DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 9 juni 2009 *

I mål C-480/06,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 24 november 2006,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av X. Lewis och B. Schima, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av M. Lumma och C. Schulze-Bahr, båda i egenskap av ombud, biträdda av C. von Donat, Rechtsanwalt,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Konungariket Nederländerna, företrätt av C.M. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,

Republiken Finland, företrädd av J. Heliskoski, i egenskap av ombud,

intervenienter,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W. A. Timmermans, K. Lenaerts och J.-C. Bonichot (referent) samt domarna A. Borg Barthet, J. Malenovský, J. Klučka och U. Lõhmus,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 november 2008,

och efter att den 19 februari 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt bestämmelserna i artikel 8 jämförda med bestämmelserna i avdelningarna III–VI i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), genom att Landkreise (förvaltningsdistrikten, nedan kallade Landkreise) Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingbostel och Stade har slutit ett avtal om bortskaffande av avfall direkt med Hamburgs stads renhållningstjänst, utan att denna upphandling av tjänster var föremål för ett formellt förfarande för anbudsinfordran på gemenskapsnivå.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

2 I artikel 1 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet …

b) *upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Med *organ som lyder under offentlig rätt* avses varje organ som

— tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,

— är en juridisk person, och

— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

…

c) *tjänsteleverantör:* varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster. Med anbudsgivare avses en tjänsteleverantör som lämnat in ett anbud och med anbudssökande en tjänsteleverantör som har sökt inbjudan att delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande …”

3 Artikel 11.3 b i direktiv 92/50 har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna får tilldela kontrakt om samhällstjänster genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i följande fall:

…

b) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt tjänsterna bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör.”

Bakgrund till tvisten och det administrativa förfarandet

4 Fyra Landkreise i Niedersachsen, nämligen Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingbostel och Stade, ingick den 18 december 1995 avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst avseende bortskaffande av avfall i den nya anläggningen för termisk behandling av avfall, Rugenberger Damm, med en kapacitet på 320 000 ton, som är avsedd att generera såväl elektricitet som värme och som skulle vara färdigbyggd den 15 april 1999.

5 Hamburgs stads renhållningstjänst förband sig genom detta avtal att ställa en kapacitet på 120 000 ton till förfogande för de fyra Landkreise till ett pris som beräknades på samma sätt för var och en av parterna. Priset betalas till den som driver anläggningen genom förmedling av Hamburgs stads renhållningstjänst. Den som driver anläggningen är avtalspart med Hamburgs stads renhållningstjänst. Avtalets gäller i 20 år. Parterna kom överens om att senast fem år innan avtalet löper ut inleda förhandlingar i syfte att fatta beslut om förlängning av avtalet.

6 Det ifrågavarande avtalet ingicks direkt mellan de fyra Landkreise och Hamburgs stads renhållningstjänst utan att det förfarande vid anbudsinfordran som föreskrivs i direktiv 92/50 följdes.

7 Kommissionen uppmärksammade, genom en formell underrättelse som skickades den 30 mars 2004, i enlighet med artikel 226 första stycket EG, de tyska myndigheterna på att Förbundsrepubliken Tyskland åsidosatte sina skyldigheter enligt bestämmelserna i artikel 8 jämförda med bestämmelserna i avdelningarna III–VI i rådets direktiv 92/50, genom att direkt ingå ett avtal avseende bortskaffande av avfall utan att tillämpa något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå.

8 Förbundsrepubliken Tyskland gjorde genom en skrivelse till kommissionen av den 30 juni 2004 gällande att det ifrågavarande avtalet utgör ett avslutande led i överenskommelsen om att gemensamt fullgöra det allmännyttiga uppdrag som åligger

Landkreise och Hamburgs stad. Denna medlemsstat förklarade att det kommunala samarbetet i fråga, som avser statlig verksamhet, inte påverkar marknaden och därför inte omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.

9 Den 22 december 2004 avgav kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland, i enlighet med artikel 226 första stycket EG, eftersom kommissionen ansåg att Landkreise, trots dessa förklaringar, utgjorde upphandlande myndigheter, att avtalet om bortskaffande av avfall utgjorde ett skriftligt tjänsteavtal med ekonomiska villkor, genom vilket tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 92/50 överskrids och att avtalet följaktligen omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv.

10 Förbundsrepubliken Tyskland vidhöll i en skrivelse av den 25 april 2005 de argument som tidigare gjorts gällande.

11 Kommissionen ansåg att nämnda argument inte vederlade anmärkningarna i det motiverade yttrandet och beslutade därför med stöd av artikel 226 andra stycket EG att väcka förevarande talan.

