DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

18. november 2004 *

I sag C-126/03,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 20. marts 2003,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, 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.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann (refererende dommer), og dommerne A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts og K. Schiemann,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: H. von Holstein, assisterende justitssekretær,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. maj 2004,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. juni 2004,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 vedrørende samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler (JO L 209, s. 1), idet byen München (Tyskland) har indgået aftalen om transport af affald fra aflæsningssteder i Donauwald-regionen (Tyskland) til forbrændingsanlægget München-Nord i strid med procedurereglerne i det nævnte direktivs artikel 8, sammenholdt med direktivets artikel 11, stk. 1.

Retsforskrifter

2 Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 forstås ved »offentlige tjenesteydelsesaftaler« »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«, med undtagelse af kontrakterne opregnet i denne bestemmelses nr. i)-ix).

3 Ifølge direktivets artikel 1, litra b), forstås ved »ordregivende myndigheder« »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«.

4 Artikel 8 i direktiv 92/50 bestemmer, at »[a]ftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI«.

5 Artikel 11, stk. 1, i direktiv 92/50 bestemmer, at de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler anvender de fremgangsmåder for et åbent udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling, der er defineret i henholdsvis artikel 1, litra d), e) og f), i dette direktiv.

De faktiske omstændigheder og den administrative procedure

6 I 1997 indgik byen München, der driver forbrændingsanlægget München-Nord, en aftale med en privat virksomhed, selskabet Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (herefter »Rethmann«), hvorved byen forpligtede sig til at overlade det til dette selskab at forestå transporten af affald fra aflæsningsstederne til det nævnte forbrændingsanlæg, hvis byen opnåede den kontrakt på affaldsbortskaffelse i Donauwald-regionen (Tyskland), som havde været genstand for et udbud iværksat af Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (herefter »AWG Donau-Wald«), og som byen München havde afgivet bud på.

7 Da byen München havde opnået den nævnte kontrakt, overlod den i overensstemmelse med aftalen med Rethmann transporten af affald til dette selskab, uden at tildelingen af denne ydelse imidlertid havde været genstand for et udbud som fastsat i direktiv 92/50.

8 Efter at have givet Forbundsrepublikken Tyskland lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger til sagen, fremsendte Kommissionen den 25. juli 2001 en begrundet udtalelse til denne medlemsstat, hvori det blev fremhævet, at aftalen om

transport af affald fra aflæsningssteder i Donauwald-regionen til forbrændingsanlægget München-Nord (herefter »den omtvistede aftale«) i overensstemmelse med direktiv 92/50 skulle have været gjort til genstand for et udbud offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Kommissionen anmodede den nævnte medlemsstat om at opfylde sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten inden for en frist på to måneder fra meddelelsen af denne udtalelse. Efter de tyske myndigheders svar af 30. oktober 2001, hvori disse har bestridt traktatbruddet, har Kommissionen anlagt nærværende sag.

Om søgsmålet

Traktatbruddet

9 Kommissionen har til støtte for sin sag kun påberåbt sig et klagepunkt, der bygger på en tilsidesættelse af artikel 8 i direktiv 92/50, sammenholdt med dette direktivs artikel 11, stk. 1, idet byen München ikke iværksatte et udbud af den omtvistede aftale.

10 I denne forbindelse bemærkes, at de offentlige aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, i henhold til artikel 8 i direktiv 92/50, sammenholdt med direktivets artikel 11, stk. 1, skal indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktivs afsnit III-VI under anvendelse af et offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling i direktivets forstand.

11 Begrebet »offentlige tjenesteydelsesaftaler« er defineret i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, ifølge hvilken bestemmelse disse aftaler er gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed.

12 Begrebet »ordregivende myndighed« er defineret i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 som »ordregivende myndigheder, staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«.

13 Som følge heraf bestemmer artikel 8 i direktiv 92/50 sammenholdt med direktivets artikel 1, litra a) og b), og artikel 11, stk. 1, at gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en lokal myndighed, skal gøres til genstand for et offentligt udbud, begrænset udbud eller et udbud efter forhandling, når deres genstand er de i direktivets bilag I A opførte tjenesteydelser.

14 I den foreliggende sag må det fastslås, at den omtvistede aftale er en offentlig aftale som omhandlet i artikel 8 og 11 i direktiv 92/50, hvilken aftale skulle have været indgået i overensstemmelse med det nævnte direktivs afsnit III-IV.

15 Aftalen mellem byen München og Rethmann, hvorved selskabet forpligter sig til at forestå transporten af affald fra aflæsningssteder i Donauwald-regionen til forbrændingsanlægget München-Nord, omhandler således en tjenesteydelse, der henhører under det nævnte direktivs bilag I A, og som udføres af en virksomhed for en lokal myndighed. Der er således tale om en gensidig aftale, der er indgået skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed.

16 I den forbindelse bemærkes, at den argumentation, den tyske regering har påberåbt sig til støtte for ikke at kvalificere den omtvistede aftale som en offentlig aftale som omhandlet i artikel 8 og 11 i direktiv 92/50, ikke kan tiltrædes.

17 Den tyske regering har først gjort gældende, at byen München, for så vidt angår den omtvistede aftale, ikke er en »ordregivende myndighed« som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, og at aftalen ikke er en »offentlig aftale« som omhandlet i samme direktivs artikel 1, litra a). Ifølge denne regering omfattes den nævnte aftale ikke af byen Münchens almennyttige virksomhed, men af en selvstændig økonomisk virksomhed, der er klart adskilt og underlagt konkurrence, dvs. driften af forbrændingsanlægget München-Nord.

18 I den forbindelse bemærkes, at de lokale myndigheder ifølge artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 pr. definition er ordregivende myndigheder. Det fremgår af retspraksis, at samme direktivs artikel 1, litra a), ikke sondrer mellem aftaler, som en ordregivende myndighed indgår for at opfylde den opgave at imødekomme almenhedens behov, og aftaler, der ikke vedrører denne opgave (jf. analogt hertil Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 32). Det er ligeledes uden betydning, at den ordregivende myndighed selv har til hensigt at virke som tjenesteyder, og at sigtet med den omhandlede aftale på denne baggrund er at give en del af ydelserne i underentreprise til en tredjemand. Det er således ikke udelukket, at den ordregivende myndigheds afgørelse i relation til valget af denne tredjemand er begrundet i andre hensyn end økonomiske. Det følger heraf, at uanset den omtvistede aftalens art eller den sammenhæng, hvori den indgår, er den en »offentlig aftale« som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50.

19 Med hensyn til argumentet om, at den affaldstransport, der forestås af Rethmann, i sidste ende gøres til genstand for et dobbelt udbud, er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne transport faktisk omfattes af to forskellige offentlige aftaler, nemlig den, der tildeles af byen München, og den, der tildeles af AWG Donau-Wald, og som i bredere forstand vedrører affaldsbortskaffelse i Donauwald-regionen, hvilke aftaler hver for sig skulle udbydes, hvorfor anvendelsen af direktiv 92/50 fører til, at Rethmanns ydelse omfattes af to på hinanden følgende udbud.

20 Med hensyn til argumentet om, at der i den foreliggende sag ikke sker anvendelse af byen Münchens offentlige midler, må det fastslås, at en sådan anvendelse ikke er et element, der er afgørende for, om der foreligger en offentlig aftale som omhandlet i artikel 8 og 11 i direktiv 92/50.

21 Endvidere har den tyske regering gjort gældende, at den omtvistede aftale, som en aftale, der er indgået med henblik på videresalg til tredjemand, er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50 i henhold til direktivets artikel 1, litra a), nr. ii), sammenholdt med artikel 7 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84, herefter »forsyningsvirksomhedsdirektivet«). Det fastslås i den forbindelse, således som generaladvokaten har bemærket i punkt 34 i sit forslag til afgørelse, at artikel 1, litra a), nr. ii), i direktiv 92/50 ikke omfatter aftaler indgået inden for de områder, der omhandles i forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet fællesskabslovgiver ønskede, at disse aftaler alene skulle omfattes af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Undtagelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 7 finder således kun anvendelse, hvis den omtvistede aftale omfattes af anvendelsesområdet for dette direktiv. For så vidt som denne aftale ikke omfattes af de former for virksomhed, der nævnes i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 2, kan undtagelsen i samme direktivs artikel 7 ikke finde anvendelse i den foreliggende sag.

22 Den tyske regering har desuden gjort gældende, at det i praksis ville have været umuligt at indgå den omtvistede aftale i overensstemmelse med afsnit III-VI i direktiv 92/50, for så vidt som byen München, for at kunne bevise sin tekniske formåen som omhandlet i direktivets artikel 32, stk. 2, litra c) og h), i forbindelse med det af AWG Donau-Wald iværksatte udbud, skulle meddele navnet på underentreprenøren ved afgivelsen af sit bud. Det er i den forbindelse korrekt, at det påhviler en tjenesteyder, der ønsker at henvise til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som han indirekte eller direkte er knyttet til, for at få adgang til at deltage i et udbud, at godtgøre, at han reelt kan disponere over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som er fornødne for aftalens opfyldelse, men som han ikke selv ejer (jf. i denne retning dom af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607, præmis 29, af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 92, og af 18.3.2004, sag C-314/01, Siemens og ARGE Telekom & Partner, Sml. I, s. 2549, præmis 44). I den foreliggende sag ville det under alle omstændigheder have været muligt for byen München at gennemføre et begrænset udbud efter hasteproceduren som omhandlet i artikel 20 i direktiv 92/50 i tiden mellem udbuddets iværksættelse og byens afgivelse af bud.

23 Den tyske regering har fremhævet, at den omtvistede aftale i henhold til artikel 11, stk. 3, litra d), i direktiv 92/50 kunne være indgået på grundlag af et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Det bemærkes i den forbindelse, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 som en undtagelse til de regler, som skal sikre, at de rettigheder, der er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige tjenesteydelsesaftaler, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (jf. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58). Anvendelsen af direktivets artikel 11, stk. 3, litra d), er således underlagt tre kumulative betingelser. Anvendelsen forudsætter, at der foreligger en uforudseelig begivenhed, en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed (jf. for så vidt angår Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971, s. 613), dom af 2.8.1993, sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4655, præmis 12, og af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen

mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 14). Det ville i den foreliggende sag, som det er blevet fastslået i denne doms præmis 22, have været muligt for byen München at gennemføre et begrænset udbud efter hasteproceduren (jf. for så vidt angår direktiv 71/305 dom af 18.3.1992, sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1989, præmis 14, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 13). Det følger heraf, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har godtgjort, at der forelå en uforudseelig begivenhed.

24 Under hensyntagen det til ovenfor anførte må det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til det nævnte direktiv, idet byen München har indgået aftalen om transport af affald fra aflæsningssteder i Donauwald-regionen til forbrændingsanlægget München-Nord i strid med procedurereglerne i artikel 8 i direktiv 92/50 sammenholdt med direktivets artikel 11, stk. 1.

Retsvirkningerne af en dom, der fastslår et traktatbrud

25 Den tyske regering har gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke vil være forpligtet til at opsige den allerede indgående kontrakt, hvis der måtte blive givet Kommissionen medhold i sagen.

26 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at svare, at selv om Domstolen inden for rammerne af en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF alene har pligt til at fastslå, at en fællesskabsbestemmelse er blevet tilsidesat, fremgår det af artikel 228, stk. 1, EF, at den pågældende medlemsstat skal gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger.

Sagens omkostninger

27 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.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 vedrørende samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler, idet byen München har indgået aftalen om transport af affald fra opsamlingssteder i Donauwald-regionen til forbrændingsanlægget München-Nord i strid med procedurereglerne i artikel 8 i direktiv 92/50 sammenholdt med direktivets artikel 11, stk. 1.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

Underskrifter.