bauleistungen betreffend die Errichtung von Anlagen für die Freizeitschifffahrt, die nicht Teil der von Vergabebehörden auf der Grundlage der geltenden Vorschriften erlassenen Planungsinstrumente sind, unterbreiten. Der Vorschlag enthält eine Machbarkeitsstudie, einen Vertragsentwurf, den von einer der Einrichtungen im Sinne von Abs. 9 Satz 1 zertifizierten Wirtschafts- und Finanzplan sowie die Darstellung der Merkmale der Dienstleistung und deren Verwaltung. Bei den Anlagen der Freizeitschifffahrt muss die Machbarkeitsstudie die qualitativen und funktionellen Merkmale der Projekte sowie den Rahmen des zu deckenden Bedarfs und der spezifischen zu erbringenden Leistungen beschreiben, eine Studie enthalten, die eine Projektbeschreibung sowie die Daten umfasst, die für die Bestimmung und Bewertung der möglichen Hauptauswirkungen des Projekts auf die Umwelt erforderlich sind, und gemäß den spezifischen Anforderungen der Dekrete ... des Ministeriums für Infrastruktur und Verkehr vervollständigt werden. Der Wirtschafts- und Finanzplan enthält den Betrag der für die Erstellung des Vorschlags aufgewendeten Kosten, einschließlich der urheberrechtlichen Ansprüche auf Vergütung für geschützte Werke im Sinne von Art. 2578 des Zivilgesetzbuchs. Der Vorschlag wird ergänzt durch die Eigenerklärungen, die Voraussetzungen nach Abs. 17 zu erfüllen, durch die Sicherheitsleistung gemäß Art. 93 und durch die Verpflichtung, im Fall einer Ausschreibung eine Sicherheitsleistung in Höhe des Betrags gemäß Abs. 9 Satz 3 zu erbringen. Die Vergabebehörde bewertet die Durchführbarkeit des Vorschlags innerhalb einer bindenden Frist von drei Monaten. Zu diesem Zweck kann die Vergabebehörde den Verfasser des Vorschlags auffordern, der Machbarkeitsstudie die für ihre Genehmigung erforderlichen Änderungen beizufügen. Wenn der Verfasser des Vorschlags nicht die geforderten Änderungen vornimmt, kann der Vorschlag nicht positiv bewertet werden. Die gegebenenfalls geänderte Machbarkeitsstudie wird in die von den Vergabebehörden auf der Grundlage der geltenden Vorschriften erlassenen Planungsinstrumente aufgenommen und nach den für die Genehmigung von Vorschlägen geltenden Modalitäten genehmigt; der Verfasser des Vorschlags muss die gegebenenfalls geforderten ergänzenden Änderungen im Genehmigungsverfahren vornehmen, andernfalls gilt der Vorschlag als nicht genehmigt. Die genehmigte Machbarkeitsstudie ist die Grundlage der Ausschreibung, an der der Verfasser des Vorschlags teilnehmen kann. In der Auftragsbekanntmachung kann die Vergabebehörde die Wettbewerber, einschließlich des Verfassers des Vorschlags, auffordern, Alternativen zu dem Entwurf vorzulegen. In der Auftragsbekanntmachung wird festgestellt, dass der Projektwerber sein Prioritätsrecht ausüben kann. Die Wettbewerber, einschließlich des Projektwerbers, müssen die Voraussetzungen von Abs. 8 erfüllen und ein Angebot vorlegen, das einen Vertragsentwurf, den von einer der Stellen im Sinne von Abs. 9 Satz 1 zertifizierten Wirtschafts- und Finanzplan sowie die Darstellung der Merkmale der Dienstleistung und deren Verwaltung und etwaige Varianten der Machbarkeitsstudie enthält; es gelten die Abs. 4, 5, 6, 7 und 13. Erhält der Projektwerber nicht den Zuschlag, kann er binnen zwei Wochen ab der Mitteilung der Auftragsvergabe sein Prioritätsrecht ausüben und den Zuschlag erhalten, wenn er erklärt, die vertraglichen Pflichten unter denselben Voraussetzungen zu erfüllen, wie sie vom erfolgreichen Bieter angeboten wurden. Erhält der Projektwerber nicht

den Zuschlag und übt er sein Prioritätsrecht nicht aus, hat er im Rahmen der Grenzen gemäß Abs. 9 Anspruch auf Erstattung des Betrags der ihm für die Erstellung des Angebots entstandenen Kosten durch den erfolgreichen Bieter. Übt der Projektwerber sein Prioritätsrecht aus, hat der ursprünglich erfolgreiche Bieter im Rahmen der Grenzen gemäß Abs. 9 Anspruch auf Erstattung des Betrags der ihm für die Erstellung des Angebots entstandenen Kosten durch den Projektwerber.