Talan

Parternas argument

12 Kommissionen har för det första gjort gällande att Landkreise ska anses utgöra upphandlande myndigheter i den mening som avses i direktiv 92/50 och att det ifrågavarande avtalet utgör ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts skriftligen och

genom vilket det tröskelvärde som fastställts för tillämpning av detta direktiv överskrids. Dessutom utgör bortskaffande av avfall en verksamhet som kan betecknas som ”tjänst” i den mening som avses i kategori 16 i bilaga I A till nämnda direktiv.

13 Förbundsrepubliken Tyskland anser däremot att det ifrågavarande avtalet utgör det avslutande ledet i en transaktion inom myndigheten och att det följaktligen inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50.

14 Enligt samma medlemsstat ska de berörda avtalsparterna anses bistå varandra i administrativt hänseende vid fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag. Hamburgs stads renhållningstjänst skulle, i stället för att betraktas som en tjänsteleverantör som tillhandahåller tjänster mot ersättning, kunna ses som ett organ som lyder under offentlig rätt med ansvar för bortskaffande av avfall som bistår näraliggande offentliga myndigheter i administrativt hänseende mot ersättning för driftskostnader.

15 Såväl Konungariket Nederländerna som Förbundsrepubliken Tyskland har i detta avseende lagt punkterna 16 och 17 i dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), till grund för sin uppfattning att begreppet tillhandahållande av tjänster uteslutande ska anses avse tjänster som kan erbjudas på marknaden, av tjänsteleverantörer, under vissa särskilda förutsättningar.

16 Enligt dessa två medlemsstater går innehållet i det ifrågavarande avtalet emellertid utöver vad ett ”tjänsteavtal” i den mening som avses i direktiv 92/50 innebär. Det ifrågavarande avtalet innebär nämligen att Landkreise, mot att de får tillgång till avfallsbehandling i anläggningen Rugenberger Damm, till ett fastställt pris ska ställa den kapacitet för avfallsupplag som de ej använder till förfogande för Hamburgs stads renhållningstjänst. Syftet härmed är att avhjälpa den bristande kapaciteten i Hamburgs stads renhållningstjänsts avfallsupplag.

17 Förbundsrepubliken Tyskland har även understrukit att detta rättsförhållande i den inledande delen av avtalet har betecknats som ”överenskommelse om regionalt samarbete för bortskaffande av avfall”. Härigenom möjliggörs ett samarbete mellan avtalsparterna, vilka om det är nödvändigt bistår varandra inom ramen för uppfyllandet av deras lagstadgade skyldighet att bortskaffa avfall och på detta sätt gemensamt fullgör detta uppdrag i den berörda regionen. Det anges häri även att Landkreise under vissa omständigheter åtar sig att under en viss tid minska den avfallskvantitet som lämnas för det fall att problem uppstår med avfallsanläggningen. Härigenom har de accepterat att deras rätt att kräva att avtalet fullgörs begränsas.

18 Enligt kommissionen kan inte de tjänster som tillhandahålls i förevarande fall anses utgöra administrativt bistånd, eftersom renhållningstjänsten inte utövar sin verksamhet med stöd av lag eller andra ensidiga rättsakter, utan med stöd av ett avtal.

19 Kommissionen har tillagt att de enda undantag från tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling som är tillåtna är de undantag som uttömmande och uttryckligen är angivna i desamma (se dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 43, med avseende på rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126)). Enligt kommissionen fastslog domstolen i dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139, punkterna 38–40), att horisontella samarbetsavtal som ingås av lokala myndigheter, såsom det avtal som är i fråga i förevarande fall, omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.

20 Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt att denna tolkning av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien skulle vara riktig. I det målet angav domstolen nämligen inte uttryckligen att samtliga avtal som ingåtts mellan administrativa organ omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling, utan riktade endast kritik mot Konungariket Spanien för att det generellt undantagit avtal som ingås mellan organ som lyder under offentlig rätt från tillämpningen av dessa bestämmelser.

21 Kommissionen har för det andra uteslutit att Förbundsrepubliken Tyskland kan göra gällande det så kallade in house-undantaget. Enligt detta undantag omfattas inte de avtal som ingås av en upphandlande myndighet av tillämpningsområdet för direktiven på området för offentlig upphandling, när avtalen har slutits mellan, å ena sidan, ett offentligt organ, och, å andra sidan, en i förhållande till detta organ fristående juridisk person, och det offentliga organet samtidigt utövar en kontroll över den juridiska personen motsvarande den kontroll som det offentliga organet utövar över sin egen förvaltning, och den juridiska personen vidare bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med det offentliga organet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Teckal, punkterna 49 och 50). Enligt kommissionen är villkoret att det offentliga organet ska utöva sådan kontroll inte uppfyllt i förevarande fall, eftersom inte någon av de berörda upphandlande myndigheterna utövar någon kontroll över förvaltningen av renhållningstjänsten i Hamburg stad.

