Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

13. juni 2013 *

»Offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — begrebet »offentlig kontrakt« — artikel 1, stk. 2, litra a) — kontrakt indgået mellem to lokale forvaltninger — en enheds overførsel af rengøringsopgaven vedrørende visse af sine lokaler til en anden enhed mod en økonomisk kompensation«

I sag C-386/11,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) ved afgørelse af 6. juli 2011, indgået til Domstolen den 20. juli 2011, i sagen:

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG

mod

Kreis Düren,

procesdeltagere:

Stadt Düren,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (refererende dommer) og C. Vajda,

generaladvokat: V. Trstenjak

justitssekretær: fuldmægtig M. Aleksejev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. februar 2013,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG ved Rechtsanwalt L. Wionzeck

— Kreis Düren ved Rechtsanwälte R. Gruneberg og A. Wilden

* Processprog: tysk.

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato W. Ferrante

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár, G. Wilms og C. Zadra, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

2 Denne anmodning er indgivet under en tvist mellem Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (herefter »Piepenbrock«) og Kreis Düren (Düren Amtskommune, Tyskland) vedrørende et udkast til en aftale, hvorved Kreis Düren overfører rengøringsopgaven vedrørende bygninger, der er beliggende på Stadt Dürens (Düren Bys) område, men tilhører og benyttes af Kreis Düren, til Stadt Düren mod en økonomisk kompensation.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Anden betragtning til direktiv 2004/18 er sålydende:

»Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt [EF-]traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. […]«

4 Artikel 1 i dette direktiv bestemmer følgende:

»[…]

2.

a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.[…]

d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

[…]

8. Begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder« dækker enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller organer, som på markedet tilbyder henholdsvis udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.

Begrebet »økonomisk aktør«, dækker både en entreprenør, en leverandør og en tjenesteyder. Det anvendes udelukkende for at forenkle teksten.

[…]«

5 Bygningsrengøring udgør ifølge kategori 14 i bilag II A til direktiv 2004/18 tjenesteydelser som omhandlet i dette direktiv.

Tysk ret

6 § 28, stk. 2, i Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tysklands forfatning) bestemmer følgende:

»Inden for de i loven fastsatte rammer skal kommunerne sikres retten til på eget ansvar at regulere samtlige lokale forhold. Inden for rammerne af deres lovbestemte opgaver og inden for de i loven fastsatte rammer skal sammenslutninger af kommuner ligeledes have ret til selvforvaltning. […]«

7 § 23 i loven om interkommunalt opgavesamarbejde i Land Nordrhein-Westfalen (Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen, herefter »GkG NRW«) er affattet således:

»1) Kommuner og kommunesammenslutninger kan aftale, at en af deltagerne i aftalen overtager enkelte opgaver fra en anden deltager under sit ansvar eller forpligter sig til at gennemføre sådanne opgaver for de øvrige deltagere.

2) Overtager en deltager en opgave fra de øvrige under sit ansvar, går rettigheder og forpligtelser vedrørende opgavens gennemførelse over på denne. Hvis en af deltagerne forpligter sig til at gennemføre en opgave for de øvrige, berøres disses rettigheder og pligter som ansvarlige for opgaven ikke.

3) I aftalen kan der indrømmes de øvrige deltagere ret til at medvirke ved opgavernes gennemførelse; dette gælder også ved ansættelse af personale.

4) Aftalen skal indeholde bestemmelse om en passende godtgørelse, der sædvanligvis skal dække de omkostninger, der er forbundet med overtagelsen eller gennemførelsen af den overdragne opgave.

5) Er aftalens gyldighedsperiode af ubestemt varighed, eller andrager den mere end 20 år, skal det i aftalen fastsættes, på hvilke betingelser og i hvilken form den kan opsiges af en deltager.«

8 Det er fremhævet i forelæggelsesafgørelsen, at der på den ene side således sondres efter GkG NRW mellem de såkaldte »mandataftaler«, hvorved en enhed forpligter sig til at udføre visse opgaver for en anden enheds regning, og de såkaldte »delegationsaftaler«, der indebærer en overførsel af kompetence,

hvorved en enhed overtager en opgave fra en anden enhed. På den anden side anses de såkaldte »mandataftaler« ifølge national retspraksis for at være omfattet af reglerne om offentlige kontrakter, såfremt de antager karakter af en gensidigt bebyrdende aftale.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9 Kreis Düren er en sammenslutning af kommuner, som Stadt Düren indgår i. Piepenbrock har i henhold til forskellige kontrakter varetaget rengøringen af bygninger tilhørende denne Kreis.

10 Kreis Düren har sammen med Stadt Düren udarbejdet et udkast til en offentligretlig aftale, ifølge hvilken Kreis Düren overfører rengøringsopgaven vedrørende sine kontor-, forvaltnings- og skolebygninger, der er beliggende på Stadt Dürens område, til Stadt Düren, i første omgang i en prøvefase af en varighed på to år.

11 § 1 i aftaleudkastet er affattet således:

»1) Kreis Düren overdrager med frigørende virkning sin rengøringsopgave vedrørende de bygninger, den besidder på Stadt Dürens område, til Stadt Düren.

2) Rengøringsopgaven omfatter bygnings- og vinduesrengøring af Kreis Dürens kontor-, forvaltnings- og skolebygninger.

3) Stadt Düren overtager med eneansvar de opgaver, der er beskrevet i stk. 1 og 2. De rettigheder og forpligtelser, der er forbundet med opfyldelsen af denne opgave, overgår til Stadt Düren (§ 23, stk. 1, første led, og § 23, stk. 2, første punktum, i GkG NRW). Stadt Düren overtager de Kreis Düren påhvilende forpligtelser og er for så vidt eneansvarlig.

4) Ved udførelsen af de opgaver, som Stadt Düren har fået overdraget i henhold til stk. 1, kan den betjene sig af tredjemand.«

12 Dette aftaleudkast indeholder i medfør af § 23, stk. 4, i GkG NRW en bestemmelse om økonomisk godtgørelse for de af Stadt Düren afholdte udgifter, hvilken er fastsat ud fra en timesats.

13 Det fremgår i øvrigt af de sagsakter, som Domstolen har haft adgang til, at nævnte udkast giver Kreis Düren ret til ensidigt at opsige aftalen i tilfælde af mangelfuld udførelse fra Stadt Dürens side.

14 Endelig fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at de omhandlede rengøringsopgaver skal udføres af Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, der er et selskab tilhørende Stadt Düren.

15 Piepenbrock anlagde sag med påstand om, at det forbydes Kreis Düren at indgå nævnte aftale uden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, idet selskabet gjorde gældende, at udførelsen af disse opgaver mod vederlag udgør en ydelse, der opfylder markedsvilkårene og kan leveres af private tjenesteydere. I øvrigt drejer det sig i en sådan sammenhæng ikke om en type af intern tildeling, der falder uden for anvendelsen af reglerne for offentlige kontrakter i medfør af Teckal-dommen af 18. november 1999 (sag C-107/98, Sml. I, s. 8121), eftersom betingelserne for anvendelse af denne undtagelse ikke er opfyldt, mens en henvisning til dommen af 9. juni 2009 i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-480/06, Sml. I, s. 4747) i mangel af »horisontalt samarbejde« mellem de to omhandlede offentlige enheder ikke er relevant.

16 Piepenbrock fik ikke medhold i første instans med den begrundelse, at det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast i medfør af § 23 i GkG NRW vedrører en såkaldt »delegationsaftale«, som ikke er underlagt reglerne for offentlige kontrakter. Selskabet har appelleret denne afgørelse til

Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf), idet det har gjort gældende, at benævnelsen delegationsaftale er uden betydning under hensyn til kendetegnene ved det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast.

17 Kreis Düren har derimod gjort gældende, at en sådan offentligretlig uddelegering af opgaver udgør en afgørelse, der falder ind under den interne nationale organisation, som ikke er underlagt reglerne for offentlige kontrakter.

18 Den forelæggende ret har fremhævet dette kendetegn ved det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast, idet den er i tvivl om betydningen af denne aftales offentligretlige karakter i forhold til anvendelsen af reglerne for offentlige kontrakter.

19 Den har for det første fastslået, at den omhandlede opgave ikke henhører under udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 51, stk. 1, TEUF og artikel 62 TEUF og derfor ikke i denne egenskab falder uden for EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser eller de afledte retsakter, der har til formål at gennemføre disse friheder, såsom direktiv 2004/18.

20 Den har for det andet fastslået, at den ved Teckal-dommen fremhævede undtagelse ikke finder anvendelse på det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast, idet Kreis Düren ikke fører en kontrol med Stadt Düren, og i øvrigt heller ikke med selskabet Dürener Reinigungsgesellschaft, svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.

21 Den forelæggende ret har for det tredje påpeget, at den sag, som er blevet indbragt for den, indgår i en sammenhæng, som adskiller sig fra de omstændigheder, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, for så vidt som det i nærværende hovedsag omhandlede aftaleudkast er kendetegnet ved fraværet af samarbejde mellem de omhandlede offentlige enheder, eftersom den ene slet og ret uddelegerer en af sine opgaver til den anden, hvilket er tilladt i medfør af GkG NRW.

22 Den forelæggende ret overvejer ikke desto mindre, om andre typer af aftaler mellem lokale administrative myndigheder end den, der var tale om i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, i kølvandet på denne dom falder uden for reglerne for offentlige kontrakter. Denne ret ønsker således oplyst, hvorvidt der skal anlægges en sondring mellem aftaler, der vedrører det offentliges opgaver som sådanne, såsom affaldsbortskaffelse, og aftaler, der kun indirekte vedrører udførelsen af disse opgaver, som i det foreliggende tilfælde rengøring af lokaler, der benyttes til udførelsen af en sådan opgave.

23 Nævnte ret overvejer ligeledes, om interkommunale samarbejdsaftaler generelt falder uden for reglerne for offentlige kontrakter i deres egenskab af »interne forvaltningsorganisationsakter«. Den har i den anledning bemærket, at medlemsstaternes forvaltningsorganisation ikke henhører under Den Europæiske Unions kompetence, og at kommunernes administrative selvstyre, og følgelig muligheden for at indgå frivilligt samarbejde mellem kommuner, desuden er sikret ved § 28, stk. 2, i Forbundsrepublikken Tysklands forfatning.

24 Den forelæggende ret har på den anden side bemærket, at genstanden for det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast er nærmest identisk med en hvilken som helst kontrakt, som er underlagt direktiv 2004/18 og i medfør af hvilken Stadt Düren måtte få overdraget udførelsen af rengøringsydelser mod vederlag. Den ønsker i den anledning oplyst, om den sondring, der opereres med i GkG NRW mellem de såkaldte »mandataftaler« og de såkaldte »delegationsaftaler«, hvor den omhandlede aftale knytter sig til sidstnævnte kategori, er afgørende i betragtning af, at det forhold, at en aftale – hvor den vedrører biopgaver, som ikke direkte angår kommunernes aktivitet udadtil – indebærer en overførsel af kompetence, er af rent formel karakter, idet valget af den ene eller den anden af de mulige aftaletyper konkret afstedkommer de samme virkninger i økonomisk henseende.

Af denne grund overvejer den forelæggende ret, om anvendelsen af en såkaldt »delegationsaftale«, i den sammenhæng, der foreligger i hovedsagen, kunne udgøre »en model med henblik på at omgå udbudsreglerne« som omtalt i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 48.

25 I denne forbindelse har Oberlandesgericht Düsseldorf besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Omfatter begrebet »offentlige kontrakter« i […] direktiv 2004/18 […] også en kontrakt mellem to lokale administrative myndigheder, hvorved den ene overdrager den anden en begrænset kompetence mod omkostningsgodtgørelse, særligt når den overdragne opgave ikke vedrører udøvelse af offentlig myndighed som sådan, men kun hertil knyttede biopgaver?«

Om det præjudicielle spørgsmål

26 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om en aftale som den i hovedsagen foreliggende udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18 og i denne egenskab er underlagt reglerne i dette direktiv, når en offentlig enhed i medfør af denne aftale overdrager rengøringsopgaven vedrørende visse kontor-, forvaltnings- og skolebygninger til en anden offentlig enhed, idet sidstnævnte enhed ved udførelsen af denne opgave kan betjene sig af tredjemand, mod en økonomisk kompensation, der skal svare til de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte opgave, alt imens førstnævnte enhed forbeholder sig kompetencen til at kontrollere den rette udførelse af nævnte opgave.

27 I den anledning skal det fastslås, at Kreis Düren ved det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast forbeholder sig en sådan kontrolkompetence, da denne aftale bestemmer, at Kreis Düren ensidigt kan opsige aftalen i tilfælde af mangelfuld udførelse fra Stadt Dürens side.

28 Det bemærkes, at en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed, og som vedrører udførelsen af tjenesteydelser, der er omfattet af bilag II A til direktiv 2004/18, i henhold til artikel 1, stk. 2, i dette direktiv udgør en offentlig kontrakt.

29 For det første er det i denne henseende uden betydning, dels om denne aktør selv er en ordregivende myndighed, dels at den berørte enhed ikke primært har fortjeneste for øje, at den ikke har en virksomhedsstruktur, eller at den ikke har en vedvarende tilstedeværelse på markedet (dom af 19.12.2012, sag C-159/11, Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce m.fl., præmis 26).

30 For det andet udgør aktiviteter som dem, der er genstand for det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast, bygningsrengøring, som er omfattet af kategori 14 i bilag II A til direktiv 2004/18.

31 For det tredje skal en aftale anses for indgået som »gensidigt bebyrdende« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, selv om det fastsatte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 29).

32 Med forbehold af den efterprøvelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, synes en aftale som den i hovedsagen påtænkte for det første at udvise alle de ovennævnte karakteristika og, følgelig, i princippet at udgøre en offentlig kontrakt.

33 Det fremgår for det andet, at en sådan aftale ikke hører til de to kontrakttyper, som, skønt de er indgået af offentlige enheder, dog ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

34 Det drejer sig for det første om kontrakter, som en offentlig enhed har indgået med en anden juridisk person, når denne enhed fører en kontrol med den juridiske person, som svarer til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene, og den juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de enheder, som den ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50, og dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 32).

35 I denne henseende er det ubestridt, at ingen af disse betingelser er opfyldt inden for rammerne af en aftale som den i hovedsagen planlagte. Det fremgår nemlig af forelæggelsesafgørelsen, at der i den sammenhæng, der foreligger i hovedsagen, for det første ikke er nogen enhed, der ejer en anden. Dernæst fører den enhed, der overdrager udførelsen af en opgave til den anden – skønt den forbeholder sig retten til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave – ikke en kontrol med den anden enhed, der kan siges at svare til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene. Endelig udfører denne anden enhed ikke hovedparten af sin virksomhed for den første enhed.

36 Det drejer sig for det andet om aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 34).

37 I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 35).

38 Samtlige ovennævnte kriterier er kumulative, således at en kontrakt mellem offentlige enheder kun falder uden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter i kraft af denne undtagelse, såfremt den aftale, hvormed denne kontrakt indgås, opfylder alle disse kriterier (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 36).

39 Det fremgår imidlertid af den forelæggende rets konstateringer, at det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast ikke synes at have til formål at oprette et samarbejde mellem de to kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave.

40 Det fremgår i øvrigt ligeledes af disse konstateringer, at denne aftale tillader, at der ved udførelsen af den i aftalen omhandlede opgave gøres brug af tredjemand, således at denne tredjemand får en fordel i forhold til andre virksomheder, der opererer på det samme marked.

41 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at en aftale som den i hovedsagen foreliggende, ved hvilken en offentlig enhed overdrager rengøringsopgaven vedrørende visse kontor-, forvaltnings- og skolebygninger til en anden offentlig enhed – uden at oprette et samarbejde mellem de kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave – alt imens den forbeholder sig kompetencen til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave, mod en økonomisk kompensation, der skal svare til de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte opgave, idet den anden enhed desuden kan betjene sig af tredjemand, som eventuelt er i stand til at agere på markedet for udførelsen af denne opgave, udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18.

Sagens omkostninger

42 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

En aftale som den i hovedsagen foreliggende, ved hvilken en offentlig enhed overdrager rengøringsopgaven vedrørende visse kontor-, forvaltnings- og skolebygninger til en anden offentlig enhed – uden at oprette et samarbejde mellem de kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave – alt imens den forbeholder sig kompetencen til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave, mod en økonomisk kompensation, der skal svare til de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte opgave, idet den anden enhed desuden kan betjene sig af tredjemand, som eventuelt er i stand til at agere på markedet for udførelsen af denne opgave, udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Underskrifter