DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

10. april 2003 *

I de forenede sager C-20/01 og C-28/01,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J. Schieferer, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt H.-J. Prieß,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af:

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af barrister R. Williams,

intervenient,

angående to påstande om, at det fastslås, henholdsvis at:

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 15, stk. 2, og artikel 16, artikel 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), idet den i forbindelse med tildelingen af en offentlig tjenesteydelsesaftale om bortledning af spildevand i Bockhorn kommune (Tyskland) ikke gennemførte et offentligt udbud af denne aftale og ikke lod resultatet af tildelingsproceduren offentliggøre i Supplement til *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, og at

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8 og artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 ved indgåelsen af en offentlig tjenesteydelsesaftale, idet byen Braunschweig (Tyskland) indgik en aftale om bortskaffelse af dagrenovation ved udbud efter forhandling uden

forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selv om betingelserne i artikel 11, stk. 3, for tildeling af aftaler underhånden uden afholdelse af et udbud inden for Fællesskabet ikke var opfyldt,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, W. Wathelet, og dommerne D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (refererende dommer), og A. Rosas,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: fuldmægtig M.-F. Contet,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 10. oktober 2002,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. november 2002,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævninger indleveret til Domstolens Justitskontor henholdsvis den 16. januar og den 23. januar 2001 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF anlagt to sager med påstand om, at det fastslås, at:

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 15, stk. 2, og artikel 16, artikel 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), idet den i forbindelse med tildelingen af en offentlig tjenesteydelsesaftale om bortledning af spildevand i Bockhorn kommune (Tyskland) ikke gennemførte et offentligt udbud af denne aftale og ikke lod resultatet af tildelingsproceduren offentliggøre i Supplement til *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, og at

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8 og artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 ved indgåelsen af en offentlig tjenesteydelsesaftale, idet byen Braunschweig (Tyskland) indgik en aftale om bortskaffelse af dagrenovation ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selv om betingelserne i artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50/EØF for tildeling af aftaler underhånden uden afholdelse af et udbud inden for Fællesskabet ikke var opfyldt.

De relevante retsregler

2 Artikel 8 i direktiv 92/50 bestemmer:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

3 Afsnit V (artikel 15-22) i direktiv 92/50 indeholder fælles regler for offentliggørelse. I henhold til det nævnte direktivs artikel 15, stk. 2, skal ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i direktivets artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegive deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

4 Artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[...]

b) når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder.«

5 Artikel 16, stk. 1, i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»Ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig tjenesteydelsesaftale eller afholdt en projektkonkurrence, sender Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om resultatet deraf.«

De faktiske omstændigheder og den administrative procedure

Sag C-20/01

6 Bockhorn kommune i delstaten Niedersachsen har indgået en aftale om bortledning af spildevand — for en periode på mindst 30 år fra den 1. januar 1997 — med energiforsyningsvirksomheden Weser-Ems AG (herefter »EWE«).

7 Kommissionen fremsendte den 30. april 1999 en åbningsskrivelse til den tyske regering, hvori den opfordrede regeringen til at fremsætte sine bemærkninger til spørgsmålet, om bestemmelserne i direktiv 92/50 fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

8 I sit svar af 1. juli 1999 erkendte den tyske regering, at den aftale, der var indgået af Bockhorn kommune, skulle have været indgået i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne. Den anførte desuden, at indenrigsministeriet i delstaten Niedersachsen havde benyttet sig af den givne lejlighed til at opfordre de lokale myndigheder til at indskærpe over for kommunerne, at de fællesskabsretlige bestemmelser om tildeling af offentlige kontrakter skulle overholdes nøje.

9 Den 21. marts 2000 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse over for Forbundsrepublikken Tyskland, hvori den gjorde gældende, at bestemmelserne i direktiv 92/50 skulle have været anvendt, og at det ikke kunne tillægges nogen betydning i retlig henseende, at medlemsstaten havde erkendt tilsidesættelsen af de fællesskabsretlige bestemmelser. Kommissionen opfordrede desuden Tyskland til straks at indskærpe de krav, der stilles på området, over for de berørte myndigheder, og til at tilskynde dem til for fremtiden at overholde de nævnte bestemmelser.

10 I en meddelelse af 12. maj 2000 erkendte den tyske regering på ny den tilsidesættelse, den var blevet foreholdt. Regeringen forklarede, at indenrigsministeriet i delstaten Niedersachsen efter sin indgriben som opfølgning på Kommissionens åbningsskrivelse ved dekret af 21. juni 1999 havde opfordret alle delstatens lokale myndigheder til på hensigtsmæssig vis at påse, at de ordregivende myndigheder nøje overholder de fællesskabsretlige bestemmelser om tildeling af offentlige kontrakter. Som reaktion på den begrundede udtalelse havde delstatens regering indskærpet, at de nævnte bestemmelser skulle overholdes.

11 Den tyske regering har i øvrigt gjort gældende, at tysk ret praktisk talt ikke giver mulighed for at bringe tilsidesættelsen af direktiv 92/50 til ophør, eftersom der siden den 1. januar 1997 har foreligget en endelig aftale mellem Bockhorn kommune og EWE, som ikke kan hæves, uden at der skal betales en meget stor erstatning til EWE. Omkostningerne ved en sådan ophævelse står ikke i et rimeligt forhold til det formål, som forfølges af Kommissionen.

12 Byen Braunschweig, som ligeledes er beliggende i delstaten Niedersachsen, og Braunschweigsche Kohlebergwerke (herefter »BKB«) har indgået en aftale, hvorefter BKB fra juni/juli 1999 og for en periode på 30 år skal varetage bortskaffelsen af dagrenovation med henblik på en termisk behandling.

13 Byen Braunschweigs kompetente myndigheder var af den opfattelse, at direktiv 92/50 fandt anvendelse, men at de under henvisning til direktivets artikel 11, stk. 3, var fritaget for pligten til at offentliggøre en bekendtgørelse og kunne tildele aftalen i henhold til et udbud efter forhandling.

14 I sin åbningsskrivelse af 20. juli 1998 anfægtede Kommissionen denne fortolkning.

15 Den tyske regering besvarede åbningsskrivelsen ved sine skrivelser af 4. august, 19. oktober og 15. december 1998. Den gjorde gældende, at betingelserne for anvendelse af artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 var opfyldt, idet en termisk behandling af affald af tekniske grunde kun kunne overdrages til BKB. Den omstændighed, at afstanden mellem forbrændingsfaciliteterne og Braunschweig by var kort, havde udgjort et væsentligt tildelingskriterium med henblik på at undgå længere transportafstande.

16 Ved skrivelse af 16. december 1998 erkendte den tyske regering, at byen Braunschweig i det foreliggende tilfælde havde overtrådt direktiv 92/50 ved uberettiget at have foretaget et udbud efter forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

17 Den 6. marts 2000 fremsatte Kommissionen over for Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse, hvori den navnlig opfordrede medlemsstaten til uden ophold at indskærpe de krav, der stilles på udbudsområdet, over for de berørte myndigheder, og til at tilskynde dem til for fremtiden at overholde de gældende bestemmelser.

18 I en meddelelse af 17. maj 2000 erkendte den tyske regering den tilsidesættelse, den var blevet foreholdt. Den anførte ligeledes, at regeringen for delstaten Niedersachsen havde opfordret alle lokale myndigheder til at overholde bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter. Som i sag C-20/01 har den tyske regering præciseret, at følgerne af tilsidesættelsen af direktiv 92/50 ikke kan afhjælpes gennem en ophævelse af aftalen. Den har i øvrigt anført, at en sådan ophævelse vil forpligte byen Braunschweig til at betale sin medkontrahent en meget stor erstatning. Omkostningerne ved en sådan ophævelse vil derfor være uforholdsmæssige.

19 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 15. maj 2001 er sag C-20/01 og sag C-28/01 blevet forenet med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og domsafsigelsen.

20 Domstolens præsident har ved kendelse af 18. maj 2001 givet Det Forenede Kongerige tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande.

Formaliteten

Parternes anbringender og argumenter

21 Den tyske regering har principalt gjort gældende, at sagerne ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom der ikke længere foreligger noget traktatbrud, som den sagsøgte medlemsstat skal bringe til ophør. Fællesskabsbestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter udgøres nemlig udelukkende af procedureregler. Alle retsvirkninger af, at disse regler tilsidesættes, udtømmes i samme øjeblik, som tilsidesættelsen er begået. Efter at Forbundsrepublikken Tyskland har erkendt tilsidesættelsen, er der ikke længere en objektiv interesse i at anlægge et traktatbrudssøgsmål.

22 Hvad angår nødvendigheden af, at der foreligger en sådan objektiv interesse, har den tyske regering anført, at traktatbrudsproceduren kan sammenlignes med passivitetssøgsmålet efter artikel 232 EF. Et sådant søgsmål kan ikke antages til realitetsbehandling, når den pågældende institution, efter at være blevet opfordret til at handle, har taget stilling. Ifølge Domstolens praksis vil selv en anerkendelse af, at der foreligger en ulovlig undladelse, medføre, at den objektive interesse i, at passiviteten fastslås, bortfalder.

23 Den objektive interesse i, at de omhandlede traktatbrud fastslås, kan ifølge den tyske regering heller ikke følge af, at det i den foreliggende sag er nødvendigt at etablere et ansvarsgrundlag for den pågældende medlemsstat. Et erstatningsansvar over for borgerne er navnlig udelukket, fordi det ikke fremgår, at disse har lidt et tab som følge af de aftaler, som er indgået af Bockhorn kommune og af byen Braunschweig.

24 For så vidt angår de aftaler, som er indgået af de ordregivende myndigheder, har den tyske regering, som på dette punkt støttes af Det Forenede Kongeriges regering, anført, at fællesskabsretten giver disse aftaler den beskyttelse, der følger af de velerhvervede rettigheder. Princippet om pacta sunt servanda er sikret ved Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33). Ved at give mulighed for, at beføjelserne for den instans, som fører kontrol med fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter, kan begrænses til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, afstår direktivets artikel 2, stk. 6, netop fra at kræve, at aftaler, som er gyldigt indgåede, hæves eller ikke overholdes.

25 For så vidt angår national ret har den tyske regering forklaret, at der heri gælder et princip om, at en aftale, som er indgået af en ordregivende myndighed under tilsidesættelse af bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter, kun kan hæves, hvis der er en tungtvejende grund hertil, hvilket ikke omfatter omstændigheder, der ligger forud for aftalens indgåelse. Der kan i øvrigt kun tales om ugyldighed for en sådan aftale i særlige, nøje afgrænsede tilfælde, som ikke omfatter de aftaler, som er indgået i den foreliggende sag. Derimod indeholder national ret de bestemmelser, som er fornødne for, at de skadelidte personer kan kræve erstatning.

26 Kommissionen har gjort gældende, at det ikke er en betingelse for at anlægge et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, at den påviser, at den har en særlig søgsmålsinteresse. Domstolen har kun undersøgt, om der forelå en sådan interesse i tilfælde, hvor en medlemsstat havde efterkommet Kommissionens begrundede udtalelse efter udløbet af den deri fastsatte frist. En sådan interesse kan imidlertid ifølge Kommissionen ikke blot bestå i at skabe grundlag for, at den berørte medlemsstat kan ifalde erstatningsansvar, men også i at klarlægge væsentlige punkter i fællesskabsretten og forebygge gentagelsestilfælde.

27 I den foreliggende sag finder Kommissionen ikke, at retsvirkningerne af det traktatbrud, den har foreholdt Forbundsrepublikken Tyskland, begrænser sig til en procedurefejl, men at traktatbruddet fortsat består. For det første har den generelle vejledning, som de lokale administrative organer har fået, ikke kunnet bringe de konkrete overtrædelser til ophør. For det andet kan en medlemsstat ikke, for at undgå en retsforfølgning, der er indledt af Kommissionen, påberåbe sig en fuldbyrdet kendsgerning, som medlemsstaten selv er ansvarlig for.

28 Kommissionen har desuden anført, at selv om det er korrekt, at Domstolen har afvist et traktatbrudssøgsmål på området for offentlige kontrakter med den begrundelse, at overtrædelsen ikke længere bestod på tidspunktet for udløbet af den frist, som var fastsat i den begrundede udtalelse, fulgte denne løsning af de særlige omstændigheder, som forelå i denne sag. I nærværende sager vil de aftaler, som er indgået under tilsidesættelse af fællesskabsretten, derimod fortsat have retsvirkninger i årtier. Den tyske regering har således ikke bragt traktatbruddet til ophør. Den omstændighed, at det ikke er muligt at annullere de omhandlede aftaler, har ingen betydning for spørgsmålet, om sagerne kan antages til realitetsbehandling, eftersom det tilkommer medlemsstaterne at vælge den måde, der mest passende råder bod på traktatbruddet.

Domstolens bemærkninger

29 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at det ikke påhviler Kommissionen, som led i dens udøvelse af sine beføjelser i henhold til artikel 226 EF, at påvise, at den har en særlig søgsmålsinteresse. Den nævnte bestemmelse har nemlig ikke til formål at beskytte Kommissionens egne rettigheder. Det er Kommissionens opgave i Fællesskabets almindelige interesse af egen drift at påse, at medlemsstaterne anvender traktaten og de på grundlag af denne af institutionerne udstedte retsakter, og at drage omsorg for, at det bliver fastslået, at eventuelle tilsidesættelser af heraf udspringende forpligtelser foreligger, med henblik på at bringe sådanne tilsidesættelser til ophør (dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 15, af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 21, og af 5.11.2002, sag C-476/98, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 9855, præmis 38).

30 På grundlag af sine beføjelser og sin forpligtelse til at overvåge, at traktaten overholdes, er Kommissionen herefter enekompetent til at afgøre, hvorvidt det må anses for formålstjenligt at indlede en traktatbrudsprocedure, og til at fastlægge, på grundlag af hvilken handlemåde eller undladelse fra den pågældende medlemsstats side denne procedure bør iværksættes. Kommissionen kan derfor ved Domstolen nedlægge påstand om, at det fastslås, at der er sket et traktatbrud i form af, at det med det pågældende direktiv tilsigtede resultat i et konkret tilfælde ikke er blevet nået (dommen af 11.8.1995 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 22, og dom af 5.11.2002, sag C-471/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 9681, præmis 39).

31 Den tyske regering har imidlertid gjort gældende, at traktatbruddene i det foreliggende tilfælde bestod i overtrædelser af procedureregler, hvis retsvirkninger var udtømt inden udløbet af de frister, som var fastsat i de begrundede udtalelser, og at disse traktatbrud var blevet anerkendt som sådanne af Forbundsrepublikken Tyskland før de nævnte fristers udløb.

32 Det er korrekt, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse (dom af 27.11.1990, sag C-200/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4299, præmis 13, af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353, præmis 10, og af 7.3.2002, sag C-29/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2503, præmis 11).

33 Selv om det er korrekt, at Domstolen på området for tildeling af offentlige kontrakter har fundet, at et traktatbrudssøgsmål måtte afvises fra realitetsbehandling, var dette begrundet i, at alle retsvirkninger af den pågældende udbudsbekendtgørelse var udtømt ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse (dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 11-13).

34 Domstolen har derimod forkastet en formalitetsindsigelse, der byggede på en påstand om, at den hævdede overtrædelse var ophørt, i et tilfælde hvor de pågældende udbudsprocedurer var fuldt ud afviklet på datoen for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist, men aftalerne ikke var blevet gennemført fuldt ud inden denne dato (dom af 28.10.1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7479, præmis 43-45).

35 I øvrigt bemærkes, at selv om det er korrekt, at direktiv 92/50 i det væsentlige indeholder procedureregler, står det ikke desto mindre fast, at direktivet blev vedtaget med det formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde tjenesteydelser til de ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 32).

36 Det indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser, som er foretaget gennem tilsidesættelsen af bestemmelserne i direktiv 92/50, må således anses for at bestå i hele den periode, hvor de aftaler, der er indgået i strid med direktivet, udføres.

37 I den foreliggende sag vil de aftaler, som hævdes at være indgået i strid med bestemmelserne i direktiv 92/50, fortsat have retsvirkninger i årtier. Det kan derfor ikke hævdes, at de påståede traktatbrud er bragt til ophør inden udløbet af de frister, som var fastsat i de begrundede udtalelser.

38 Det ændrer ikke på rigtigheden af denne konklusion, at medlemsstaterne i henhold til artikel 2, stk. 6, i direktiv 89/665 kan bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen,

skal være begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

39 Selv om det er korrekt, at denne bestemmelse giver medlemsstaterne beføjelse til at opretholde retsvirkningerne af aftaler, som er indgået i strid med udbudsdirektiverne, og således beskytter medkontrahenternes berettigede forventning, kan den ikke uden at indskrænke rækkevidden af traktatbestemmelserne om oprettelse af det indre marked have til følge, at den ordregivende myndigheds handlemåde over for tredjemænd må anses for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten efter indgåelsen af sådanne aftaler.

40 I øvrigt bemærkes, at hverken den omstændighed, at den tyske regering under den administrative procedure har erkendt, at de traktatbrud, Kommissionen har foreholdt den, faktisk foreligger, eller den omstændighed, som er gjort gældende af den nævnte regering, hvorefter det efter national ret er muligt at anlægge en erstatningssag, selv om Domstolen ikke har fastslået traktatbruddene, kan have betydning for spørgsmålet, om nærværende sager skal antages til realitetsbehandling.

41 Domstolen har således allerede udtalt, at det skal fastslås af Domstolen, om det påståede traktatbrud foreligger, selv om den pågældende medlemsstat ikke længere bestrider traktatbruddet og anerkender, at der kan kræves erstatning for det tab, som dette eventuelt har påført borgerne (dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 30).

42 Da konstateringen af en medlemsstats traktatbrud ikke er forbundet med konstateringen af en skade, der følger heraf (dom af 18.12.1997, sag C-263/96, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7453, præmis 30), kan Forbundsrepu-

blikken Tyskland ikke påberåbe sig, at ingen tredjemand har lidt et tab i forbindelse med de aftaler, som er indgået af Bockhorn kommune og af byen Braunschweig.

43 Idet de påståede traktatbrud bestod efter den frist, som var fastsat i de begrundede udtalelser — og selv om Forbundsrepublikken Tyskland har erkendt, at der forelå sådanne traktatbrud — kan medlemsstaten heller ikke støtte sin opfattelse på en sammenligning med passivitetssøgsmålet efter artikel 232 EF eller de omstændigheder, under hvilke Domstolen anser passiviteten for at være bragt til ophør.

44 På baggrund af det ovenfor anførte kan de af Kommissionen anlagte sager antages til realitetsbehandling.

Realiteten

Parternes anbringender og argumenter

45 Kommissionen har i sag C-20/01 gjort gældende, at direktiv 92/50 fandt anvendelse på den omhandlede aftale, som skulle have været gjort til genstand for et udbud i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets artikel 8, sammenholdt med artikel 15, stk. 2. Resultatet af tildelingsproceduren skulle have været offentliggjort i overensstemmelse med direktivets artikel 16.

46 I sag C-28/01 har Kommissionen gjort gældende, at den pågældende aftale ligeledes omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 92/50. Ifølge Kommissionen var betingelserne for at anvende proceduren udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til direktivets artikel 11, stk. 3, litra b), ikke opfyldt. Hverken beliggenheden af den virksomhed, der blev valgt på grund af den korte afstand til det sted, hvor tjenesteydelsen skal udføres, eller den omstændighed, at aftalens tildeling var uopsættelig, kan begrunde anvendelsen af denne bestemmelse i det foreliggende tilfælde.

47 Det i EF-traktatens artikel 130 R, stk. 2 (efter ændring nu artikel 174 EF), fastsatte princip om indgreb over for miljøskader fortrinsvis ved kilden skal ses i lyset af denne bestemmelses kontekst, hvorefter kravene med hensyn til miljøbeskyttelse skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker på andre områder. Bestemmelsen giver ikke Fællesskabets politik på miljøområdet forrang frem for Fællesskabets politikker på de øvrige områder, såfremt der er en konflikt herimellem. Kommissionen har desuden anført, at kriterier, der vedrører miljømæssige hensyn, ikke kan anvendes med henblik på at foretage forskelsbehandling inden for rammerne af en udbudsprocedure.

48 Kommissionen har i øvrigt gjort gældende, at den ordregivende myndighed har begrundet valget af fremgangsmåden for tildeling af den omhandlede kontrakt med et argument, der vedrører garantien for bortskaffelsen. Ifølge Kommissionen modsiger dette argument argumentet om, at fremgangsmåden blev valgt ud fra miljømæssige hensyn og hensynet til affaldsbortskaffelsesanlæggets beliggenhed i regionen.

49 Den tyske regering, som alene har fremsat sine realitetsanbringender som subsidiære argumenter, har gjort gældende, at der under alle omstændigheder ikke kan gives Kommissionen medhold i de af institutionen nedlagte påstande, idet alle retsvirkninger af de påståede overtrædelser af direktiv 92/50 blev udtømt på det tidspunkt, hvor overtrædelserne blev begået, og ikke bestod på datoen for udløbet af fristen i de begrundede udtalelser.

50 I sag C-28/01 har den tyske regering tilføjet, at kriteriet om affaldsbortskaffelsesanlæggets beliggenhed i regionen, som blev valgt på helt lovlig vis, alene kunne opfyldes af BKB. Dette kriterium er ikke automatisk udtryk for en forskelsbehandling, i det omfang det ikke er udelukket, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, kan opfylde denne betingelse.

51 En ordregivende myndighed har i almindelighed ret til at tage miljøkriterier i betragtning i sine overvejelser vedrørende tildelingen af en offentlig kontrakt, når myndigheden skal fastlægge, hvilken tjenesteydelse den vil udbyde. Den tyske regering mener ikke, at der kan stilles krav om, at den aftale, som er indgået mellem Braunschweig kommune og BKB, skal hæves, eftersom aftalen under en ny tildelingsprocedure på ny ville blive tildelt dette selskab.

Domstolens bemærkninger

Sag C-20/01

52 For så vidt angår sag C-20/01 kan det lægges til grund, at betingelserne for anvendelsen af direktiv 92/50 var opfyldt. Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 65 i sit forslag til afgørelse, er spildevandsrensning en tjenesteydelse som omhandlet i direktivets artikel 8 og dets bilag IA, kategori 16. Opførelsen af bestemte anlæg har alene accessorisk karakter i forhold til den primære genstand

for den aftale, Bockhorn kommune har indgået med EWE. Værdien af denne aftale overstiger betydeligt den tærskelværdi, som er fastsat i direktivets artikel 7.

53 Følgelig skulle aftalen i henhold til artikel 8 og artikel 15, stk. 2, i direktiv 92/50 have været tildelt i overensstemmelse med direktivets bestemmelser. Det må lægges til grund, og er i øvrigt ikke bestridt af den tyske regering, at Bockhorn kommune ikke har fulgt denne fremgangsmåde.

54 Forbundsrepublikken Tyskland har til sit forsvar i det væsentlige henvist til de argumenter, som er fremsat til støtte for, at sagen ikke skulle fremmes til realitetsbehandling. Disse argumenter bør af de i præmis 29-43 nævnte grunde forkastes.

55 Det følger heraf, at Kommissionens påstande i sag C-20/01 skal tages til følge.

Sag C-28/01

56 I sag C-28/01 er det åbenbart, at direktiv 92/50 fandt anvendelse, og det er da også blevet anvendt af Braunschweig kommune. Imidlertid har kommunen med henvisning til direktivets artikel 11, stk. 3, litra b), anvendt proceduren udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

57 Den tyske regering har, selv om den under den administrative procedure har erkendt, at betingelserne for anvendelse af denne bestemmelse ikke var opfyldt, gjort gældende, at BKB faktisk var den eneste virksomhed, som aftalen kunne tildeles, og at et nyt udbud ikke kunne ændre dette resultat.

58 I den forbindelse bemærkes indledningsvis, at bestemmelserne i artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50, som indeholder undtagelser til de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige tjenesteydelsesaftaler bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (jf., for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, dom af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13).

59 For så vidt angår artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 kan denne bestemmelse kun finde anvendelse, hvis det er påvist, at der af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun findes en virksomhed, som faktisk er i stand til at udføre den pågældende kontrakt. Da det i det foreliggende tilfælde ikke er gjort gældende, at der foreligger en kunstnerisk grund eller en årsag, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, skal det alene undersøges, om de grunde, der er påberåbt af den tyske regering, kan udgøre tekniske grunde som omhandlet i denne bestemmelse.

60 Det er korrekt, at en ordregivende myndighed kan tage hensyn til kriterier vedrørende bevarelse af miljøet på de forskellige stadier af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter (jf. for så vidt angår anvendelsen af sådanne kriterier som kriterier for tildeling af en aftale vedrørende drift af en linje i bybusnettet, dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 57).

61 Det er herefter ikke udelukket, at en teknisk grund, som vedrører miljøbeskyttelse, vil kunne tages i betragtning ved vurderingen af, om den omhandlede aftale kun kan overdrages en bestemt tjenesteyder.

62 Den fremgangsmåde, som anvendes som følge af, at der foreligger en sådan teknisk grund, skal imidlertid overholde de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. analogt hertil Concordia Bus Finland-dommen, præmis 63).

63 Risikoen for en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling er særlig høj, når en ordregivende myndighed beslutter ikke at udbyde en bestemt aftale i konkurrence.

64 I den foreliggende sag bemærkes, for det første, at da der ikke foreligger nogen form for bevis herfor, kan valget af en termisk affaldsbehandling ikke anses for at være en teknisk grund, som kan begrunde påstanden om, at aftalen kun kunne tildeles en bestemt tjenesteyder.

65 For det andet bemærkes, at den omstændighed, at det ifølge den tyske regering er en nødvendig følge af den beslutning, byen Braunschweig har truffet om at lade restaffald undergive en termisk behandling, at bortskaffelsen foregår i nærheden, ikke støttes af nogen form for bevis og derfor heller ikke kan anses for at udgøre en sådan teknisk grund. Nærmere bestemt bemærkes, at den tyske regering ikke har godtgjort, at transporten af affaldet over en længere afstand nødvendigvis er til fare for miljøet eller for den offentlige sundhed.

66 For det tredje bemærkes, at den omstændighed, at en bestemt tjenesteyder er beliggende i nærheden af det kommunale område, heller ikke i sig selv kan udgøre en teknisk grund som omhandlet i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50.

67 Det følger heraf, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har bevist, at henvisningen til artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 var begrundet i den foreliggende sag. Følgelig skal der også gives Kommissionen medhold i dens påstande i sag C-28/01.

68 På baggrund af det ovenfor anførte skal det fastslås, at

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 15, stk. 2, og artikel 16, artikel 1, i direktiv 92/50, idet Bockhorn kommune ikke gennemførte et offentligt udbud i forbindelse med tildelingen af en aftale om bortledning af sit spildevand og ikke lod resultatet af tildelingsproceduren offentliggøre i Supplement til *De Europæiske Fællesskabers Tidende*

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8 og artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 ved indgåelsen af en offentlig tjenesteydelsesaftale, idet byen Braunschweig indgik en aftale om bortskaffelse af sin dagrenovation ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uanset at betingelserne i artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 for tildeling af aftaler underhånden uden afholdelse af et udbud på fællesskabsplan ikke var opfyldt.

Sagens omkostninger

69 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, bærer Det Forenede Kongerige sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) **Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 15, stk. 2, og artikel 16, artikel 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, idet Bockhorn**

kommune (Tyskland) ikke gennemførte et offentligt udbud i forbindelse med tildelingen af en aftale om bortledning af sit spildevand og ikke lod resultatet af tildelingsproceduren offentliggøre i Supplement til *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 8 og artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 ved indgåelsen af en offentlig tjenesteydelsesaftale, idet byen Braunschweig (Tyskland) indgik en aftale om bortskaffelse af dagrenovation ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uanset at betingelserne i artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 for tildeling af aftaler underhånden uden afholdelse af et udbud på fællesskabsplan ikke var opfyldt.

3) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

4) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer sine egne omkostninger.

Wathelet Edward La Pergola

Jann Rosas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. april 2003.

R. Grass M. Wathelet

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling