DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 18 november 2004*

I mål C-126/03,

angående talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, väckt den 20 mars 2003,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av K. Wiedner, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing, i egenskap av ombud, biträdd av H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann (referent) samt domarna A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts och K. Schiemann,

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 26 maj 2004,

och efter att den 24 juni 2004

ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission begär genom sin ansökan att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina

skyldigheter enligt 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), eftersom kontraktet avseende transport av avfall från olika utsläppspunkter i regionen Donauwald (Tyskland) till värmekraftverket i München Nord har tilldelats av staden München (Tyskland) på ett sätt som strider mot förfarandereglerna i artikel 8, jämförd med artikel 11.1 i nämnda direktiv.

Tillämpliga bestämmelser

2 Enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 är "offentliga tjänsteavtal" "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet" med undantag av de kontrakt som räknas upp i punkterna i–ix i den bestämmelsen.

3 Enligt artikel 1 b i samma direktiv betraktas "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" [I överensstämmelse med terminologin i övriga språkversioner av direktivet används nedan begreppet staten. Övers. anm.] som "upphandlande myndigheter".

4 Enligt artikel 8 i direktiv 92/50 skall "kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A ... upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning [arna] III–VI".

5 Enligt artikel 11.1 i direktiv 92/50 skall den upphandlande myndigheten vid tilldelning av offentliga kontrakt avseende tjänster tillämpa ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, såsom det definieras i artikel 1 d, 1 e respektive 1 f i direktivet.

Bakgrund och det administrativa förfarandet

6 Staden München, som driver ett värmekraftverk i München Nord, slöt ett kontrakt år 1997 med ett privat företag, bolaget Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (nedan kallat Rethmann), enligt vilket München förband sig att låta detta företag utföra transporten av avfall från utsläppspunkterna till nämnda värmekraftverk om staden erhöll kontraktet avseende bortskaffandet av avfall i regionen Donauwald. Detta kontrakt hade varit föremål för anbudsinfordran som offentliggjorts av Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (nedan kallat AWG Donau-Wald) och som staden München hade svarat på.

7 Staden München erhöll det nämnda kontraktet och överlät således i enlighet med överenskommelsen med Rethmann på det sistnämnda att utföra transporten av avfall, dock utan att tilldelningen av denna verksamhet hade blivit föremål för anbudsinfordran enligt direktiv 92/50.

8 Efter att ha gett Förbundsrepubliken Tyskland tillfälle att yttra sig i detta avseende, riktade kommissionen den 25 juli 2001 ett motiverat yttrande till denna medlemsstat. I yttrandet angavs att kontraktet avseende transport av avfall från

utsläppspunkterna i regionen Donauwald till värmekraftverket i München Nord (nedan kallat det omtvistade kontraktet) borde ha varit föremål för anbudsinfordran, som skulle ha offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* enligt direktiv 92/50. Kommissionen uppmanade nämnda medlemsstat att inom två månader från delgivningen av yttrandet vidta nödvändiga åtgärder för att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten. Efter de tyska myndigheternas svar den 30 oktober 2001, i vilket de bestred fördragsbrottet, väckte kommissionen förevarande talan.

Talan

Fördragsbrottet

9 Kommissionen har till stöd för sin talan åberopat en enda anmärkning, rörande åsidosättande av artikel 8 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 11.1 i detta direktiv, eftersom staden München inte har låtit det omtvistade kontraktet vara föremål för anbudsinfordran.

10 Det skall här påminnas om att enligt artikel 8 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 11.1 i samma direktiv, skall kontrakt som avser tjänster som återfinns i bilaga I A upphandlas enligt bestämmelserna i avdelningarna III–VI i samma direktiv, med tillämpning av ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande i den mening som avses i direktivet.

11 Begreppet "offentliga tjänsteavtal" definieras i artikel 1 a i direktiv 92/50 som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.

12 Vad gäller begreppet upphandlande myndighet definieras det i artikel 1 b i direktiv 92/50 som "[staten], 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".

13 Följaktligen föreskrivs i artikel 8 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 1 a och 1 b och artikel 11.1, att skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en regional myndighet skall vara föremål för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande i den mening som avses i nämnda direktiv, om kontrakten avser de tjänster som återfinns i bilaga I A till direktivet.

14 I föreliggande fall skall det konstateras att det omtvistade kontraktet är ett offentligt kontrakt enligt artiklarna 8 och 11 i direktiv 92/50, vilket borde ha slutits i enlighet med avdelningarna III–VI i detta direktiv.

15 Avtalet mellan staden München och Rethmann, enligt vilket detta företag förbundit sig att utföra transporten av avfall från utsläppspunkter i regionen Donauwald till värmekraftverket i München Nord, rör i själva verket en tjänst enligt bilaga I A till direktivet som utförs av ett företag för en regional myndighet. Det handlar alltså om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.

16 Den tyska regeringens motivering för att det omtvistade kontraktet inte skall betecknas som ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artiklarna 8–11 i direktiv 92/50 kan i detta avseende inte godtas.

17 Först har den tyska regeringen gjort gällande att staden München inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50 med avseende på det omtvistade kontraktet och att detta kontrakt inte är ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i samma direktiv. Enligt regeringen hänför sig det nämnda kontraktet inte till de verksamheter av allmänintresse som staden München ansvarar för, utan till en fristående ekonomisk verksamhet som är klart åtskild och utsatt för konkurrens, nämligen driften av värmekraftverket i München Nord.

18 Det skall härvid påpekas att regionala myndigheter enligt artikel 1 b i direktiv 92/50 per definition är upphandlande myndigheter. Det framgår av praxis att det i artikel 1 a i samma direktiv inte görs någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande myndighet ingår för att fullgöra sin uppgift att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som inte har något samband med denna uppgift (se analogt, beträffande rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 199, s. 54, dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., REG 1998, s. I-73, punkt 32). Det saknar också betydelse att den upphandlande myndigheten själv avser att agera som tjänsteleverantör och att kontraktet i fråga i det sammanhanget syftar till att en del av verksamheten skall läggas ut på tredje man. Det är nämligen inte uteslutet att den upphandlande myndighetens beslut angående valet av tredje man grundas på andra bedömningar än ekonomiska. Av detta följer att det omtvistade kontraktet är ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50, oavsett dess art och sammanhanget kring det.

19 Beträffande argumentet enligt vilket transporten av avfall som utförs av Rethmann i själva verket blir föremål för en dubbel anbudsinfordran, räcker det med att påpeka att denna verksamhet i själva verket kan hänföras till två olika offentliga kontrakt, nämligen dels det som tilldelades staden München, dels det som mer allmänt gäller bortskaffande av avfall i regionen Donauwald, som tilldelats av AWG Donau-Wald. Dessa kontrakt borde vart och ett ha varit föremål för anbudsinfordran, och tillämpningen av direktiv 92/50 innebär således att den av Rethmann utförda tjänsten förutsätter två successiva anbudsinfordringar.

20 Beträffande argumentet att staden Münchens offentliga medel inte hade använts i det föreliggande fallet, konstaterar domstolen att en sådan användning inte är avgörande för huruvida det är fråga om ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artiklarna 8 och 11 i direktiv 92/50.

21 För övrigt har den tyska regeringen hävdat att det omtvistade kontraktet är uteslutet från tillämpningsområdet för direktiv 92/50 enligt dess artikel 1 a ii jämförd med artikel 7 i rådets sektorsdirektiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), eftersom det rör sig om ett kontrakt som tilldelats med tanke på återförsäljning till tredje man. I likhet med vad generaladvokaten har anfört i punkt 34 i sitt förslag till avgörande, konstaterar domstolen att kontrakt som tilldelas inom de områden som berörs i direktiv 93/38 är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 92/50, enligt artikel 1 a ii i detta, eftersom gemenskapslagstiftaren har velat att de nämnda kontrakten endast skall omfattas av direktiv 93/38. Undantaget i artikel 7 i sektorsdirektivet 93/38 är således bara tillämpligt för det fall det omtvistade kontraktet skulle omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv. Eftersom detta kontrakt inte ingår bland de verksamheter som avses i artikel 2.2 i sektorsdirektivet 93/38, kan emellertid undantaget i artikel 7 i detta direktiv inte vara tillämpligt i föreliggande fall.

22 Vidare har den tyska regeringen gjort gällande att det i praktiken skulle ha varit omöjligt att sluta det omtvistade kontraktet enligt avdelningarna III–VI i direktiv 92/50, eftersom staden München, för att kunna bevisa sin tekniska kapacitet enligt artikel 32.2 c och h i detta direktiv under anbudsförfarandet som offentliggjordes av AWG Donau-Wald, vid inlämnandet av sitt anbud hade behövt meddela namnet på underleverantören. I detta hänseende stämmer det visserligen att det åligger en tjänsteleverantör, som hänvisar till organ eller företag som han är knuten till genom direkta eller indirekta band, för att tillåtas delta i anbudsförfarandet, att visa att han faktiskt kan förfoga över resurser hos dessa organ eller företag, som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten men som han inte själv äger (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia, REG 1999, s. I-8607, punkt 29, av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 92, och av den 18 mars 2004 i mål C-314/01, Siemens och ARGE Telekom, REG 2004, s. I-2549, punkt 44). I föreliggande fall skulle det emellertid i vart fall ha varit möjligt för staden München att genomföra ett selektivt påskyndat förfarande enligt artikel 20 i direktiv 92/50 mellan anbudsinfordrans offentliggörande och inlämnandet av dess anbud.

23 Den tyska regeringen har påpekat att det omtvistade kontraktet enligt artikel 11.3 d i direktiv 92/50 skulle ha kunnat tilldelas genom ett förhandlat förfarande utan att meddelande om upphandling publicerats. I detta avseende erinrar domstolen om att artikel 11.3 i direktiv 92/50 utgör ett undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget på området för offentlig upphandling av tjänster och att artikeln därför skall tolkas restriktivt och att det är den som avser att åberopa bestämmelsen som skall visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat verkligen föreligger (se dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 58). Tillämpningen av nämnda artikel 11.3 d underordnas tre kumulativa villkor. Det måste föreligga omständigheter som inte hade kunnat förutses, föreligga synnerlig brådska som är oförenlig med de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden och föreligga ett orsakssamband mellan den omständighet som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer av detta (se, beträffande rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 185, s. 5, dom av den 2 augusti 1993 i mål

C-107/92, kommissionen mot Italien, REG 1993, s. I-4655, punkt 12, och av den 28 mars 1996 i det ovannämnda målet C-318/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-1949, punkt 14). I föreliggande fall skulle det ha varit möjligt för staden München att genomföra ett selektivt påskyndat förfarande såsom konstaterats ovan i punkt 22 (se, beträffande direktiv 71/305, dom av den 18 mars 1992 i mål C-24/91, kommissionen mot Spanien, REG 1992, s. I-1989, punkt 14, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 13). Förbundsrepubliken Tyskland har således inte visat att det förelåg en synnerligen brådskande situation.

24 Mot bakgrund av vad som anförts skall det fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50, eftersom kontraktet avseende transport av avfall från utsläppspunkter i regionen Donauwald till München Nords värmekraftverk har tilldelats av staden München på ett sätt som strider mot förfaranderegleрna i artikel 8 i nämnda direktiv jämförd med artikel 11.1 i detsamma.

Konsekvenserna av en dom i vilken fastställs fördragsbrott

25 Den tyska regeringen har hävdat att för det fall fördragsbrott anses föreligga, är inte Förbundsrepubliken Tyskland tvungen att säga upp det kontrakt som redan slutits.

26 Härvid räcker det att påpeka att även om domstolen, inom ramen för ett förfarande för fördragsbrott enligt artikel 226 EG, endast behöver fastställa att en gemenskapsrättslig bestämmelse har åsidosatts framgår det av artikel 228.1 EG att den berörda medlemsstaten skall vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom.

Rättegångskostnader

27 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, eftersom kontraktet avseende transport av avfall från utsläppspunkterna i regionen Donauwald till värmekraftverket i München Nord har tilldelats av staden München på ett sätt som strider mot förfaranderegleria i artikel 8 i detta direktiv jämförd med artikel 11.1 i detsamma.**

2) **Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter