

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

VERICA TRSTENJAK

föredraget den 28 mars 2007¹

I — Inledning

1. Det aktuella målet rör en talan om fördragsbrott som kommissionen har väckt mot Förbundsrepubliken Tyskland i enlighet med artikel 228.2 andra stycket EG. Kommissionen har yrkat att Europeiska gemenskapernas domstol skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG genom att inte vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, angående Bockhorns kommuns tilldelning av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall.²

2. I den ovannämnda domen fastställde domstolen att Förbundsrepubliken Tyskland inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling. Den ansåg att det hade visats dels att det inte hade anordnats något anbudsförfarande beträffande Bockhorns

kommuns upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av avloppsvatten och att resultatet av upphandlingsförfarandet inte hade offentliggjorts i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, vilket föreskrivs i artikel 8 jämförd med artiklarna 15.2 och 16.1 i direktiv 92/50/EEG,³ dels att staden Braunschweig hade tilldelat 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 ovannämnda direktiv för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbudsförfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda.

3. Huvudfrågan i det mål som domstolen nu skall avgöra är vilka slutsatser Förbundsrepubliken Tyskland, för att fullgöra sin skyldighet att återupprätta en situation som är förenlig med gemenskapsrätten, borde ha dragit av fastställelse domen av den 10 april 2003. Kommissionen anser att de privaträttsliga avtal som ursprungligen ingicks för en period på minst 30 år borde

1 — Originalspråk: slovenska.

2 — Se domstolens 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).

3 — 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).

ha hävts. Förbundsrepubliken har däremot anfört att det inte föreligger någon sådan skyldighet, huvudsakligen med åberopande av medlemsstaternas rättighet enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665/EEG⁴ att begränsa prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning.

II — Tillämpliga bestämmelser

4. I artikel 228 EG föreskrivs följande:

”1. Om domstolen finner att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt detta fördrag, skall denna stat vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom.

2. Om kommissionen anser att den berörda medlemsstaten inte har vidtagit sådana åtgärder skall kommissionen, efter att ha gett staten tillfälle att framföra sina synpunkter, avge ett motiverat yttrande i vilket

den preciserar på vilka punkter den berörda medlemsstaten har underlåtit att följa domstolens dom.

Om den berörda medlemsstaten underlåter att inom den tidsfrist som kommissionen bestämt vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom, får kommissionen väcka talan vid domstolen. Därvid skall kommissionen ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten skall betala.

Om domstolen finner att den berörda medlemsstaten har underlåtit att efterkomma dess dom, kan den förelägga staten att betala ett standardbelopp eller ett vite.

...”

5. Artikel 2.6 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

4 — 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).

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningssorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.”

III — Bakgrund till målet

A — *Domen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01*

6. Domstolen har i punkterna 1 och 2 i domslutet i sin dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, fastställt följande:

”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 anbuds förfarande beträffande upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och inte offentliggjorde resultatet av tilldelnings förfarandet 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 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 direkt upphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbuds förfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda.”

7. För en utförligare beskrivning av bakgrunden till tvisten och förfarandets förlopp i det målet hänvisas till ovannämnda dom.⁵

B — *Det administrativa förfarandet i mål C-503/04*

8. Genom skrivelse av den 27 juni 2003 begärde kommissionen att den tyska regeringen skulle underrätta den om vilka åtgärder som hade vidtagits för att följa domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland. Den tyska regeringen svarade i sitt meddelande av den 7 augu-

⁵ — Se domen av den 10 april 2003 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 2), punkterna 6–20.

sti 2003 att Förbundsrepubliken Tyskland hade erkänt åsidosättandena och vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att förhindra att sådana åsidosättanden skulle upprepas i framtiden. Den ansåg sig däremot inte vara skyldig att häva de båda kontrakten som är aktuella i förevarande mål.

9. Kommissionen anmodade genom skrivelse av den 17 oktober 2003 de tyska myndigheterna att yttra sig inom två månader.

10. I sitt meddelande av den 23 december 2003 vidhöll den tyska regeringen att Förbundsrepubliken Tyskland hade erkänt och beklagat åsidosättandena och att den hade vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att förhindra att sådana åsidosättanden skulle upprepas i framtiden. Den hade dessutom i början av december 2003 i en skrivelse med eftertryck uppmanat delstatsregeringen i Niedersachsen att följande gällande lagstiftning om offentlig upphandling och uppmanat delstatsregeringen att rapportera om de åtgärder som delstatsregeringen avsåg att vidta för att förhindra att liknande överträdelser begicks i framtiden. Den tyska regeringen hänvisade dessutom till 13 § i den tyska förordningen om offentlig upphandling, som hade trätt i kraft den 1 februari 2001, enligt vilken kontrakt som har ingåtts med en upphandlande myndighet är ogiltiga om de anbudsgivare vars anbud har förkastats inte har underrättats om ingåendet av ovannämnda kontrakt senast 14 dagar innan kontraktet ingicks. Den tyska regeringen vidhöll dessutom sitt ställningsta-

gande att det enligt gemenskapsrätten inte krävs att de båda kontrakt som avses i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland hävs.

11. Genom skrivelse av den 1 april 2004 skickade kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland. Där gav kommissionen uttryck för sin övertygelse att det inte räcker att sådana åsidosättanden förhindras i framtida upphandlingsförfaranden, eftersom de kontrakt som är föremål för förevarande talan fortsätter att ha verkningar under flera decennier. För att fullfölja domen av den 10 april 2003 krävs att det vidtas åtgärder för att få fördragsbrottet i de upphandlingsfall som behandlas i domen att upphöra. Kommissionen satte här en frist på två månader från det att skrivelsen hade mottagits. Förbundsrepubliken Tyskland besvarade detta i skrivelse av den 7 juni 2004, i vilken den vidhöll sin hittillsvarande uppfattning.

12. Eftersom kommissionen ansåg att Förbundsrepubliken Tyskland hade underlåtit att vidta de åtgärder som krävdes för att följa domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland väckte den förevarande talan den 7 december 2004.

IV — Förfarandet vid domstolen

13. Kommissionen yrkade, såsom dess talan ursprungligen utformats, fastställelse av att

Förbundsrepubliken Tyskland hade åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG genom att inte vidta de åtgärder som krävdes för att följa domen av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, angående Bockhorns kommuns tilldelning av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall. Kommissionen yrkade också att Förbundsrepubliken Tyskland skulle förpliktas att betala vite till Europeiska gemenskapernas kommission, att sättas in på kontot Europeiska gemenskapens egna medel, med ett belopp av 31 680 euro för varje dag som domen avseende Bockhorns kommuns tilldelning av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten inte följdes, och med ett belopp av 126 720 euro för varje dag som domen angående staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall inte följdes. Kommissionen yrkade därutöver att Förbundsrepubliken Tyskland skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

14. Under det skriftliga förfarandet i målet hävdades de omtvistade kontrakten i efterhand. Förbundsrepubliken Tyskland anförde i sitt svaromål av den 14 februari 2005, som inkom till domstolens kansli den 15 februari 2005, att kommunen Bockhorn och det berörda företaget hade ingått en överenskommelse om hävning av kontraktet för omhändertagande av kommunens avloppsvatten den 3 januari 2005. Förbundsrepubliken Tyskland yrkade i samma skrivelse att talan skulle ogillas eller, i andra hand, att verkningarna av en bifallande dom skulle begränsas till framtiden och att kommissio-

nen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

15. Kommissionen uppgav i sin replik av den 26 april 2005 att den önskade återkalla sin talan, inklusive yrkandet om vitesföreläggande, i denna del.

16. Förbundsrepubliken Tyskland anförde i sin duplik av den 28 juli 2005 att staden Braunschweig under tiden (mellan den 4 och den 5 juli 2005) också hade ingått en överenskommelse om hävning och yrkade att hela förfarandet skulle avslutas enligt artikel 92.2 jämförd med artikel 91.3 och 91.4 i domstolens rättegångsregler och att målet skulle avskrivas eller, i andra hand, att talan skulle avvisas i sin helhet. Förbundsrepubliken Tyskland gjorde gällande att den av processrättsliga och materiellrättsliga skäl inte längre kunde föreläggas att betala ett standardbelopp.

17. Med anledning av Förbundsrepubliken Tysklands skrivelse anförde kommissionen i en inlaga av den 6 december 2005 att den önskade vidhålla sin ursprungliga talan endast i den del den avsåg fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland inte vid den relevanta tidpunkten hade följt domstolens dom angående det kontrakt som

hade ingåtts av staden Braunschweig. Kommissionen fann dessutom, mot bakgrund av att även det andra kontraktet hade hävts i efterhand, att det inte längre fanns något behov av att yrka om vitesföreläggande. Kommissionen anförde i samma inlägga att det visserligen fortfarande var möjligt att förelägga Förbundsrepubliken Tyskland att betala ett standardbelopp men att den inte ansåg att ett sådant yrkande skulle vara lämpligt under nuvarande omständigheter.

18. Domstolens ordförande har genom beslut av den 6 juni 2005 tillåtit Konungariket Nederländerna, Republiken Frankrike och Republiken Finland att intervensera i enlighet med artikel 93.1 i rättegångsreglerna till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden.

19. Vid förhandlingen den 7 december 2006 deltog kommissionen, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike.

V — Grunder och huvudargument

20. Förbundsrepubliken Tyskland har gjort flera invändningar om att talan inte kan tas upp till sakprövning och har också gjort gällande att talan i sak är oggrundad.

A — Huruvida talan kan upptas till sakprövning

1. Huruvida denna typ av förfarande är tillåtet

21. Den tyska regeringen har inledningsvis gjort gällande att kommissionen inte har något berättigat intresse av att få saken prövad, eftersom den har underlåtit att framställa en ansökan om förklaring av dom enligt artikel 102 i domstolens rättegångsregler. Tvisten avseende frågan vilka följer domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland har borde ha avgjorts på grundval av en sådan ansökan och inte på grundval av en talan enligt artikel 228 EG. Beslutet att omedelbart väcka talan om vitesföreläggande utan att först ha framställt en ansökan om förklaring av dom utgör dessutom ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

22. Kommissionen har till stöd för sin talan åberopat att Förbundsrepubliken Tyskland inte har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domen av den 10 april 2003, vilket den var skyldig att göra enligt artikel 228.1 EG. Domstolen har i denna dom fastställt att kommissionen, i syfte att få fördragsbrotten att upphöra, har rätt att använda sig av fördragsbrottsförfarandet för att få fastställt att medlemsstaterna har åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, till exem-

pel genom att ingå långfristiga tjänstekontrakt i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling.

23. Kommissionen har anfört att det inte finns något stöd för uppfattningen att tvisten hade kunnat avgöras på grundval av en ansökan om förklaring av dom enligt artikel 102 i rättegångsreglerna. I förfarandet enligt artikel 226 EG, som ledde till domen av den 10 april 2003, fastställde domstolen ett fördragsbrott. Detta är det enda möjliga innehållet i en bifallande dom, eftersom domstolen i domen inte får pröva frågan vilka åtgärder som en medlemsstat måste vidta till följd av domen.

2. Huruvida talan saknar föremål

24. Den tyska regeringen har föreslagit att förfarandet skall avslutas enligt artikel 92.2 i rättegångsreglerna. Den anser att villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Såväl kommunen Bockhorns kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten som staden Braunschweigs kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall, vilkas bibehållande föranledde kommissionen att inleda förfarandet, har hävts. Talan har därmed mist sitt föremål och det finns inte längre någon anledning att döma i målet.

25. Den tyska regeringen har i andra hand gjort gällande att talan skall avvisas på grund av att det inte finns något intresse av att få saken prövad, eftersom verkställighet av domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 inte kunde förordnas efter det att de omtvistade kontrakten hade hävts. Vid bedömningen av frågan huruvida det fortfarande finns ett intresse av att få saken prövad är i ett mål om en talan enligt artikel 228.2 EG nämligen tidpunkten för den sista muntliga förhandlingen avgörande och inte utgången av den i det motiverade yttrandet förelagda fristen.

26. Den nederländska regeringen har anslutit sig till den tyska regeringens uppfattning och har föreslagit att domstolen skall avvisa talan på grund av att det saknas intresse av att få saken prövad, eftersom talan har mist sitt föremål till följd av att det kontrakt som staden Braunschweig hade ingått avseende bortskaffande av stadens avfall har hävts under tiden.

27. Kommissionen anser att förutsättningen för att talan enligt artikel 228.2 EG och enligt artikel 226 EG skall kunna tas upp till sakprövning är att det föreligger ett fördragsbrott vid tidpunkten för utgången av den frist som fastställts för den berörda medlemsstaten i det motiverade yttrandet. Om den berörda medlemsstaten har underlåtit att inom denna tidsfrist vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom, får kommissionen väcka talan vid domstolen. En talan som har befunnits kunna tas upp till sakprövning kan inte avvisas till följd av senare inträffade händelser.

28. Kommissionen har ett intresse av att frågan huruvida Förbundsrepubliken Tyskland redan hade följt domen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 vid den relevanta tidpunkten då det kontrakt som staden Braunschweig hade ingått fortfarande gällde klagörs. Så är inte fallet enligt kommissionen, eftersom en skyldighet att häva det ovannämnda kontraktet följer av denna dom. Under dessa omständigheter skall talan tas upp till sakprövning.

B — Huruvida talan är välgrundad

29. Kommissionen har i sin argumentation avseende frågan huruvida talan är välgrundad huvudsakligen anknutit till sina synpunkter på huruvida talan kan tas upp till sakprövning. Den anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte har vidtagit adekvata åtgärder för att följa domen, eftersom det kontrakt som staden Braunschweig hade ingått avseende bortskaffande av stadens avfall inte hade hävts före utgången av den i det motiverade yttrandet förelagda fristen. En medlemsstats skyldighet att se till att den överträdelse som fastställts av domstolen upphör och kommissionens behörighet att säkerställa detta föreskrivs i artikel 228 EG, det vill säga i gemenskapens primärrätt. Artikel 2.6 i direktiv 89/665, som är en sekundärrättslig bestämmelse, kan inte medföra någon ändring av omfattningen av

denna skyldighet. Det syfte som eftersträvas med det prövningsförfarande som föreskrivs i direktiv 89/665 är dessutom mer specifikt än syftet med fördragsbrottsförfarandet.

30. Den tyska regeringen anser däremot att talan är ogrundad, eftersom den är av uppfattningen att de åtgärder som den angett i sin skrivelse av den 23 december 2003 är adekvata för att följa den ovannämnda domen. De åtgärder som var nödvändiga och som den tyska regeringen ansåg vara adekvata bestod i en eftertrycklig uppmaning på förbunds- och delstatsnivå att strikt rätta sig efter bestämmelserna om offentlig upphandling.

31. Dessutom har den tyska regeringen med stöd av den nederländska, den franska och den finska regeringen gjort gällande att fastställandet av ett fördragsbrott enligt artikel 226 EG inte kan medföra en skyldighet att häva ett kontrakt som följer av ett upphandlingsförfarande. Artikel 2.6 i direktiv 89/665, enligt vilken medlemsstaterna får bestämma att prövningsorganets behörighet sedan ett avtal slutits skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada som orsakats av ett felaktigt agerande från den upphandlande myndighetens sida, står i strid med en sådan tolkning. Enligt denna bestämmelse kan avtal som slutits av den upphandlande myndigheten alltjämt fortsätta att gälla. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har använt sig av denna möjlighet utgör inte gemensapsrätten något hinder

mot att slutna avtal fortsätter att gälla. En skyldighet att häva kontrakten står dessutom i strid med rättssäkerhetsprincipen och principen om berättigade förväntningar, principen *pacta sunt servanda* och artikel 295 EG, den grundläggande rätten till egendom och domstolens rättspraxis avseende begränsning av en doms rättsverkningar i tiden.

32. Den tyska regeringen har vidare påpekat att dessa avtal i förevarande fall enligt tysk nationell rätt och de i detta sammanhang relevanta villkoren i avtalen inte kan hävas, eller endast kan hävas vid äventyr av ett mycket högt skadeståndsbelopp.

VI — Rättslig bedömning

33. Såsom nämnts ovan är huvudfrågan i förevarande tvist vilka slutsatser Förbundsrepubliken Tyskland borde ha dragit av domen av den 10 april 2003 för att fullgöra sin skyldighet att återupprätta en situation som är förenlig med gemenskapsrätten.

34. Denna förenklade beskrivning av tvisteföremålet ger emellertid en felaktig bild av målets komplexitet i rättsligt avseende, detta gäller särskilt som det väcker rättsliga frågor som direkt avser frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning och frågan huruvida talan är välgrundad.

A — Frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning

1. Huruvida denna typ av förfarande är tillåtet

35. Den första frågan avser den tyska regeringens invändning vad gäller möjligheten att uppta kommissionens talan om fördragsbrott till sakprövning enligt artikel 228.2 andra stycket EG. Enligt den tyska regeringen borde kommissionen först ha framställt en ansökan om förklaring av domen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 enligt artikel 102 i domstolens rättegångsregler. Den tyska regeringen har dessutom anfört att beslutet att omedelbart väcka talan om vitesföreläggande utan att först ha framställt en ansökan om förklaring av dom utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

36. Enligt min mening har denna rättsuppfattning inte något rättsligt stöd i fördragen och den är inte heller förenlig med gemenskapens processrätt. Då rättsuppfattningen anses bygga på ett missförstånd av beskaffen-

heten av talan om fördragsbrott enligt artikel 228.2 andra stycket EG är ett klargörande absolut nödvändigt.

