

Rechtssache C-692/23

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

17. November 2023

Vorlegendes Gericht:

Gerechtshof Den Haag (Niederlande)

Datum der Vorlageentscheidung:

14. November 2023

Klägerin:

AVR-Afvalverwerking BV

Beklagte:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Im Ausgangsverfahren geht es um Aufträge von drei Gemeinden der Provinz Zuid-Holland (Südholland, Niederlande) und einer weiteren juristischen Person betreffend die Verwertung des Restmülls aus den Haushalten dieser drei Gemeinden, für die nach Angaben der Klägerin zu Unrecht kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens

Dieses Ersuchen nach Art. 267 AEUV betrifft die Frage, ob für die Anwendung des „Tätigkeitskriteriums“ der Richtlinie 2014/24, das zur Folge hat, dass ein Vergabeverfahren nicht zwingend ist, allein vom Umsatz der zu einer Gruppe gehörenden kontrollierten juristischen Person auszugehen ist oder aber vom Umsatz der Gruppe, wie dieser Umsatz dann zu bestimmen ist, und – im erstgenannten Fall –, ob bei der Bestimmung des Umsatzes der kontrollierten juristischen Person der Umsatz mit zu berücksichtigen ist, den Dritte als Nutzer der von ihr betriebenen Deponie generieren.

Vorlagefragen

1. Ist das Tätigkeitskriterium von Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 5 dieser Richtlinie

dahin auszulegen, dass,

wenn der dort genannte prozentuale Anteil der Tätigkeiten auf der Grundlage des Umsatzes bestimmt wird und die kontrollierte juristische Person zu einer Gruppe gehört,

ausschließlich der Umsatz der kontrollierten juristischen Person selbst zu berücksichtigen ist oder aber der Umsatz aller in der Gruppe verbundenen oder nicht verbundenen Gesellschaften wie beispielsweise

(i) der konsolidierte Umsatz, bei dem der Umsatz der betroffenen juristischen Person gemäß der nationalen Umsetzung der Art. 22 und 24 der Richtlinie 2013/34 zum Umsatz anderer Unternehmen der Gruppe zu addieren ist, oder

(ii) der Umsatz der Unternehmen, mit denen die kontrollierte juristische Person im Sinne des im Wettbewerbsrecht der Union geltenden Unternehmensbegriffs eine wirtschaftliche Einheit bildet?

2. Ist, falls die Antwort auf Frage 1 lautet, dass ausschließlich der Umsatz der kontrollierten juristischen Person selbst zu berücksichtigen ist, das in dieser Frage genannte Tätigkeitskriterium

dahin auszulegen, dass

Umsatz, der generiert wird, wenn Dritte als Nutzer Abfälle auf einer Deponie abladen, die die kontrollierte juristische Person im Auftrag der die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber betreibt, als Umsatz anzusehen ist, der aus der Ausführung von Aufgaben stammt, die dieser juristischen Person von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern übertragen worden sind, wenn

berücksichtigt wird, dass die kontrollierte juristische Person hierbei auch mit privaten Anbietern im Wettbewerb steht?

Angeführte Vorschriften des Unionsrechts

Art. 12 Abs. 1, 3 und 5 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65) (im Folgenden: Richtlinie 2014/24)

Erwägungsgründe 1, 5 Satz 1, 31 und 32 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24

Art. 22 und 24 der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. 2013, L 182, S. 19) (im Folgenden: Richtlinie 2013/34)

Angeführte Vorschriften des nationalen Rechts

Art. 2:24 Abs. 1, Art. 2:24a und 2:24b des Aanbestedingswet (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge) von 2012 (im Folgenden: Vergabegesetz)

Art. 2:405, 2:406 und 2:410 des Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch, im Folgenden: BW)

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die AVR-Afvalverwerking BV (im Folgenden: Klägerin) ist ein kommerzieller Abfallverwerter.
- 2 Die Gemeinden der Provinz Friesland haben im Jahr 1995 die Afvalsturing Friesland NV (im Folgenden: AF) als gemeinsamen Abfallverwerter ohne Gewinnerzielungsabsicht gegründet. AF führt eine Gruppe von Tochtergesellschaften an, die auch auf anderen Gebieten als der Abfallverwertung tätig sind. AF erstellt konsolidierte Jahresrechnungen, in denen sie ihre eigenen Finanzdaten mit denen ihrer Tochtergesellschaften, anderer Gesellschaften der Gruppe und anderer juristischer Personen, auf die sie einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die ihrer einheitlichen Leitung unterliegen, konsolidiert.
- 3 Die Gemeinden Barendrecht, Albrandswaard und Ridderkerk (im Folgenden: BAR-Gemeinden) liegen in der Provinz Zuid-Holland und haben die NV BAR-Afvalbeheer (im Folgenden: BAR) als ausführende Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht für Abfallbewirtschaftung gegründet.

- 4 Die NV Irado (im Folgenden: Irado) wurde von drei anderen Gemeinden der Provinz Zuid-Holland als ausführende Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht für Abfallbewirtschaftung und die Verwaltung des öffentlichen Raums gegründet. Irado lässt seit 2017 den Restmüll aus den Haushalten durch AF verwerten und wurde im selben Jahr auch Anteilseignerin von AF.
- 5 Im Auftrag der Gemeinden der Provinz Friesland betreibt AF selbst (also nicht durch eine der zu ihrer Gruppe gehörenden Gesellschaften) eine Mülldeponie (im Folgenden: Deponie), auf der nicht aus Haushalten stammender Restmüll abgeladen wird, nämlich u. a. gewerbliche Abfälle und Abfälle aus der Bodensanierung.
- 6 Für Deponien gilt in den Niederlanden die Kapazitätsplanung gemäß dem dritten Landelijke Afvalbeheerplan (nationaler Abfallwirtschaftsplan). Im Rahmen dieser Planung werden Deponien in den Niederlanden sowohl durch private Anbieter als auch durch öffentliche Stellen betrieben.
- 7 Bis einschließlich 31. Dezember 2019 hatte jede BAR-Gemeinde eine eigene Vereinbarung mit verschiedenen Abfallverwertungsunternehmen und die Klägerin verwertete auf der Grundlage dieser Vereinbarungen den Restmüll aus den Haushalten dieser Gemeinden. 2019 beschlossen die BAR-Gemeinden, dass BAR sich an Irado beteiligen dürfe, und sie beauftragten Irado mit der Abholung und Verwertung ihres Restmülls aus den Haushalten. Am 13. Dezember 2019 schlossen Irado und AF eine Vereinbarung u. a. betreffend die Verwertung des Restmülls aus den Haushalten der BAR-Gemeinden. Am 20. Dezember 2019 schlossen BAR und Irado eine Vereinbarung u. a. über die Erbringung von Dienstleistungen betreffend die Verwertung des Restmülls aus den Haushalten der BAR-Gemeinden. Am 31. Dezember 2019 wurde BAR Anteilseignerin von Irado.
- 8 Die Klägerin beantragte bei der Rechtbank Den Haag (Bezirksgericht Den Haag, Niederlande), die Vereinbarungen zwischen Irado und AF einerseits und zwischen Irado und BAR andererseits für nichtig, hilfsweise für aufgehoben zu erklären oder ihre Ausführung zu untersagen, da hierfür eine Ausschreibung erforderlich gewesen wäre.
- 9 Die Rechtbank Den Haag (Bezirksgericht Den Haag) hat diese Anträge abgelehnt.
- 10 Die Klägerin hat hiergegen ein Rechtsmittel beim Gerichtshof Den Haag (Berufungsgericht Den Haag) eingelegt und fordert von den Beklagten Schadensersatz.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

Rechtlicher Rahmen

- 11 Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562 [im Folgenden: Urteil Teckal], Rn. 50) entschieden, dass die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge keine Anwendung finden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine von ihm verschiedene Person vergibt, über die er die Kontrolle ausübt und die ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die sie kontrollierende Körperschaft verrichtet. Diese letzte Voraussetzung ist als „Tätigkeitskriterium“ bekannt.
- 12 Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden. Andererseits darf die vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge haben (31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24, vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 [im Folgenden: Urteil Carbotermo], Rn. 59).
- 13 Genau hierfür ist das Tätigkeitskriterium entscheidend. Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn die kontrollierte juristische Person mehr als 80 % der Aufgaben ausführt, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurde (33. Erwägungsgrund und Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24). Falls eine kontrollierte juristische Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet und somit jede andere Tätigkeit nebensächlich ist, gibt es keinen echten Wettbewerb mehr (Urteil Carbotermo, Rn. 62), andernfalls durchaus noch.
- 14 Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil vom 8. Dezember 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935) entschieden, dass jede Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens eng auszulegen ist (Rn. 29). Da eine öffentliche Stelle die Möglichkeit hat, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln zu erfüllen, ist die Ausnahme in Bezug auf „In-House“-Vergaben gerechtfertigt, wenn die beauftragte Einrichtung nahezu zu den internen Diensten des öffentlichen Auftraggebers gehört (auch wenn sie eine rechtlich vom öffentlichen Auftraggeber verschiedene Einrichtung ist), und der öffentliche Auftraggeber daher „auf seine eigenen Mittel zurück[greift]“ (Rn. 30). Voraussetzung dafür ist, dass der öffentliche Auftraggeber über die beauftragte Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und dass diese Einrichtung darüber

hinaus ihre Tätigkeit im Wesentlichen zugunsten des öffentlichen Auftraggebers verrichtet (Rn. 31).

Vorbringen der Parteien

- 15 Im Ausgangsverfahren steht die Frage im Mittelpunkt, ob AF das Tätigkeitskriterium erfüllt.
- 16 Nach Ansicht der Klägerin ist für die Anwendung des Tätigkeitskriteriums der konsolidierte Umsatz zu berücksichtigen. Es müsse nämlich vom Umsatz der Unternehmensgruppe ausgegangen werden, zu der die kontrollierte juristische Person (im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, die aus natürlichen oder juristischen Personen bestehen könne) gehöre, weil nur dadurch die tatsächliche und wirtschaftliche Situation hinreichend berücksichtigt werden könne. Die Klägerin weist darauf hin, dass AF wirtschaftlich und organisatorisch mit ihren Tochtergesellschaften verbunden sei, so dass es sich *de facto* um ein einziges Unternehmen handle. Berücksichtige man allein den Umsatz der kontrollierten juristischen Person, führe dies zu einer ungerechtfertigt hohen Zahl von Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24 und damit zu weniger Wettbewerb, was mit dem Ziel der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe unvereinbar sei. Außerdem könne eine kontrollierte juristische Person das Verhältnis von 80 % zu 20 % umgehen, indem sie innerhalb der Gruppe tätig sei und in diesem Zusammenhang selbst zu mehr als 80 % zugunsten der die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber arbeite und eine oder mehrere Gesellschaften der Gruppe auf dem freien Markt tätig werden lasse.
- 17 Die Beklagten sind der Ansicht, dass für die Berechnung des prozentualen Anteils am Umsatz aus Tätigkeiten, die AF in Ausführung von Aufgaben verrichte, die ihr vom die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber übertragen worden seien (im Folgenden: Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung), von dem durch AF selbst generierten Umsatz auszugehen sei, da Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/24 auf die Tätigkeiten der *juristischen Person* verweise und nach Art. 12 Abs. 5 der Richtlinie auch ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Maßstab gesucht werden dürfe, wie z. B. Kosten, die der betreffenden *juristischen Person* in Bezug auf die betreffenden Dienstleistungen entstanden seien; dieser Umsatz belaufe sich auf mehr als 80 %, sodass die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge keine Anwendung fänden. Ginge man vom konsolidierten Umsatz aus, so würde auch der Umsatz anderer juristischer Personen einbezogen, was einer Anwendung *contra legem* des Tätigkeitskriteriums gleichkäme. Schließlich sind die Beklagten der Ansicht, dass der konsolidierte Umsatz, falls von anderen Umsätzen als denen der kontrollierten juristischen Person auszugehen sei, keinen geeigneten Anknüpfungspunkt darstelle, weil die Konsolidierungsvorschriften zu technisch und zu kompliziert seien und es zudem viele Ausnahmen gebe.

- 18 Zur zweiten Vorlagefrage führt die Klägerin aus, dass auf der betroffenen Deponie kein Restmüll aus Haushalten abgeladen werden könne und dass AF auf dieser Deponie mit privaten Anbietern im Wettbewerb stehe, sodass ihr Umsatz mit dieser Deponie nicht als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung berücksichtigt werden könne.
- 19 Die Beklagten tragen vor, dass die Provinz für das Deponieren von Rückständen aus der Verwertung von Haushaltsmüll eine Befreiung gewähren könne, und verweisen auf das Urteil Carbotermo, in dem der Gerichtshof entschieden habe, dass mit Deponien erzielter Umsatz (im Folgenden: Deponieumsatz) auch dann als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung in Betracht komme, wenn er von Betrieben erzielt werde. Gemäß diesem Urteil könnten die von der kontrollierten juristischen Person für die sie aufgrund der Vergabeentscheidungen kontrollierende Körperschaft bzw. kontrollierenden Körperschaften verrichteten Tätigkeiten nämlich nicht allein dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber selbst, sondern auch Dritten als Nutzer zugutekommen. Bezahlt die Dritten als Nutzer hierfür, wie dies vorliegend der Fall sei, müsse dieser Umsatz als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung mitberücksichtigt werden.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 20 In Bezug auf die Anwendung des Tätigkeitskriteriums ist dem vorliegenden Gericht angesichts der divergierenden Standpunkte der Parteien in tatsächlicher Hinsicht und des Umstands, dass die oben angeführte Rechtsprechung für die Entscheidung des vorliegenden Falls nicht zielführend ist, nicht klar, ob für die Bestimmung des Umsatzes allein auf den Umsatz von AF oder auf den Umsatz der Gruppe abzustellen ist und wie im letztgenannten Fall der Umsatz der Gruppe zu bestimmen ist. Die Bestimmung des Umsatzes ist von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob die Vergabevorschriften anzuwenden sind oder nicht und wie somit im Ausgangsverfahren zu entscheiden ist.
- 21 Ist allein der Umsatz von AF zu berücksichtigen, so stellt sich die Frage, ob der von AF mit der Deponie erzielte Umsatz als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung anzusehen ist; diese Frage ist entscheidend für die Beantwortung der weiteren Frage, ob das Tätigkeitskriterium erfüllt ist, und somit entscheidungserheblich für das Ausgangsverfahren. Dem Urteil Carbotermo ist zu entnehmen, dass durch Dritte erzielter Umsatz als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung angesehen werden kann. Denn ausschlaggebender Umsatz für ein kontrolliertes Unternehmen ist der, der aufgrund der Vergabeentscheidungen erzielt wird – und zwar einschließlich des in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielten Umsatzes. Zu berücksichtigen sind nämlich alle Tätigkeiten, die das Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen der Vergabe verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – von Bedeutung wäre. Es kommt nicht darauf an, wer das betreffenden Unternehmen vergütet, sei es der öffentliche Auftraggeber, der

seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen (Urteil Carbotermo, Rn. 65 bis 67). Demgegenüber trägt die Klägerin vor, dass AF als kontrollierte juristische Person beim Betreiben der Deponie mit privaten Anbietern im Wettbewerb stehe, sodass nicht zu 100 % sicher ist, ob ihr Deponieumsatz als Umsatz im Rahmen der Aufgabenerfüllung angesehen werden kann. Daher hält das vorlegende Gericht auch die zweite Vorlagefrage für erforderlich.

ARBEITSDOKUMENT