

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 10 april 2003 *

I de förenade målen C-20/01 och C-28/01,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av J. Schieferer, 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,

* Rättegångspråk: tyska.

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av R. Magrill, i egenskap av ombud, biträdd av R. Williams, barrister,

intervenient,

angående en talan i två mål som syftar till att domstolen i respektive mål skall fastställa att

- Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med artiklarna 15.2 och 16.1 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 inte anordna ett anbudsförfarande beträffande Bockhorns kommuns (Tyskland) upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av avloppsvatten och inte offentliggöra resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*,

- Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 8 och 11.3 b i direktiv 92/50 genom att staden Braunschweig (Tyskland) tilldelade ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall

med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling trots att villkoren i artikel 11.3 för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbuds förfarande på europeisk nivå inte var uppfyllda,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Wathelet samt domarna D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (referent) och A. Rosas,

generaladvokat: L.A. Geelhoed,
justitiesekreterare: byrådirektören M.-F. Contet,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att parterna har avgivit muntliga yttranden vid förhandlingen den 10 oktober 2002,

och efter att den 28 november 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 — Europeiska gemenskapernas kommission har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 16 och den 23 januari 2001, med stöd av artikel 226 EG väckt talan i två mål om fastställelse av att
 - Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med artiklarna 15.2 och 16.1 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 inte anordna ett anbuds förfarande beträffande Bockhorns kommuns (Tyskland) upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av avloppsvatten och inte offentliggöra resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*,
 - Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 8 och 11.3 b i direktiv 92/50 genom att staden Braunschweig (Tyskland) tilldelade ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling trots att villkoren i artikel 11.3 för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbuds förfarande på europeisk nivå inte var uppfyllda.

Tillämpliga bestämmelser

- 2 I artikel 8 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga I A skall upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III—VI.”

- 3 Avdelning V (artiklarna 15—22) i direktiv 92/50 innehåller gemensamma regler för publicering. Enligt artikel 15.2 skall upphandlande myndigheter som önskar tilldela ett offentligt kontrakt om tjänster genom öppet, selektivt eller, på de villkor som fastställs i artikel 11 i detta direktiv, förhandlat förfarande tillkännage sin avsikt genom ett meddelande.

- 4 I artikel 11.3 b i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna får tilldela kontrakt om... tjänster 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”.

5 I artikel 16.1 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller anordnat formgivningstävling skall sända ett meddelande om resultatet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.”

Bakgrunden och det administrativa förfarandet

Mål C-20/01

6 Bockhorns kommun i delstaten Niedersachsen ingick ett avtal om omhändertagande av avloppsvatten med energidistributionsföretaget Weser-Ems AG (nedan kallat EWE) avseende en period på minst 30 år räknat från den 1 januari 1997.

7 I en skrivelse av den 30 april 1999 anmodade kommissionen den tyska regeringen i en formell underrättelse att yttra sig om huruvida bestämmelserna i direktiv 92/50 skulle tillämpas i förevarande fall.

- 8 I svar av den 1 juli 1999 medgav den tyska regeringen att det kontrakt som Bockhorns kommun ingått borde ha upphandlats i enlighet med gemenskapsbestämmelserna. Vidare angav den att inrikesministeriet i Niedersachsen skulle utnyttja detta tillfälle för att anmoda de lokala myndigheterna att kraftfullt erinra kommuner och regioner om deras absoluta skyldighet att iaktta gemenskapens upphandlingsregler.
- 9 Den 21 mars 2000 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland i vilket den gjorde gällande att bestämmelserna i direktiv 92/50 borde ha tillämpats och att det inte har någon betydelse från rättslig synpunkt att denna medlemsstat har erkänt åsidosättandet av gemenskapsbestämmelserna. Vidare anmodade kommissionen denna stat att omedelbart erinra de berörda myndigheterna om de krav som ställs och framhålla nödvändigheten av att de i framtiden iakttar nämnda bestämmelser.
- 10 I ett meddelande av den 12 maj 2000 erkände den tyska regeringen på nytt den överträdelse som lagts den till last. Den förklarade att till följd av det ingripande som gjordes efter erhållandet av kommissionens formella underrättelse, hade inrikesministeriet i delstaten Niedersachsen i ett dekret av den 21 juni 1999 anmodat samtliga lokala myndigheter i denna delstat att på lämpligt sätt tillse att de upphandlande myndigheterna till fullo iakttar de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Till följd av det motiverade yttrandet har regeringen i nämnda delstat med eftertryck erinrat om att dessa bestämmelser måste iakttas.
- 11 Den tyska regeringen har vidare gjort gällande att det i nationell rätt nästan inte erbjuds någon möjlighet att få överträdelsen av bestämmelserna i direktiv 92/50 att upphöra, eftersom det sedan den 1 januari 1997 föreligger ett slutgiltigt avtal mellan Bockhorns kommun och EWE, vilket inte kan sägas upp utan att ett mycket omfattande skadestånd måste betalas till EWE. Kostnaden för en sådan uppsägning skulle vara oproportionerlig i förhållande till det syfte som kommissionen vill uppnå.

Mål C-28/01

- 12 Staden Braunschweig, som också är belägen i delstaten Niedersachsen, och Braunschweigsche Kohlebergwerke (nedan kallat BKB) ingick ett avtal enligt vilket BKB, från och med juni/juli 1999 och 30 år framåt, skulle svara för bortskaffandet av restavfall genom värmebehandling.

- 13 Braunschweig behöriga myndigheter ansåg att direktiv 92/50 var tillämpligt, men åberopade artikel 11.3 i detta direktiv för att undgå skyldigheten att publicera ett meddelande och genomföra upphandlingen genom ett förhandlat förfarande.

- 14 Kommissionen ifrågasatte denna tolkning i en formell underrättelse av den 20 juli 1998.

- 15 Genom skrivelser av den 4 augusti, den 19 oktober och den 15 december 1998 besvarade den tyska regeringen den formella underrättelsen och gjorde gällande att villkoren för att tillämpa artikel 11.3 b i direktiv 92/50 var uppfyllda med hänsyn till att värmebehandling av avfall av tekniska skäl endast kunde anförtros åt BKB. Förbränningsanläggningens geografiska närhet till staden Braunschweig var ett väsentligt kriterium för att erhålla kontraktet eftersom man ville undvika för långa transportsträckor.

- 16 I skrivelse av den 16 december 1998 medgav den tyska regeringen att nämnda stat i förevarande fall hade åsidosatt bestämmelserna i direktiv 92/50 genom att tillämpa ett förhandlat förfarande utan publicering av ett meddelande om upphandling trots att skäl för detta saknades.

- 17 Den 6 mars 2000 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland i vilket den anmodade denna stat att omedelbart erinra de berörda myndigheterna om bestämmelserna på området och framhålla nödvändigheten av att de i framtiden iakttar nämnda bestämmelser.

- 18 I ett meddelande av den 17 maj 2000 erkände den tyska regeringen den överträdelse som lags den till last. Den angav vidare att regeringen i delstaten Niedersachsen hade anmodat samtliga lokala myndigheter att iaktta bestämmelserna om offentlig upphandling. Såsom i mål C-20/01 förklarades det att det inte skulle gå att undanröja följderna av att bestämmelserna i direktiv 92/50 hade överträtts genom uppsägning av avtalet. För övrigt skulle en sådan uppsägning medföra att staden Braunschweig skulle bli skyldig att betala ett mycket omfattande skadestånd till motparten. Kostnaden för en sådan uppsägning skulle således vara oproportionerlig.

- 19 Genom beslut av domstolens ordförande av den 15 maj 2001 har målen C-20/01 och C-28/01 förenats vad gäller det skriftliga respektive det muntliga förfarandet samt domen.

- 20 Genom beslut av domstolens ordförande den 18 maj 2001 tilläts Förenade kungariket att intervensera till stöd för svarandens yrkanden.

Huruvida talan kan upptas till sakprövning

Parternas grunder och argument

- 21 Den tyska regeringen har för det första gjort gällande att talan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det inte längre föreligger något fördragsbrott som svaranden kan få att upphöra. Gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling består endast av förfarandebestämmelser. Verkningarna av ett åsidosättande av dessa bestämmelser upphör i samma stund som det har skett. Efter att Förbundsrepubliken Tyskland hade erkänt åsidosättandet fanns det inte längre ett objektivt intresse av att väcka en talan om fördragsbrott.

- 22 Den tyska regeringen anser beträffande nödvändigheten av ett sådant objektivt intresse att ett fördragsbrottsförfarande kan jämföras med en passivitetstalan enligt artikel 232 EG. En sådan talan kan inte tas upp till sakprövning när institutionen i fråga, efter det att den har anmodats att vidta åtgärder, har tagit ställning. Enligt domstolens rättspraxis innebär till och med ett erkännande av att underlåtelser är rättsstridig att det inte längre finns ett objektivt intresse av att fastställa passiviteten.

- 23 Enligt den tyska regeringen kan det objektiva intresset av att få de ifrågavarande fördragsbrotten fastställda i det förevarande fallet inte heller anses följa av att det är nödvändigt att fastställa den ifrågavarande medlemsstatens ansvar. I synnerhet är ett ansvar gentemot enskilda uteslutet eftersom det inte framgår att enskilda har lidit skada på grund av de avtal som har ingåtts av Bockhorns kommun och staden Braunschweig.

- 24 Vad gäller de avtal som har ingåtts av de upphandlande myndigheterna anser den tyska regeringen, med stöd av Förenade kungarikets regering såvitt avser denna punkt, att gemenskapsrätten ger ett skydd för förvärvade rättigheter. Principen om *pacta sunt servanda* återfinns i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48). Enligt artikel 2.6 i nämnda direktiv får i nationell rätt föreskrivas att prövningsorganets behörighet avseende förfarandet för offentlig upphandling begränsas till att bevilja ersättning till alla enskilda som har lidit skada av överträdelsen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, och således föreskrivs det inte att avtal som ingåtts med giltig verkan skall sägas upp eller lämnas utan avseende.
- 25 Den tyska regeringen har beträffande nationell rätt förklarat att den grundas på principen att ett avtal som har ingåtts av en upphandlande myndighet i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling enbart kan sägas upp på grundval av väsentliga skäl, vilka inte avser omständigheter som har inträffat innan avtalet ingicks. Ett sådant avtal kan för övrigt endast ogiltigförklaras i särskilda mycket begränsade fall, vilka inte berör de avtal som ingåtts i förevarande fall. I gengäld innehåller nationell rätt nödvändiga bestämmelser för att personer som lidit skada skall kunna begära skadestånd.
- 26 Kommissionen har gjort gällande att den inte är skyldig att visa att det finns ett särskilt berättigat intresse för att kunna väcka en talan om fördragsbrott i enlighet med artikel 226 EG. Domstolen har enbart undersökt huruvida det förelåg ett sådant intresse i fall där en medlemsstat hade följt ett motiverat yttrande från kommissionen efter det att den frist som fastställts i yttrandet hade löpt ut. Ett sådant intresse kan enligt kommissionen inte endast bestå i att fastställa grunden för den berörda medlemsstatens ansvar, utan även att förtydliga väsentliga delar av gemenskapsrätten och undvika risken för att åsidosättandet upprepas.

- 27 I förevarande fall anser kommissionen att verkningarna av det åberopade fördragsbrottet inte upphört i och med en felaktighet i förfarandet och att överträdelsen fortgår. För det första har de allmänna instruktioner som lämnats till de lokala myndigheterna inte medfört att de faktiska överträdelserna har upphört. För det andra kan en medlemsstat, i syfte att undgå att kommissionen skall väcka talan mot den, inte åberopa ett fullbordat faktum som denna medlemsstat själv är ansvarig för.
- 28 Visserligen har domstolen avvisat en talan om fördragsbrott rörande offentlig upphandling på grund av att det inte längre förelåg någon överträdelse vid utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet, men den lösningen berodde på de särskilda omständigheterna i det fallet. I de förevarande fallen däremot, kommer de avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten att fortsätta att ha verkningar under flera decennier. Den tyska regeringen har således inte fått fördragsbrottet att upphöra. Det förhållandet att det är omöjligt att upphäva avtalen i fråga påverkar inte frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning, eftersom det ankommer på medlemsstaterna att välja det lämpligaste sättet för att få ett fördragsbrott att upphöra.

Domstolens bedömning

- 29 Det skall erinras om att det framgår av fast rättspraxis att kommissionen vid utövandet av de befogenheter som den har tilldelats enligt artikel 226 EG inte behöver visa att den har ett specifikt berättigat intresse av att få saken prövad. Denna artikel har nämligen inte till syfte att skydda kommissionens egna rättigheter. Kommissionen skall i gemenskapens allmänna intresse på eget initiativ övervaka medlemsstaternas tillämpning av EG-fördraget och av bestämmelser som institutionerna har antagit på grundval av fördraget samt försöka få eventuella fördragsbrott fastställda för att få dessa överträdelser att upphöra (dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike, REG 1974, s. 359, punkt 15; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257, av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland, REG 1995, s. I-2189, punkt 21, och av den 5 november 2002 i mål C-476/98, kommissionen mot Tyskland, REG 2002, s. I-9855, punkt 38).

- 30 Kommissionen är således, med hänvisning till dess roll som fördragets väktare, ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett förfarande om fördragsbrott, och på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet av medlemsstaten i fråga detta i så fall skall ske. Den kan sålunda begära att domstolen skall fastställa att fördragsbrott har skett genom att det resultat som direktivet syftar till inte har uppnåtts i ett visst bestämt fall (dom av den 11 augusti 1995 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 22, och av den 5 november 2002 i mål C-471/98, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-9681, punkt 39).
- 31 Den tyska regeringen har emellertid hävdade att fördragsbrotten i förevarande fall har bestått i ett åsidosättande av förfarandebestämmelser varvid verkningarna av åsidosättandet upphörde före utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet, och att dessa fördragsbrott hade erkänts som sådana av Förbundsrepubliken Tyskland före detta datum.
- 32 Det är riktigt att förekomsten av ett fördragsbrott skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den tidsfrist som har angetts i det motiverade yttrandet (dom av den 27 november 1990 i mål C-200/88, kommissionen mot Grekland, REG 1990, s. I-4299, punkt 13, av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien, REG 1992, s. I-2353, punkt 10, och av den 7 mars 2002 i mål C-29/01, kommissionen mot Spanien, REG 2002, s. I-2503, punkt 11).
- 33 Det är visserligen riktigt att domstolen har ansett att en talan om fördragsbrott som rörde offentlig upphandling inte kunde tas upp till sakprövning, men det berodde på att det omtvistade meddelandet om upphandling inte längre hade någon verkan vid utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 11—13).

- 34 I gengäld har domstolen inte godtagit en invändning om att talan inte kunde tas upp till sakprövning som grundades på att den åberopade överträdelsen påstods ha upphört i en situation där upphandlingsförfarandena helt hade genomförts vid utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet, med hänsyn till att förpliktelserna enligt avtalen inte helt hade uppfyllts före nämnda datum (dom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike, REG 1999, s. I-7479, punkterna 43—45).
- 35 Även om det är riktigt att direktiv 92/50 huvudsakligen innehåller förfarandebestämmelser, har direktivet inte desto mindre antagits för att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och det avser således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se särskilt dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 32).
- 36 Domstolen anser således att inskränkningen av den fria rörligheten för tjänster som sker genom ett åsidosättande av bestämmelserna i direktiv 92/50 kvarstår under hela löptiden för de avtal som har ingåtts i strid med dessa bestämmelser.
- 37 I förevarande fall kommer de avtal som påstås ha ingåtts i strid med bestämmelserna i direktiv 92/50 fortsätta att ha verkningar under flera decennier. Det kan således inte godtas att de påstådda fördragsbrotten skulle ha upphört före utgången av den frist som fastställts i de motiverade yttrandena.
- 38 Det riktiga i denna slutsats påverkas inte av att medlemsstaterna enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 har en möjlighet att begränsa prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal slutits till att lämna ersättning till den som lidit skada

av överträdelsen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

- 39 Även om det är riktigt att nämnda bestämmelse tillåter medlemsstaterna att upprätthålla giltigheten av de avtal som ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling och således skyddar motpartens berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses vara förenligt med gemenskapsrätten sedan sådana avtal har ingåtts, vilket skulle ge bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd.
- 40 Varken det förhållandet att den tyska regeringen under det administrativa förfarandet erkände de fördragsbrott som kommissionen hade kritiserat den för, eller den omständigheten, som nämnda regering har anfört, att en skadeståndstalan är möjlig enligt nationell rätt även om domstolen inte skulle fastställa något fördragsbrott, påverkar frågan huruvida den förevarande talan kan tas upp till sakprövning.
- 41 Domstolen har redan fastslagit att det åligger domstolen att fastställa om det påstådda fördragsbrottet föreligger, även om den berörda staten inte längre bestrider fördragsbrottet och erkänner rätten till skadestånd för enskilda som eventuellt har lidit skada (dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, REG 1993, s. I-3353, punkt 30; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229).
- 42 Eftersom fastställelsen av en medlemsstats fördragsbrott inte har något samband med frågan om detta har vållat skada (dom av den 18 december 1997 i mål C-263/96, kommissionen mot Belgien, REG 1997, s. I-7453, punkt 30) kan

Förbundsrepubliken Tyskland inte med framgång åberopa den omständigheten att någon tredje man inte har lidit skada på grund av de avtal som ingåtts av Bockhorns kommun och staden Braunschweig.

- 43 Eftersom de påstådda fördragsbrotten har fortgått efter det datum som fastställts i de motiverade yttrandena och eftersom dessa fördragsbrott har erkänts av Förbundsrepubliken Tyskland, kan denna stat inte heller med framgång åberopa en jämförelse med en passivitetstalan enligt artikel 232 EG eller de omständigheter som enligt domstolen medför att passivitet inte längre föreligger.
- 44 Av ovanstående framgår att kommissionens talan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Parternas grunder och argument

- 45 Kommissionen har i mål C-20/01 gjort gällande att direktiv 92/50 var tillämpligt på upphandlingen i fråga och den borde ha varit föremål för ett anbudsförfarande enligt artikel 8 jämförd med artikel 15.2 i nämnda direktiv. Resultatet av tilldelningsförfarandet borde ha offentliggjorts i enlighet med artikel 16 i detta direktiv.

- 46 I mål C-28/01 har kommissionen hävdat att kontraktet i fråga omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Enligt kommissionen var villkoren för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling i enlighet med artikel 11.3 b i detta direktiv inte uppfyllda. Varken det utvalda företags belägenhet i närheten av den plats där tjänsten skulle utföras, eller det förhållandet att det brådskade med tilldelningen av kontraktet kan motivera en tillämpning av denna bestämmelse i förevarande fall.
- 47 Principen att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan, som anges i artikel 130r.2 i EG-fördraget (nu artikel 174 EG i ändrad lydelse) måste läsas mot bakgrund av hela denna bestämmelse, enligt vilken miljöskyddskraven måste integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik. I nämnda bestämmelse föreskrivs inte att gemenskapens miljöpolitik skall ges företräde framför övrig gemenskapspolitik för det fall det uppstår en motsättning mellan dem. Dessutom får ekologiska kriterier inte användas på ett diskriminerande sätt i ett upphandlingsförfarande.
- 48 Den upphandlande myndigheten har enligt kommissionen motiverat valet av det ifrågavarande upphandlingsförfarandet med argumentet att bortskaffandet skulle säkerställas. Enligt kommissionen motsäger ett sådant argument de argument som anförts om att förfarandet valdes på grund av miljöskyddshänsyn och att anläggningen för bortskaffande av avfall skulle vara geografiskt närbelägen.
- 49 Den tyska regeringen som bara alternativt har anförts argument i sakfrågan, har gjort gällande att den talan som väckts av kommissionen under alla omständigheter inte är välgrundad, eftersom de påstådda åsidosättandena av direktiv 92/50 förlorade sina verkningar i samma stund som de skedde och att de inte fortgick vid utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet.

- 50 I mål C-28/01 har den tyska regeringen tillagt att kriteriet om att anläggningen för bortskaffande av avfall skulle vara geografiskt närbelägen, vilket valdes på ett fullständigt rättsenligt sätt, endast kunde uppfyllas av BKB. Detta kriterium är inte diskriminerande i sig eftersom det inte är uteslutet att företag verksamma i andra medlemsstater kan uppfylla detta krav.
- 51 En upphandlande myndighet får i allmänhet beakta miljöskyddskriterier i sina överväganden i samband med en offentlig upphandling när den fastställer vilket slags tjänst som skall upphandlas. Den tyska regeringen anser, även av detta skäl, att det inte kan krävas en uppsägning av avtalet mellan staden Braunschweig och BKB med hänsyn till att detta företag vid en ny upphandling på nytt skulle tilldelas detta kontrakt.

Domstolens bedömning

Mål C-20/01

- 52 Vad gäller mål C-20/01 är det ostridigt att villkoren för att tillämpa direktiv 92/50 var uppfyllda. I enlighet med vad generaladvokaten har anfört i punkt 65 i sitt förslag till avgörande, utgör omhändertagande av avloppsvatten en tjänst enligt artikel 8 samt bilaga I A, kategori 16, till detta direktiv. Uppförandet av vissa anläggningar var endast underordnat det främsta föremålet för det upphandlingskontrakt som ingåtts mellan Bockhorns kommun och EWE.

Kontraktetsbeloppet är betydligt högre än det högsta belopp som fastställts i artikel 7 i nämnda direktiv.

- 53 Enligt artiklarna 8 och 15.2 i direktiv 92/50 borde upphandlingen följaktligen ha genomförts i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv. Det är klart att Bockhorns kommun underlät att tillämpa dessa bestämmelser, vilket den tyska regeringen för övrigt inte har bestritt.
- 54 De argument som Förbundsrepubliken Tyskland har åberopat till sitt försvar i sak utgörs väsentligen av de argument som åberopats för att ifrågasätta att talan kunde tas upp till sakprövning. Dessa argument kan av de skäl som angivits i punkterna 29—43 i förevarande dom inte godtas.
- 55 Härav följer att kommissionens talan i mål C-20/01 skall bifallas.

Mål C-28/01

- 56 I mål C-28/01 är det uppenbart att direktiv 92/50 var tillämpligt och det har för övrigt tillämpats av staden Braunschweig. Denna stad har emellertid med stöd av artikel 11.3 b i nämnda direktiv tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling.

- 57 Samtidigt som den tyska regeringen under det administrativa förfarandet medgav att villkoren för att tillämpa denna bestämmelse inte var uppfyllda, har den gjort gällande att BKB faktiskt var det enda företag som kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande.
- 58 I detta hänseende skall det framhållas att artikel 11.3 i direktiv 92/50, enligt vilken undantag är tillåtna från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget inom området för offentlig upphandling av tjänster, skall tolkas restriktivt och att det är den som avser att åberopa de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat som skall visa att dessa verkligen föreligger (se, såvitt avser offentliga bygg- och anläggningsarbeten, dom av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-1949, punkt 13).
- 59 Artikel 11.3 b i direktiv 92/50 kan endast tillämpas om det fastställs att det av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt endast finns ett företag som faktiskt kan utföra den tjänst som den berörda upphandlingen avser. Eftersom det i förevarande fall inte har anförts några konstnärliga skäl eller skäl som rör skyddande av ensamrätt, skall det endast undersökas om de skäl som den tyska regeringen har anförts kan utgöra tekniska skäl i den mening som avses i nämnda bestämmelse.
- 60 Det är riktigt att en upphandlande myndighet kan beakta miljöskyddskriterier i olika skeden av ett upphandlingsförfarande (se, vad gäller användandet av sådana kriterier såsom bedömningskriterier vid upphandlingen av en busslinje i stads- trafik, dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkt 57).

- 61 Det är således inte uteslutet att ett tekniskt skäl rörande miljöskydd får beaktas för att bedöma om upphandlingskontraktet i fråga kan tilldelas en viss tjänsteleverantör.
- 62 Det förfarande som används på grund av att det föreligger ett sådant tekniskt skäl skall emellertid vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen såsom den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Concordia Bus Finland, punkt 63).
- 63 Risken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens.
- 64 I det förevarande fallet kan det för det första konstateras att valet att värmebehandla avfall inte kan anses utgöra ett tekniskt skäl som skulle kunna motivera påståendet att upphandlingskontraktet endast kunde tilldelas en viss tjänsteleverantör, eftersom det helt saknas bevis i detta hänseende.
- 65 För det andra stöds den omständigheten att det enligt den tyska regeringen är en nödvändig följd av staden Braunschweig beslut att värmebehandla restavfall att bortskaffandet måste ske på en närbelägen plats, inte av något bevis och kan således inte anses utgöra ett tekniskt skäl. Den tyska regeringen har härvid inte visat att en längre transportsträcka för avfallet nödvändigtvis skulle utgöra en fara för miljön och folkhälsan.

- 66 För det tredje kan det förhållandet att en tjänsteleverantör är verksam i närheten av en kommun inte ensamt utgöra ett tekniskt skäl i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50.
- 67 Härav följer att Förbundsrepubliken Tyskland inte har visat att det i förevarande fall var motiverat att tillämpa artikel 11.3 i direktiv 92/50. Följaktligen skall även kommissionens talan i mål C-28/01 bifallas.
- 68 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar domstolen följande:
- Förbundsrepubliken Tyskland har, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med artiklarna 15.2 och 16.1 i direktiv 92/50, genom att Bockhorns kommun inte anordnade ett anbudsförfarande beträffande upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och inte offentliggjorde resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.
 - Förbundsrepubliken Tyskland har, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 8 och 11.3 b i direktiv 92/50 genom att staden Braunschweig tilldelade ett kontrakt avseende bortskaftande av stadens avfall med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling trots att villkoren i artikel 11.3 i direktiv 92/50 för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbuds-förfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda.

Rättegångskostnader

- 69 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 nämnda medlemsstat har tappat målet, skall den förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.4 i rättegångsreglerna skall Förenade kungariket bära sin egen rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) Förbundsrepubliken Tyskland har, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med artiklarna 15.2 och 16.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, genom att Bockhorns kommun (Tyskland) inte anordnade ett

anbudsförfarande beträffande upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och inte offentliggjorde resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

- 2) Förbundsrepubliken Tyskland har, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 8 och 11.3 b i direktiv 92/50 genom att staden Braunschweig (Tyskland) tilldelade ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling trots att villkoren i artikel 11.3 i direktiv 92/50 för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbudsförfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda.
- 3) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.
- 4) Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland skall bära sin egen rättegångskostnad.

Wathelet

Edward

La Pergola

Jann

Rosas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 april 2003.

R. Grass

M. Wathelet

Justitiesekreterare

Ordförande på femte avdelningen