16. Die in Abs. 15 Satz 1 genannten Vorschläge können anstelle der Konzession alle Verträge öffentlich-privater Partnerschaften betreffen.

...“

15 Art. 216 Abs. 1 und 23 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge sieht vor:

„1. Vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Artikels oder anderer Bestimmungen dieses Gesetzbuchs gilt dieses Gesetzbuch für die Verfahren und Verträge, für die die Bekanntmachungen, mit denen das Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners eröffnet wird, nach dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens veröffentlicht werden, und im Fall von Verträgen ohne Veröffentlichung der Bekanntmachung für die Verfahren und Verträge, hinsichtlich derer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzbuchs noch keine Aufforderungen zur Einreichung von Angeboten versandt worden waren.

...

23. Die Vorentwürfe für die Durchführung von öffentlichen oder gemeinnützigen Baumaßnahmen betreffend Vorschläge für Konzessionen nach Art. 153 oder Art. 175 des [Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 163 – Gesetzbuch über öffentliche Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006 (GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006)], für die schon die Erklärung über das öffentliche Interesse erfolgt ist, die aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzbuchs noch nicht genehmigt waren, sind Gegenstand einer Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Machbarkeit und werden von der Verwaltung gemäß den Vorschriften dieses Gesetzbuchs genehmigt. Falls keine Genehmigung erteilt wird, hat dies zur Folge, dass die offenen Verfahren eingestellt und mögliche Projektwerber von ihren Verpflichtungen entbunden werden, wobei sie einen Anspruch auf Erstattung der von ihnen nachweislich zur Erstellung des als Grundlage der Ausschreibung dienenden Entwurfs verauslagten Kosten haben, wenn diese Kosten zur Erstellung einer Studie über die Umweltauswirkungen und die städtebauliche Lokalisierung zwingend erforderlich waren.“

#### *Berichtigungsdekret*

16 Das Decreto legislativo n. 56 – Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 56 über ergänzende und

berichtigende Bestimmungen zu dem Gesetzesvertretenden Dekret Nr. 50 vom 18. April 2016) vom 19. April 2017 (GURI Nr. 103 vom 5. Mai 2017, im Folgenden: Berichtigungsdekrekt) hat u. a. folgenden Abs. 8-bis in Art. 178 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge eingefügt:

„Die Verwaltungsbehörden können abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen nicht nach den Verfahren gemäß Art. 183 vergeben.“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

