



Datum van inontvangstneming : 14/07/2019

Zaak C-429/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

5 juni 2019

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Koblenz (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 mei 2019

Verzoekende partij:

■■■■■ GmbH

Verwerende partij:

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Overheidsopdrachten – Samenwerking van aanbestedende diensten op het gebied van afvalverwerking – Beoordeling van de vraag onder welke voorwaarden een dergelijke samenwerking buiten de werkingssfeer van het Europese aanbestedingsrecht valt

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

Moet artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat er reeds sprake is van samenwerking wanneer een aanbestedende

dienst die binnen zijn territoriale bevoegdheidsgebied verantwoordelijk is voor de afvalverwerking, een volgens het nationale recht uitsluitend op hem rustende afvalverwerkingstaak die meerdere stappen omvat, niet geheel zelf uitvoert, maar aan een andere, onafhankelijke aanbestedende dienst, die op zijn territoriale bevoegdheidsgebied eveneens verantwoordelijk is voor de afvalverwerking, opdracht verleent tot het onder bezwarende titel verrichten van een van de vereiste verwerkingsstappen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 12, lid 4, onder a) en c), en overweging 33 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65; hierna „richtlijn 2014/24”)

Aangehaalde nationale bepalingen

§ 108, lid 6, en § 135, lid 1, punt 2, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”)

Rheinland-pfälzisches Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit (wet van de deelstaat Rijnland-Palts inzake intergemeentelijke samenwerking; hierna „KomZG”)

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 [REDACTED] GmbH is een particuliere onderneming die diensten op het gebied van afvalverwerking aanbiedt. Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel (samenwerkingsverband voor afvalverwerking voor de regio Rijn-Moezel-Eifel; hierna: „samenwerkingsverband”) is een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2, lid 1, punten 1 en 4, van richtlijn 2014/24. Het samenwerkingsverband werd met het oog op het verrichten van afvalverwerkingstaken opgericht door de Landkreis Mayen-Koblenz, de Landkreis Cochem-Zell en de stad Koblenz, die volgens het nationale recht verantwoordelijk zijn voor de plaatselijke afvalverwerking.
- 2 Binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van het samenwerkingsverband wordt jaarlijks ongeveer 50 000 ton als restafval gekwalificeerd gemengd afval geproduceerd, dat voornamelijk afkomstig is van huishoudens. Het gaat om afval dat idealiter geen of nog maar weinig recyclebare materialen bevat. Volgens nationaal recht is storting als verwijderingsmethode toegestaan, mits het afval vooraf wordt onderworpen aan een bewerkelijke voorbehandeling in een mechanisch-biologische scheidingsinstallatie (hierna: „MBS”). Bij deze voorbehandeling moeten recyclebare materialen en hoogcalorische afvalstoffen

worden gescheiden van de rest, moeten schadelijke stoffen zoveel mogelijk worden verwijderd en moet de biologische activiteit van het organische afval duidelijk worden verminderd.

- 3 Het samenwerkingsverband beschikt niet over een eigen MBS. Ongeveer 80 % van het in het betrokken gebied geproduceerde restafval wordt in opdracht van het samenwerkingsverband door particuliere ondernemingen verwerkt. Voor de overige 20 % heeft het samenwerkingsverband een overeenkomst gesloten met de Landkreis Neuwied, die eveneens een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 2, lid 1, punt 1, van richtlijn 2014/24 en verantwoordelijk is voor de afvalverwerking binnen zijn territoriale bevoegdheidsgebied. Op grond van deze overeenkomst kan het samenwerkingsverband de resterende 20 % in de MBS van de Landkreis Neuwied laten verwerken. In de overeenkomst worden onder meer de te verwachten aangeleverde hoeveelheid afval (circa 10 000 ton per jaar), de overeengekomen vergoeding voor de afvalverwerking (100 euro per ton), de duur en de mogelijkheid tot verlenging van de overeenkomst, aansprakelijkheidskwesties en de verplichting tot loyale samenwerking geregeld. Voorts verbindt zich de Landkreis Neuwied ertoe overeenkomsten met andere exploitanten te sluiten opdat deze de verwerking van het restafval overnemen ingeval de verwerking in zijn MBS vanwege storingen tijdelijk niet mogelijk is. De Landkreis Neuwied heeft aan deze verplichting voldaan, maar heeft tot dusver geen gebruik hoeven maken van de capaciteiten van andere installaties.
- 4 Daarnaast bevat § 2, lid 3, van de overeenkomst de toezegging dat het samenwerkingsverband bepaalde hoeveelheden winningsafval afkomstig uit de Landkreis Neuwied tot een maximum van 3 000 ton per jaar over zal nemen. De door het samenwerkingsverband te verwerken hoeveelheden worden bepaald op basis van zijn beschikbare capaciteiten, en zij worden door de betrokkenen rekening houdend met de wederzijdse belangen overeengekomen.
- 5 De partijen bij de overeenkomst zijn het erover eens dat het bepaalde in § 2, lid 3, als intentieverklaring moet worden beschouwd, die, gezien het ontbreken van een daadwerkelijke, actuele behoefte in de Landkreis Neuwied enerzijds en het bestaan van capaciteitsproblemen bij het samenwerkingsverband anderzijds, waarschijnlijk nooit zal worden uitgevoerd, en vermoedelijk ook niet met die bedoeling is opgesteld. De vertegenwoordiger van het samenwerkingsverband heeft die intentieverklaring bovendien „uitdrukkelijk betekenisloos” verklaard.
- 6 Naast het afval uit de eigen Landkreis en het afval dat op grond van de overeenkomst met het samenwerkingsverband wordt aangeleverd, wordt in de MBS van de Landkreis Neuwied jaarlijks ongeveer 30 000 ton restafval uit twee andere Landkreise voorbehandeld. De voorbehandeling van dit afval vindt echter niet plaats op grond van een overeenkomst zoals die welke met het samenwerkingsverband is gesloten, maar in het kader van een intergemeentelijke samenwerking tussen de betrokken Landkreise krachtens de KomZG. De uit deze samenwerking voortvloeiende rechten en plichten gaan veel verder dan die waarin de voornoemde overeenkomst tussen het samenwerkingsverband en de Landkreis

Neuwied voorziet. Bovendien vindt in de MBS van de Landkreis Neuwied ook de voorbehandeling plaats van kleine hoeveelheden afval die door particulieren worden aangeleverd.

- 7 [REDACTED] was op de hoogte van het feit dat het samenwerkingsverband nog behoefte had aan afvalverwerkingscapaciteit. In antwoord op een informatieverzoek van 26 oktober 2018 heeft het samenwerkingsverband de vertegenwoordiger van [REDACTED] bij brief van 31 oktober 2018 in kennis gesteld van de met de Landkreis Neuwied gesloten overeenkomst. [REDACTED] meent dat deze een ongeoorloofde onderhandse gunning inhoudt en heeft op 3 december 2018 beroep ingesteld bij de Vergabekammer Rheinland-Pfalz (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer, Rijnland-Palts, Duitsland).
- 8 Bij beslissing van 6 maart 2019 heeft de Vergabekammer het beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond dat er sprake is van samenwerking tussen twee aanbestedende diensten die onder de (met artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 overeenkomende) bepaling van § 108, lid 6, GWB valt, zodat een beroepsprocedure naar nationaal recht is uitgesloten. Met betrekking tot de vraag of er sprake is van „samenwerking” tussen de betrokkenen, heeft de Vergabekammer verklaard dat dat in casu het geval is, omdat de onderlinge regeling meer inhoudt dan alleen een „prestatie onder bezwarende titel”. Tegen deze beslissing heeft verzoekster hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 9 [REDACTED] is van mening dat er geen sprake is van samenwerking op basis van een samenwerkingsmodel. In plaats daarvan moet de constellatie volgens haar worden omschreven als „prestatie onder bezwarende titel”, zodat de opdracht onder de aanbestedingsplicht valt en de gunning ervan zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie nietig is overeenkomstig § 135, lid 1, punt 2, GWB.
- 10 Het samenwerkingsverband acht de beslissing van de Vergabekammer juist.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 11 Naar de mening van de verwijzende rechter bevat de overeenkomst alle elementen van een overheidsopdracht: een aanbestedende dienst is voornemens een wezenlijk deel van een op hem rustende overheidstaak, die tegelijkertijd een op de markt gebruikelijke dienst inhoudt, niet zelf te verrichten, maar uit te besteden aan een andere, onafhankelijke rechtspersoon, die zich ertoe verplicht die dienst tegen vergoeding te verrichten. Het feit dat de overeenkomst een publiekrechtelijk karakter heeft en dat de dienstverrichter zelf een aanbestedende dienst is, staat niet in de weg aan de aanname dat het om een overheidsopdracht in de zin van het aanbestedingsrecht gaat. Bovendien is het niet van belang of de tegenprestatie van

■■■■■

de opdrachtgever kostendekkend is of zelfs winst oplevert (zie arrest van het Hof van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817).

- 12 Mocht evenwel aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 respectievelijk aan § 108, lid 6, GWB zijn voldaan, dan zou deze overheidsopdracht niet onder het Europese en het nationale aanbestedingsrecht vallen. In wezen gaat het om de vraag of de omstandigheid dat een aanbestedende dienst de nakoming van een op hem rustende openbaredienstverplichting gedeeltelijk zelf bewerkstelligt en gedeeltelijk uitbesteed aan een andere, onafhankelijke aanbestedende dienst, volstaat om te kunnen spreken van samenwerking in de zin van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24.
- 13 In dit verband is het naar de mening van de verwijzende rechter niet relevant dat in de MBS van de Landkreis Neuwied ook grote hoeveelheden voor te behandelen restafval worden verwerkt die afkomstig zijn van andere territoriale lichamen. In dit geval gaat het niet om activiteiten „op de open markt” als bedoeld in artikel 12, lid 4, onder c), van richtlijn 2014/24, aangezien zij worden verricht in het kader van een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat is uitgesloten van de werkingssfeer van het Europese en het nationale aanbestedingsrecht. Evenmin als de verwerking van de door particulieren aangeleverde kleine hoeveelheden ten belope van in totaal 500 ton per jaar staan die activiteiten dus in de weg aan de aanneming dat aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, onder c), van richtlijn 2014/24 is voldaan voor wat betreft het in dit punt genoemde afval.
- 14 Het is echter de vraag hoe de overeenkomst tussen het samenwerkingsverband en de Landkreis Neuwied moet worden beoordeeld. Naar de mening van de verwijzende rechter zou de betrokken overeenkomst buiten de werkingssfeer van het Europese aanbestedingsrecht vallen indien zij „voorziet in of [...] uitvoering [geeft] aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen” [artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24]. Wat hieronder precies moet worden verstaan, kan noch uit de bewoordingen van die bepaling noch uit de bestaande rechtspraak van het Hof worden opgemaakt en is in Duitsland voorwerp van discussie.
- 15 Volgens de verwijzende rechter bestond de (zogenaamde) verplichting tot verwerking van 3 000 ton winningsafval per jaar door het samenwerkingsverband van meet af aan alleen op papier en was zij bedoeld om het ontbreken van een samenwerkingsmodel te verdoezelen. Dit aspect van de overeenkomst kan dus niet worden aangevoerd voor het bestaan van samenwerking.
- 16 In wezen beperkt de inhoud van de overeenkomst zich dus tot de verplichting van de Landkreis Neuwied (de opdrachtnemer) om het door het samenwerkingsverband (de opdrachtgever) aangeleverde restafval onder bezwarende titel voor te behandelen overeenkomstig de nationale wettelijke

voorschriften, teneinde aan de vereisten voor de door het samenwerkingsverband beoogde storting te voldoen. De betrokkenen laten zich in dit verband leiden door verschillende belangen, ook al hebben zij een gemeenschappelijk belang bij een goede verwerking van afvalstoffen. Het samenwerkingsverband is gehouden een hem bij wet opgedragen taak te vervullen en is hierbij aangewezen op externe ondersteuning, omdat het niet over een MBS beschikt. De Landkreis Neuwied biedt die ondersteuning in de hoop dat zij, door de voorbehandeling tegen vergoeding van de kosten op zich te nemen, een over het geheel genomen rendabeler exploitatie kan bereiken.

- 17 De verwijzende rechter wijst er echter op dat dit niet automatisch hoeft in te houden dat niet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 is voldaan, aangezien in dit verband ook rekening moet worden gehouden met overweging 33 van die richtlijn, waarin is gesteld dat aanbestedende diensten bevoegd moeten zijn „hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen”. Hiervoor moet „de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel”, maar is niet vereist dat „alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie”.
- 18 Het is echter de vraag hoe deze samenwerking eruit moet zien en of de levering van een financiële, zich tot kostenvergoeding beperkende bijdrage hiervoor volstaat.
- 19 De verwijzende rechter is van opvatting dat een overeenkomst die zich beperkt tot de uitbesteding onder bezwarende titel van een deel van de op een van de betrokken rustende taak, het karakter heeft van een „gewone” overheidsopdracht die niet onder de uitzondering van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 valt, en wel ongeacht of de betrokkenen – zoals in casu het geval is – binnen hun respectieve territoriale bevoegdheidsgebieden identieke taken hebben. Bijgevolg zou hij het begrip „samenwerking” in die bepaling aldus uitleggen dat een samenwerkingsmodel meer vereist, in het bijzonder een bijdrage van elke betrokkene die meer inhoudt dan de nakoming van een hoe dan ook op hem rustende verplichting en die verder gaat dan een louter financiële „bijdrage”. Met andere woorden: samenwerking vereist dat elke betrokkene een bijdrage levert die bij ontstentenis van een samenwerkingsafpraak niet door hemzelf, maar door een andere betrokkene zou moeten worden geleverd.
- 20 De verwijzende rechter is geneigd het beroep van ██████████ toe te wijzen, maar acht hiervoor een uitlegging van het begrip „samenwerking” in artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 door het Hof noodzakelijk.