37. I detta avseende bör det först noteras att ansökan om förklaring av dom inte ges något företräde framför talan enligt artikel 228.2 andra stycket EG enligt gemenskapens processrätt. En sådan ansökan utgör inte heller någon förutsättning för att kommissionen skall kunna väcka talan. De olika förfarandena vid domstolen skiljer sig från varandra med avseende på deras villkor och mål och skall därför i princip betraktas var för sig. Ett förfarande kan endast ha företräde framför andra typer av förfaranden till följd av dess specifika beskaffenhet i enskilda fall.

38. Enligt artikel 102 i rättegångsreglerna kan en ansökan om förklaring av en dom endast tas upp till sakprövning om den avser domslutet i den berörda domen jämfört med de väsentliga domskälen och under förutsättning att den syftar till att undanröja en oklarhet eller tvetydighet som eventuellt påverkar innebörden i och räckvidden av domen såvida det vid domstolen anhängiga målet skall avgöras genom denna. Enligt domstolens rättspraxis kan en ansökan om förklaring av en dom därför inte tas upp till sakprövning om den avser frågor som inte har avgjorts i denna dom eller om den har framställts för att inhämta ett yttrande från den domstol vid vilken talan har väckts vad avser tillämpning och genomförande eller

följderna av den dom som har meddelats av domstolen.⁶

39. Tvisten mellan kommissionen och den tyska regeringen gäller huruvida det ur domen av den 10 april 2003 kan härledas en skyldighet för Förbundsrepubliken Tyskland att häva tjänstekontrakten. I ett sådant fall kan kommissionens talan endast anses som en ansökan om att domstolen skall meddela en förklaring som är bindande för båda parter avseende tillämpningen och genomförandet samt följderna av den dom som har meddelats. Tvisteföremålet är nämligen Förbundsrepubliken Tysklands praktiska genomförande av ett domstolsavgörande och inte en oklarhet eller tvetydighet hos ett sådant beslut. En ansökan enligt artikel 102 i rättegångsreglerna skulle följaktligen inte kunna tas upp till sakprövning enligt de kriterier som har fastställts i rättspraxis, eftersom det inte finns något tillåtet tolkningsföremål.

40. Dessutom skulle jag vilja hänvisa till generaladvokaten Geelhoeds uttalande i

6 — Se domstolens dom av den 28 juni 1955 i mål 5/55, Assider mot Höga myndigheten (REG 1955, s. 275), av den 7 april 1965 i mål 70/63a, Höga myndigheten mot Collotti och domstolen (REG 1965, s. 373), och av den 13 juli 1966 i mål 110/63a, Willame mot Europeiska atomenergigemenskapens kommission (REG 1966, s. 411). Domstolens beslut av den 29 september 1983 i mål 9/81, revisionsrätten mot Williams (Tolkning, REG 1983, s. 2859), och i mål 206/81a, Alvarez mot parlamentet (REG 1983, s. 2865), av den 11 december 1986 i mål 25/86, Suß mot kommissionen (REG 1986, s. 3929), och av den 20 april 1988 i de förenade målen 146/85 och 431/85, Mairiaux m.fl. mot Ekonomiska och sociala kommittén m.fl. (Tolkning, REG 1988, s. 2003). Förstainstansrättens beslut av den 14 juli 1993 i mål T-22/91, Raiola-Denti m.fl. mot rådet (Tolkning, REG 1993, s. II-817), punkt 6.

målet kommissionen mot Frankrike att varje skyldighet att verkställa en dom av domstolen kan beröra frågor som avser det exakta innehållet i denna. Sådana frågor skall i förekommande fall avgöras genom det förfarande som föreskrivs i artikel 228 EG.⁷ Detta resonemang av generaladvokaten kan man enligt min mening inte utan vidare följa, detta gäller särskilt som ett förfarande för fördragsbrott utgör ett förfarande som genom sin fastställande karaktär uteslutande syftar till fastställande i domstol av ett fördragsbrott.⁸

41. Till följd av att domstolen endast kan fastställa ett fördragsbrott kan det i vissa fall vara svårt för den berörda medlemsstaten att avgöra vilka åtgärder som skall vidtas i det enskilda fallet för att undanröja det påstådda åsidosättandet. I sådana fall försöker domstolen att i domskälen ge en närmare beskrivning av den ram inom vilken de påtalade bestämmelserna eller åtgärderna kan anses vara förenliga med fördraget.⁹ Domstolen kan därutöver underlätta tolkningen genom att det konstaterade åsidosättan-

det av medlemsstatens skyldighet ges en vidare eller snävare beskrivning i domslutet.¹⁰ Av den omständigheten att domstolens behörighet i fördragsbrottsförfarandet är begränsad kan inte slutsatsen dras att domstolen allmänt skulle vara förhindrad att i själva domen uttala sig om arten och omfattningen av de möjligheter att avhjälpa fördragsbrottet som finns i förekommande fall. Ordalydelsen i artikel 228 EG, av vilken det uttryckligen framgår att den berörda medlemsstaten skall vidta de åtgärder som följer av domen, talar för att ett sådant tillvägagångssätt är tillåtet.¹¹

42. Omfattningen av medlemsstaternas skyldighet att följa domstolens dom kan parterna följaktligen i det enskilda fallet sluta sig till genom en tolkning av domstolens dom, utan att det är nödvändigt att framställa en ansökan om förklaring av dom enligt artikel 102 i rättegångsreglerna.

43. Av det ovannämnda följer att fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 228 EG är den riktiga typen av förfarande för att klargöra eventuella frågor avseende en medlemsstats skyldighet att följa domstolens dom.¹² Till följd av sin specifika beskaffenhet har den företrädare framför alla andra typer av förfaranden inklusive det som avser förklaring av

7 — Se generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 24 november 2005 i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike, där domstolen meddelade dom den 14 mars 2006 (REG 2006, s. I-2461), punkt 43.

8 — Se dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkterna 25 och 26, generaladvokaten Reischls förslag till avgörande av den 11 september 1979 i mål 141/78, Frankrike mot Förenade kungariket, där domstolen meddelade dom den 4 oktober 1979 (REG 1979, s. 2946; svensk specialutgåva, volym 4, s. 557). I Schütz, H.-J./Bruha, T./König, D., *Casebook Europarecht*, Beck, München 2004, s. 333; Cremer, W., i: Calliess/Ruffert (utg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, artikel 228, punkt 1. I Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf (utg.), *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 6, hänvisas till att domen i egenskap av fastställelse dom varken är en exekutionstitel eller rättsbildande. Av fastställelsen att det föreligger ett fördragsbrott följer enligt artikel 228.1 EG en skyldighet för den dömda medlemsstaten att se till att överträdelsen upphör. Domstolen får emellertid varken själv ogiltigförklara de bestämmelser eller åtgärder som strider mot fördraget eller förplikta den medlemsstat som åsidosatt fördraget att undanröja överträdelsen.

9 — Se dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland (REG 1973, s. 829; svensk specialutgåva, volym 2, s. 117), punkt 13.

10 — Burgi, M., i: *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (utg. Rengeling/Middecke/Gellermann), andra upplagan, Beck, München 2003, 6 §, punkt 49.

11 — Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf (utg.), *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 6.

12 — Se Fernández Martín, J.M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 220.

dom. Det saknas följaktligen anledning att pröva huruvida en sådan talan är proportionerlig.

2. Förhållandet mellan talan enligt artikel 228.2 EG och prövningsförfarandet

44. I den del som den tyska regeringen har riktat kritik mot kommissionens tillvägagångssätt att med avseende på ett åsidosättande av gemenskapsrätten som antas vara pågående väcka talan enligt artikel 228.2 EG, med åberopande av såväl nationella kontroll- och sanktionsåtgärder som kommissionens särskilda prövningsförfarande som föreskrivs i artikel 3 i direktiv 89/665, skall denna argumentation i första hand tolkas som en invändning att talan inte kan tas upp till sakprövning.

45. Mot denna invändning kan anföras att kommissionens åtgärder enligt artikel 226 EG inte berörs av anpassningen av medlemsstaternas lagstiftning till bestämmelserna i direktiv 89/665.¹³ Kommissionen kan vid misstanke om att en upphandlande myndighet har åsidosatt gemenskapsrätten, oberoende av nationella åtgärder enligt det införlivade direktivet 89/665, ex officio inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt

artikel 226 EG mot medlemsstaten.¹⁴ För en användning av fördragsbrottsförfarandet som rättsmedel talar nämligen inte enbart primärrättens företrädare i förhållande till de sekundärrättsliga bestämmelserna i direktiv 89/665, utan även de olika funktionerna av de mekanismer för lagenlighetskontroll som regleras i dessa bestämmelser.¹⁵

46. Enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 kan medlemsstaterna visserligen sedan ett avtal slutits begränsa det nationella rättsliga skyddet till ersättning till den som lidit skada av en sådan överträdelse. Detta kan emellertid inte leda till att en upphandlande myndighets handlingar under alla omständigheter anses vara förenliga med gemenskapsrätten.¹⁶ Det ankommer på domstolen ensam att inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande fastställa om det påstådda fördragsbrottet föreligger eller inte.¹⁷

47. Vidare har domstolen i sin dom i målet kommissionen mot Irland fastställt att förfarandet i artikel 3 i direktiv 89/665, genom

13 — Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punkt 3399, s. 1016.