- 17 Ativa, ein Unternehmen mit der Konzession zum Betrieb von Autobahnen, betrieb im Gebiet des Piemont (Italien) einen Abschnitt der Autobahn A5 mit einer Länge von ungefähr 220 Kilometern auf der Grundlage mehrerer Konzessionen, deren Letzte im Jahr 2016 ablief.
- 18 Am 25. September 2015 reichte Ativa gemäß Art. 153 Abs. 19 des Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 163 – Gesetzbuch über öffentliche Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006 (GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006, im Folgenden: altes Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) einen Vorschlag für eine Projektfinanzierung für die Konzession zum Betrieb der Autobahn A5, des Autobahnkreuzes A4/A5 und der Autobahnumgehung von Turin (Italien) sowie zur Durchführung von Arbeiten zur Sicherung des hydraulischen Netzwerkknotens von Ivrea (Italien), der Herabsetzung seismischer Gefahren und der Anpassung der Infrastruktur an normative Standards (im Folgenden: erster Vorschlag) ein.
- 19 Mit Entscheidung vom 29. Juli 2016 (im Folgenden: erste Ablehnungsentscheidung) wies das MIT diesen Vorschlag mit der Begründung zurück, dass zum einen das Verfahren der Projektfinanzierung auf die Konzession für den Betrieb einer Autobahn nicht anwendbar sei und zum anderen dieser Vorschlag weder den Vorschriften des alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge noch Art. 178 und Art. 183 Abs. 15 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge entspreche.
- 20 Ativa er hob beim Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht Piemont, Italien) Klage, die zum einen darauf gerichtet war, diese erste Ablehnungsentscheidung für nichtig zu erklären, und zum anderen darauf, dem MIT aufzugeben, zum öffentlichen Interesse oder zur Machbarkeit des ersten Vorschlags Stellung zu nehmen.
- 21 Zur Stützung dieser Klage brachte Ativa vor, das MIT habe die den Vergabebehörden gemäß Art. 153 Abs. 19 des alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge für die Bewertung der eingereichten Vorschläge auferlegte Frist von drei Monaten nicht eingehalten. Somit hätte ihr erster, im September 2015 vorgelegter Vorschlag zum einen bis Ende 2015 und nicht, wie tatsächlich geschehen, im Juni 2016 bewertet und zum anderen auf die Bestimmungen des alten statt des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge gestützt werden müssen.
- 22 Am 20. September 2016 reichte Ativa beim MIT einen zweiten Vorschlag für die Finanzierung der in Rn. 18 des vorliegenden Beschlusses genannten Projekte ein, der in diesem Fall auf Art. 183 Abs. 15 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge ge-

- stützt war. Mit Entscheidung vom 22. Mai 2017 wies das MIT diesen zweiten Vorschlag aus Gründen ab, die mit der Begründung der ersten Ablehnungsentscheidung vergleichbar waren (im Folgenden: zweite Ablehnungsentscheidung). Das Ministerium stützte sich insbesondere auf den mit dem Berichtigungsdekret eingeführten und am 20. Mai 2017 in Kraft getretenen Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge. Sie wies darauf hin, dass die Verwaltungsbehörden nach dieser Bestimmung abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen nicht im Projektfinanzierungsverfahren vergeben könnten.
- 23 Ativa erhab beim Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht Piemont) eine Klage, die insbesondere auf die Nichtigerklärung der zweiten Ablehnungsentscheidung gerichtet war.
- 24 Mit zwei Urteilen vom 31. August 2018 wies dieses Gericht die Klagen von Ativa ab.
- 25 In seinem ersten Urteil vertrat dieses Gericht die Auffassung, dass die Nichtbeachtung der Dreimonatsfrist gemäß Art. 153 Abs. 19 des alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge durch das MIT für sich allein nicht zur Rechtswidrigkeit der ersten Ablehnungsentscheidung führen könne. Im Übrigen wies es den Klagegrund der Verletzung dieser Bestimmung mit der Begründung zurück, dass nach dieser Bestimmung der Vorschlag für die Projektfinanzierung in einem Vorentwurf bestehen müsse, auf dessen Grundlage die Auswahl des Konzessionsnehmers erfolge. Das Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht Piemont) zog daraus den Schluss, dass ein Vorschlag, der wie jener von Ativa einen endgültigen Entwurf enthalte, unzulässig sei, da ein derartiger Entwurf erst in einem späteren Verfahrensstadium erforderlich sei.
- 26 Dieses Gericht führte ferner aus, dass das Argument, wonach das MIT seine Entscheidung nicht auf Art. 183 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge stützen könne, nicht erheblich sei. Denn auch wenn diese Bestimmung nach der Vorlage des ersten Vorschlags erlassen worden sei, so sei sie doch zum Zeitpunkt des Erlasses der ersten Ablehnungsentscheidung in Kraft gewesen.
- 27 Mit seinem zweiten Urteil wies das genannte Gericht die Klage gegen die zweite Ablehnungsentscheidung aus Gründen ab, die den in den Rn. 25 und 26 des vorliegenden Beschlusses dargestellten entsprechen. Darüber hinaus war der zweite Vorschlag nach Ansicht dieses Gerichts nicht mit Art. 183 Abs. 15 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vereinbar.
- 28 Ativa legte gegen diese beiden Urteile beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) ein Rechtsmittel ein. Sie trägt vor, dass Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge, wonach es den Verwaltungen nicht erlaubt sei, abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen im Verfahren nach Art. 183 dieses Gesetzbuchs zu vergeben, eingefügt worden sei, nachdem sie die beiden im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vorschläge vorgelegt habe, auf die daher die Bestimmungen des alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge Anwendung fänden. Im Übrigen sei Ativa, da das MIT einen Verweis auf die Bestimmungen des Berichtigungsdekrets unterlassen habe, nicht in die Lage versetzt worden, vorzubringen, weshalb die neu eingeführten Vorschriften im Ausgangsverfahren nicht gelten könnten, wodurch ihr Recht auf Beteiligung am Verfahren verletzt werde.

- 29 Das MIT vertritt dagegen die Auffassung, dass Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge zeitlich auf das Ausgangsverfahren anwendbar sei, da diese Bestimmung die „abgelaufenen oder auslaufenden“ Konzessionen betreffe. Die Anwendung dieser Bestimmung trage im Übrigen zu einer größeren Öffnung des Wettbewerbs und zu einer Verhinderung der Stärkung der Position der früheren Betreiber bei, die Inhaber auslaufender und ohne Ausschreibung vergebener Konzessionen seien. Ferner folge aus dem Grundsatz *tempus regit actum*, dass vorbehaltlich besonderer Übergangsbestimmungen jeder Verfahrensabschnitt und jede Verfahrenshandlung derjenigen Regelung der nationalen Bestimmungen unterlägen, die während dieses Verfahrensabschnitts oder zum Zeitpunkt des Erlasses des Rechtsakts in Kraft sei, mit dem der eigenständige Abschnitt des Verfahrens, zu dem er gehöre, abgeschlossen werde. Im vorliegenden Fall beziehe sich der Rechtsstreit auf eine Vorphase des Ausschreibungsverfahrens, die nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge stattgefunden habe.
- 30 Im Übrigen gehe es in dieser Vorbereitungsphase nicht darum, auf der Grundlage vorher festgelegter technischer und wirtschaftlicher Kriterien das beste Angebot auszuwählen, sondern darum, vorab die Machbarkeit eines Vorschlags für ein Projekt zu bewerten und ein Projekt zu genehmigen, das als Grundlage für die Ausschreibung dienen müsse. Der Verfasser des Vorschlags könne nicht als „Projektwerber“ gelten und werde nur im Fall der Genehmigung des Projekts und der Einleitung der Ausschreibung zur Angebotsabgabe aufgefordert.
- 31 Wenn das Projekt genehmigt werde, erfolge die Vergabe der Konzession erst nach Abschluss des Ausschreibungsverfahrens, auf der Grundlage des Kriteriums des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots. Dieser Verfahrensabschnitt sei von der vorhergehenden Phase unabhängig und müsse nach den Regeln der Ausschreibung ablaufen, vorbehaltlich des dem Projektwerber nach Art. 183 Abs. 15 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge zustehenden Prioritätsrechts.
- 32 Der Consiglio di Stato (Staatsrat) vertritt wie das MIT die Auffassung, dass der allgemeine Rechtmäßigkeitsgrundsatz verlange, dass sich die Verwaltung nach dem Gesetz richte, das zu dem Zeitpunkt gelte, zu dem sie ihre Absicht kundtue, das Verfahren zur Auswahl des Konzessionärs durchzuführen. Wenn ein auf der Grundlage der Bestimmungen des alten Rechts vorgelegter Konzessionsvorschlag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes noch nicht genehmigt sei, könne daher die Verwaltung, vorbehaltlich der Anwendung von Übergangsregelungen, die von während des Verfahrens in Kraft getretenen Vorschriften vorgesehen seien, nicht so verfahren, dass sie allein auf der Grundlage der neuen Regelung dieses Projekt genehmige und eine Ausschreibung durchföhre.
- 33 Im Bereich der Autobahnkonzessionen habe das Berichtigungskreis Art. 178 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge einen Abs. 8-bis hinzugefügt, der es untersage, abgelaufene oder auslaufende Autobahnkonzessionen im Verfahren der Projektfinanzierung nach Art. 183 dieses Gesetzbuchs zu vergeben,
- 34 In diesem Kontext geht das vorlegende Gericht erstens von der Rechtmäßigkeit der zweiten Ablehnungsentscheidung aus. Denn Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge sei in der Vorphase des Verfahrens in Kraft getreten und daher

auf die Entscheidung über den endgültigen Abschluss des Verfahrens durch die Ablehnung des Vorschlags des bisherigen Konzessionsnehmers anwendbar.

