


<b>Anmerkung zu:</b>	EuGH 9. Kammer, Beschluss vom 26.11.2020 - C-835/19
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Moritz Schuchert, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	13.07.2021
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	EURL 23/2014, EURL 24/2014, EURL 25/2014
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 7/2021 Anm. 1
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Schuchert, jurisPR-VergR 7/2021 Anm. 1

---

## **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 i.V.m. 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.**

### **Orientierungssatz zur Anmerkung**

**Die dem Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie vorgelagerte Entscheidung für oder gegen eine Ausschreibung von Konzessionen unterliegt ebenfalls dem Primärvergaberecht.**

### **A. Problemstellung**

Der EuGH setzt sich in diesem Vorlageverfahren mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen Mitgliedstaaten ihren öffentlichen Auftraggebern die Vergabe von Autobahnkonzessionen mittels einer Konzessionsvergabe nach der RL 2014/23/EU vorschreiben dürfen. Dabei stellte sich zunächst die Frage, ob die in Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 sowie Art. 30 der RL 2014/23/EU vorgegebene Verwaltungsautonomie für die Wahl des konkreten Verwaltungsinstruments auch zugunsten der jeweiligen Beschaffungsstelle oder nur zugunsten der mit Rechtssetzungsbefugnis ausgestatteten Gebietskörperschaften wirkt. Zum anderen positionierte sich der EuGH zur Reich-

weite und etwaigen Schranken dieser Autonomie in Bezug auf die durch den italienischen Gesetzgeber aufgestellten Vorgaben.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

I. Im Ausgangsverfahren ging die Firma Autostrada Torino Ivrea Valle d'Aosta - Ativa SpA (Ativa) dagegen vor, dass das italienische Ministerium für Infrastruktur und Verkehr, das Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), ihre Vorschläge für eine Projektfinanzierung für eine zukünftige Konzession zum Autobahnbetrieb ablehnte. Ativa betrieb im Gebiet des Piemont (Italien) einen Abschnitt der Autobahn A 5 mit einer Länge von ungefähr 220 Kilometern auf der Grundlage mehrerer Konzessionen, deren letzte Konzession im Jahr 2016 ablief. In den Jahren 2015 und 2016 reichte Ativa jeweils einen Vorschlag für eine Projektfinanzierung zur weiteren Beteiligung am Betrieb der Autobahn sowie sonstigen damit zusammenhängenden Infrastrukturleistungen ein. Bei einer solchen Projektfinanzierung handelt es sich nach Art. 183 des Italienischen Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge um ein Verfahren für die Einbindung privater Akteure in den Infrastrukturbetrieb auf Basis von Finanzierungsvorschlägen, das eine Alternative zur Vergabe von Konzessionen nach der RL 2014/23/EU darstellt. Allerdings befürchtete der italienische Gesetzgeber in einem solchen Projektfinanzierungsverfahren für bereits mit dem Betrieb einer Autobahn betraute Unternehmen kaum zu kompensierende Wettbewerbsvorteile. Deshalb wurde in Italien nach Inkrafttreten der RL 2014/23/EU zur Förderung des Wettbewerbes bei auslaufenden Autobahnkonzessionen ausdrücklich festgelegt, dass diese nur mittels Konzessionsvergabe nach der Konzessionsrichtlinie vergeben werden dürfen und nicht im Projektfinanzierungsverfahren. Dort heißt es in einer 2016 eingefügten Regelung:

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

Vor diesem Hintergrund lehnte das MIT beide Vorschläge von Ativa für eine Projektfinanzierung unter Verweis auf diese gesetzliche Vorgabe ab. Gegen beide Ablehnungsentscheidungen ging Ativa gerichtlich vor. Neben formellen Fehlern und einer zeitlichen Unanwendbarkeit der neu eingefügten Regelung berief sich Ativa unter anderem darauf, dass die nationale Regelung gegen die RL 2014/23/EU verstoße. Diese schreibe insbesondere in den Art. 2 Abs. 1, Art. 30 sowie in Art. 37 Abs. 6 einen Grundsatz der Verfahrensfreiheit vor, der der Vergabeverwaltung bei der Festlegung und Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Konzessionärs einen großen Spielraum einräume.

Sowohl die erste Nachprüfungsinstanz als auch der in zweiter Instanz mit dem Verfahren betraute italienische Staatsrat (Consiglio di Stato) lehnte die nach italienischem Recht erhobenen Einwände gegen die Entscheidung des MIT ab. Allerdings sah sich der italienische Staatsrat veranlasst, dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob die in der Richtlinie 2014/23/EU aufgelegten Grundsätze zur Verfahrensfreiheit durch die nationale Vorgabe gegen ein Projektfinanzierungsverfahren unzulässig eingeschränkt werden.

