



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 13 juni 2013*

”Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Begreppet offentligt kontrakt — Artikel 1.2 a —
Avtal som slutits mellan två lokala myndigheter — Den ena myndigheten överför ansvaret för
städningen av vissa av myndighetens lokaler till den andra myndigheten, i utbyte mot
ekonomisk ersättning”

I mål C-386/11,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht
Düsseldorf (Tyskland) genom beslut av den 6 juli 2011, som inkom till domstolen den 20 juli 2011, i
målet

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG

mot

Kreis Düren,

ytterligare deltagare i rättegången:

Stadt Düren,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby
(referent) och C. Vajda,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: handläggaren M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 februari 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, genom L. Wionzeck, Rechtsanwalt,

— Kreis Düren, genom R. Gruneberg och A. Wilden, Rechtsanwälte,

* Rättegångsspråk: tyska.

- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av W. Ferrante, avvocato dello Stato,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom A. Tokár, G. Wilms och C. Zadra, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (nedan kallat Piepenbrock) och Kreis Düren (Dürens kommunförbund, Tyskland). Målet rör ett utkast till avtal enligt vilket Kreis Düren – mot ekonomisk ersättning – ska överföra ansvaret för städningen av byggnader, vilka är belägna i Stadt Düren (Düren stad), men vilka tillhör och används av Kreis Düren, från Piepenbrock till Stadt Düren.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingår i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i [EG]-fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. ...”

- 4 I artikel 1 i detta direktiv anges följande:

”...

2.

- a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv...

d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...

8. *entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör*: beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

...”

5 Fastighetsstädning utgör en tjänst, i den mening som avses i direktiv 2004/18, i enlighet med bilaga II A, kategori 14 i samma direktiv.

Tysk rätt

6 I 28 § 2 i Förbundsrepubliken Tysklands grundlag (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) föreskrivs följande:

”Kommunernas rätt att på eget ansvar och med beaktande av gällande lag reglera samtliga lokala ärenden ska säkerställas. Även kommunförbund har, inom ramarna för sina lagstadgade ansvarsområden, rätt till självstyre i enlighet med vad som föreskrivs i lag. ...”

7 I 23 § i lagen om kommunsamarbete i Nordrhein-Westfalen (Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen) (nedan kallad GkG NRW) föreskrivs följande:

”1) Kommuner och kommunförbund kan avtala om att en av parterna ska överta bestämda uppgifter från de andra parterna eller att en av parterna förpliktar sig att utföra sådana uppgifter för de andra parterna.

2) Om en av parterna övertar en uppgift från de andra parterna, övergår rätten och skyldigheten för fullgörandet av uppgiften till den parten. Förpliktar sig en part att utföra en uppgift för de andra parterna, påverkas inte dessa parters rättigheter och skyldigheter som huvudman för utförandet av uppgiften.

3) De andra parterna kan enligt avtalet ges en medverkansrätt vid fullgörandet eller utförandet av uppgifter. Detta gäller även för tillsättning av personal.

4) Lämplig kompensation ska föreskrivas i avtalet. Kompensationen ska i regel beräknas så, att de kostnader som uppstår på grund av övertagandet eller genomförandet täcks.

5) Är avtalets giltighetstid inte begränsad eller är avtalets giltighetstid längre än 20 år, måste formen och förutsättningarna för uppsägning anges.”

