

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

18. juli 2007*

I sag C-382/05,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 20. oktober 2005,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Aresu og X. Lewis, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne P. Küris, K. Schiemann (refererende dommer), L. Bay Larsen og C. Toader,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: fuldmægtig J. Swedenborg,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. marts 2007,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i sin stævning nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13. september 2001 (EFT L 285, s. 1, herefter »direktiv 92/50«), og navnlig dets artikel 11, 15 og 17, idet Presidenza del Consiglio dei Ministri — Dipartimento per la protezione civile —

Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (ministerrådets formand — departementet for civil beskyttelse — kontoret for affald og vandbeskyttelse på Sicilien) har indledt proceduren for indgåelse af aftaler om nyttiggørelse af den del af byaffald, der er tilbage efter selektiv indsamling af affald i regionen Siciliens kommuner, og har indgået disse aftaler uden at anvende den fremgangsmåde, der er fastsat i direktiv 92/50, navnlig uden at offentliggøre den særlige udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

2 Artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»a) [ved] offentlige tjenesteydelsesaftaler [forstås] gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]«

3 Direktivets artikel 8 bestemmer:

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

4 Artikel 15, stk. 2, der er indeholdt i afsnit V i direktiv 92/50, har følgende ordlyd:

»Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.«

5 Artikel 17 i direktiv 92/50 bestemmer følgende:

»1. Bekendtgørelserne udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag III, IV og V og skal indeholde de deri krævede oplysninger [...]

[...]

4. De i artikel 15, stk. 2 og 3, omhandlede bekendtgørelser offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-databanken på deres originalsprog. Et resumé af hver bekendtgørelses eller meddelelses hovedindhold offentliggøres på Fællesskabernes øvrige officielle sprog, dog således at kun udgaven på originalsproget er autentisk.

[...]«

6 Bilag I A til direktiv 92/50 med overskriften »Tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning« indeholder bl.a. kategori 16, benævnt »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«, der har CPC-referencenummer 94.

- 7 Bilag III til dette direktiv indeholder navnlig modeller for »Forhåndsmeddelelse« og »Meddelelse om tildeling af ordrer«.

De nationale bestemmelser

- 8 Artikel 4 i bekendtgørelse nr. 2983 af 31. maj 1999 fra ministerrådets formand (GURI nr. 132 af 8.6.1999), som ændret ved bekendtgørelse nr. 3190 af 22. marts 2002 (herefter »bekendtgørelse nr. 2983/99«), har følgende ordlyd:

»Den tilforordnede kommissær, præsident for regionen Sicilien, indgår, efter at have hørt ministeriet for miljø og naturbeskyttelse, aftaler med en maksimal løbetid på 20 år vedrørende anvendelsen af den del af byaffald fra kommunerne i regionen Sicilien, som er tilbage efter selektiv indsamling af affald [...] Til dette formål udpeger den tilforordnede kommissær, præsident for regionen Sicilien, under fravigelse af Fællesskabets procedurer for offentligt udbud, men på grundlag af gennemsigtige tildelingsprocedurer, industriforetagenderne.«

- 9 Udtrykket »under fravigelse af Fællesskabets procedurer for offentligt udbud« i denne bestemmelse blev ophævet ved bekendtgørelse nr. 3334 af 23. januar 2004 fra ministerrådets formand (GURI nr. 26 af 2.2.2004).

Sagens baggrund og den administrative procedure

- 10 Ved bekendtgørelse nr. 670 af 5. august 2002 godkendte præsidenten for regionen Sicilien i sin egenskab af Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (tilforordnet kommissær for affald og vandbeskyttelse på Sicilien, herefter »den tilforordnede kommissær«) og med hjemmel i artikel 4 i bekendtgørelse nr. 2983/99 et dokument med titlen »Offentlig meddelelse om indgåelse af aftaler vedrørende anvendelsen af den del af byaffald fra kommunerne i regionen Sicilien, som er tilbage efter selektiv indsamling af affald« (herefter »den omtvistede meddelelse«). Den omtvistede meddelelse indeholder tre bilag. I bilag A anføres »retningslinjer vedrørende anvendelsen af den del af byaffald fra kommunerne i regionen Sicilien, som er tilbage efter selektiv indsamling af affald«. Bilag B har overskriften »sammenfattende finansieringsplan« og bilag C indeholder en standardaftale, som skal indgås med de udpegede erhvervsdrivende (herefter »standardaftalen«).
- 11 Den 7. august 2002 blev en meddelelse vedrørende de ovennævnte aftaler, som var udarbejdet på grundlag af standardmeddelelsen med overskriften »Forhåndsmeddelelse« i bilag III til direktiv 92/50, fremsendt til Publikationskontoret. Denne meddelelse blev den 16. august 2002 offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT S 158, den elektroniske udgave).
- 12 Den omtvistede meddelelse blev den 9. august offentliggjort i *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.
- 13 Efter at have modtaget en klage over denne procedure tilstillede Kommissionen den 15. november 2002 de italienske myndigheder en skrivelse, hvori den anmodede om oplysninger, hvilken de besvarede ved skrivelse af 2. maj 2003.

- 14 Den 17. juni 2003 indgik den tilforordnede kommissær fire aftaler, som i det væsentlige byggede på standardaftalen, med henholdsvis Tifeo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Palermo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Sicil Power SpA og Platani Energia Ambiente Soc. coop. arl (herefter »de omtvistede aftaler«).
- 15 Den 17. oktober 2003 tilsendte Kommissionen i henhold til artikel 226 EF Den Italienske Republik en åbningsskrivelse, hvori den kritiserede denne medlemsstat for at have tilsidesat direktiv 92/50, navnlig dets artikel 11, 15 og 17. Da Kommissionen fandt, at svaret af 1. april 2004 på denne åbningsskrivelse var utilfredsstillende, tilstillede den den 9. juli 2004 Den Italienske Republik en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede medlemsstaten til at bringe det påtalte traktatbrud til ophør inden for en frist på to måneder.
- 16 I deres svar af 24. september 2004 på den begrundede udtalelse bestred de italienske myndigheder dette traktatbrud.
- 17 Da Kommissionen ikke fandt, at dette svar var tilfredsstillende, har den besluttet at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

- 18 Kommissionen har gjort gældende, at de omtvistede aftaler udgør offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i artikel 1 i direktiv 92/50, og at de ikke er blevet indgået under overholdelse af de offentliggørelseskrav, som følger af dette

direktiv. Kommissionen har navnlig påpeget, at i stedet for at anvende den i bilag III til dette direktiv påkrævede udbudsbekendtgørelsesformular til indgåelse af offentlige aftaler, anvendtes i den meddelelse, som blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, en formular om såkaldt »forhåndsmeddelelse« i samme bilag. Ifølge Kommissionen var de udenlandske tjenesteydelsesudbydere desuden blevet forskelsbehandlet i forhold til indenlandske erhvervsdrivende, som havde fordelen af en detaljeret udbudsbekendtgørelse, som var blevet offentliggjort i *Gazetta ufficiale della Regione Siciliana*.

- 19 Ifølge Kommissionen kan de omtvistede aftaler ikke betegnes som tjenesteydelseskoncessioner, der ikke er omfattet af direktiv 92/50, sådan som Den Italienske Republik har gjort gældende. Kommissionen mener ikke, at tjenesteydernes godtgørelse består i en ret for dem til mod betaling fra forbrugerne at udnytte deres egen tjenesteydelse og samtidig påtage sig enhver risiko forbundet med driften heraf.
- 20 I det foreliggende tilfælde består tjenesteyderens godtgørelse for det første af et gebyr, som den tilforordnede kommissær udbetaler direkte til denne, idet gebyrets størrelse ved de omtvistede aftaler er fastsat i euro pr. ton affald, som kommunerne overdrager til tjenesteyderen. Hvad angår indtægterne, som tjenesteyderen i øvrigt kan få fra salg af elektricitet, som er produceret i forbindelse med den termiske behandling af affald, udgør de ikke ifølge Kommissionen en del af denne tjenesteyders godtgørelse.
- 21 For det andet mener Kommissionen ikke, at tjenesteyderen bærer risikoen forbundet med driften, navnlig fordi de omtvistede aftaler sikrer tjenesteyderen overdragelsen af en årlig minimumsmængde affald, samtidig med at de fastsætter, at der årligt skal ske en tilpasning af gebyret for at tage hensyn til udviklingen i de omkostninger, som tjenesteyderen bærer. Desuden fastsætter disse aftaler, at der skal ske en tilpasning af dette gebyr for det tilfælde, at den faktiske årlige mængde affald, som overføres, er mindre end 95% eller større end 115% af den garanterede minimumsmængde, hvilket tilsigter at garantere tjenesteyderens økonomiske og finansielle stabilitet.

- 22 Den italienske regering har derimod gjort gældende, at de omtvistede aftaler i overensstemmelse med national retspraksis udgør tjenesteydelseskoncessioner, der ikke er omfattet af direktiv 92/50.
- 23 For det første mener den italienske regering, at sådanne aftaler har til formål, at der sker en overdragelse af tjenesteydelser af almindelig interesse, hvis kontinuitet tjenesteyderen har pligt til at sikre.
- 24 For det andet mener denne regering, at de omhandlede tjenesteydelser præsteres direkte til brugerne — nemlig indbyggerne i de kommuner, som producerer affaldet — som skal betale en afgift til kommunerne, som dækker både indsamling og behandling af affaldet, og som i sidste ende bærer udgifterne til tjenesteyderens gebyr og dermed betalingen for disse tjenesteydelser. Den tilforordnede kommissær er i denne henseende kun mellemmand.
- 25 For det tredje mener den italienske regering, at forpligtelsen til at behandle affaldet med energigenvinding, og følgelig sælge denne energi, uden tvivl er en del af de omtvistede aftalers formål. I øvrigt mener denne regering, at det er en klassisk situation, at en koncessionsgodtgørelse ikke kun hidrører fra den pris, som brugeren betaler, men også fra andre aktiviteter, som er forbundet med den præsterede ydelse.
- 26 For det fjerde mener den italienske regering, at den profit, som tjenesteyderen kan skabe — henset til tjenesteyderens væsentlige finansielle investeringer tæt på 1 mia. EUR, og de omtvistede aftalers lange løbetid på 20 år — er usikker, navnlig da en del af profitten vil hidrøre fra salget af den producerede energi.
- 27 For det femte mener den italienske regering, at ansvaret for organiseringen og driften af de således overdragede tjenesteydelser alene påhviler tjenesteyderen, idet administrationen kun har en kontrolfunktion.

- 28 Hvad angår tjenesteydelseskoncessionerne kan den påkrævede gennemsigthed ifølge den italienske regering sikres ved hensigtsmæssige midler, herunder, som i det foreliggende tilfælde, gennem offentliggørelse af en meddelelse i de specialiserede indenlandske daglige tidender.

Domstolens bemærkninger

- 29 Som det fremgår af fast retspraksis, er tjenesteydelseskoncessioner ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 (jf. navnlig dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 9, og af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 42).
- 30 Da den italienske regering ved flere lejligheder har fastholdt, at det følger af national retspraksis, at aftaler såsom de omtvistede aftaler skal anses for at være tjenesteydelseskoncessioner, skal det indledningsvis fastslås, at definitionen af en offentlig tjenesteydelse aftale falder inden for fællesskabsrettens område, hvilket indebærer, at kvalificeringen af de omtvistede aftaler i italiensk ret ikke har nogen relevans for afgørelsen af, hvorvidt disse aftaler er omfattet af direktiv 92/50 (jf. i denne retning dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 36, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 40).
- 31 Spørgsmålet, om de omtvistede aftaler skal anses for tjenesteydelseskoncessioner, skal således udelukkende vurderes efter fællesskabsretten.
- 32 I denne forbindelse skal det for det første fastslås, at disse aftaler bestemmer, at den tilforordnede kommissær betaler tjenesteyderen et gebyr, hvis størrelse er fastsat i euro pr. ton affald, som de pågældende kommuner overdrager til denne tjenesteyder.

- 33 Som Domtolen tidligere har fastslået, følger det af definitionen i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, at en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen (Parking Brixen-dommen, præmis 39). Heraf følger, at et gebyr af den i de omtvistede aftaler fastsatte art kan kendetegne en gensidigt bebyrdende aftale som omhandlet i artikel 1, litra a), og dermed en offentlig aftale (jf. hvad angår betaling fastsat i form af et fast beløb pr. skraldespand eller container, som en by overdrager til et selskab med eneret til at indsamle og behandle affald, dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 8 og 32).
- 34 For det andet følger det af Domstolens faste praksis, at der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, og det indebærer, at denne påtager sig risikoen forbundet med driften af de omhandlede tjenesteydelser (jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 58, og kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 27 og 28, samt Parking Brixen-dommen, præmis 40).
- 35 Det skal i denne forbindelse fastslås, at den i de omtvistede aftaler fastsatte godtgørelsesform ikke består i retten til at udnytte de omhandlede tjenesteydelser og heller ikke indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen forbundet med driften.
- 36 Ikke kun betales denne tjenesteyder nemlig i det væsentlige af den tilforordnede kommissær gennem et gebyr, som er fastsat pr. ton affald, som overdrages til tjenesteyderen — som nævnt i denne doms præmis 32 — men det er også ubestridt, at den tilforordnede kommissær i medfør af de omtvistede aftaler forpligter sig til at sikre, dels at alle de pågældende kommuner overdrager alt deres restaffald til tjenesteyderen, dels at en årlig minimumsmængde affald overdrages til tjenesteyderen. Disse aftaler fastsætter desuden, at der skal ske en tilpasning af gebyrbeløbet for det tilfælde, at den faktiske årlige mængde affald, som overføres, er mindre end 95% eller større end 115% af den garanterede minimumsmængde, hvilket tilsigter at garantere tjenesteyderens økonomiske og finansielle stabilitet. Aftalerne fastsætter

også, at gebyrbeløbet årligt er genstand for en tilpasning som følge af udviklingen i omkostningerne til personale, forbrugsmaterialer og vedligeholdelsesarbejder, samt tilpasning med en finansiel indikator. De omhandlede aftaler fastsætter ydermere en genforhandling af gebyret, når tjenesteyderen grundet en lovændring og for at opfylde loven skal foretage nye investeringer, som overstiger en vis tærskel.

- 37 Henset til ovenstående skal de omtvistede aftaler anses for offentlige tjenstedelsesaftaler, som er reguleret ved direktiv 92/50, og ikke for tjenstedelseskoncessioner, der ikke er omfattet heraf.
- 38 Desuden er ingen af de argumenter, den italienske regering har fremført for at anfægte denne kvalificering, overbevisende.
- 39 Hvad for det første angår den omstændighed, at tjenstederne ud over at modtage det aftalte gebyr kan oppebære indtægter forbundet med videresalget af den elektricitet, der produceres i forbindelse med affaldsbehandlingen, skal det påpeges, at artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, som definerer begrebet offentlige aftaler, henviser til en »gensidigt bebyrdende aftale« og til, at det gensidigt bebyrdende element i en kontrakt henviser til modydelsen, som tjenstederen får for at præstere de tjenstedelser, som er fastlagt af den ordregivende myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 45).
- 40 I det foreliggende tilfælde er det åbenbart, at den af tjenstederen opnåede modydelse for at præstere de af den tilforordnede kommissær fastlagte tjenstedelser, nemlig behandling af det overdragne affald med energigenvinding, i det væsentlige består i den tilforordnede kommissærs betaling af gebyrbeløbet.

- 41 Selv hvis provenuet fra salget af elektricitet også kunne anses for en modydelse for de tjenesteydelser, der er fastlagt af den tilforordnede kommissær — navnlig fordi sidstnævnte i henhold til de omtvistede aftaler har forpligtet sig til at fremme dette salg til tredjemand — er alene den omstændighed, at tjenesteyderen ud over det vederlag, han i det gensidigt bebyrdende kontraktforhold modtager fra den tilforordnede kommissær, som modydelse for at præstere tjenesteydelser således er i stand til at oppebære visse indtægter fra tredjemand, ikke tilstrækkelig til, at de omtvistede aftaler mister deres kvalificering som offentlige aftaler (jf. analogt dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 45).
- 42 De omtvistede aftalers lange løbetid og den omstændighed, at tjenesteyderne ved gennemførelsen af aftalerne i begyndelsen skal foretage væsentlige investeringer, er endvidere heller ikke afgørende for disse aftalers kvalificering, idet sådanne kendetegn både genfindes i offentlige aftaler og i tjenesteydelseskoncessioner.
- 43 Det samme gælder den omstændighed, at behandlingen af affald er i offentlighedens interesse. I denne forbindelse skal det blot bemærkes, at som det fremgår af bilag I A til direktiv 92/50, er kategorien »[k]loakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«, som Domstolen tidligere har fastslået bl.a. omfatter indsamling og behandling af affald (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 32), opført under »[t]jenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning«, som direktivet kan anvendes på.
- 44 Med henblik på at kvalificere en aftale som en offentlig aftale eller en tjenesteydelseskoncession er det endelig heller ikke afgørende, om de af tjenesteyderen udbudte tjenesteydelser eventuelt er af en sådan beskaffenhed, at de kræver en udstrakt grad af uafhængighed for tjenesteyderen.

- 45 Eftersom de omtvistede aftaler udgør offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, kan de kun indgås under overholdelse af bestemmelserne i dette direktiv, navnlig dets artikel 11, 15 og 17. I henhold til disse bestemmelser påhviler det bl.a. den pågældende ordregivende myndighed at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse efter den i bilag III til dette direktiv fastsatte model, hvilket den ikke har gjort.
- 46 Som følge heraf bør der gives Kommissionen medhold i dens søgsmål, og det bør fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50/EØF, og navnlig dets artikel 11, 15 og 17, idet Presidenza del Consiglio dei Ministri — Dipartimento per la protezione civile — Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia har indledt proceduren for indgåelse af aftaler om nyttiggørelse af den del af byaffald, der er tilbage efter selektiv indsamling af affald i regionen Siciliens kommuner, og har indgået disse aftaler uden at anvende den fremgangsmåde, der er fastsat i direktiv 92/50, navnlig uden at offentliggøre den særlige udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Sagens omkostninger

- 47 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 Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Den Italienske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

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

- 1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13. september 2001, og navnlig dets artikel 11, 15 og 17, idet Presidenza del Consiglio dei Ministri — Dipartimento per la protezione civile — Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia har indledt proceduren for indgåelse af aftaler om nyttiggørelse af den del af byaffald, der er tilbage efter selektiv indsamling af affald i regionen Siciliens kommuner, og har indgået disse aftaler uden at anvende den fremgangsmåde, der er fastsat i direktiv 92/50, navnlig uden at offentliggøre den særlige udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.**

- 2) **Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter

