

Mål C-692/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

den 17 november 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Gerechtshof Den Haag (Nederländerna)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

den 14 november 2023

Klagande:

AVR-Afvalverwerking BV

Motparter:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Saken i målet vid den nationella domstolen

Saken i målet vid den nationella domstolen avser kontrakt från tre kommuner i Zuid-Holland och en juridisk person som mellanhand som hanterar restavfall från hushåll i dessa kommuner, för vilka klaganden hävdar att med orätt inget förfarande för offentlig upphandling har följts.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Denna begäran på grundval av artikel 267 FEUF avser frågan om man för tillämpning av ”verksamhetskriteriet” i direktiv 2014/24, som medför att en upphandling inte är obligatorisk, måste utgå ifrån enbart den kontrollerade juridiska personens omsättning, när denna utgör en del av en koncern, eller från koncernens omsättning och hur den då ska fastställas och, i det första fallet, om det vid fastställandet av den kontrollerade juridiska personens omsättning också måste tas med i beräkningen den omsättning som härrör från tredjepartsanvändare av den deponi som den kontrollerade juridiska personen driver.

Tolkningsfrågor

1. Ska verksamhetskriteriet i artikel 12.3 första stycket b jämförd med artikel 12.5 i direktiv 2014/24/EU

tolkas så, att

när den där avsedda procentsatsen för verksamheterna fastställs på grundval av omsättningen och den kontrollerade juridiska personen är en del av en koncern,

endast omsättningen för den kontrollerade juridiska personen ska beaktas eller även omsättningen för andra företag, oavsett om de är knutna till en koncern eller inte, som till exempel:

(i) koncernens omsättning, i vilken omsättningen för den berörda juridiska personen på grundval av det nationella införlivandet av artiklarna 22 och 24 i direktiv 2013/34/EU måste räknas ihop med de andra koncernenheternas omsättning eller

(ii) omsättningen för de enheter med vilka den kontrollerade juridiska personen utgör en ekonomisk enhet i enlighet med företagsbegreppet i unionens konkurrensrätt?

2. Måste, ifall svaret på fråga 1 är att endast omsättningen för den kontrollerade juridiska personen ska medräknas, det verksamhetskriterium som avses i frågan

tolkas så, att

omsättning för tredjepartsanvändare som tippar avfallsämnen på en deponi som den kontrollerade juridiska personen driver på uppdrag av kontrollerande upphandlande myndigheter ska betraktas som omsättning som genererats i utförandet av uppgifter som denna juridiska person tilldelats av kontrollerande upphandlande myndigheter, med beaktande av att den kontrollerade juridiska personen bland annat konkurrerar med privata aktörer i driften av deponin?”

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 12.1, 12.3 och 12.5 i direktiv 2014/24/EU (nedan kallat direktiv 2014/24)

Skälen 1, 5 första meningen, 31 och 32 första stycket i direktiv 2014/24

Artiklarna 22–24 i direktiv 2013/34/EU (nedan kallat direktiv 2013/34)

Anförda nationella bestämmelser

Artiklarna 2.24.1, 2.24a och 2.24b i 2012 års Aanbestedingswet (nedan kallad Aanbestedingswet)

Artiklarna 2:405, 2:406 och 2:410 i Burgerlijk Wetboek (nedan kallad BW)

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i målet vid den nationella domstolen

- 1 AVR (nedan kallad klaganden) är ett kommersiellt avfallshanteringsföretag.
- 2 Kommunerna i provinsen Friesland grundade 1995 Afvalsturing Friesland NV (nedan kallat AF) som ett gemensamt avfallshanteringsföretag utan vinstintresse. AF är moderföretag i en koncern med dotterföretag som också har verksamhet på andra områden än avfallshantering. AF upprättar koncernårsredovisningar där AF integrerar sina egna finansiella uppgifter med dotterbolagens, andra koncernföretags och andra juridiska personers över vilka de kan utöva ett bestämmande inflytande eller i vilka de utgör den centrala ledningen.
- 3 Kommunerna Barendrecht, Albrandswaard och Ridderkerk (nedan kallade BAR-kommunerna) ligger i provinsen Zuid-Holland och har grundat NV BAR-Afvalbeheer (nedan kallat BAR) som en verkställande organisation utan vinstintresse för avfallshantering.
- 4 NV Irado (nedan kallat Irado) har grundats av tre andra kommuner i Zuid-Holland som en verkställande organisation utan vinstintresse för avfallshantering och förvaltning av offentliga platser. Sedan 2017 låter Irado restavfall från hushåll hanteras av AF, och Irado blev samma år även aktieägare i AF.
- 5 AF driver själv (alltså inte via ett av sina koncernföretag) på uppdrag av kommunerna i provinsen Friesland en deponi där restavfall tippas som inte kommer från hushåll, bland annat kommersiellt avfall och avfall från marksanering.
- 6 I Nederländerna gäller för deponier den kapacitetsplanering som avses i den tredje Landelijke Afvalbeheerplan (nedan kallad LAP). Inom den planeringen drivs deponier i Nederländerna av såväl privata parter som offentliga organ.

- 7 Till och med den 31 december 2019 hade varje BAR-kommun ett eget avtal med olika avfallshanteringsföretag och på grundval av dessa avtal hanterade klaganden sitt restavfall från hushåll. År 2019 beslöt BAR-kommunerna att BAR skulle delta i Irado, och de tilldelade Irado kontraktet att hämta och hantera deras restavfall från hushåll. Den 13 december 2019 ingick Irado och AF ett avtal om bland annat hantering av BAR-kommunernas restavfall från hushåll. Den 20 december 2019 ingick BAR och Irado ett avtal om tjänster avseende bland annat hantering av BAR-kommunernas restavfall från hushåll. Den 31 december 2019 blev BAR aktieägare i Irado.
- 8 Klaganden yrkade vid Rechtbank Den Haag att avtalen mellan Irado och AF å ena sidan och Irado och BAR å den andra skulle ogiltigförklaras, alternativt upphävas eller inte tillämpas. Enligt klaganden borde ett förfarande för offentlig upphandling ha anordnats avseende dessa kontrakt.
- 9 Rechtbank Den Haag ogillade talan.
- 10 Klaganden har överklagat det avgörandet till Gerechtshof Den Haag och yrkat att motparterna ska förpliktas att betala skadestånd.

Parternas huvudargument

Rättslig bakgrund

- 11 Domstolen beslöt i sin dom av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50) (nedan kallad Teckal-domen) att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga när en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt till en person som inte är myndigheten närstående och som myndigheten utövar tillsyn över, när den största delen av verksamheten för den upphandlande myndighetens räkning utförs av den personen. Det sistnämnda villkoret är det så kallade verksamhetskriteriet.
- 12 Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga kontrakt som åligger dem genom att använda sina egna resurser. Samtidigt får inte det undantagna samarbetet mellan myndigheter leda till snedvridning av konkurrensen i förhållande till privata företag (skäl 31 i direktiv 2014/24, se även domstolens dom av den 11 maj 2006, Carbotermo och Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) (nedan kallad domen Carbotermo), punkt 59).
- 13 Det är på denna punkt som verksamhetskriteriet är avgörande. Detta kriterium är uppfyllt om den kontrollerande juridiska personen utför mer än 80 procent av de uppgifter personen tilldelats av den kontrollerande upphandlande myndigheten eller av andra juridiska personer som kontrolleras av den myndigheten (skäl 33 och artikel 12.1 i direktiv 2014/24). I det fallet, där den kontrollerade juridiska

personen till största delen utför sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning och där varje annan verksamhet sålunda är marginell, råder ingen verklig konkurrens längre (domen Carbotermo, punkt 62), men i det omvända fallet gör det det.

- 14 Domstolen kom även i domen Undis Servizi (mål C-553/15) fram till att varje undantag från upphandlingsskyldigheten ska tolkas restriktivt (punkt 29). Med tanke på att en myndighet får utföra sina uppgifter i det allmännas intresse med sina egna resurser är undantaget för ”in house”-tilldelningar rättfärdigat när den uppdragstagande enheten nästan utgör en del av den upphandlande myndighetens interna tjänster (även om det är en annan juridisk person) och denna sålunda använder sina ”egna medel” (punkt 30). För detta krävs att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den uppdragstagande enheten som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning och att den enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning (punkt 31).

Parternas argument

- 15 Den centrala frågan i det nationella målet är om AF uppfyller verksamhetskriteriet.
- 16 Enligt klaganden ska företagskoncernens omsättning medräknas när verksamhetskriteriet ska tillämpas. Man måste nämligen utgå från omsättningen för koncernen eller företaget som den kontrollerade juridiska personen är en del av (i betydelsen en ekonomisk enhet som kan utgöras av olika fysiska eller juridiska personer), eftersom det är det enda sättet att ta tillräcklig hänsyn till den faktiska och ekonomiska verkligheten. Klaganden gör gällande att AF ekonomiskt och organisatoriskt är knutet till sina dotterföretag, varför det i själva verket handlar om ett och samma företag. Om endast omsättningen för den kontrollerade juridiska personen skulle beaktas skulle det leda till ett orättmätigt högt antal undantag från tillämpningen av direktiv 2014/24 och därmed till mindre konkurrens, vilket skulle gå stick i stäv med upphandlingsreglerna. En kontrollerad juridisk person skulle också kunna kringgå 80/20-förhållandet genom att vara verksam i koncernen och i det sammanhanget själv vara verksam till mer än 80 procent för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning och låta ett eller flera koncernföretag vara aktiva på den fria marknaden.
- 17 Enligt motparterna måste man vid beräkningen av procentsatsen av omsättningen från verksamheten som AF bedriver för att utföra uppgifter som AF blivit tilldelat av de kontrollerande upphandlande myndigheterna (nedan kallad verksamhetsutövningsomsättning) utgå ifrån AF:s egen omsättning. Artikel 12.3 första stycket och 12.3 b) i direktiv 2014/24 hänvisar nämligen till den *juridiska personen*, och enligt artikel 12.5 i samma direktiv får man vid denna beräkning även beakta ett alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstår hos den berörda *juridiska personen* med anledning av de relevanta tjänsterna. Om

denna omsättning utgör mer än 80 procent är upphandlingsreglerna inte tillämpliga. Om man utgår ifrån koncernens omsättning skulle även omsättningen från andra juridiska personer medräknas, vilket skulle medföra en tillämpning som strider mot verksamhetskriteriet. Avslutningsvis är motparterna av uppfattningen att om man skulle behöva utgå ifrån annan omsättning än den kontrollerade juridiska personens omsättning, utgör koncernens omsättning inte något bra anknytningskriterium, eftersom reglerna för koncerners sammansättning är för tekniska och invecklade och även skulle medge många undantag.

- 18 Vad beträffar den andra tolkningsfrågan har klaganden hävdade att inget restavfall från hushåll kan tippas på den berörda deponin och att AF konkurrerar med privata företag på den deponin, varför AF:s omsättning från deponin inte kan tas med i beräkningen av verksamhetsutövningsomsättningen.
- 19 Motparterna har gjort gällande att provinsen kan bevilja undantag för tippning av restflöden från hanteringen av hushållsavfall och hänvisar till domen Carbotermo, där domstolen fastställde att omsättningen som genererats från tippning (nedan kallad tippningsomsättning) tas med i beräkningen av verksamhetsutövningsomsättningen, oberoende av om omsättningen genereras vid företag. Det framgår av den domen att verksamhet som den kontrollerade juridiska personen utför för det eller de organs räkning som utövar kontroll över den juridiska personen genom tilldelningsbeslut nämligen inte bara kan utföras för de kontrollerande upphandlande myndigheternas egen räkning, utan även för så kallade tredjepartsanvändares räkning. När tredjepartsanvändare betalar för det, som i förevarande mål, måste omsättningen medräknas som verksamhetsutövningsomsättning.

Kortfattad redogörelse för skälen till begäran om förhandsavgörande

- 20 Vad beträffar tillämpningen av verksamhetskriteriet är det, mot bakgrund av parternas motsatta ståndpunkter i målet och av att den rättspraxis som hänvisning görs till ovan inte har någon bäring på förevarande mål, inte klart och tydligt för den hänskjutande domstolen om AF:s egen omsättning eller koncernens omsättning ska beaktas när omsättningen ska fastställas och hur koncernens omsättning ska fastställas i detta senare fall. Fastställandet av omsättningen är av avgörande betydelse för besvarandet av frågan om huruvida upphandlingsreglerna är tillämpliga eller inte och för lösningen av saken i det nationella målet.
- 21 Om AF:s egen omsättning ska tas med i beräkningen är frågan om AF:s omsättning, som genererats från deponin, kan betraktas som verksamhetsutövningsomsättning som är avgörande för svaret på frågan om huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt och sålunda för lösningen av tvisten i det nationella målet. Det framgår av domen Carbotermo att omsättning som genererats från tredje part kan medräknas som verksamhetsutövningsomsättning. Den avgörande omsättningen för ett kontrollerat företag är ju den som genererats genom tilldelningsbeslut, inklusive sådan som kommer från verksamhet som

utförs för användare genom utförandet av de besluten. Den verksamhet som kommer i fråga är ju all verksamhet som företaget som tilldelats kontraktet utför inom ramen för det tilldelade kontraktet, oavsett om den utförs till nytta för den upphandlande myndigheten själv eller för användaren. Det har ingen betydelse vem som betalar ersättning till det berörda företaget, den upphandlande myndigheten eller tredjepartsanvändarna av tjänsterna (domen Carbotermo, punkterna 65–67). I motsats till detta står klagandens argument att AF som kontrollerad juridisk person vid driften av deponin konkurrerar med privata aktörer, varför det inte är fullständigt klart om AF:s tippningsomsättning kan betraktas som verksamhetsutövning. Därför ser sig den hänskjutande domstolen nödgad att ställa även den andra tolkningsfrågan.

ARBETSDOKUMENT