8 I beslutet om hänskjutande betonas att det i GkG NRW görs skillnad mellan så kallade fullmaktsavtal, genom vilka en part förpliktar sig att genomföra vissa uppgifter för en annan parts räkning, och så kallade delegationsavtal, genom vilka en part övertar uppgifter som åligger en annan part med en befogenhetsöverföring som följd. Vidare anges att de så kallade fullmaktsavtalen enligt nationell rättspraxis omfattas av lagen om offentlig upphandling om ersättning ska utgå enligt avtalen.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 9 Kreis Düren är ett kommunförbund i vilket Stadt Düren ingår. På grundval av olika avtal har Piepenbrock ansvarat för städningen av byggnader som tillhör Kreis Düren.
- 10 Kreis Düren upprättade ett utkast till offentligrättsligt avtal med Stadt Düren enligt vilket kommunförbundet ska överföra ansvaret för städningen av dess i Stadt Düren belägna kontors-, myndighets- och skolbyggnader till Stadt Düren, inledningsvis under en provotid av två år.
- 11 1 § i utkastet till avtal lyder enligt följande:
- ”1) Kreis Düren överför sin skyldighet avseende städningen av de i Stadt Düren belägna byggnader som tillhör myndigheten till Stadt Düren med befriande verkan.
- 2) Skyldigheten avseende städning omfattar städning av byggnader och rengöring av fönster i kontors-, myndighets- och skolbyggnader som tillhör Kreis Düren.
- 3) Stadt Düren är ensamt ansvarigt för att fullgöra den ovan i punkterna 1 och 2 beskrivna skyldigheten. Stadt Düren övertar den rätt och den skyldighet som hänger samman med fullgörelsen av denna skyldighet (§ 23 stycke 1 första alternativet och § 23 stycke 2 första meningen GkG NRW). Stadt Düren övertar Kreis skyldigheter och är ensam ansvarig i detta hänseende.
- 4) Stadt Düren får vid fullgörandet av den enligt punkt 1 övertagna skyldigheten anlita tredje man.”
- 12 I utkastet till avtal anges att Stadt Düren ska kompenseras för sina kostnader i enlighet med 23 § 4 GkG NRW. Kompensationen ska beräknas i enlighet med en timkostnadsmodell.
- 13 Det framgår dessutom av handlingarna i målet att Kreis Düren enligt utkastet förbehåller sig rätten att ensidigt säga upp avtalet om Stadt Dürens brister i sitt fullgörande av detsamma.
- 14 Av beslutet om hänskjutande framgår det slutligen att städtjänsterna skulle tillhandahållas av Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, som är ett av Stadt Düren kontrollerat bolag.
- 15 Piepenbrock väckte talan och yrkade att Kreis Düren skulle förbjudas att ingå nämnda avtal utan upphandlingsförfarande. Piepenbrock gjorde gällande att fullgörandet av dessa uppgifter mot betalning utgör en tjänst som efterfrågas på marknaden, vilken även skulle kunna tillhandahållas av privata tjänsteleverantörer. I ett sådant sammanhang rör det sig inte om en slags in-house-upphandling vilken inte omfattas av tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling i enlighet med domen av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121). Villkoren för att tillämpa detta undantag är nämligen inte uppfyllda. En hänvisning till domen av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (REG 2009, s. I-4747) är inte relevant, eftersom horisontellt samarbete inte föreligger mellan de berörda offentliga enheterna.
- 16 Piepenbrocks talan ogillades i första instans med hänvisning till att utkastet till avtal i det nationella målet avsåg ett så kallat delegationsavtal, i enlighet med artikel 23 i GkG NRW, vilket inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling. Piepenbrock överklagade detta avgörande till Oberlandesgericht Düsseldorf (appellationsdomstol i Düsseldorf), med hänvisning till att kvalificeringen av avtalet såsom ett delegationsavtal saknar betydelse med beaktande av egenskaperna hos utkastet till avtal.
- 17 Kreis Düren har däremot gjort gällande att sådan delegering av offentligrättsliga uppgifter utgör ett beslut avseende myndighetens interna organisation vilket inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling.

- 18 Oberlandesgericht Düsseldorf har betonat denna egenskap hos det aktuella utkastet till avtal och frågar sig hur avtalets offentlighetsrättsliga natur påverkar tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling.
- 19 Oberlandesgericht Düsseldorf konstaterar för det första att den aktuella uppgiften inte utgör utövande av offentlig makt, i den mening som avses i artiklarna 51 första stycket FEUF och 62 FEUF, och sålunda inte av denna anledning är undantagen från bestämmelserna i EUF-fördraget om etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster eller den sekundärrätt, vilken syftar till att genomföra dessa friheter, såsom direktiv 2004/18.
- 20 För det andra konstaterar Oberlandesgericht Düsseldorf att det undantag som uppmärksammades i domen i det ovannämnda målet Teckal inte är tillämpligt på det aktuella utkastet till avtal. Detta beror på att Kreis Düren inte utövar en kontroll, som är jämförbar med den som den utövar över sin egen förvaltning, över Stadt Düren eller för den delen över bolaget Dürener Reinigungsgesellschaft mbH.
- 21 Oberlandesgericht Düsseldorf har för det tredje anfört att omständigheterna i det nationella målet skiljer sig från omständigheterna i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, såtillvida att det här aktuella utkastet till avtal utmärks av att de berörda offentliga enheterna inte samarbetar med varandra. I förevarande fall har nämligen en enhet helt enkelt delegerat ett av sina uppdrag till en annan enhet, vilket GkG NRW tillåter.
- 22 Oberlandesgericht Düsseldorf undrar emellertid om inte också andra typer av avtal mellan enheter på regional eller lokal nivå än de som avses i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, i efterföljden av denna dom, är undantagna från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling. Nämda domstol undrar sålunda om åtskillnad ska göras mellan avtal som avser allmännyttiga uppdrag i sig såsom avfallshantering, och avtal som endast indirekt avser fullgörandet av allmännyttiga uppdrag, såsom i förevarande fall städning av lokaler som används för fullgörandet av ett sådant uppdrag.
- 23 Oberlandesgericht Düsseldorf undrar också huruvida avtal om kommunsamarbete inte i princip är undantagna från reglerna om offentlig upphandling i egenskap av "rättsakter avseende förvaltningens interna organisation". Frågan hur medlemsstaterna organiserar sin förvaltning är enligt nämnda domstol inte en fråga som angår Europeiska unionen. Dessutom garanteras det kommunala självstyret, och därmed möjligheten att införa frivilligt samarbete mellan kommuner, i artikel 28.2 i Förbundsrepubliken Tysklands grundlag.
- 24 Oberlandesgericht Düsseldorf har däremot noterat att föremålet för det aktuella utkastet till avtal praktiskt taget är identiskt med ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18, genom vilket Stadt Düren ges i uppdrag att tillhandahålla städtjänster mot ersättning. Med beaktande härav undrar nämnda domstol huruvida den åtskillnad som görs i GkG NRW mellan så kallade fullmaktsavtal och så kallade delegationsavtal (det här aktuella avtalet ingår i den sistnämnda kategorin) är avgörande, med beaktande av att befogenhetsöverföringen genom avtalet endast är av formell betydelse när fråga är om accessorisk verksamhet, som inte direkt avser kommunernas yttre verksamhet. Oberoende av vilken slags avtal som väljs är de konkreta ekonomiska följderna desamma. Av denna anledning bedömer Oberlandesgericht Düsseldorf att under omständigheterna i det nationella målet skulle användningen av ett så kallat delegationsavtal kunna utgöra ett "konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling", såsom anges i punkt 48 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland.

- 25 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

Utgör ett avtal mellan två regionala eller lokala myndigheter ett offentligt kontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 a i ... direktiv 2004/18 ..., när den ena myndigheten genom avtalet mot ersättning övertar en begränsad befogenhet från den andra myndigheten, i synnerhet när den övertagna uppgiften inte avser utövandet av offentlig makt som sådan utan endast accessorisk verksamhet?

Prövning av tolkningsfrågan

- 26 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida ett avtal som det aktuella – genom vilket en offentlig enhet, som har rätt att anlita tredje man för detta ändamål, ger en annan offentlig enhet i uppgift att städa vissa kontors-, myndighets- och skolbyggnader, för vilken en ersättning motsvarande kostnaderna för att utföra uppgiften utgår, samtidigt som uppdragsgivaren förbehåller sig befogenheten att kontrollera att uppgiften utförs på ett korrekt sätt – utgör ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 d i direktiv 2004/18, och av denna anledning omfattas av bestämmelserna i detta direktiv.
- 27 Domstolen konstaterar att Kreis Düren i det här aktuella utkastet till avtal förbehåller sig en sådan kontrollbefogenhet, eftersom det i avtalet anges att Kreis Düren ensidigt kan säga upp det om Stadt Düren brister i sitt fullgörande.
- 28 Domstolen erinrar om att enligt artikel 1.2 i direktiv 2004/18 utgör skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en ekonomisk aktör och en upphandlande myndighet och som avser utförande av sådana tjänster som avses i bilaga II A till direktivet, ett offentligt kontrakt.
- 29 Härvidlag saknar det för det första betydelse huruvida den ekonomiska aktören själv är en upphandlande myndighet. Det saknar även betydelse om den berörda enheten inte i första hand bedriver verksamhet i vinstsyfte, om den inte är organiserad som ett företag eller om den inte är stadigvarande närvarande på marknaden (dom av den 19 december 2012 i mål C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 26).
- 30 För det andra utgör sådan verksamhet som avses i det aktuella utkastet till avtal fastighetsstädningstjänster, som avses i bilaga II A, kategori 14, i direktiv 2004/18.
- 31 För det tredje ska ett avtal anses ha slutits ”med ekonomiska villkor”, i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, även om ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 29).
- 32 Med förbehåll för den kontroll som det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra, har ett avtal som det planerade avtalet i det nationella målet samtliga de egenskaper som angetts ovan, och utgör därmed i princip ett offentligt kontrakt.
- 33 Ett sådant avtal utgör inte en av de två typer av avtal som, trots att de ingås av offentliga enheter, inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling.
- 34 Det rör sig för det första om avtal som slutits mellan, å ena sidan, en offentlig enhet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna enhet fristående juridisk person när detta organ samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de enheter som kontrollerar den (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Teckal, punkt 50, och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 32).

- 35 Det är klarlagt att inget av dessa villkor är uppfyllt när fråga är om ett sådant avtal som det som planerats i det nationella målet. Av beslutet om hänskjutande framgår nämligen för det första att i det nationella målet är det ingen enhet som kontrollerar en annan enhet. Vidare kan den enhet som anförtrott en annan enhet utförandet av en uppgift, trots att den förbehållit sig rätten att kontrollera att utförandet är korrekt, inte anses utöva en kontroll över den andra enheten motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning. Slutligen bedriver den andra enheten inte huvuddelen av sin verksamhet för den första enheten.
- 36 Det är för det andra fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan offentliga enheter inrättas, vilket syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för enheterna fullgörs (se domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 34).
- 37 I ett sådant fall är unionsreglerna om offentlig upphandling inte tillämpliga i den mån som sådana avtal ingås enbart mellan offentliga enheter utan inblandning av någon privat part, ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter och det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse (se domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 35).
- 38 Samtliga ovannämnda kriterier är kumulativa, vilket innebär att ett kontrakt mellan offentliga enheter endast kan undgå att omfattas av tillämpningsområdet för unionsreglerna om offentlig upphandling om samtliga kriterier är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., punkt 36).
- 39 Av den hänskjutande domstolens konstateranden framgår emellertid att det aktuella utkastet till avtal inte förefaller ha som ändamål att inrätta ett samarbete mellan de båda avtalande offentliga organen i syfte att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.
- 40 För övrigt följer det också av dessa konstateranden att det enligt nämnda avtal är tillåtet att anlita tredje man för fullgörandet av den uppgift som avses i avtalet, varmed denna tredje man kan komma att gynnas i förhållande till andra företag som är verksamma på samma marknad.
- 41 Med beaktande av vad som anförts ovan ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Ett avtal som det i det nationella målet, genom vilket – utan att inrätta ett samarbete mellan de avtalsslutande offentliga enheterna i syfte att genomföra ett allmännyttigt uppdrag – en offentlig enhet ger en annan offentlig enhet uppgiften att städa vissa kontors-, myndighets- och skolbyggnader, för vilket en ekonomisk ersättning som motsvarar kostnaderna för att utföra uppgiften utgår, samtidigt som uppdragsgivaren förbehåller sig rätten att kontrollera att uppgiften utförs på ett korrekt sätt och den andra enheten dessutom har rätt att anlita en tredje man som skulle kunna ha förmåga att vara verksam på marknaden för att fullgöra uppgiften, utgör ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 d i direktiv 2004/18.

Rättegångskostnader

- 42 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Ett avtal som det i det nationella målet, genom vilket – utan att inrätta ett samarbete mellan de avtalsslutande offentliga enheterna i syfte att genomföra ett allmännyttigt uppdrag – en offentlig enhet ger en annan offentlig enhet uppgiften att städa vissa kontors-, myndighets- och

skolbyggnader, för vilket en ekonomisk ersättning som motsvarar kostnaderna för att utföra uppgiften utgår, samtidigt som uppdragsgivaren förbehåller sig rätten att kontrollera att uppgiften utförs på ett korrekt sätt och den andra enheten dessutom har rätt att anlita en tredje man som skulle kunna ha förmåga att vara verksam på marknaden för att fullgöra uppgiften, utgör ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Underskrifter