14 — Se Seidel, L., i: Dausen (utg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. IV., punkt 173.

15 — Se Bitterich, K., Kein "Bestandsschutz" für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, sextonde årgången (2005), nummer 4, s. 164.

16 — Se dom av den 9 september 2004 i mål C-125/03, kommissionen mot Tyskland (ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkt 15.

17 — Se domen av den 9 september 2004 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 16), punkt 15.

vilket kommissionen kan ingripa mot en medlemsstat när den anser att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling, utgör en förebyggande åtgärd som inte kan avvika från eller ersätta de befogenheter som kommissionen har enligt artikel 226 EG.¹⁸

48. Syftet med prövningsförfarandet enligt artikel 3 i direktiv 89/665 är att ge medlemsstaterna möjlighet att förhindra förutsebara överträdelser av bestämmelserna om offentlig upphandling och därmed redan på ett tidigt stadium klargöra rättsligt opöblematiska fall, vilket även leder till minskad arbetsbörda för kommissionen. Därigenom är det möjligt att undvika utdragna och tungrodda fördragsbrottsförfaranden i tydliga fall.¹⁹

49. På grund av deras särskilda funktion i systemet för kontroll av lagenligheten av

upphandlingsförfaranden skiljer sig de båda förfarandena från varandra vad gäller villkoren för deras inledande. Till skillnad från prövningsförfarandet förutsätts nämligen inte att en klar och konkret överträdelse har ägt rum för att fördragsbrottsförfarandet skall få inledas,²⁰ utan endast att en gemenskapsskyldighet inte har iakttagits.²¹ Av det skälet kan inte heller de olika stegen i förfarandet bytas ut trots att de följer parallella strukturer. Ett yttrande enligt artikel 226 EG och medlemsstaternas svar på detta yttrande kan inte ersättas med ett förfarande enligt artikel 3 i direktiv 89/665, utan de skall framföras innan talan väcks vid domstolen. Omvänt kan inte heller kommissionens behörighet enligt artikel 226 EG blockeras av ett prövningsförfarande enligt artikel 3 i direktivet.²²

50. Det skall också beaktas att prövningsförfarandet inte utgör ett instrument genom vilket det är möjligt att väcka talan vid domstolen. Eftersom det emellertid krävs att domstolen utövar rättslig kontroll för att säkerställa att gemenskapsrätten iaktas kan inte gemenskapslagstiftarens avsikt ha varit

18 — Se dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), punkt 22, och generaladvokaten Albers förslag till avgörande av den 16 juli 1998 i samma mål (REG 1998, s. I-8565), punkt 18. Se även dom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479), punkt 57, av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna (REG 1995, s. I-157), punkt 13, och av den 4 maj 1995 i mål C-79/94, kommissionen mot Grekland (REG 1995, s. I-1071), punkt 11.

19 — Se Seidel, I., i: Dausies (utg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. IV., punkt 164, Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punkt 3407, s. 1019. Detta framgår av det åttonde skälet i direktiv 89/665, enligt vilket kommissionen bör ges behörighet att föra ärendet inför vederbörande myndigheter i medlemslandet såväl som upphandlingsmyndigheten, så snart den anser att en klar och konkret överträdelse har begåtts vid upphandlingsförfarandet, så att lämpliga åtgärder vidtas för skyndsamt rättelse av en påstådd kränkning.

20 — Enligt artikel 3.1 i direktiv 89/665 får kommissionen tillgripa det förfarande som föreskrivs i denna artikel, om den innan ett upphandlingskontrakt slutits anser, att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling inom områdena för direktiven 71/305/EEG och 77/62/EEG.

21 — Se domen i målet kommissionen mot Nederländerna (ovan fotnot 18), punkt 14.

22 — Se generaladvokaten Tesausros förslag till avgörande av den 17 november 1994 i målet kommissionen mot Nederländerna (ovan fotnot 18), punkterna 4 och 5.

att utesluta en sådan kontroll genom att låta fördragsbrottsförandet komma i fråga endast som ett andrahandsalternativ.

51. Med avseende på kommissionens behörighet skall det erinras om att kommissionen även på grund av sin roll som fördragets övervakare saknar skyldighet att i första hand tillämpa prövningsförandet. Kommissionen har handlingsfrihet att väcka talan vid domstolen när den bedömer att en medlemsstat har åsidosatt de skyldigheter som åligger den enligt fördraget och medlemsstaten inte anpassar sig till det motiverade yttrandet från kommissionen.²³

52. Jag anser att samma slutsatser är tillämpliga i fråga om förfarandet enligt artikel 228.2 EG. Detta förfarande som upptagits i gemenskapens primärrätt genom Maas-trichtfördraget har i processrättsligt hänseende utformats med förfarandet enligt artikel 226 EG som förebild. Genom detta förfarande kan domstolen numera inte enbart fastställa att den första domen inte har följts utan även förelägga den berörda medlemsstaten att betala ett standardbelopp eller ett vite. Förfarandet enligt artikel 228.2 EG utgör därför ett förfarande vars mål är att genom ekonomiska sanktioner förmå den tredskande medlemsstaten att verkställa en dom avseende en överträdelse.²⁴ Funktionen med de kontrollåtgärder

som kommissionen kan vidta enligt direktiv 89/665 syftar däremot till att på ett så tidigt stadium som möjligt förebygga att gemenskapsrätten åsidosätts. De mekanismer som anges i primär- och sekundärrätten utesluter därmed inte varandra utan kompletterar varandra för att säkerställa att medlemsstaternas handlande är lagenligt.²⁵

53. Den tyska regeringen kan följaktligen inte åberopa de kontroll- och sanktionsmekanismer som anges i direktiv 89/665 till stöd för invändningen att talan inte kan tas upp till sakprövning.

3. Huruvida det saknas ett berättigat intresse av att få saken prövad och huruvida det inte längre finns anledning att döma i saken

54. Den tyska regeringen har i sin duplik gjort gällande att det inte längre finns något berättigat intresse av att få saken prövad vad gäller den del av tvisteföremålet som återstår efter kommissionens replik av den 26 april 2005, eftersom Förbundsrepubliken Tyskland till följd av att kontraktet mellan staden Braunschweig och Braunschweigische Kohlebergwerke (nedan kallat BKB) avseende bortscaffande av stadens avfall under tiden har hävts inte längre måste förmås att ändra sitt beteende genom ett föreläggande om betalning av ett vite eller ett standardbelopp. Den tyska regeringen har yrkat att

23 — I fråga om överträdelser av skyldigheten att införliva direktiv, se dom av den 11 augusti 1995 i mål C-433/93, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2303), punkt 22, och av den 5 november 2002 i mål C-471/98, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-9681), punkt 39, samt domen av den 10 april 2003 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 2), punkt 30.

24 — Se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 28 september 1999 i mål C-387/97, kommissionen mot Grekland, där domstolen meddelade dom den 4 juli 2000 (REG 2000, s. I-5047), punkt 58.

25 — Se Kalbe, P., Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*

förfarandet skall avslutas eller, i andra hand, att talan skall avvisas, eftersom det, efter det att de omtvistade kontrakten har hävts, inte finns något mer som kan göras för att verkställa domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01. Den har till stöd för sin argumentering anfört att enbart tidpunkten för den sista muntliga förhandlingen är avgörande vid bedömningen av frågan huruvida det fortfarande finns ett berättigat intresse av att få saken prövad inom ramen för en talan enligt artikel 228.2 EG.

55. Dessa argument kan inte godtas. 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 berättigat intresse av att få saken prövad. Kommissionen skall nämligen i gemenskapens allmänna intresse på eget initiativ övervaka medlemsstaternas tillämpning av gemenskapsrätten samt försöka få eventuella fördragsbrott fastställda i syfte att få dessa överträdelser att upphöra.²⁶

56. Det är dessutom kommissionen som skall bedöma om det är lämpligt att väcka talan mot en medlemsstat, fastställa vilka

bestämmelser medlemsstaten har åsidosatt och bedöma när den bör väcka talan vid domstolen, varvid de överväganden som ligger till grund för ett sådant val inte kan påverka frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning.²⁷

57. Det skall slutligen erinras om att det enbart tillkommer kommissionen att bedöma lämpligheten av att väcka och vidhålla en fördragsbrottstalan, medan domstolen är skyldig att pröva huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger, utan att det ankommer på domstolen att pröva hur kommissionen utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning.²⁸

58. Med hänsyn till vad som har anförts ovan kan kommissionens invändning att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av att det inte finns något berättigat intresse av att få saken prövad inte godtas.

59. Domstolen kan enligt artikel 92.2 i rättegångsreglerna ex officio fastställa att det inte längre finns anledning att döma i saken om den slår fast att det inte längre finns något behov av att lösa tvisten. Även en

26 — Se dom av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-10629), punkt 65, av den 1 februari 2001 i mål C-333/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-1025), punkt 23, av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkterna 14 och 15, av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257), punkt 15, och av den 10 april 2003, kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 2), punkt 29.

27 — Se domen av den 8 december 2005 i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 26), punkt 66, av den 1 juni 1994 i mål C-317/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1994, s. I-2039), punkt 4, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 27, och domen av den 1 februari 2001 i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 26), punkt 24.

28 — Se domen av den 8 december 2005 i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 26), punkt 66, i vilken det hänvisas till dom av den 13 juni 2002 i mål C-474/99, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-5293), punkt 25.

part kan begära att domstolen prövar huruvida det finns anledning att döma i saken.²⁹ En sådan begäran är emellertid inte nödvändig. Domstolen kan även avsluta förfarandet genom ett avskrivningsbeslut utan att en sådan begäran har framställts. Det skall i det följande undersökas om något har inträffat som medfört att det inte längre finns anledning att döma i saken.

60. Det kan inledningsvis konstateras att Förbundsrepubliken Tyskland har efterkommit kommissionens krav att det ifrågasatta tjänsteavtalet skall hävas, såsom detta ursprungligen hade formulerats i dess motiverade yttrande av den 30 mars 2004,³⁰ genom att överenskommelsen om hävande ingicks mellan staden Braunschweig och BKB den 7 juli 2005. De påtalade överträdelserna av fördraget undanröjdes följaktligen efter utgången av den i det motiverade yttrandet, förelagda fristen om två månader efter mottagandet av yttrandet men medan det skriftliga förfarandet vid domstolen pågick.

61. Mot uppfattningen att det saknas anledning att döma i saken i processrättsligt hänseende talar att förekomsten av ett fördragsbrott enligt fast rättspraxis skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den tidsfrist som har angetts i det motiverade

yttrandet. Den omständigheten att överträdelserna av fördraget därefter har undanröjts beaktas därför inte av domstolen och saknar betydelse för frågan huruvida en talan kan tas upp till sakprövning.³¹

62. Detta framgår inte endast direkt av ordalydelsen i artikel 226 EG, utan även av syftet med detta skede av det administrativa förfarandet, som består i att ge den medlemsstat som har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget tillfälle att få överträdelserna att upphöra innan en talan eventuellt väcks. Det kan emellertid ifrågasättas om dessa principer även är tillämpliga på förfarandet enligt artikel 228.2 EG. I den mån som den tyska regeringen anser att tidpunkten för den sista muntliga förhandlingen är avgörande vid bedömningen av frågan huruvida det finns anledning att döma i saken förefaller denna rättsuppfattning huvudsakligen överensstämma med den uppfattning som företräds av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet kommissionen mot Grekland. I sitt förslag till avgörande konstaterade generaladvokaten att målet med förfarandet enligt artikel 228.2 EG inte är en ny fastställelse av ett fördragsbrott, utan att förnä den tredskande medlemsstaten att verkställa en dom avseende en överträdelse. Eftersom förhandlingen eller, då förhandling inte äger rum, det tillfälle då det skriftliga förfarandet avslutas

29 — Se dom av den 9 oktober 2001 i mål C-400/99, Italien mot kommissionen (REG 2001, s. I-7303), punkterna 49–65.

30 — Se s. 4 i kommissionens motiverade yttrande av den 30 mars 2004 enligt artikel 228 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, vilket är riktat till Förbundsrepubliken Tyskland till följd av att den underlåtit att vidta åtgärder för att följa EG-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 angående Bockhorn kommuns tilldelning av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall.

31 — Dom av den 18 juli 2006 i mål C-119/04, kommissionen mot Italien (REG 2006, s. I-6885), punkterna 27 och 28, av den 7 mars 2002 i mål C-29/01, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-2503), punkt 11, av den 15 mars 2001 i mål C-147/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-2387), punkt 26, av den 21 juni 2001 i mål C-119/00, kommissionen mot Luxemburg (REG 2001, s. I-4795), punkt 14, av den 30 november 2000 i mål C-384/99, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-10633), punkt 16, av den 3 juli 1997 i mål C-60/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-3827), punkt 15, av den 17 september 1996 i mål C-289/94, kommissionen mot Italien (REG 1996, s. I-4405), punkt 20, och av den 12 december 1996 i mål C-302/95, kommissionen mot Italien (REG 1996, s. I-6765), punkt 13.

utgör den sista fristen för ingivande av yttranden, av den medlemsstat mot vilken talan väckts beträffande den grad av fullgörelse som uppnåtts eller av kommissionen beträffande det belopp och den typ av penningssanktion som bör åläggas, skall denna tidpunkt anses som avgörande.³²

63. Jag anser att denna rättsliga uppfattning är riktig, emellertid endast i den mån som det rör sig om att bedöma huruvida det är nödvändigt att förelägga en medlemsstat som har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget att betala ett vite i det konkreta fallet. När det däremot är fråga om ett yrkande om att det skall fastställas att en fördragsbrottsdom inte har följts anses fortfarande utgången av den i det motiverade yttrandet förelagda fristen vara avgörande. Domstolen har uppenbarligen även intagit denna ståndpunkt i sin nyligen avkunnade dom i målet C-119/04, kommissionen mot Italien, genom att domstolen prövade de båda yrkandena oberoende av varandra och därvid hänförde sig till olika referenspunkter.³³

32 — Se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 28 september 1999 i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 24), punkterna 57–59.

33 — Se domen av den 18 juli 2006 i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 31). Domstolen slog inledningsvis fast att Republiken Italien vid utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet ännu inte hade vidtagit samtliga åtgärder för att följa dom av den 26 juni 2001 i mål C-212/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4923), punkterna 27–32. Därefter prövade domstolen huruvida villkoren för att förelägga ett löpande vite var uppfyllda och särskilt huruvida det påtalade fördragsbrottet hade pågått fram till domstolens prövning av de faktiska omständigheterna, punkterna 33–46. Se även dom av den 12 juli 2005 i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-6263), punkterna 30 och 31, och domen av den 14 mars 2006 i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 7), punkterna. 20 och 21.

64. Följaktligen kan en hävning av det omtvistade kontraktet avseende bortskaffande av avfall i efterhand enligt det synsätt som förespråkas här inte anses som en händelse som medför att det inte längre finns anledning att döma i saken i den mening som avses i artikel 92.2 i rättegångsreglerna. Därmed kan inte heller denna invändning att talan inte kan tas upp till sakprövning godtas.

B — *Huruvida talan är välgrundad*

1. Huruvida överträdelsen mot bestämmelserna om offentlig upphandling fortfarande pågår

65. En talan enligt artikel 228.2 EG är välgrundad om den medlemsstat vars fördragsbrott har fastställts genom domstolens dom har underlåtit att vidta de åtgärder som krävs för att följa denna dom. Enligt artikel 228.1 EG åligger det medlemsstaten att undanröja det mot gemenskapsrätten stridande förhållandet. Denna skyldighet att agera omfattar alla offentliga organ i den dömda staten.³⁴

66. Det kan med avseende på den processuella fördelningen av bevisbördan inled-

34 — Se dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkt 16.

ningsvis hänvisas till att det enligt domstolens rättspraxis åligger kommissionen att inom ramen för detta förfarande förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna bedöma i vilken utsträckning en medlemsstat har följt en fördragsbrottsdom.³⁵ När kommissionen har lagt fram tillräckliga uppgifter som tyder på att fördragsbrottet kvarstår ankommer det på den berörda medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta de presenterade uppgifterna och de slutsatser som dragits med stöd av dessa.³⁶

67. Kommissionen anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte har iakttagit sin skyldighet att få det fördragsbrott som fastställdes i domen av den 10 april 2003 att upphöra. Den anser att förbundsregeringens eftertryckliga uppmaning att myndigheterna på såväl förbunds- som delstatsnivå strikt skall rätta sig efter bestämmelserna om offentlig upphandling inte räcker. Enligt kommissionens uppfattning har fördragsbrottet fortsatt på grund av att kontraktet avseende bortscaffande av avfall mellan staden Braunschweig och BKB fortsatte att gälla. Den har till stöd för sin argumentation framför allt hänvisat till domstolens uttalande i punkterna 36 och 37 i ovannämnda dom. Den anser därför att

hävning av avtalet är den enda åtgärd genom vilken följderna av åsidosättandet av bestämmelserna om offentlig upphandling kan undanröjas.

68. Jag är av samma uppfattning som kommissionen vad gäller tolkningen av de ovannämnda punkterna i domen. Enligt min mening väcker domstolens uttalanden inte några tvivel om att verkningarna av ett åsidosättande av gemenskapsrätten pågår så länge som ett avtal som har ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling fortsätter att gälla.³⁷

69. Denna tolkning överensstämmer också med domstolens tidigare rättspraxis enligt vilken överträdelsen av direktivet vid offentlig upphandling först ansågs ha upphört när det omtvistade meddelandet om upphandling inte längre hade någon verkan vid utgången av den frist som fastställdes av

35 — Se domen av den 18 juli 2006 i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 31), punkt 41, och domen av den 4 juli 2000 i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 24), punkt 73.

36 — Se domen av den 18 juli 2006 i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 31), punkt 41, och generaladvokaten Poiarens Maduros förslag till avgörande av den 26 januari 2006 i samma mål, punkt 24, samt domen av den 12 juli 2005 i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 33), punkt 56. Enligt generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 28 september 1999 i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 24), punkt 77, åligger det den medlemsstat mot vilken talan har väckts med stöd av artikel 228 EG att visa att domstolens dom om fördragsbrott har följts på ett tillfredsställande sätt.

37 — Se även Heuvels, K., Fortwirkender Richtlinienvorstoß nach De-facto-Vergaben, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, sjätte årgången (2005), nummer 1, s. 32, Bitterich, K., Kein "Bestandsschutz" für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, sextonde årgången (2005), nummer 4, s. 164, samma, Bitterich, K., Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber, *Neue Juristische Wochenschrift/Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht/Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2000, s. 8; Hintersteiner, M., Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10. 1999, *Österreichische Juristen-Zeitung*

kommissionen i dess motiverade yttrande.³⁸ Detta är inte fallet så länge som de avtal som ingåtts i strid med gemenskapsrätten fortsätter att ha verkningar. Därmed avses att dessa avtal fortlöpande uppfylls.³⁹

70. Eftersom det kontrakt avseende bortskaffande av avfall vars löptid hade fastställts till 30 år fortfarande var giltigt vid den tidpunkt som var relevant för den rättsliga bedömningen i förevarande mål kan man utgå från att de överträdelse som fastställts i den dom som ligger till grund för förevarande mål ännu inte hade upphört.⁴⁰ Den tyska regeringen har inte heller bestritt att det ifrågasatta privaträttsliga avtalet även fortsatte att ha rättsliga verkningar efter det att domen av den 10 april 2003 hade meddelats. Den har emellertid, med hänvisning till möjligheten enligt artikel 2.6 i direktiv 89/665 att begränsa prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts till att lämna ersättning till den som lidit skada av ett felaktigt handlande,

38 — Se domen av den 9 september 2004 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 16), punkt 12, med hänvisning till domen av den 10 april 2003 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 2), punkterna 34–37, och domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 18), punkt 57, samt dom av den 31 mars 1993 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien (REG 1993, s. I-2353), punkterna 11 och 13.

39 — Se domen av den 9 september 2004 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 16), punkt 12 och följande punkt. Detta har redan antytts i domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 18), punkt 44.

40 — Jämför generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 28 november 2002 i de förenade målen kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 2), punkt 57.

bestritt att det föreligger en skyldighet att häva avtalet.⁴¹

2. Skydd för avtal som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling

71. Det skall i det följande undersökas om Förbundsrepubliken Tyskland var skyldig att häva det aktuella avtalet eller om den i stället hade kunnat vidta andra åtgärder för att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG.

72. Det skall inledningsvis konstateras att de åtgärder som har angetts av den tyska regeringen i form av uppmaningar på förbunds- och delstatsnivå att strikt rätta sig efter bestämmelserna om offentlig upphandling och uppmaningar att underrätta om de åtgärder som vidtagits uteslutande syftar till att förebygga framtida överträdelse och följaktligen inte är ägnade att förhindra ett åsidosättande av gemenskapsrätten som, såsom i förevarande fall, redan har skett och ännu inte har upphört. Eftersom den

41 — Förbundsrepubliken Tyskland har använt sig av denna möjlighet genom att anta 114.2 § första meningen i lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar, i dess lydelse av den 15 juli 2005 (BGBl. I, s. 2114), senast ändrad genom artikel 132 i förordning av den 31 oktober 2006 (BGBl. I, s. 2407). Enligt denna bestämmelse kan ett upphandlingsavtal som redan har slutits inte hävas. Ett företag som har skadats till följd av ett åsidosättande av en skyddsbestämmelse i lagstiftningen om offentlig upphandling har enligt 126 § i denna lag rätt till ersättning för den förlust som är en följd av icke infriade förväntningar.

tyska regeringen inte har informerat domstolen om några andra åtgärder skall det i det följande undersökas huruvida det föreligger en eventuell skyldighet att häva avtalet.

gemensksprätten i alla medlemsstater i Europeiska unionen att tillerkänna vissa medlemsstater en särskild ställning till följd av den nationella lagstiftningens särskilda beskaffenhet.

73. Jag anser att det först och främst bör erinras om att en medlemsstat skall vidta alla åtgärder som krävs för att avhjälpa fördragsbrottet och att den inte får uppställa hinder av något slag mot detta. Enligt domstolens fasta rättspraxis är en medlemsstat i synnerhet förhindrad att åberopa nationella problem vid genomförandet eller införlivandet av en gemenskapsbestämmelse. Den kan inte heller åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin interna rättsordning.⁴² Förbundsrepubliken Tyskland kan följaktligen inte åberopa att offentlig upphandling enligt dess rättsordning till skillnad från offentlig upphandling i andra medlemsstater uppvisar civilrättsliga drag och att den upphandlande myndigheten är jämställd med uppdragstagaren och är bunden av ett privaträttsligt avtal.⁴³ Det skulle stå i strid med kravet på en enhetlig tillämpning av

74. Mot den del där den tyska regeringen har anfört att det inte är rimligt att avtalen hävs på grund av skyddet av avtalsparternas berättigade förväntningar kan invändas att den har åberopat rättigheter för tredje man som på ett rättsstridigt sätt har skapats av den upphandlande myndigheten. Såsom generaladvokaten Alber redan har konstaterat i sitt förslag till avgörande i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike, kan medlemsstaten inte med framgång åberopa konsekvenserna av sitt rättsstridiga beteende för att åsidosätta sina grundläggande rättsliga skyldigheter gentemot gemenskapen.⁴⁴ Principen *pacta sunt servanda* kan följaktligen endast tillmätas betydelse om ett skydd för avtal som har ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling uttryckligen föreskrivs i gemensksprätten.

42 — Se dom av den 2 december 1986 i mål 239/85, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 3645), punkt 13, av den 2 december 1989 i mål 42/80, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 3635), punkt 4, och av den 14 maj 2002 i mål C-383/00, kommissionen mot Tyskland (REG 2002, s. I-4219), punkt 18.

43 — I medlemsstater med romersk rättstradition regleras upphandling helt och hållet av offentlig rätt. I Frankrike, Spanien och Portugal omfattas såväl tilldelningsförfarandet som avtalet mellan den upphandlande myndigheten och uppdragstagaren av offentlig rätt. Följaktligen kommer endast förvaltningsdomstolarna och den högsta förvaltningsdomstolen i fråga för avgörande av tvister som rör såväl tilldelningsförfarandet som avtalet. Tilldelningen är således ett förvaltningsbeslut. Enligt de tyska bestämmelserna om offentlig upphandling är tilldelningen däremot ett civilrättsligt accepterande av ett anbud. Tilldelningen sker för det mesta i form av ett meddelande om upphandling eller ett meddelande om bekräftelse (se Seidel, I, i: Dausers (utg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. IV., punkterna 8 och 9).

75. Frågan huruvida det föreligger en skyldighet att häva sådana avtal har ännu inte besvarats uttryckligen av domstolen. Om man emellertid betraktar domen av den 10 april 2003 mot bakgrund av ovannämnda rättspraxis från domstolen, enligt vilken

44 — Se generaladvokaten Albers förslag till avgörande av den 19 januari 1999 i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 18), punkt 83.

verkningarna av tilldelningar av avtal som strider mot gemenskapsrätten måste ha upphört, tyder allt på att domstolen i princip skulle fastställa att det föreligger en skyldighet att häva avtalet.⁴⁵

76. Principen om *effet utile*, enligt vilken direktiven om offentlig upphandling skall ha största möjliga ändamålsenliga verkan förleder inte heller någon annan slutsats. Principen om ändamålsenlig verkan utgör en central gemenskapsrättslig princip vars särskilda betydelse inom ramen för bestämmelserna om offentlig upphandling först framgår vid en närmare granskning av lagstiftarens syfte med direktiven om offentlig upphandling.⁴⁶ Domstolen har nämligen inte endast betraktat direktiven om offentlig upphandling som en formell reglering av avtalsförhandlingar, utan har även framhållit deras syfte att genomföra friheten att tillhandahålla

varor och tjänster.⁴⁷ Överträdelsen av direktiven består därför inte enbart i själva ingåendet av avtalet, utan överträdelsen fortgår fram till dess att avtalet har verkställts till fullo eller på annat sätt upphör. För att denna rättspraxis inte skall förlora all mening måste en överträdelse som har fastställts i ett förfarande om fördragsbrott följaktligen undanröjas genom en hävning av avtalet.⁴⁸

77. En skyldighet att häva avtal som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling krävs även i avskräckande syfte för att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling iaktas strikt och att gemenskaps-

45 — Kalbe, P., Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2003, s. 567, anser att det för fastställandet och beskrivningen av fördragsbrottet inom ramen för ett fördragsbrotts förfarande enligt artikel 226 EG inte var avgörande vad som hade hänt med de omtvistade avtalen. Av det skälet har frågan vad som har hänt med avtalen inte behandlats i domen. I domen anges endast uttryckligen att det påstådda åsidosättandet endast kan undanröjas genom en hävning av avtalen. Se även Gjørtler, P., Varemärker og udbud, *Lov & ret*, juni 2003, s. 33, som har härett en liknande skyldighet att häva avtal ur principen om lojalitet inom gemenskapen i artikel 10 EG.

46 — Leffler, H., Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, *Public Procurement Law Review*, nr. 4, 2003, s. 152, s. 153, Pachnou, D., Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2000, s. 69.

47 — Enligt skäl 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EGT L 134, s. 114) är syftet med den sekundärrättsliga lagstiftningen om offentlig upphandling att säkerställa ett effektivt förverkligande av företags grundläggande friheter. Motsvarande framgår av skälen till de här tillämpliga direktiven 92/50 och 89/665. Direktiven om offentlig upphandling skall följaktligen anses utgöra ett uttryck för de grundläggande friheterna. De antogs för att sörja för att de grundläggande friheterna får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Även domstolen har på ett tidigt stadium fastställt att direktiven om offentlig upphandling och därmed lagstiftningen om offentlig upphandling i sig syftar till att förverkliga de grundläggande friheterna. Se domen av den 10 mars 1987 i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 34), punkt 12, dom av den 12 februari 1982 i mål 76/81, kommissionen mot Luxemburg (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319), punkt 7, av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 16, och av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC (REG 2001, s. I-7725), punkt 32.

48 — Bitterich, K., Kein "Bestandsschutz" für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Artikel 226 EG, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, sextonde årgången (2005), s. 165; Frenz, W., *Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2007, punkterna 3394 och 3395, s. 1015; Griller, S., Qualifizierte Verstöße gegen das Vergaberecht — Der Fall St. Pölten, *ecolex*, 2000, s. 8, anser att en liknande skyldighet att häva avtal som står i strid med fördraget kan följa av vissa omständigheter, emellertid endast om en sådan hävning av avtalet är tillåten enligt avtalsförhållandena med den anbudsgivare som tilldelats kontrakt.

rätten genomförs effektivt. Medlemsstater som underlåter att beakta bestämmelserna om offentlig upphandling skulle utan sådana disciplinära åtgärder under vissa förhållanden vara benägna att skapa ”fullbordade fakta” genom sina handlingar.⁴⁹ Detta skulle innebära att det mot gemenskapsrätten stridande förhållandet vidmakthölls.

78. Denna åtgärd är även proportionerlig i förevarande fall om man beaktar löptiden på 30 år, som ursprungligen fastställdes i kontraktet avseende bortskaffande av avfall. Med avseende på denna långa period var detta avtalsförhållande ägnat att skapa fullbordade fakta. Det mot gemenskapsrätten stridande förhållandet kunde följaktligen endast avhjälpas genom en hävning av avtalet.

79. En sådan skyldighet att häva avtalen står inte i strid med artikel 2.6 i direktiv 89/665. För det första kan detta direktiv, som utgör en del av sekundärrätten, inte medföra en begränsning av de grundläggande friheterna, för det andra kan man av det skydd som föreskrivs i artikel 2.6 i direktivet för det avtal

som strider mot gemenskapsrätten i förhållande till andra anbudsgivare inte dra slutsatsen att det enligt gemenskapsrätten inte finns någon allmän skyldighet att häva avtal som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Av denna bestämmelse framgår att en anbudsgivare som är klagande i överprövningsförfarandet inte kan åberopa att medlemsstaten har en skyldighet enligt artikel 228.1 EG att häva avtal som strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling.⁵⁰ I detta avseende har denna bestämmelse endast betydelse för utformningen av det individuella rättsliga skyddet mot rättsstridiga tilldelningsbeslut i medlemsstaterna.⁵¹ Det sägs emellertid ingenting om skyddet av gemenskapens intressen, som klart skiljer sig från intresset hos den anbudsgivare som inte har tilldelats kontrakt.⁵² Detta är inte heller tillåtet, eftersom detta regleras på ett uttömmande sätt i den överordnade primärrätten. Inom ramen för gemenskapens genomtänkta och differentierade rättsskyddssystem mot nationella myndigheters rättsstridiga tilldelningsbeslut tas hänsyn till de olika intressen som föreligger. Utöver överprövningsförfarandet som avser att skydda enskilda intressen finns nämligen fördragsbrottsförfarandet och prövningsförfarandet, som är avsedda att tjäna gemenskapens intresse att upprätta eller återupprätta regelbilda förhållanden. Såsom redan

49 — Fernández Martín, J.M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 157, avseende riskerna med en icke reversibel överträdelse av gemenskapsrätten när en medlemsstat skapar fullbordade fakta genom sin handling. Arrowsmith, S., *Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts, Remedies for enforcing the public procurement rules*, 1993, s. 16, anser att avsaknaden av en sådan möjlighet till hävning skulle kunna medföra en minskad beredskap hos myndigheterna att följa lagstiftningen om offentlig upphandling. Det föreligger en risk för att avtal skulle kunna ingås i strid med offentliggörandeskyldigheten för att avskräcka anbudsgivare eller begränsa deras möjligheter till rättsligt skydd.

50 — Bitterich, K., Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber, *Neue Juristische Wochenschrift*, 26/2006, s. 1846.

51 — Pachnou, D., Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2000, s. 57 och s. 58.

52 — Hintersteiner, M., Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10.1999, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, femtiofemte årgången, nummer 17, s. 633 och s. 634, uppfattar artikel 2.6 i direktiv 89/665 som en möjlighet att begränsa statens skadeståndsansvar som endast är av betydelse för förhållandet mellan medlemsstaten och den anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt. Denna bestämmelse skall därför anses som en undantagsbestämmelse. Vidare gäller att direktivet som endast är en sekundärrättslig rättsakt inte kan begränsa medlemsstatens grundläggande skyldighet att återupprätta en situation som är förenlig med gemenskapsrätten.

har nämnts i början har förfarandet om fördragsbrott till följd av dess särskilda beskaffenhet företråde framför prövningsförfarandet. Eftersom kommissionen genom sin talan om fördragsbrott uteslutande avser att skydda allmänintresset anses inte bestämmelserna avseende överprövningsförfarandet inklusive artikel 2.6 i direktiv 89/665 vara relevanta i förevarande mål.

80. Oberoende av vad som nämnts ovan torde en hävning av avtalet jämte inledande av ett nytt anbuds förfarande i anslutning därtill i syfte att genomföra bestämmelserna om offentlig upphandling så effektivt som möjligt ofta visa sig vara det bättre alternativet när det gäller att ta hänsyn till de anbudsgivares intressen som inte har tilldelats kontrakt. Det är ofta mer fördelaktigt för en anbudsgivare att ingå ett avtal och genomföra det primära civilrättsliga åtagandet än att rikta ett skadeståndsanspråk mot den upphandlande myndigheten.⁵³ Dessutom kommer anbudsgivaren att ha problem

53 — Fernández Martín, J.M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 213, och Pachnou, D., Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness, *Public Procurement Law Review*, Nr. 2, 2000, s. 65, talar om beviljande av skadestånd som det näst bästa alternativet för uppfyllande *in specie*. Hintersteiner, M., Fehlerhafte Anwendung des EG-Vergaberechts am Beispiel St. Pölten — Zum Urteil des EuGH vom 28. 10. 1999, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2000, femtiofemte årgången, nummer 17, s. 634, har beskrivit beviljande av skadestånd i pengar som en otillräcklig form av gottgörelse. Enligt hennes uppfattning kan principen enligt vilken *restitutio in integrum* (återställande av ett tidigare tillstånd) är att föredra framför skadestånd i pengar gälla som en allmän rättsprincip.

med att verkställa skadeståndsanspråket vid den nationella domstolen, eftersom han inte endast måste bevisa att det föreligger en skada utan även bevisa att han lämnat det bästa anbudet. Därutöver tillkommer den svåra uppgiften att beräkna skadan.⁵⁴

81. Det är vidare svårt att förstå varför ett avtal som ingåtts i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling och som innebär ett pågående åsidosättande av de grundläggande friheterna a priori skall undantas från åtgärder för verkställande av en dom avseende en överträdelse.⁵⁵

82. Följaktligen kan inte heller denna argumentation, som framförts av den tyska regeringen, godtas. De möjligheter som finns enligt nationell lagstiftning att häva ett avtal måste följaktligen vidtas och de rättsmedel

54 — Leffler, H., Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, *Public Procurement Law Review*, nr. 4, 2003, s. 160, har påpekat att en anbudsgivares chanser att vinna framgång med en skadeståndstalan som väckts med anledning av att anbudsgivaren inte tilldelats ett kontrakt inom ramen för en offentlig upphandling inte är särskilt stora. Fernández Martín, J.M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 214, har erinrat om att det i de flesta medlemsstater måste framläggas bevis för att sökanden skulle ha tilldelats kontrakt eller att denna åtminstone hade en verklig möjlighet att erhålla detta. Om detta inte kan bevisas kommer domstolen inte att utdöma skadestånd. Författaren anser att det är osannolikt att en sökande kan övervinna detta hinder.

55 — Arrowsmith, S., Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts, *Remedies for enforcing the public procurement rules*, 1993, s. 8, anser att en medlemsstat till följd av ett fördragsbrottförfarande vid domstolen även kan bli skyldig att häva ett avtal som står i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling.

som står till förfogande för att verkställa gemenskapsrätten uttömmas med beaktande av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna.⁵⁶ Den omständigheten att såväl staden Braunschweig som Bockhorns kommun har lyckats frigöra sig från sina skyldigheter enligt avtalen under förfarandet vid domstolen talar emot den tyska regeringens påstående att dessa avtal inte kan hävas, eller att de endast kan hävas vid äventyr av ett mycket högt skadeståndsbelopp.

83. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland inte hade hävt det omtvistade kontraktet vid den här avgörande tidpunkten har den inte vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, avseende staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall.

56 — I sin dom av den 20 december 2005 (ärende 33 O 16465/05) fann Landgericht München I att staden Münchens uppsägning av ett transportavtal som inte hade varit föremål för ett anbudsförfarande med åberopande av 313 § tredje stycket i tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch) (nedan kallad BGB) och en lojalitetsklausul i avtalet kunde tas upp till sakprövning, eftersom det enligt EG-domstolens tidigare dom avseende ett fördragsbrottsförfarande (domstolens dom av den 18 november 2004 i målet kommissionen mot Tyskland, ovan fotnot 8) inte längre var rimligt för staden att hålla fast vid avtalet. Priefß, G., *Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge*, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2006, nummer 4, s. 221 är av samma uppfattning. När det är fråga om avtal som slutits på obestämd tid kan avtalet sägas upp i särskilda fall enligt 314 § BGB.

C — *Huruvida det är nödvändigt att ålägga sanktioner*

84. Enligt den uppfattning som företräds här har Förbundsrepubliken Tyskland åsidosatt artikel 228.1 EG, varför domstolen har möjlighet att utdöma påföljder.

85. Trots att kommissionen har återkallat sitt ursprungliga yrkande om vitesföreläggande och trots att ett föreläggande av ett standardbelopp inte har yrkats ankommer det endast på domstolen att fatta ett slutgiltigt beslut i denna fråga, eftersom kommissionens förslag angående de ekonomiska följderna av ett konstaterande att en medlemsstat inte har följt domstolens tidigare dom inte är bindande för denna. Dessa förslag är bara en lämplig utgångspunkt för domstolen vid utövningen av dess diskretionära befogenhet enligt artikel 228.2 EG.⁵⁷ Tillämpningen av denna bestämmelse omfattas med andra ord av domstolens fulla prövningsrätt.⁵⁸

86. Det förfarande som föreskrivs i artikel 228.2 EG har till syfte att förmå en

57 — Se domen av den 4 juli 2000 i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 24), punkt 89, och dom av den 25 november 2003 i mål C-278/01, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-14141), punkt 41.

58 — Se generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 29 april 2004 i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 33), punkt 84.

medlemsstat, som underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, att följa en dom om fördragsbrott och därigenom säkerställa en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. De åtgärder som föreskrivs i denna bestämmelse, det vill säga engångsbeloppet och det löpande vitet, har båda detta syfte.

87. Såsom domstolen slog fast i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, beror frågan huruvida den ena eller den andra av dessa två åtgärder skall tillämpas på hur lämplig var och en av dem är för att uppnå det eftersträvade syftet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Ett vitesföreläggande kan särskilt vara lämpligt för att förmå en medlemsstat att snarast upphöra med ett fördragsbrott som, i avsaknad av en sådan åtgärd, skulle tendera att bestå. Ett föreläggande att betala ett engångsbelopp baserar sig snarare på bedömningen av de konsekvenser som den berörda medlemsstatens underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter har för privata och offentliga intressen, särskilt när fördragsbrottet har pågått under en lång tid efter avkunnandet av den dom i vilken fördragsbrottet ursprungligen fastställdes.⁵⁹

88. Med avseende på vitesföreläggandets ovan beskrivna funktion som ordningsåtgärd är det lämpligt att vid bedömningen av frågan huruvida den dömda medlemsstaten ännu inte har uppfyllt sina skyldigheter och om villkoren för att vidta en sådan sanktionsåtgärd därmed fortfarande är uppfyllda,

såsom tidigare nämnts, anse att förhandlingen är den avgörande tidpunkten. I förevarande fall var dessa villkor inte längre uppfyllda i samband med att kontraktet avseende bortskaffande av avfall hävdes under det skriftliga förfarandet. Ett vitesföreläggande förefaller därför inte längre vara lämpligt.

89. Däremot är ett standardbelopp, såsom en ekonomisk sanktion av engångskaraktär, ett lämpligt val för att beivra ett handlande som står i strid med fördraget, som redan har skett i det förflutna, varför gemenskapen endast har ett begränsat intresse av att den fastställda överträdelsen upphör. Det krävs emellertid att en påföljd fastställs i avskräckande syfte.⁶⁰ Ett hot om föreläggande av ett standardbelopp skall framför allt förverkligas om den berörda medlemsstaten först har följt domen efter påtryckningar som har utövats genom det andra förfarandet,⁶¹ om

60 — Se Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 28; Bonnie, A., *Commission Discretion under Article 171 (2) E.C.*, *European law review*, nummer 6 (1998), s. 547. Burgi, M., i: *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (utg. Rengeling/Middeke/Gellermann), andra upplagan, C.H. Beck, München 2003, 6 §, punkt 49.

61 — Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 28; Gaitanides, C., *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Union*, von der Groeben/Schwarz (utg.), artikel 228 EG, anser att ett sådant fall föreligger när den berörda medlemsstaten först har följt domen för sent, den nya talan emellertid inte har anhängiggjorts vid domstolen eller domstolsförfarandet ännu inte är avslutat.

59 — Se domen av den 12 juli 2005 i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 33), punkterna 80 och 81.

överträdelsen visar sig vara mycket allvarlig⁶² eller om det föreligger en konkret risk för att överträdelsen upprepas.⁶³

90. I förevarande fall finns det inte någonting som tyder på att det skulle föreligga en risk för att överträdelsen upprepas. Överträdelsen kan inte heller bedömas såsom mycket allvarlig. Med avseende på den lokala betydelsen av staden Braunschweigs kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall kan den inverkan som detta medför på den inre marknadens funktion anses som ringa.

91. Visserligen kan varje underlåtenhet att följa en dom från EG-domstolen anses som allvarlig. Förevarande överträdelse kan följaktligen i princip sanktioneras med ett standardbelopp som en symbolisk sanktion⁶⁴ avseende överträdelsen från den dag då domen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, meddelades till dess att överenskommelserna om

hävande ingicks. Den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland redan hade uppfyllt den skyldighet som följer av den första domen under det skriftliga förfarandet skall emellertid beaktas som en förmildrande omständighet.

92. Under omständigheterna i förevarande fall anser jag att det finns skäl att avstå från att ålägga en ekonomisk sanktion.

VII — Rättegångskostnaderna i målet

93. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom kommissionen har framställt ett sådant yrkande och Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet skall Förbundsrepubliken Tyskland förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

94. I artikel 69.4 i rättegångsreglerna föreskrivs att medlemsstater som har intervenerat skall bära sina rättegångskostnader. Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland skall således bära sina rättegångskostnader.

62 — Se Candela Castillo, J., La loi européenne, désormais mieux protégée — Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de Justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du droit communautaire, *Revue du Marché Unique Européen*, nummer 1 (1997), s. 20 och s. 21.

63 — Se Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 28; Diez Hochleitner, J., Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de Justice par les États membres, *Revue du Marché Unique Européen*, nummer 2 (1994), s. 140; Bonnie, A., Commission Discretion under Article 171 (2) E. C., *European Law Review*, nummer 6 (1998), s. 547; Burgi, M., i: *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union* (utg. Rengeling/Middeke/Gellermann), andra upplagan, C.H. Beck, München 2003, 6 §, punkt 51.

64 — Karpenstein, P./Karpenstein, U., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, band III, artikel 228 EG, punkt 28, anser att ett standardbelopp är att föredra framför vite när den medlemsstat som har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget skall föreläggas en "symbolisk" sanktion enligt proportionalitetsprincipen, eftersom det kan förutses att medlemsstaten kommer att få fördragsbrottet att upphöra innan dom meddelas.

VIII — Förslag till avgörande

95. Med hänsyn till vad som har anförts ovan och mot bakgrund av att kommissionen inte längre har vidhållit sin talan avseende Bockhorns kommun föreslår jag att domstolen

- fastställer att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG genom att inte vidta de åtgärder som krävs för att följa dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, angående staden Braunschweigs tilldelning av ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall,
- förpliktar Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna, och
- fastställer att Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland skall bära sina rättegångskostnader.