- 35 Da zweitens die erste Ablehnungsentscheidung vor dem Inkrafttreten des Berichtsdekrets erlassen worden sei, sei das Verbot, bei einer Autobahnkonzession von der Projektfinanzierung Gebrauch zu machen, nicht anwendbar. Obwohl sich das MIT bei der Ablehnung des ersten Vorschlags nicht auf Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge habe stützen können, sei eine Verletzung dieser Vorschrift aber nicht erheblich. Denn diese Bestimmung schließe auch aus, dass in die Planung der Vergabebehörde Projekte privater Betreiber aufgenommen würden, deren Machbarkeit bereits positiv bewertet worden sei, so dass Ativa kein Interesse an einer Nichtigerklärung der ersten Ablehnungsentscheidung habe.
- 36 Dennoch hält es der Consiglio di Stato (Staatsrat) für erforderlich, den von Ativa geltend gemachten Klagegrund zu prüfen, wonach Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge, indem er es den Vergabebehörden schlicht untersage, sich bei der Konzessionsvergabe auf die Projektfinanzierung zu stützen, gegen den Grundsatz der „Verfahrensfreiheit“ verstöße, der der Vergabeverwaltung bei der Festlegung und Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Konzessionärs einen großen Spielraum einräume und der vom nationalen Gesetzgeber nach dem 68. Erwägungsgrund sowie Art. 30 und Art. 37 Abs. 6 der Richtlinie 2014/23 zu beachten sei.
- 37 Vor diesem Hintergrund hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Stehen das Unionsrecht und insbesondere die mit der Richtlinie 2014/23 festgelegten Grundsätze, speziell die Freiheit der Wahl der Vergabeverfahren im Bereich der Konzessionsvergaben unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung nach dem 68. Erwägungsgrund und Art. 30 dieser Richtlinie, der nationalen Regelung in Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge entgegen, die es den Verwaltungen unbedingt verbietet, die Vergabe von abgelaufenen oder auslaufenden Autobahnkonzessionen nach den Verfahren gemäß Art. 183 dieses Gesetzbuchs, der die Projektfinanzierung regelt, durchzuführen?

### **Zur Vorlagefrage**

- 38 Nach Art. 99 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof, wenn die Antwort auf eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder wenn die Beantwortung dieser Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt, auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden.
- 39 Diese Bestimmung ist im Rahmen der vorliegenden Rechtssache anzuwenden.
- 40 Zunächst ist festzustellen, dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen nicht auf die Klärung der Frage gerichtet ist, ob das Verfahren der Projektfinanzierung gemäß Art. 183 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge mit der Richtlinie 2014/23 vereinbar ist, sondern auf die Klärung der Frage, ob ein Mitgliedstaat seine Vergabebehör-

den verpflichten kann, den Betrieb von Autobahnen mittels einer Vergabe von Konzessionen zu regeln, und ihnen damit untersagen kann, das Verfahren der Projektfinanzierung zu wählen.

- 41 Mit seiner Frage will der Consiglio di Stato (Staatsrat) wissen, ob Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23 in Verbindung mit Art. 30 und den Erwägungsgründen 5 und 68 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die den Vergabebehörden untersagt, abgelaufene oder auslaufende Konzessionen im Verfahren der Projektfinanzierung gemäß Art. 183 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge zu vergeben.
- 42 In Anbetracht des Wortlauts der Richtlinie 2014/23 und der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der öffentlichen Aufträge ist diese Frage zu verneinen.
- 43 Erstens zielt die Richtlinie 2014/23, wie sich aus ihrem Art. 1 in Verbindung mit ihrem achten Erwägungsgrund ergibt, ausschließlich darauf ab, die Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Art. 8 festgelegten Schwellenwert entspricht, festzulegen.
- 44 Die Richtlinie 2014/23 soll daher nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber oder Auftraggeber ein Verfahren zur Beschaffung im Wege einer Konzession eingeleitet hat.
- 45 Zweitens ist festzustellen, dass Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23 im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und dem Unionsrecht den Grundsatz der Verwaltungsautonomie der nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften anerkennt. Deshalb steht es diesen „Körperschaften“, verstanden als mit Gesetzgebungsbefugnis ausgestattete Behörden und nicht als öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber, frei, zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen am besten gesteuert werden kann, damit bei öffentlichen Dienstleistungen insbesondere ein hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzerrechte gewährleistet werden kann.
- 46 Drittens folgt aus Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/23 in Verbindung mit dem fünften Erwägungsgrund dieser Richtlinie, dass diese Körperschaften wählen können, ob sie ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen Körperschaften erfüllen oder ob sie Wirtschaftsteilnehmer damit betrauen.
- 47 Die Richtlinie 2014/23 kann den Mitgliedstaaten demnach nicht die Freiheit nehmen, das eine Verwaltungsinstrument gegenüber dem anderen zu bevorzugen. Diese Freiheit impliziert nämlich eine Wahl, die in einer Phase vor dem Vergabeverfahren getroffen wird und daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen kann (vgl. entsprechend Urteil vom 3. Oktober 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, Rn. 44, sowie Beschlüsse vom 6. Februar 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, Rn. 41, und vom 6. Februar 2020, Rieco, C-89/19 bis C-91/19, EU:C:2020:87, Rn. 33).
- 48 Viertens kann diese Auslegung nicht durch die Feststellung in Art. 30 Abs. 1 sowie im 68. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23 entkräftet werden, wonach der öffentliche

Auftraggeber oder Auftraggeber das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten kann.

- 49 Denn wenn die nationalen, regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften ein bestimmtes Verwaltungsinstrument bevorzugen wollten, steht den öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern nur eine bedingte Freiheit zu, von der folglich nur im Rahmen der politischen Entscheidungen Gebrauch gemacht werden kann, die diese Körperschaften vorher getroffen haben.
- 50 Fünftens kann jedoch die Freiheit, über die die nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften gemäß Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23 bei der Wahl des nach ihrer Ansicht für die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen am besten geeigneten Verwaltungsinstruments verfügen, nicht schrankenlos sein. Sie ist vielmehr unter Beachtung der Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, sowie der sich daraus ergebenden Grundsätze wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz auszuüben (vgl. entsprechend Urteil vom 3. Oktober 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie die Beschlüsse vom 6. Februar 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, Rn. 45, und vom 6. Februar 2020, Rieco, C-89/19 bis C-91/19, EU:C:2020:87, Rn. 37).
- 51 Auch wenn es im Ausgangsverfahren Sache des vorlegenden Gerichts ist, sich zu vergewissern, dass das Verbot für öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber, das Verfahren der Projektfinanzierung im Sinne von Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge anzuwenden, nicht die in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Beschlusses dargestellten Grenzen überschritten hat, scheint sich sowohl aus dem Vorlagebeschluss als auch aus den von der italienischen Regierung und der Europäischen Kommission beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen zu ergeben, dass mit dieser Bestimmung die größtmögliche Öffnung des Wettbewerbs für die Autobahnkonzessionen sichergestellt werden soll. Da der Bereich der Autobahnkonzessionen erst vor Kurzem für den Wettbewerb geöffnet wurde, entschied sich der italienische Gesetzgeber für ein System der öffentlichen Ausschreibungen und untersagte es, von der Alternative der Vergabe dieser Konzessionen mittels der Projektfinanzierung Gebrauch zu machen. Damit sollte auf der Grundlage von Art. 178 Abs. 8-bis des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge verhindert werden, dass den ausscheidenden Konzessionsnehmern ein gewisser Vorteil, sei er auch nur tatsächlicher Natur, zuerkannt wird.
- 52 Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/23 in Verbindung mit Art. 30 und den Erwägungsgründen 5 und 68 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Vorschrift nicht entgegensteht, die es den Vergabebehörden untersagt, abgelaufene oder auslaufende Konzessionen im Verfahren der Projektfinanzierung gemäß Art. 183 des neuen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge zu vergeben.

## **Kosten**

- 53 Da das Verfahren für die Parteien des Ausgangsverfahrens ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit ist, ist die Kostenentscheidung Sa-

che dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Unterschriften

---

Verfahrenssprache: Italienisch.