

Sag C-692/23

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

17. november 2023

Forelæggende ret:

Gerechtshof Den Haag (Nederlandene)

Afgørelse af:

14. november 2023

Sagsøger:

AVR-Afvalverwerking BV

Sagsøgte:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Hovedsagens genstand

Hovedsagen vedrører kontrakter tildelt af tre kommuner i provinsen Zuid-Holland (Sydholland, Nederlandene) og en yderligere juridisk person vedrørende nyttiggørelse af restaffald fra husholdninger i disse tre kommuner, i forbindelse med hvilke der ifølge sagsøgeren med urette ikke blev gennemført en udbudsprocedure.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Denne anmodning, som indgives i medfør af artikel 267 TEUF, vedrører spørgsmålet, om der ved anvendelsen af »aktivitetskriteriet« i direktiv 2014/24, som medfører, at en udbudsprocedure ikke er obligatorisk, alene skal tages udgangspunkt i omsætningen for en kontrolleret juridisk person, der tilhører en koncern, eller derimod i koncernens omsætning, hvorledes denne omsætning i så fald skal fastlægges, og – i førstnævnte tilfælde – om der ved fastlæggelsen af den kontrollerede juridiske persons omsætning også skal tages hensyn til den omsætning, som tredjemænd genererer som brugere af det deponeringsanlæg, der drives af denne person.

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal aktivitetskriteriet i artikel 12, stk. 3, første afsnit, litra b), i direktiv 2014/24, sammenholdt med dette direktivs artikel 12, stk. 5,

fortolkes således, at

når den heri nævnte procentuelle andel af aktiviteterne fastlægges på grundlag af omsætningen, og den kontrollerede juridiske person tilhører en koncern,

skal der udelukkende tages hensyn til den kontrollerede juridiske persons egen omsætning, eller skal der tages hensyn til alle forbundne eller ikke-forbundne selskaber i koncernen, som f.eks.

(i) den samlede omsætning, idet den berørte juridiske persons omsætning i henhold til den nationale gennemførelse af artikel 22 og 24 i direktiv 2013/34 skal lægges til omsætningen for andre virksomheder i koncernen, eller

(ii) omsætningen for de virksomheder, hvormed den kontrollerede juridiske person i henhold til det virksomhedsbegreb, der anvendes i EU-konkurrenceretten, udgør en økonomisk enhed?

2. Såfremt det første spørgsmål besvares således, at der kun skal tages hensyn til den kontrollerede juridiske persons egen omsætning, skal det i dette spørgsmål nævnte aktivitetskriterium da

fortolkes således, at

omsætning, der genereres, når tredjemænd som brugere loser affald på et deponeringsanlæg, som den kontrollerede juridiske person driver på vegne af den kontrollerende ordregivende myndighed, skal anses for at være en omsætning, der hidrører fra udførelsen af opgaver, som er blevet overdraget denne juridiske person af den kontrollerende ordregivende myndighed, henset til at den kontrollerede juridiske person i denne henseende også konkurrerer med private udbydere?

Anførte EU-retlige forskrifter

Artikel 12, stk. 1, 3 og 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65) (herefter »direktiv 2014/24«)

1. betragtning, 5. betragtning, første punktum, 31. betragtning og 32. betragtning, første afsnit, til direktiv 2014/24

Artikel 22 og 24 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/34/EU af 26. juni 2013 om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/43/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 78/660/EØF og 83/349/EØF (EUT 2013, L 182, s. 19) (herefter »direktiv 2013/34«)

Anførte nationale forskrifter

Artikel 2:24, stk. 1, og artikel 2:24a og 2:24b i Aanbestedingswet (lov om offentlige udbud) af 2012 (herefter »udbudsloven«)

Artikel 2:405, 2:406 og 2:410 i Burgerlijk Wetboek (den borgerlige lovbog, herefter »BW«)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 AVR-Afvalverwerking BV (herefter sagsøgeren) er en kommerciel virksomhed inden for nyttiggørelse af affald.
- 2 Kommunerne i provinsen Friesland oprettede i 1995 Afvalsturing Friesland NV (herefter »AF«) som en fælles virksomhed inden for nyttiggørelse af affald, som ikke arbejder med gevinst for øje. AF leder en koncern af datterselskaber, som også er aktive på andre områder end nyttiggørelse af affald. AF udarbejder konsoliderede årsregnskaber, hvori virksomheden konsoliderer sine egne finansielle oplysninger sammen med de finansielle oplysninger om sine datterselskaber, andre selskaber i koncernen og andre juridiske personer, hvorpå AF kan udøve bestemmende indflydelse, eller som er underlagt AF's fælles ledelse.
- 3 Kommunerne Barendrecht, Albrandswaard und Ridderkerk (herefter »BAR-kommunerne«) ligger i provinsen Zuid-Holland og oprettede NV BAR-Afvalbeheer (herefter »BAR«) som et operationelt organ for affaldsforvaltning, som ikke arbejder med gevinst for øje.
- 4 NV Irado (herefter »Irado«) blev oprettet af tre andre kommuner i provinsen Zuid-Holland som et operationelt organ for affaldsforvaltning og forvaltning af offentlige arealer, som ikke arbejder med gevinst for øje. Irado har siden 2017

ladet AF forestå nyttiggørelsen af restaffald fra husholdninger og blev samme år desuden medejer af.

- 5 AF driver på vegne af kommunerne i provinsen Friesland selv (altså ikke gennem et af de selskaber, der hører til dens koncern) et affaldsdeponeringsanlæg (herefter »deponeringsanlæg«), hvor der losses restaffald, som ikke hidrører fra husholdninger, bl.a. erhvervsaffald og affald fra jordrensning.
- 6 I Nederlandene er deponeringsanlæg underlagt kapacitetsplanlægningen i henhold til den tredje Landelijke Afvalbeheerplan (den nationale affaldsforvaltningsplan). Inden for rammerne af denne planlægning drives deponeringsanlæg i Nederlandene både af private udbydere og af offentlige organer.
- 7 Til og med den 31. december 2019 havde hver BAR-kommune sin egen aftale med forskellige virksomheder inden for nyttiggørelse af affald, og sagsøgeren nyttiggjorde på grundlag af disse aftaler restaffaldet fra husholdningerne i disse kommuner. I 2019 besluttede BAR-kommunerne, at BAR skulle indgå i Irado, og tildelte Irado opgaven med at afhente og nyttiggøre restaffaldet fra deres husholdninger. Den 13. december 2019 indgik Irado og AF en aftale, bl.a. vedrørende nyttiggørelse af restaffald fra husholdningerne i BAR-kommunerne. Den 20. december 2019 indgik BAR og Irado en aftale, bl.a. om levering af ydelser vedrørende nyttiggørelse af restaffald fra husholdningerne i BAR-kommunerne. Den 31. december 2019 blev BAR medejer af Irado.
- 8 Sagsøgeren nedlagde påstand for Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag, Nederlandene) om, at aftalerne dels mellem Irado og AF og dels mellem Irado og BAR blev erklæret ugyldige, subsidiært ophævet, eller at gennemførelsen af aftalerne blev forbudt, med den begrundelse, at et udbud var nødvendigt for indgåelsen af disse aftaler.
- 9 Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) tog ikke disse påstande til følge.
- 10 Sagsøgeren har iværksat appel ved Gerechtshof Den Haag (appeldomstolen i Haag) og krævet erstatning af de sagsøgte.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

Den juridiske ramme

- 11 Domstolen fastslog i dom af 18. november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562 [herefter »Teckal-dommen«], præmis 50), at bestemmelserne om offentlige udbud ikke finder anvendelse, såfremt en ordregivende myndighed tildeler en kontrakt til en fra denne myndighed forskellig person, som denne myndighed underkaster en kontrol, og den pågældende person udfører

hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, der kontrollerer den. Sidstnævnte betingelse er kendt som »aktivitetskriteriet«.

- 12 Den kendsgerning, at begge aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af reglerne om udbud. Anvendelsen af reglerne om offentlige udbud bør dog ikke indvirke på offentlige myndigheders frihed til at udføre de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som de har fået pålagt, under anvendelse af deres egne ressourcer, hvilket omfatter muligheden for samarbejde med andre offentlige myndigheder. På den anden side må et undtaget samarbejde mellem offentlige organisationer ikke føre til konkurrencefordrejning i forhold til private økonomiske aktører (31. betragtning til direktiv 2014/24, jf. også Domstolens dom af 11.5.2006, Carbotermo og Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 [herefter »Carbotermo-dommen«], præmis 59).
- 13 Aktivitetskriteriet er netop afgørende i denne henseende. Dette kriterium er opfyldt, når den kontrollerede juridiske person udfører mere end 80% af de opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed (33. betragtning til og artikel 12, stk. 1, i direktiv 2014/24). Såfremt en kontrolleret juridisk persons aktivitet i det væsentlige er bestemt for den ordregivende myndighed, idet enhver anden aktivitet således kun har marginal karakter, foreligger der ikke længere reel konkurrence (Carbotermo-dommen, præmis 62), mens der i modsat fald fortsat foreligger reel konkurrence.
- 14 Endvidere har Domstolen i dom af 8. december 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), fastslået, at alle undtagelser til forpligtelsen til at gennemføre en udbudsprocedure med konkurrence må fortolkes indskrænkende (præmis 29). Eftersom en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne ressourcer, er undtagelsen med hensyn til de såkaldte »in house«-tildelinger begrundet, såfremt tilslagsmodtageren næsten kan anses for at være en del af den ordregivende myndigheds tjenestegrene (selv om den er et organ, som juridisk er forskelligt fra den ordregivende myndighed) og den ordregivende myndighed dermed »anvende[r] egne ressourcer« (præmis 30). Dette kræver, at den ordregivende myndighed udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, med denne enhed, som udfører hovedparten af sin virksomhed til fordel for den ordregivende myndighed (præmis 31).

Parternes anbringender

- 15 Det centrale spørgsmål i hovedsagen er, om AF opfylder aktivitetskriteriet.
- 16 Ifølge sagsøgeren skal der tages hensyn til den konsoliderede omsætning i forbindelse med anvendelsen af aktivitetskriteriet. Der skal nemlig tages udgangspunkt i omsætningen for den koncern, som den kontrollerede juridiske person (forstået som en økonomisk enhed, der kan bestå af fysiske eller juridiske personer) tilhører, eftersom det kun på denne måde er muligt at tage tilstrækkeligt

hensyn til den faktiske og økonomiske situation. Sagsøgeren har henvist til, at AF økonomisk og organisatorisk er forbundet med sine datterselskaber, hvorfor der de facto er tale om én virksomhed. Såfremt der alene tages hensyn til den kontrollerede juridiske persons omsætning, medfører dette et ubegrundet højt antal undtagelser fra anvendelsen af direktiv 2014/24 og dermed en ringere konkurrence, hvilket vil være i strid med formålet med bestemmelserne om offentlige udbud. Endvidere kan en kontrolleret juridisk person omgå 80%-20%-forholdet ved at være aktiv inden for koncernen og i denne forbindelse arbejde mere end 80% for den kontrollerende ordregivende myndighed og lade et eller flere selskaber i koncernen operere på det frie marked.

- 17 De sagsøgte er af den opfattelse, at der ved beregningen af den procentuelle andel af omsætningen fra aktiviteter, som AF forestår med henblik på udførelsen af opgaver, som er blevet overdraget af den ordregivende myndighed (herefter »omsætningen i forbindelse med udførelsen af opgaver«), skal tages udgangspunkt i den omsætning, som AF selv har genereret, eftersom artikel 12, stk. 3, første afsnit, litra b), i direktiv 2014/24 henviser til den *juridiske persons* aktiviteter, og idet der i henhold til direktivets artikel 12, stk. 5, også kan anvendes et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende *juridiske person* eller ordregivende myndighed har haft for så vidt angår de pågældende tjenesteydelser; denne omsætning udgør mere end 80%, hvorfor bestemmelserne om offentlige udbud ikke finder anvendelse. Såfremt der tages udgangspunkt i den konsoliderede omsætning, vil andre juridiske persons omsætning også blive inddraget, hvilket vil udgøre en anvendelse contra legem af aktivitetskriteriet. Endelig er de sagsøgte af den opfattelse, at den konsoliderede omsætning, såfremt der skal tages udgangspunkt i andre omsætninger end dem, der genereres af den kontrollerede juridiske person, ikke udgør et hensigtsmæssigt tilknytningsmoment, eftersom bestemmelserne om konsolidering er for tekniske og for komplicerede, og idet der desuden er for mange undtagelser.
- 18 Angående det andet præjudicielle spørgsmål har sagsøgeren gjort gældende, at der ikke kan losses restaffald fra husholdninger på det pågældende deponeringsanlæg, og at AF på dette deponeringsanlæg konkurrerer med private udbydere, hvorfor AF's omsætning gennem dette deponeringsanlæg ikke kan tages i betragtning som omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver.
- 19 De sagsøgte har gjort gældende, at provinsen kan indrømme en fritagelse for deponering af restmængder fra nyttiggørelsen af husholdningsaffald, og henvist til Carbotermo-dommen, hvori Domstolen fastslog, at omsætning, som er genereret gennem deponering (herefter »deponeringsomsætning«), også kan udgøre omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver, når den genereres gennem drift. I henhold til denne dom kommer de aktiviteter, der udøves af den kontrollerede juridiske person for den myndighed eller de myndigheder, der kontrollerer den, nemlig muligvis ikke kun den kontrollerende ordregivende myndighed selv til gode, men også tredjemænd som brugere. Såfremt disse tredjemænd betaler for dette som brugere, således som det er tilfældet i den

foreliggende sag, skal der også tages hensyn til denne omsætning som omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 20 Hvad angår anvendelsen af aktivitetskriteriet er det i lyset af parternes modstridende faktuelle synspunkter og den omstændighed, at den ovenfor anførte retspraksis ikke er relevant for afgørelsen af den foreliggende sag, uklart for den forelæggende ret, om der ved fastlæggelsen af omsætningen alene skal tages udgangspunkt i AF's omsætning eller i koncernens omsætning, og hvorledes koncernens omsætning i sidstnævnte tilfælde skal fastlægges. Fastlæggelsen af omsætningen er af afgørende betydning for besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne om udbud finder anvendelse, og dermed for afgørelsen af hovedsagen.
- 21 Såfremt der alene skal tages hensyn til AF's omsætning, opstår det spørgsmål, om den omsætning, som AF genererer gennem deponeringsanlægget, skal anses for at være omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver; dette spørgsmål er afgørende for besvarelsen af det yderligere spørgsmål, om aktivitetskriteriet er opfyldt, og dermed af væsentlig betydning for afgørelsen af hovedsagen. Det følger af Carbotermo-dommen, at omsætning, som er genereret af tredjemænd, kan anses for at være omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver. Den afgørende omsætning for en kontrolleret virksomhed er nemlig den, som virksomheden opnår i kraft af beslutninger om tildeling, herunder den, der opnås med brugere ved udførelsen af sådanne beslutninger. De af en tilslagsmodtagende virksomheds aktiviteter, som der skal tages hensyn til, er nemlig alle dem, som denne virksomhed udfører som led i en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af modtagerens identitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af ydelserne. Det er uden betydning, hvem der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den ordregivende myndighed, som den ejes af, eller tredjemænd, der er brugere af ydelserne (Carbotermo-dommen, præmis 65-67). Sagsøgeren har derimod gjort gældende, at AF som en kontrolleret juridisk person konkurrerer med private udbydere i forbindelse med driften af deponeringsanlægget, hvorfor det ikke er 100% sikkert, om AF's deponeringsomsætning kan anses for at være omsætning i forbindelse med udførelsen af opgaver. Derfor anser den forelæggende ret også det andet præjudicielle spørgsmål for at være nødvendigt.