22 Förbundsrepubliken Tyskland anser däremot med avseende på Hamburgs storstadsregion att kravet avseende omfattningen av den kontroll som utövas, vilken ska bedömas med hänsyn till allmänintresset (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 50), är uppfyllt, eftersom de berörda myndigheterna utövar kontroll över varandra. En avvikelse från de gemensamma målsättningar som uppställts leder till att samarbetet upphör i sin helhet. Principen om ”prestation och motprestation” innebär att det ligger i såväl Hamburgs stads renhållningstjänsts som Landkreises intresse att bibehålla ett sådant samarbete och följaktligen att iaktta de gemensamma målsättningar som uppställts.

23 Konungariket Nederländerna anser, mot bakgrund av dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), att kravet avseende omfattningen av den kontroll som utövas kan uppfyllas även om den kontroll som det offentliga organet utövar är mera begränsad än den kontroll som det utövar över den egna förvaltningen. Enligt denna medlemsstat krävs det inte att det är fråga om en kontroll av samma omfattning. En kontroll av liknande omfattning är tillräckligt.

24 Enligt kommissionen innebär inte den domen en lättnad av den rättspraxis som följer av domen i det ovannämnda målet Teckal. I domen i det ovannämnda målet Asemfo preciseras endast att kriteriet som avser omfattningen av den kontroll som utövas även kan vara uppfyllt, när det föreligger ett förhållande som kännetecknas av beroende och underordnande som en följd av en särskild rättslig reglering, och när det härigenom är möjligt för flera upphandlande myndigheter att utöva en motsvarande kontroll, vilket inte är fallet i förevarande fall.

25 För det tredje anser kommissionen att Förbundsrepubliken Tyskland inte har visat att endast Hamburgs stads renhållningstjänst av tekniska skäl hade möjlighet att ingå avtalet i fråga och att den följaktligen med framgång kunde göra gällande undantaget i artikel 11.3 b i direktiv 92/50.

26 Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande att om en anbudsinfordran hade genomförts, skulle Hamburgs stads renhållningstjänst inte med nödvändighet haft möjlighet att lämna ett anbud, eftersom Hamburgs stad år 1994 inte hade någon sådan kapacitet att återvinna avfall att det fanns anledning för den att delta i en sådan anbudsinfordran. Det var först med beaktande av de berörda Landkreises behov av att återvinna avfall, ett behov som blev känt först i ett senare skede, och när dessa förband sig att använda en framtida återvinningscentral, som inrättandet av anläggningen Rugenberger Damm planerades.

27 Samma medlemsstat har även framhållit att nämnda Landkreise garanterades att den anläggning som Hamburgs stads renhållningstjänst planerade skulle tas i bruk inom förutsebar tid, vilket ingen annan anbudsgivare skulle ha kunnat garantera.

28 För det fjärde har kommissionen inte godtagit Förbundsrepubliken Tysklands argument att direktiv 92/50 i enlighet med artikel 86.2 EG inte ska tillämpas när, såsom i förevarande fall, en tillämpning av direktivet skulle medföra att de offentliga organen inte lyckas fullgöra sitt uppdrag att bortskaffa avfall.

29 Förbundsrepubliken Tyskland anser nämligen att kommissionens tolkning av direktiv 92/50 skulle leda dels till att de berörda Landkreise inte kan överlåta ansvaret för bortskaffande av avfall, vilket utgör en uppgift av allmänintresse på gemenskapsnivå, till Hamburgs stads renhållningstjänst och att Landkreise tvingas anförtro denna uppgift åt den ekonomiska aktör som kan lämna det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet, utan att det härvid säkerställs att denna allmännyttiga tjänst utförs varaktigt

och på ett tillfredsställande sätt, dels till att den nya återvinningsanläggningen inte används på ett lönsamt sätt.

30 Samma medlemsstat har erinrat om att ingen av parterna skulle ha kunnat fullgöra sin allmännyttiga uppgift om det omtvistade avtalet inte hade ingåtts. Bland annat Hamburg stad skulle inte ha kunnat inrätta en anläggning med överkapacitet, för att därefter utan några garantier för att nå resultat av ekonomiska skäl försöka sälja den kapacitet som inte används på marknaden.

Domstolens bedömning

31 Domstolen erinrar inledningsvis om att kommissionens talan avser det enda avtal som har ingåtts mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och fyra näraliggande Landkreise och som har till syfte att säkerställa ett ömsesidigt ansvar för deras avfallshantering. Talan avser däremot inte det avtal genom vilket förhållandet mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och den som driver anläggningen för avfallsbehandling, Rugenberger Damm, regleras.

32 Enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 utgörs offentliga tjänsteavtal av skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en av de upphandlande myndigheter som anges i artikel 1 b i samma direktiv. Bland dessa upphandlande myndigheter återfinns regionala myndigheter såsom de Landkreise som är aktuella i förevarande fördragsbrottstalan.

33 I artikel 1 c i nämnda direktiv kan den avtalspart som är tjänsteleverantör utgöras av ”varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ”. Den omständigheten att tjänsteleverantören är ett offentligt organ som är fristående i förhållande till tjänstemottagaren utgör således inte hinder för tillämpningen av direktiv 92/50 (se,

för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 40, med avseende på en offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten).

34 Det följer emellertid av domstolens rättspraxis att anbudsinfordran inte är obligatorisk om den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet, utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Teckal, punkt 50, och Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 49).

35 Beträffande delegation av en allmännyttig tjänst till en kooperativ mellankommunal sammanslutning, vars ändamål var att uteslutande tillhandahålla tjänster åt anslutna kommuner, har domstolen slagit fast att detta kunde ske lagenligt utan anbudsinfordran, eftersom den bedömde att de anslutna kommunerna, trots det utrymme för självbestämmande som den mellankommunala sammanslutningens styrelse förfogade över, skulle anses utöva kontrollen gemensamt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-8457, punkt 41).

36 I förevarande fall är det emellertid utrett att de fyra berörda Landkreise inte utövar någon kontroll som kan anses motsvara den kontroll som de utövar över de egna förvaltningarna, vare sig över deras motpart, det vill säga Hamburgs stads renhållningstjänst, eller över det bolag som driver den termiska anläggningen Rugenberger Damm, vars kapital delvis består av privata medel.

37 Det ska dock framhållas att det genom det omtvistade avtalet inrättats ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa lokala myndigheter, det vill säga återvinning av avfall, fullgörs. Domstolen erinrar om att detta uppdrag har ett samband med genomförandet av rådets direktiv 75/442/EEG av den 15 juli 1975 om avfall (EGT L 194, s. 39; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 238), i vilket det anges att medlemsstaterna är skyldiga att upprätta planer för hantering av avfall och därvid särskilt att vidta ”lämpliga åtgärder för att främja en rationalisering av insamling, sortering och behandling av avfall”. En av de viktigaste åtgärderna är, enligt i rådets direktiv 91/156/EEG av den

18 mars 1991 om ändring av artikel 5.2 i direktiv 75/442/EEG (EGT L 78, s. 32; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 66), att tillse att avfallet omhändertas vid en så nära belägen anläggning som möjligt.

38 Det står dessutom klart att det avtal som ingåtts mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och de berörda Landkreise ska anses utgöra det avslutande ledet i ett mellankommunalt samarbete mellan avtalsparterna och att det i avtalet i fråga uppställts krav som är ägnade att säkerställa att uppdraget att bortskaffa avfall fullgörs. Avtalet har nämligen till syfte att möjliggöra för Hamburgs stad att inrätta och låta driva en anläggning för avfallsbehandling på gynnsammast möjliga ekonomiska villkor tack vare avfallet från de närliggande Landkreise, vilket medför att en kapacitet på 320 000 ton kan uppnås. Av det skälet fattades det inte något beslut om att inrätta denna anläggning, och den genomfördes inte heller, förrän de fyra berörda Landkreise hade samtyckt till att använda anläggningen och hade gjort de därmed sammanhängande åtagandena.

39 Föremålet för avtalet, vilket uttryckligen framgår av dess inledning, består huvudsakligen i att Hamburgs stads renhållningstjänst åtar sig att ställa en kapacitet för behandling av 120 000 ton avfall varje år till de fyra berörda Landkreises förfogande, så att detta avfall kan behandlas termiskt i anläggningen Rugenberger Damm. Såsom därefter preciseras i avtalet, har Hamburgs stads renhållningstjänst inte något ansvar för driften av denna anläggning och lämnar inte heller några garantier i detta avseende. Om det uppstår problem med anläggningen eller den helt slutar att fungera, är Hamburgs stads renhållningstjänst endast skyldig att erbjuda ersättningskapacitet. Denna skyldighet har emellertid villkorats i två avseenden. Dels ska bortskaffandet av Hamburgs stads avfall säkerställas i första hand, dels ska kapacitet finnas tillgänglig i andra anläggningar som Hamburgs stads renhållningstjänst har tillgång till.