II. Der EuGH stellte einleitend klar, dass sich das Vorabentscheidungsersuchen nicht auf die Frage bezieht, ob das im italienischen Recht existierende Projektfinanzierungsverfahren mit der Konzessionsrichtlinie vereinbar ist. Verfahrensgegenstand ist lediglich die Frage, ob ein Mitgliedstaat seinen Vergabebehörden dieses Verfahren für den (Weiter-)Betrieb von Autobahnen untersagen darf und diese verpflichten kann, eine Konzessionsvergabe im Sinne der RL 2014/23/EU durchzuführen.

In der Sache stellt der EuGH zunächst fest, dass die RL 2014/23/EU erst zur Anwendung kommt, nachdem ein Auftraggeber ein Verfahren zur Beschaffung im Wege der Konzession eingeleitet hat. Der Anwendungsbereich war vorliegend daher nicht eröffnet. Außerdem stellt der EuGH in

seiner Entscheidung klar, dass sich die Verfahrensfreiheit für Gebietskörperschaften aus Art. 2 Abs. 1 der RL 2014/23/EU lediglich auf mit Rechtssetzungsbefugnis ausgestattete Körperschaften bezieht und nicht auf die einzelnen öffentlichen Auftraggeber. Der EuGH spricht in Rn. 45 der Entscheidung wörtlich von „mit Gesetzgebungsbefugnis ausgestatteten Behörden“. Sowohl „Behörde“ als auch „Gesetz“ dürften im europäischen Kontext jedoch weiter zu verstehen sein als in der deutschen Rechtsordnung. Das italienische MIT hat daher eine ihm nach Art. 2 Abs. 1 der RL 2014/23/EU freistehende Entscheidung gegen ein konkretes Verwaltungsinstrument getroffen, die die Phase vor dem Vergabeverfahren betrifft und daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Vor dem Hintergrund, dass Art. 30 Abs. 1 der RL 2014/23/EU explizit vorschreibt, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Konzessionsvergabe vorbehaltlich der Einhaltung der Richtlinie frei gestalten darf, wird damit zugleich auch eine Rangordnung der jeweiligen Wahlmöglichkeiten festgestellt. Der EuGH spricht insoweit von „politischen Entscheidungen“ der jeweiligen Gebietskörperschaft, die den Rahmen für die Gestaltungsspielräume des jeweiligen Auftraggebers bedingen.

Allerdings besteht eine solche Entscheidungsfreiheit für ein bestimmtes Verwaltungsinstrument nicht schrankenlos und ist nach dem EuGH am Maßstab des Primärvergaberechts nach den Grundfreiheiten in der AEUV zu prüfen. Diesbezüglich wird zunächst ausgeführt, dass diese Prüfung eigentlich Sache des vorlegenden Gerichts wäre. Allerdings nimmt der EuGH in der Folge gleichwohl vorweg, dass von einer Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Bestimmung mit dem Primärvergaberecht ausgegangen werden könne, weil diese eine größtmögliche Öffnung des Wettbewerbs für Autobahnkonzessionen sicherstellen soll.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung des EuGH muss im Kontext mehrerer aktueller Entscheidungen zum Primärvergaberecht gelesen werden. Im Kern geht es jeweils um die Frage, inwieweit die Grundfreiheiten auch bei (Teil-)Bereichen zu beachten sind, die nicht von den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU erfasst werden oder bei denen diesen Richtlinien keinerlei Regelungen zu entnehmen sind. In der Entscheidung „Vitali“ (EuGH, Ur. v. 26.09.2019 - C-63/18) stellte der EuGH fest, dass ein nationaler Gesetzgeber die Einbindung von Unterauftragnehmern in die Leistungserbringung nicht auf 30 % beschränken darf. Zur Begründung führte der EuGH aus, dass die RL 2014/24/EU die Unterauftragsvergabe zwar nicht abschließend regelt, das nationale Gesetz aber auch am Maßstab des AEUV und der dort normierten Grundfreiheiten zu prüfen sei (vgl. Friton/Dengler, jurisPR-VergR 7/2020 Anm. 1). Diese Grundüberlegung vertiefte der EuGH kurz darauf in der „Irgita“-Entscheidung (EuGH, Ur. v. 03.10.2019 - C-285/18), wonach auch bei einer dem Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU vorgelagerten Entscheidung für oder gegen eine In-house-Vergabe das Primärvergaberecht beachtet werden muss (vgl. Friton/Zupke, jurisPR-VergR 3/2020 Anm. 1). In der Folge prüfte der EuGH in der Entscheidung „Azienda ULSS“ (EuGH, Beschl. v. 06.02.2020 - C-11/19) auch die Ausnahme für Rettungsdienstleistungen gemäß Art. 10 Buchst. h sowie das sog. Light Regime in Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU am Maßstab des Primärvergaberechts (vgl. Friton/Wolf, jurisPR-VergR 5/2021 Anm.1). Viele Fragen zum Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht blieben jedoch trotz dieser Entscheidungen weiterhin ungeklärt (vgl. Friton in: BeckOK VergabeR, 20. Ed., Einleitung zum GWB; EU und GPA Rn. 32 ff.). Allerdings hatte der EuGH bei den Rechtssachen „Irgita“ und „Azienda ULSS“ jeweils Art. 2 Abs. 1 der RL 2014/23/EU als Beispiel für die Erläuterung der bestehenden Entscheidungsspielräume für bestimmte Verwaltungsinstrumente herangezogen. In der Folge hatte er dazu dann in beiden Fällen ausgeführt, die Ausübung dieser Spielräume müsste am Maßstab des Primärvergaberechts geprüft werden (siehe Rn. 48 f. „Irgita“ sowie Rn. 44 f. „Azienda ULSS“).

Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass der EuGH nunmehr eine im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 der RL 2014/23/EU liegende Entscheidung gegen das italienische

Projektfinanzierungsverfahren als Mittel der Bedarfsdeckung am Maßstab des Primärvergaberichts geprüft hat. Ebenfalls vorhersehbar war hier das Ergebnis dieser Prüfung: Mit der zwingenden Vorgabe der Konzessionsvergabe nach der RL 2014/23/EU sollte nämlich gerade ein möglichst transparentes und wettbewerbliches Auswahlverfahren ermöglicht werden, was genau der Zielrichtung der Grundfreiheiten aus dem AEUV entspricht.

Dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 sowie dem dazugehörigen Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2014/23/EU ist jeweils nicht eindeutig zu entnehmen, wem konkret die dort festgelegte Verwaltungsautonomie zustehen soll. Die deutsche Übersetzung „Gebietskörperschaften“ ist hier noch ein wenig aussagekräftiger als der in der englischen Ursprungsversion verwendete Begriff der „national, regional and local authorities“. In Abgrenzung zu Art. 30 der Richtlinie, wo wiederum vom „öffentlichen Auftraggeber“ die Rede ist, ist es jedoch wohl gut nachvollziehbar, dass der EuGH davon ausgeht, Art. 2 Abs. 1 erfasse nur mit Rechtssetzungsbefugnis ausgestattete Gebietskörperschaften auf der Ebene über den jeweiligen Auftraggeber. Als Folge dieser Grundannahme ist es auch konsequent, dass der EuGH durch eine systematische Auslegung der Richtlinie 2014/23/EU ein Rangverhältnis der Verfahrensfreiheit der nationalen Gebietskörperschaften in Art. 2 Abs. 1 sowie der Verfahrensgestaltung der jeweiligen Auftraggeber nach Art. 30 Abs. 1 festgestellt hat. Die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der Verfahrensgestaltung nach Art. 30 Abs. 1 der RL 2014/23/EU kann nämlich erst dann ausgeübt werden, wenn zuvor im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie die grundsätzliche Entscheidung für eine Konzessionsvergabe getroffen wurde.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Richtlinie 2014/23/EU gibt im Rahmen ihrer inneren Systematik das vom EuGH skizzierte Verhältnis der Verfahrensfreiheit der jeweiligen Gebietskörperschaft zur konkreten Ausgestaltung durch den Auftraggeber zwingend vor, so dass es wahrscheinlich zu weit gehen würde, aus der Entscheidung des EuGH allgemeine Aussagen zu Entscheidungsspielräumen der jeweiligen Auftraggeber in Abgrenzung zu denen der Mitgliedstaaten zu treffen. Konkret auf Maßnahmen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU sowie 2014/25/EU bzw. deren Regelungstiefe bezogen, können aus der Entscheidung jedoch gleichwohl über die Richtlinie 2014/23/EU hinausgehende Rückschlüsse gezogen werden. Im Kontext der skizzierten neueren EuGH-Rechtsprechung wird nämlich insgesamt eine starke Tendenz des EuGH zugunsten einer Anwendung des Primärvergaberichts deutlich.

Allerdings hat der EuGH leider auch weiterhin nicht detailliert dargelegt, welche konkreten verfahrensbezogenen Pflichten nach seiner Auffassung aus dem Primärvergabericht erwachsen. Anders als in den genannten Entscheidungen, in denen der EuGH ohne nähere Begründung einen Verstoß feststellte („Vitali“) oder diese Frage dem Vorlagegericht überließ („Irgita“ sowie „Azienda ULSS“), stellt der EuGH zwar nunmehr selbst eine Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Vorgehensweise mit dem Primärvergabericht fest. Allerdings ist dieser Fall so klar gelagert, dass sich aus der Entscheidung leider erneut keine Rückschlüsse auf den Umfang konkreter primärvergaberichtlicher Pflichten ziehen lassen. Im Ergebnis verbleiben daher außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU sowie 2014/25/EU erhebliche Rechtsunsicherheiten, welche konkreten Pflichten aus dem gleichwohl anwendbaren Primärvergabericht erwachsen.