

**Mål C-429/19**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler**

**Datum för ingivande:**

5 juni 2019

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Oberlandesgericht Koblenz (Tyskland)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

14 maj 2019

**Klagande:**

Remondis GmbH

**Motpart:**

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel

---

**Saken i målet vid den nationella domstolen**

Offentliga kontrakt – Samarbete mellan upphandlande myndigheter om avfallshantering – Frågan om vilka villkor som måste vara uppfyllda för att ett sådant samarbete ska falla utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingslagstiftning

**Föremål och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

**Tolkningsfrågor**

Ska artikel 12.4 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG tolkas så, att ett samarbete kan anses föreligga redan om en upphandlande myndighet som har ansvar för avfallshanteringen inom sitt område och som enligt nationell rätt åläggs att på egen hand fullgöra ett

avfallshanteringsuppdrag med flera olika arbetsmoment, inte utför detta uppdrag på egen hand utan ger en annan, i förhållande till förstnämnda myndighet fristående upphandlande myndighet, som även den har ansvar för avfallshanteringen inom sitt område, i uppdrag att utföra ett av de nödvändiga arbetsmomenten mot ersättning?

### **Anförda unionsbestämmelser**

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), artikel 12.4 a och c och skäl 33.

### **Anförda nationella bestämmelser**

Lagen om konkurrensbegränsning (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nedan kallad GWB), 108 § sjätte stycket och 135 § första stycket punkt 2

Rheinland-Pfalz delstatslag om kommunalt samarbete (Rheinland-pfälzisches Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit, nedan kallad KomZG)

### **Kort redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet**

- 1 Remondis GmbH är ett privat företag som tillhandahåller tjänster avseende avfallsbehandling. Kommunalförbundet Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel är en upphandlande myndighet enligt artikel 2.1.1 och 2.1.4 i direktiv 2014/24. Förvaltningsdistrikten Landkreis Mayen-Koblenz och Landkreis Cochem-Zell samt staden Koblenz, som enligt nationell rätt ansvarar för hanteringen av det avfall som produceras inom deras område, bildade kommunalförbundet för att det skulle fullgöra detta uppdrag.
- 2 Inom det område som kommunalförbundet ansvarar för produceras varje år cirka 50 000 ton restavfall, som består av blandat kommunalt avfall från i första hand hushåll. I idealfallet innehåller detta avfall inga eller mycket små mängder återvinningsbara ämnen. Avfallet får enligt nationell rätt bortskaffas genom deponering, men då krävs först omfattande förbehandling i en mekanisk-biologisk avfallsanläggning. Under denna förbehandling ska återvinningsbara material och avfall med högt värmevärde separeras, skadliga ämnen avlägsnas i största möjliga utsträckning och den biologiska aktiviteten i organiskt avfall tydligt reduceras.
- 3 Kommunalförbundet saknar en egen mekanisk-biologisk avfallsanläggning. Cirka 80 procent av det restavfall som produceras inom kommunalförbundets område hanteras av privata företag på uppdrag av kommunalförbundet. För övriga 20 procent ingick kommunalförbundet ett avtal med Landkreis Neuwied, även detta en upphandlande myndighet enligt artikel 2.1.1 i direktiv 2014/14 som ansvarar för hanteringen av det avfall som producerats inom dess område; genom

detta avtal får kommunalförbundet rätt att bortskaffa dessa övriga 20 procent genom Landkreis Neuwieds mekanisk-biologiska avfallsanläggning. I avtalet regleras bland annat beräknad mängd levererat avfall (cirka 10 000 ton per år), överenskommen ersättning för avfallsbehandling (100 euro per ton), avtalets varaktighet och möjligheten till förlängning samt frågor rörande ansvar och skyldigheten till lojalt samarbete. Landkreis Neuwied förbinder sig dessutom att ingå avtal med företag som driver andra anläggningar om att tillfälligt ta över behandlingen av restavfallet om det skulle uppstå tillfälliga driftstörningar på dess egen mekanisk-biologiska avfallsanläggning så att restavfallet inte kan behandlas där. Landkreis Neuwied har fullgjort denna skyldighet, men hittills inte behövt använda sig av andra anläggningars kapacitet.

- 4 I 2 § tredje stycket i avtalet finns dessutom en bestämmelse där kommunalförbundet förklarar sig redo att ta hand om vissa mängder mineraliskt avfall, motsvarande upp till 3 000 ton per år, som produceras i Landkreis Neuwieds område. Hur stora mängder som kommunalförbundet ska ta hand om bestäms utifrån dess kapacitet och är något parterna ska enas om med hänsyn till sina ömsesidiga intressen.
- 5 Parterna till ramavtalet är överens om att 2 § tredje stycket utgör en avsiktsförklaring som sannolikt varken kommer eller bör omsättas i handling, dels eftersom Landkreis Neuwieds i nuläget inte har något faktiskt behov, dels eftersom kommunalförbundet har kapacitetsproblem. Kommunalförbundets rättegångsombud förklarade dessutom att bestämmelsen ”explicit saknade föremål”.
- 6 Utöver avfall från det egna förvaltningsdistriktet och avfall som levereras i enlighet med kommunalförbundets avtal förbehandlas dessutom varje år cirka 30 000 ton restavfall från två ytterligare förvaltningsdistrikt i Landkreis Neuwieds mekanisk-biologiska avfallsanläggning. Förbehandlingen av detta avfall regleras inte genom ett sådant avtal som har ingåtts med kommunalförbundet, utan baseras på ett interkommunalt samarbete mellan de berörda förvaltningsdistrikten i enlighet med KomZG. De rättigheter och skyldigheter som följer av detta samarbete är betydligt mer långtgående än de som framgår av ovannämnda avtal mellan kommunalförbundet och Landkreis Neuwied. I Landkreis Neuwieds mekanisk-biologiska avfallsanläggning förbehandlas dessutom mindre mängder avfall som har levererats av privatpersoner.
- 7 Remondis kände till att kommunalförbundet behövde ytterligare kapacitet för avfallshantering. Efter en förfrågan av den 26 oktober 2018 underrättade kommunalförbundet genom skrivelse av den 31 oktober 2018 Remondis rättegångsombud om det avtal som ingåtts med Landkreis Neuwied. Remondis ansåg att detta utgjorde en rättsstridig direktupphandling och väckte talan vid Vergabekammer Rheinland-Pfalz, Tyskland (nämnd för offentlig upphandling) den 3 december 2018.

- 8 Vergabekammer avvisade denna talan genom beslut av den 6 mars 2019, eftersom det rörde sig om ett samarbete avseende två offentliga kontrakt i enlighet med 108 § sjätte stycket GWB (bestämmelse som motsvarar artikel 12.4 i direktiv 2014/24), vilket innebär att det enligt nationell rätt inte ges tillgång till prövningsförfaranden. Vad gäller frågan om det förelåg ett ”samarbete” mellan parterna angav Vergabekammer att det i förevarande fall rörde sig om ett samarbete eftersom det handlade om mer än en ”tjänst mot ersättning”. Klaganden överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen.

### **Parternas huvudargument**

- 9 Remondis anser att det inte föreligger något samarbete som grundas på ett samarbetskoncept. Vad det handlar om här är snarare en ”tjänst mot ersättning” och därmed ett kontrakt som kräver offentlig upphandling och som blir ogiltigt om avsikten att ingå ett kontrakt inte först har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt 135 § första stycket punkt 2 GWB.
- 10 Kommunalförbundet anser att beslutet är korrekt.

### **Kort redogörelse för grunden till begäran om förhandsavgörande**

- 11 Enligt den hänskjutande domstolen innehåller avtalet alla beståndsdelarna i ett offentligt kontrakt: En upphandlande myndighet vill inte själv fullgöra en väsentlig del av sitt allmännyttiga uppdrag som också omfattar en tjänst som är allmänt tillgänglig på marknaden, utan väljer i stället att låta den utföras av en annan, fristående juridisk person som åtar sig att tillhandahålla tjänster och erhåller ersättning som motprestation. Antagandet om att ett kontrakt överensstämmer med upphandlingslagstiftningen utgör inte i sig ett hinder för att avtalet är av offentlighetsrättslig karaktär och att den utförande parten är en upphandlande myndighet. Det saknar också betydelse om uppdragsgivarens motprestation täcker kostnaderna eller leder till vinst (se domstolens dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817).
- 12 Om villkoren i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 respektive 108 § sjätte stycket GWB var uppfyllda, skulle detta offentliga kontrakt emellertid inte omfattas av EU-omfattande och nationell upphandlingslagstiftning. Själva kärnfrågan gäller om det ska anses utgöra ett samarbete enligt artikel 12.4 i direktivet att en upphandlande myndighet väljer att låta ett obligatoriskt uppdrag delvis fullgöras av myndigheten själv, delvis av en annan fristående upphandlande myndighet.
- 13 Den hänskjutande domstolen anser att det i detta sammanhang saknar betydelse att stora mängder restavfall från andra förvaltningsområden förbehandlas på Landkreis Neuwieds mekanisk-biologiska avfallsanläggning. I det avseendet rör det sig inte om verksamheter ”på den öppna marknaden” enligt artikel 12.4 c i direktiv 2014/24, eftersom dessa verksamheter tillhandahålls inom ramen för ett

interkommunalt samarbete som faller utanför tillämpningsområdet för EU-omfattande och nationell upphandlingslagstiftning. Vad gäller det avfall som anges under denna punkt utgör de lika lite ett hinder för att villkoren i artikel 12.4 c i direktiv 2014/24/EU ska vara uppfyllda som de cirka 500 ton mindre mängder avfall som kommer från diverse leverantörer varje år.

- 14 Det är emellertid osäkert hur avtalet mellan kommunalförbundet och Landkreis Neuwied ska bedömas. Enligt den hänskjutande domstolen skulle det avtal som var aktuellt i det nationella målet falla utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingslagstiftning om det avsåg ”ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål” (artikel 12.4 a i direktiv 2014/24). Exakt hur detta ska tolkas framgår varken av bestämmelsens ordalydelse eller domstolens hittillsvarande rättspraxis och är omtvistat i Tyskland.
- 15 Enligt den hänskjutande domstolen var kommunalförbundets (påstådda) övertagande av 3 000 ton mineraliskt avfall per år aldrig något annat än en papperskonstruktion och skulle dölja att det egentligen inte fanns något samarbetskoncept. Denna aspekt av avtalet kan sålunda inte åberopas som stöd för antagandet att det föreligger ett samarbete.
- 16 Ramavtalets väsentliga innehåll begränsas därmed till att Landkreis Neuwied (uppdragstagaren) åtar sig att mot ersättning från kommunalförbundet (uppdragsgivaren) förbehandla levererat restavfall i enlighet med nationella lagstadgade standarder så att villkoren för deponering uppfylls, vilket är vad kommunalförbundet eftersträvar. I samband med detta agerar parterna utifrån allmänintresset att avfallshanteringen ska genomföras på ett korrekt sätt, men har samtidigt olika intressen. Kommunalförbundet ska fullgöra ett lagstadgat uppdrag och behöver ta hjälp utifrån eftersom det saknar egen mekanisk-biologisk avfallsanläggning. Landkreis Neuwied bistår med denna hjälp och övertar förbehandlingen mot kostnadsersättning eftersom detta totalt sett kan leda till ett mer ekonomiskt fördelaktigt kapacitetsutnyttjande av anläggningen.
- 17 Den hänskjutande domstolen påpekar emellertid att detta inte nödvändigtvis behöver leda till att villkoren i artikel 12.4 a i direktiv 2014/24 inte är uppfyllda, eftersom man här också måste beakta skäl 33 i samma direktiv där det fastställs att upphandlande myndigheter har rätt att tillhandahålla ”sina offentliga tjänster gemensamt genom samarbete utan skyldighet att använda en viss juridisk form”. För detta krävs att ”samarbetet grundas på ett samarbetskoncept”, men däremot ”inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelseerna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete”.
- 18 Det är emellertid osäkert hur ett sådant samarbete ska se ut och om det räcker att tillhandahålla ett ekonomiskt bidrag som enbart utgör en kostnadsersättning.

- 19 Den hänskjutande domstolen anser att ett avtal som endast avser utkontraktering mot ersättning av en del av partens uppdrag utgör ett ”normalt” offentligt kontrakt som inte omfattas av undantaget enligt artikel 12.4 i direktiv 2014/24, och att detta gäller oberoende av om – som i det här aktuella fallet – parterna har identiska uppdrag inom sina respektive områden. Den skulle följaktligen tolka direktivets begrepp ”samarbete” så, att det krävs mer för att det ska röra sig om ett samarbetskoncept, framför allt att respektive parts bidrag omfattar mer än att bara fullgöra sin skyldighet och att tillhandahålla mer än ett rent ekonomiskt ”bidrag”. Med andra ord: För att det ska röra sig om ett samarbete måste varje part bidra med något som den andra parten hade behövt tillhandahålla om inte samarbetsavtalet hade funnits.
- 20 Den hänskjutande domstolen lutar åt att godta Remondis talan, men anser att domstolens tolkning av begreppet ”samarbete” i artikel 12.4 a i direktiv 2014/24 är nödvändig för att den ska kunna avgöra frågan.