40 De fyra berörda Landkreise ska, mot att deras avfall behandlas i anläggningen Rugenberger Damm, såsom beskrivits i föregående punkt, erlägga en årlig ersättning till Hamburgs stads renhållningstjänst. Hur denna årliga ersättning ska beräknas och hur den ska erläggas fastställs i avtalet. Hamburgs stads renhållningstjänst och en

företrädare för Landkreise beslutar vecka för vecka om leveranskapacitet och mottagande av avfall. Dessutom framgår av avtalet att Hamburgs stads renhållningstjänst, som i förhållande till den som driver nämnda anläggning har rätt att göra gällande skadeståndsanspråk, för den händelse att nämnda Landkreise åsamkas en skada, åtar sig att försvara deras intressen gentemot den som driver anläggningen, vilket i förekommande fall kan innefatta att rättsliga åtgärder vidtas.

41 Genom avtalet i fråga gör även de avtalsslutande lokala myndigheterna vissa åtaganden som har ett direkt samband med föremålet för den allmännyttiga tjänsten. Även om Hamburgs stad ansvarar för huvuddelen av de tjänster som avses i det avtal som ingåtts mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och de fyra berörda Landkreise, ställer de sistnämnda sådan kapacitet för avfallsupplag till förfogande för Hamburgs stads renhållningstjänst som de inte själva använder i syfte att avhjälpa Hamburgs stads brist på kapacitet för avfallsupplag. De åtar sig även att på sina avfallsupplag ta emot förbränningsrester som inte kan återvinnas och som står i proportion till den avfallskvantitet som de lämnat.

42 Därutöver följer av avtalet att avtalsparterna, om det är nödvändigt, ska bistå varandra vid uppfyllandet av sin lagstadgade skyldighet att bortskaffa avfall. Det anges bland annat att de fyra berörda Landkreise under vissa omständigheter, såsom vid tillfällig överbelastning av den berörda anläggningen, åtar sig att minska den avfallskvantitet som lämnas och därigenom accepterar att begränsa sin rätt till tillgång till förbränningsanläggningen.

43 Slutligen ska betalning för tjänsten för bortskaffande av avfall endast erläggas till den som driver anläggningen. Det framgår däremot av avtalet att det samarbete som genom avtalet inleds mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och Landkreise inte ger upphov till andra ekonomiska transaktioner mellan dessa enheter än dem som motsvarar återbetalningen av den andel av avgifterna som belöper på Landkreise, men som renhållningstjänsten betalar till den som driver anläggningen.

44 Det omtvistade avtalet utgör således såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning genom vilken en allmännyttig tjänst är avsedd att fullgöras, nämligen termisk avfallsbehandling. Nämnda avtal har uteslutande ingåtts av offentliga myndigheter, utan inblandning av någon privat avtalspart, och i avtalet anges inte eller föregrips inte i något avseende den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av anläggningen för avfallsbehandling.

45 Domstolen har emellertid erinrat om att en offentlig myndighet har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att denna möjlighet även kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (se domen i det ovannämnda målet Coditel Brabant, punkterna 48 och 49).

46 Kommissionen har under förhandlingen preciserat att om det ifrågavarande samarbetet hade tagit sig uttryck i bildandet av ett organ som lyder under offentlig rätt, som av de olika berörda myndigheterna hade getts i uppgift att fullgöra det allmännyttiga uppdraget att bortskaffa avfall, skulle ett sådant samarbete ha inneburit att de berörda Landkreises användning av anläggningen inte omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling. Kommissionen anser emellertid att det tjänsteavtal som ingåtts mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och de berörda Landkreise, i avsaknad av en sådan kooperativ mellankommunal sammanslutning, borde ha varit föremål för en anbudsinfordran.

47 I gemenskapsbestämmelserna föreskrivs inte någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär ett sådant samarbete mellan offentliga myndigheter inte att det huvudsakliga syftet med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke-snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater ifrågasätts, om genomförandet av samarbetet uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om principen om likabehandling av intresserade personer som föreskrivs i direktiv 92/50 säkerställs, så att inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 50 och 51).

48 Det ska dessutom konstateras att det inte framgår av någon av de handlingar som ingetts till domstolen att myndigheterna i fråga, i förevarande mål, skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

49 Mot bakgrund av det ovanstående, och utan att det är nödvändigt att pröva vad som i övrigt har anförts av Förbundsrepubliken Tyskland, ska kommissionens talan ogillas.

Rättegångskostnader

50 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Förbundsrepubliken Tysklands yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska gemenskapernas kommission ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter