

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 19 februari 2009¹

I — Inledning

1. Genom förevarande talan som väckts i enlighet med artikel 226 EG, har Europeiska gemenskapernas kommission yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt bestämmelserna i artikel 8 jämförd med avdelning III–VI i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster², eftersom Landkreise (förvaltningsenheter) Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingbostal och Stade har slutit ett avtal om bortskaffande av avfall direkt med Hamburgs stads renhållningstjänst och inte tillämpat ett öppet eller selektivt upphandlingsförfarande i hela gemenskapen avseende detta tjänsteavtal.

2. Bestämmelserna om förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster som infördes genom direktiv 92/50 utgör en av de åtgärder som är avsedda att upprätta den inre marknaden genom att bidra till att avskaffa hindren mot den fria rörligheten för tjänster. Det rör sig obestridligen om en åtgärd som såväl

tjänsteleverantören som tjänstemottagaren drar fördel av.

3. I förevarande fall är fyra förvaltningsenheter mottagare av renhållningstjänsten. I själva verket är antalet mottagare mycket större. Förvaltningsenheterna förmedlar nämligen endast tjänster till deras invånare, vilka är denna tjänsts slutliga mottagare. Jag anser att det är lämpligt att påminna om att om det skulle visa sig att en tjänsteleverantör har valts i strid med de krav som följer av gemenskapsrätten, är det dessa invånares intressen som skadas mest.

II — Tillämpliga bestämmelser

4. Enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 är "offentliga tjänsteavtal" skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av de avtal som uppräknas i punkterna i–ix i denna bestämmelse.

¹ — Originalspråk: franska.

² — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139, nedan kallat direktivet.

5. I artikel 1 b i direktiv 92/50 föreskrivs ...”
 följande:

”upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt. Med organ som lyder under offentlig rätt avses varje organ som

— tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,

— är en juridisk person, och

— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

6. Enligt artikel 1 c i direktiv 92/50 är en ”tjänsteleverantör” varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster.

7. Enligt artikel 8 i direktiv 92/50 ska kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI i detta direktiv. Bilaga 1 A, kategori 16 gäller ”Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster”.

8. Det framgår tydligt av uppbyggnaden av artikel 11 i direktiv 92/50 att de upphandlande myndigheterna ska tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet vid tilldelning av offentliga kontrakt avseende tjänster, förutom i de fall som föreskrivs i punkterna 2 och 3 i samma artikel. I dessa fall får de upphandlande myndigheterna tilldela offentliga kontrakt avseende tjänster antingen genom förhandlat förfarande efter föregående publicering av ett meddelande om upphandling (det fall som avses i punkt 2) eller genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling (det fall som avses i punkt 3).

9. Enligt artikel 11.3 b i direktiv 92/50 får de upphandlande myndigheterna tilldela kontrakt om samhällstjänster genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling avseende tjänster som av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör.

13. Det omtvistade avtalet ingicks direkt den 18 december 1995 utan något öppet eller selektivt upphandlingsförfarande i hela gemenskapen. Det följer av avtalets inledning att Hamburgs stads renhållningstjänst, genom skrivelse av den 30 november 1994, erbjöd förvaltningsenheterna partiell kapacitet på 120 000 ton per år av den totala årliga kapaciteten av den termiska avfallsåtervinningsanläggningen i Rugenberger Damm (nedan kallad Rugenberger Damm-anläggningen) och att förvaltningsenheterna antog detta anbud genom skrivelse av den 6 januari 1995.

III — Bakgrund

10. Kommissionens talan avser ett avtal som ingicks mellan förvaltningsenheterna Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingbostel och Stade (nedan kallade förvaltningsenheterna) å ena sidan och Hamburgs stads renhållningstjänst å andra sidan (nedan kallat det omtvistade avtalet).

14. I det omtvistade avtalet förband sig Hamburgs stads renhållningstjänst att ställa en kapacitet på 120 000 ton per år till förfogande för termisk återvinning av avfall i Rugenberger Damm-anläggningen. Förvaltningsenheterna förband sig att till Hamburgs stads renhållningstjänst erlagga en årlig ersättning som bestod av en fast del och en del som berodde på den levererade mängden.

11. Förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst är offentliga organ med ansvar för bortskaffande av avfall.

12. Delstaten Niedersachsen, som förvaltningsenheterna tillhör, delstaten Schleswig-Holstein och den fria hansestaden Hamburg utgör storstadsregionen Hamburg.

15. Det omtvistade avtalet skulle gälla i tjugo år från och med den 15 april 1999, eftersom Rugenberger Damm-anläggningen vid tidpunkten för avtalets ingående var på planeringsstadiet.

IV — Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

16. Kommissionen beslutade att agera till följd av ett klagomål från en medborgare som ansåg sig betala för höga avgifter för bortskaffande av avfall.

17. Kommissionen ansåg att Förbundsrepubliken Tyskland kunde ha åsidosatt bestämmelserna i artikel 8 jämförda med avdelning III–VI i direktiv 92/50, genom att direkt ingå ett avtal, i vilket förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst utgjorde parter, avseende bortskaffande av avfall utan vare sig upphandlingsförfarande eller anbudsinfordran i hela gemenskapen, och riktade den 30 mars 2004 en formell underrättelse till Förbundsrepubliken Tyskland, i enlighet med artikel 226 EG.

18. Förbundsrepubliken Tyskland svarade genom skrivelse av den 30 juni 2004. Den gjorde gällande att enligt Förbundsrepubliken Tysklands mening var det omtvistade avtalet en överenskommelse om gemensamt genomförande av en offentlig uppgift som ankom på förvaltningsenheterna och Hamburgs stad och att det således rörde sig om ett kommunalt samarbete.

19. Kommissionen ansåg inte att de synpunkter som Förbundsrepubliken Tysk-

land framförde var tillfredsställande och riktade den 22 december 2004 ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland. I det motiverade yttrandet konstaterade kommissionen att avtalet i fråga omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och att den omständigheten att förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst hade ingått avtalet direkt följaktligen innebar att nämnda direktiv åsidosattes.

20. Trots de argument som Förbundsrepubliken Tyskland framförde i sitt svar av den 25 april 2005 på det motiverade yttrandet väckte kommissionen förevarande talan. Kommissionen har genom sin talan yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med avdelning III–VI i direktiv 92/50 och att Förbundsrepubliken Tyskland ska ersätta rättegångskostnaderna.

21. Mot bakgrund av de argument som Förbundsrepubliken Tyskland framförde i sitt svaromål och i sin duplik har Förbundsrepubliken Tyskland yrkat att domstolen ska avslå talan och förplikta sökanden att erlagga rättegångskostnaderna.

22. Genom beslut av domstolens ordförande den 14 juni 2007 tilläts Konungariket Nederländerna och Republiken Finland intervensera i förevarande mål till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Republiken

Finland har emellertid inte inkommit med någon interventionsinlägga.

mening som avses i artikel 11.4 i direktiv 92/50.

23. Förbundsrepubliken Tyskland begärde att muntlig förhandling skulle hållas. Vid den muntliga förhandlingen, som hölls den 11 november 2008, deltog representanter för Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen.

25. Jag har för avsikt att pröva huruvida kommissionens anmärkning är välgrundad utifrån de argument som Förbundsrepubliken Tyskland har åberopat. Genom dessa argument har Förbundsrepubliken Tyskland inte bestritt att det omtvistade avtalet inte har varit föremål för någon anbudsinfordran, utan avser att visa att förvaltningsenheterna inte var tvungna att genomföra en anbudsinfordran för att ingå det omtvistade avtalet av fyra anledningar.

V — Bedömning

24. I sin ansökan utgår kommissionen från antagandet att förvaltningsenheterna är upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50, att Hamburgs stads renhållningstjänst är tjänstleverantör i den mening som avses i direktiv 92/50 och att det omtvistade avtalet som har ingåtts mellan förvaltningsenheterna å ena sidan och Hamburgs stads renhållningstjänst å andra sidan är ett offentligt tjänst-avtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50. Eftersom föremålet för det omtvistade avtalet är en tjänst som finns med i bilaga 1 A till direktiv 92/50, och då det inte rör sig om något av fallen där det är motiverat att upphandla avtalet genom förhandlat förfarande efter föregående publicering av ett meddelande om upphandling (artikel 11.2 i direktiv 92/50) eller genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande (artikel 11.3 i direktiv 92/50), kunde det omtvistade avtalet, alltefter omständigheterna, endast ingås genom ett öppet eller ett selektivt förfarande i den

26. För det första är det omtvistade avtalet ett uttryck för samarbete mellan statliga organ och berör således endast de statliga organens interna relationer när de utför en offentlig uppgift. Av detta följer att avtalet inte omfattas av direktiv 92/50. För det andra utgör inte det omtvistade avtalet ett avtal i den mening som avses i artikel 1 a i nämnda direktiv. Även om det omtvistade avtalet skulle kvalificeras som ett avtal i den mening som avses i direktiv 92/50 finns det, för det tredje, ett tekniskt skäl i den mening som avses i artikel 11.3 b i detta direktiv, till att avtalet hade kunnat tilldelas genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling. Enligt artikel 86.2 EG var det för det fjärde inte nödvändigt att genomföra ett öppet eller ett selektivt förfarande eftersom ett sådant förfarande skulle ha hindrat förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst att utföra sin uppgift.

A — Tillämpningsområdet för direktiv 92/50

27. Förbundsrepubliken Tyskland har till sitt försvar gjort gällande att det omtvistade avtalet utgör en intern transaktion inom staten som i allmänhet inte omfattas av direktiv 92/50. Förbundsrepubliken Tyskland liksom den nederländska regeringen har framhållit att detta direktiv gäller tilldelande av kontrakt till företag och att det endast är tillämpligt när staten har beslutat att den inte själv vill utföra en uppgift utan vill anskaffa motsvarande tjänst på marknaden.

28. I detta avseende ska det erinras om att domstolen har funnit att direktiven om offentlig upphandling³ generellt är tillämpliga när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet⁴. På samma sätt är detta direktiv även tillämpligt om ett kontrakt har tilldelats för att tillgodose allmänna intressen eller om det inte är kopplat till denna uppgift.⁵

3 — Det rör sig om direktiv 92/50, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126) och rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54). De tre parallella direktiven har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

4 — Se dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkterna 50 och 51, och av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkt 47.

5 — Se för ett liknande resonemang dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 32 och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 26.

29. Enligt domstolen finns det emellertid ett undantag från denna allmänna regel. Direktiven om offentlig upphandling är inte tillämpliga även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över det fristående organet motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och detta organ ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det.⁶

30. Det var vidare enligt detta undantag som domstolen fann att det inte är möjligt att a priori utesluta rättsförhållanden mellan institutioner som lyder under offentlig rätt, oavsett dessa rättsförhållandens art, från tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.⁷

31. Såsom Förbundsrepubliken Tyskland har framhållit är det i förevarande fall uppenbart är det omtvistade avtalet utgör ett medel för samarbete mellan de statliga organen. Det följer emellertid inte av denna enda omständighet att avtalet i fråga inte omfattas av

6 — Se domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Teckal, punkt 50, dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-2173), punkt 36, och de domar som anges där samt dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, kommissionen mot Italien, punkt 22.

7 — Se för ett liknande resonemang, dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkt 40.

tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Det är endast möjligt att dra motsatt slutsats om det är visat att de två villkor som uppställdes för första gången i domen i målet Teckal är uppfyllda.

32. Såsom Förbundsrepubliken Tyskland rätteligen har framhållit finns det ännu en möjlighet för en offentlig myndighet som omfattas av begreppet "upphandlande myndighet" i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50, att inte tillämpa detta direktiv. Det rör sig om en situation i vilken en offentlig myndighet utför de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. Eftersom det i ett sådant fall inte kan vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person ska de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling inte tillämpas.⁸

33. Detta innebär att offentliga myndigheter, när de utför uppgifter av allmänintresse, inte är tvungna att rikta sig till marknaden för att få en tjänst utförd. De har möjlighet att välja mellan att använda sig av sina egna medel (i detta fall är direktiv 92/50 inte tillämpligt) och av marknaden.

34. I detta avseende delar jag inte Förbundsrepubliken Tysklands uppfattning, enligt vilken ett samarbete mellan två olika statliga enheter i förevarande fall ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten använder sig av sina egna medel. Hamburgs stads renhållningstjänst kan inte betraktas som egna medel i förhållande till de berörda förvaltningsenheterna, vilka är upphandlande myndigheter.

B — Offentliga tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50

35. Förbundsrepubliken Tyskland har anfört att det omtvistade avtalet inte är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50 av tre anledningar.⁹ För det första utgör det omtvistade avtalet en större intern samarbetsåtgärd mellan statliga organ inom storstadsregionen Hamburg. För det andra har inte Hamburgs stads renhållningstjänst enligt avtalet en ställning som tjänstleverantör utan erbjöd tvärtom, i egenskap av ett organ som lyder under offentlig rätt och är ansvarigt för bortskaffande av avfall, de förvaltningsenheter som också är ansvariga för bortskaffande av avfall administrativ hjälp. För det tredje går avtalet innehållsmässigt utöver ett vanligt tjänsteavtal.

8 — Se domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 48.

9 — Tyskland har närmare bestämt åberopat fyra anledningar, men argumentet avseende förekomsten av en "intern åtgärd" och argumentet avseende en "del av ett större samarbete" har enligt min mening ett nära samband.

36. Jag anser inte att dessa argument är av sådan art att de påverkar slutsatsen att det avtal som har ingåtts mellan de fyra förvaltningsenheterna å ena sidan och Hamburgs stads renhållningstjänst å andra sidan utgör ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50.

37. Det följer av domstolens rättspraxis att det krävs att det finns en överenskommelse mellan två skilda personer för att ett avtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/36 ska anses föreligga.¹⁰

38. Detta villkor är uppfyllt i förevarande fall. Det omtvistade avtalets föremål, nämligen termisk återvinning av avfall, omfattas dessutom av de tjänster som avses i kategori 16 i bilaga 1 A till direktiv 92/50.

39. Eftersom Hamburgs stads renhållningstjänst inte kan betraktas som förvaltningsenheternas egna medel,¹¹ krävs det att de två kumulativa villkoren för att undantaget, som jag nämnde i punkt 29 i detta förslag till avgörande, ska tillämpas är uppfyllda, för att direktiv 92/50 inte ska vara tillämpligt.

40. Det ska således prövas om förvaltningsenheterna utövar en kontroll över Hamburgs stads renhållningstjänst motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och om Hamburgs stads renhållningstjänst bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med förvaltningsenheterna.

41. Domstolen har åtskilliga gånger prövat villkoret ”motsvarande kontroll”. Det framgår av domstolens rättspraxis, att vid bedömningen av om den offentliga myndigheten utövar en kontroll över sin avtalspart motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, inte endast samtliga relevanta bestämmelser ska beaktas utan även de relevanta omständigheterna i det förevarande fallet. Av denna undersökning ska framgå att den enhet som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.¹²

42. Förbundsrepubliken Tyskland har i detta avseende gjort gällande att villkoret avseende motsvarande kontroll var uppfyllt, eftersom de berörda förvaltningsenheterna utövar en ömsesidig kontroll av varandra inom storstadsregionen Hamburg.

10 — Se domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Teckal, punkt 49, och dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei (REG 2006, s. I-4137), punkt 32.

11 — Se punkt 34 i förevarande förslag till avgörande.

12 — Se dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 65, domen i det ovan i fotnot 10 nämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 36, domen i det ovan i fotnot 6 nämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 24, och dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-8457), punkt 28.

43. I detta avseende ska påpekas att det inte finns någonting som visar att förvaltningsenheterna deltar i Hamburgs stads renhållningstjänst och således att de utövar kontroll över denna.

44. Såsom kommissionen rätteligen har framhållit utövar renhållningstjänsten vidare inte sin verksamhet åt förvaltningsenheterna enligt lag eller andra offentligrättsliga bestämmelser utan på grundval av ett avtal. Det omtvistade avtalet är det enda rättsliga bandet mellan förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst, och förvaltningsenheterna har enligt detta avtal inte någon möjlighet att utöva kontroll.

45. Enligt min mening är det klart otillräckligt med en allmän hänvisning till gemensamma målsättningar. Kontrollen ska ha en mer påtaglig grund.

46. Principen ”ömsesidigt givande och tagande”, på vilken samarbetet inom storstadsregionen Hamburg enligt Förbundsrepubliken Tyskland grundar sig, gör det på sin höjd möjligt för förvaltningsenheterna att utöva en indirekt kontroll över Hamburgs stads renhållningstjänst.

47. Eftersom det första villkoret som krävs för att undantaget ska vara tillämpligt enligt min mening inte är uppfyllt, saknas anledning att pröva huruvida det andra är det. Jag erinrar emellertid om att bortscaffande av avfall endast motsvarar en del av Hamburgs stads renhållningstjänsts verksamhet.

48. Med beaktande av det ovanstående föreligger det enligt min mening inte några omständigheter som gör det möjligt att anta att det omtvistade avtalet inte utgör ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50. Detta innebär att avtalet endast kunde ingås i enlighet med bestämmelserna i nämnda direktiv.

C — Förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling såsom undantag från den generella bestämmelsen om förfarande vid offentlig upphandling

49. Förbundsrepubliken Tyskland har till sitt försvar vidare gjort gällande att förvaltningsenheterna endast kunde ha ingått det omtvistade avtalet med Hamburgs stads renhållningstjänst, som förfogade över en säker plats för uppförandet av en avfallsåtervinningsanläggning. Den omständigheten att det i storstadsregionen Hamburg inte finns någon annan plats där sådana anläggningar kan uppföras och att de befintliga anläggningarna inte har tillgänglig kapacitet utgör ett tekniskt

skäl i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50. Detta tekniska skäl rättfärdigar att en offentlig upphandling av tjänster genom förhandlat förfarande genomförs utan att ett meddelande om upphandling dessförinnan publiceras.

50. Det framgår tydligt av uppbyggnaden av artikel 11 i direktiv 92/50 att punkt 3 i artikeln är ett undantag från den generella bestämmelsen i punkt 4 i samma artikel, enligt vilken de upphandlande myndigheterna upphandlar tjänster genom öppet eller selektivt förfarande.

51. I detta avseende erinrar domstolen om att artikel 11.3 i direktiv 92/50 utgör ett undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget på området för offentlig upphandling av tjänster och att artikeln därför skall tolkas restriktivt och att det är den som avser att återropa bestämmelsen som ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat verkligen föreligger.¹³

52. Domstolen har redan prövat huruvida det förelåg ”tekniska skäl” i dom av den 10 april 2003 i målet kommissionen mot Tyskland.¹⁴ Domstolen fastslog att ett tekniskt skäl rörande miljöskydd eventuellt får beaktas för att bedöma om upphandlingskontraktet i fråga kan tilldelas en viss tjänsteleverantör. Det är riktigt att domstolen i denna dom inte fastslog en uttömmande definition av tekniska skäl. Domstolen definierade dem negativt genom att räkna upp de omständigheter som inte utgör tekniska skäl i den mening som avses i artikel 11.3 i direktiv 92/50.

53. I dom av den 2 juni 2005 i målet kommissionen mot Grekland¹⁵, fann domstolen, beträffande artikel 20.2 c i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna¹⁶, som innehåller en bestämmelse som motsvarar den som föreskrivs i artikel 11.3 i direktiv 92/50, att två kumulativa villkor ska vara uppfyllda för att denna bestämmelse ska bli tillämplig, nämligen att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.

13 — Se dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), punkt 58, och av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkt 23.

14 — Dom av den 10 april 2003 i det ovan i fotnot 13 nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 58–67.

15 — Dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkt 34.

16 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177.

54. Mot bakgrund av nämnda rättspraxis anser jag att Förbundsrepubliken Tyskland inte har visat att artikel 11.3 i direktiv 92/50 är tillämplig i förevarande fall.

55. Om Förbundsrepubliken Tysklands argumentation, som grundar sig på rådets direktiv 75/442/EEG av den 15 juli 1975 om avfall¹⁷, godtogs, skulle det innebära att nämnda direktiv hindrade den fulla verkan av direktiv 92/50.

D — Huruvida direktiv 92/50 hindrar förvaltningsenheterna från att fullgöra sin uppgift avseende bortskaffande av avfall

56. Förbundsrepubliken Tyskland har vidare gjort gällande att förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst, såsom organ som lyder under offentlig rätt med ansvar för bortskaffande av avfall, endast kan fullgöra sin uppgift genom att ingå det

omtvistade avtalet. Förvaltningsenheterna är enligt direktiv 92/50 skyldiga att tilldela den tjänsteleverantör ett kontrakt som erbjuder det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inom ett öppet eller ett selektivt förfarande. Skyldigheten som följer av direktiv 92/50 att genomföra en anbudsfordran genom ett öppet eller ett selektivt förfarande hindrar förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst från att fullgöra sin uppgift. Enligt artikel 86.2 EG är direktivet således inte som sådant tillämpligt på förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst.

57. Avseende artikel 86.2 EG, enligt vilken företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs, har domstolen fastslagit att när det rör sig om en bestämmelse som, under vissa omständigheter, medger undantag från fördragets regler måste denna artikel i fördraget ges en restriktiv tolkning.¹⁸ Domstolen har även beslutat att det är den medlemsstat eller det företag som åberopar denna bestämmelse som ska visa att villkoren för att tillämpa den är uppfyllda.¹⁹

18 — Se dom av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, *GT-Link* (REG 1997, s. I-4449), punkt 50, och av den 17 maj 2001 i mål C-340/99, *TNT Traco* (REG 2001, s. I-4109), punkt 56.

19 — Se dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), punkt 94, domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet *TNT Traco*, punkt 59, och dom av den 15 november 2007 i mål C-162/06, *International Mail Spain* (REG 2007, s. I-9911), punkt 49.

17 — EGT L 194, s. 39; svensk specialutgåva, område 15, volym 1 s. 238.

58. Jag anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte uppfyllt sin bevisbörda.

kunnat erbjuda även andra köpare sin fria kapacitet.²⁰

59. Det förefaller som om Förbundsrepubliken Tysklands argumentation i detta avseende grundar sig på två förutsättningar. Om det omtvistade avtalet inte hade funnits hade, för det första, varken förvaltningsenheterna eller Hamburgs stads renhållningstjänst kunnat fullgöra sina uppgifter avseende bortskaffande av avfall. Rugenberger Dammanläggningen kunde byggas endast på grund av detta avtal. Det omtvistade avtalet hade, för det andra, inte ingåtts om förvaltningsenheterna hade genomfört en anbudsfordran inom ett öppet eller ett selektivt förfarande eftersom de inom ramen för ett sådant förfarande är skyldiga att tilldela den tjänsteleverantör kontraktet som erbjuder det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

60. Enligt min mening är såväl den första som den andra förutsättningen felaktig.

61. Jag tvivlar på att det omtvistade avtalet är det enda medlet för att fullgöra uppgiften inom området för bortskaffande av avfall. Såsom kommissionen rätteligen har framhållit hade Hamburgs stads renhållningstjänst

62. Jag anser inte heller att tillämpningen av ett öppet eller ett selektivt förfarande hade utgjort hinder för ett sådant avtal som det som har ingåtts mellan förvaltningsenheterna och Hamburgs stads renhållningstjänst, eftersom ett kontrakt enligt dessa förfaranden ska tilldelas den tjänsteleverantör som erbjuder det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

63. Domstolen har redan fastslagit att de upphandlande myndigheterna, när ett kontrakt ska tilldelas den som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får tillämpa olika och skiftande kriterier beroende på kontraktets art. Domstolen har också fastslagit att samtliga kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte nödvändigtvis ska vara av rent ekonomisk art.²¹ Domstolen har uttryckligen fastslagit att en upphandlande myndighet kan beakta miljöskyddskriterier i olika skeden av ett upphandlingsförfarande.²²

20 — En skyldighet för Hamburgs stads renhållningstjänst att, i egenskap av upphandlande myndighet enligt artikel 1 b i direktiv 92/50, inleda en anbudsfordran för att hitta den mängd avfall som saknades, hade slutligen varit tänkbar.

21 — Se dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213), punkterna 53 och 55.

22 — Se domen i det ovan i fotnot 21 nämnda målet Concordia Bus Finland, punkt 57, och domen av den 10 april 2003 i det ovan i fotnot 13 nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 60.

VI — Förslag till avgörande

64. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska

- fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 8 jämförd med avdelning III–VI i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, eftersom Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingbostel och Stade har slutit ett avtal om bortskaffande av avfall direkt med Hamburgs stads renhållningstjänst och inte tillämpat ett öppet eller selektivt upphandlingsförfarande i hela gemenskapen avseende detta tjänsteavtal,
- förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna,
- förplikta intervenienterna Konungariket Nederländerna och Republiken Finland att bära sina rättegångskostnader.