

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 18 juli 2007*

I mål C-503/04,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 228 EG, som väckts den 7 december 2004,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av B. Schima, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing och C. Schulze-Bahr, båda i egenskap av ombud, biträdda av H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues och J.-C. Gracia, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

Konungariket Nederländerna, företrädd av H.G. Sevenster och D.J.M. de Grave, båda i egenskap av ombud,

Republiken Finland, företrädd av T. Pynnä, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.W.A. Timmermans (referent) samt domarna P. Kūris, K. Schiemann, J. Makarczyk och J.-C. Bonichot,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 december 2006,

och efter att den 28 mars 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG genom att inte vidta de åtgärder som följer av 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), angående ingående av ett kontrakt om omhändertagande av avloppsvatten i Bockhorns kommun (Tyskland), och av ett kontrakt om bortskaffande av avfall i staden Braunschweig (Tyskland). Europeiska gemenskapernas kommission har vidare yrkat att domstolen skall förelägga Förbundsrepubliken Tyskland att, från och med dagen för denna dom, till kommissionen betala löpande vite med ett belopp om 31 680 euro per dag till dess de åtgärder vidtas som krävs för att följa ovannämnda dom i den del som avser kontraktet i Bockhorns kommun, och med ett belopp om 126 720 euro per dag till dess de åtgärder vidtas som krävs för att följa ovannämnda dom i den del som avser kontraktet i staden Braunschweig. Det löpande vitet skall sättas in på kontot för Europeiska gemenskapens egna medel.

- 2 Genom beslut av domstolens ordförande av den 6 juni 2005 tilläts Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland att intervensera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 I artikel 2.6 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), föreskrivs följande:

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

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

- 4 Artikel 3.1 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”Kommissionen får tillgripa prövningsförfarandet enligt 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.”

Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland

5 I punkterna 1 och 2 i domslutet i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, fastställde domstolen 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 [EGT L 209 s.1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139], genom att Bockhorns kommun (Tyskland) inte anordnade ett anbudsförfarande beträffande upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och inte offentliggjorde resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

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

Det administrativa förfarandet

6 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.

- 7 Kommissionen var inte nöjd med det svar som den tyska regeringen hade lämnat den 7 augusti 2003 och anmodade därför, den 17 oktober 2003, de tyska myndigheterna att yttra sig inom två månader.

- 8 I sitt yttrande av den 23 december 2003 hänvisade den tyska regeringen till en skrivelse som hade tillställts delstatsregeringen i Niedersachsen i början av december månad 2003, i vilken delstatsregeringen hade uppmanats att se till att den gällande lagstiftningen i fråga om offentlig upphandling iaktogs och att underrätta den tyska regeringen om vilka åtgärder delstatsregeringen avsåg att vidta för att undvika en upprepning av liknande överträdelser i framtiden. Den tyska regeringen hänvisade dessutom till 13 § i förordningen om offentlig upphandling (Vergabeverordnung), vilken 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 tilldelningen av kontraktet sker. Den tyska regeringen gjorde även gällande att det inte förelåg någon skyldighet enligt gemenskapsrätten att säga upp de två kontrakt som det var fråga om i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland.

- 9 Kommissionen tillställde den 1 april 2004 Förbundsrepubliken Tyskland ett motiverat yttrande. Förbundsrepubliken Tyskland inkom med synpunkter på det motiverade yttrandet den 7 juni 2004.

- 10 Kommissionen ansåg att Förbundsrepubliken Tyskland inte hade vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, och beslutade sig därför för att väcka förevarande talan.

Talan

Föremålet för talan

- 11 Förbundsrepubliken Tyskland har i sitt svaromål upplyst om att det kontrakt som har ingåtts av Bockhorns kommun om omhändertagande av kommunens avloppsvatten har sagts upp den 28 februari 2005. Kommissionen har därför i sin replik förklarat att den återkallar sin talan, inbegripet yrkandet om föreläggande av löpande vite, i denna del.

- 12 Eftersom kommissionen delvis har återkallat sin talan skall domstolen endast pröva talan i den del som avser det kontrakt som har ingåtts av staden Braunschweig om bortskaffande av stadens avfall.

Upptagande till sakprövning

- 13 Förbundsrepubliken Tyskland har för det första åberopat att kommissionen saknar berättigat intresse av att få saken prövad, eftersom den inte har ansökt om förklaring av dom enligt artikel 102 i rättegångsreglerna. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland kan, och skall även, tvisten om vilka åtgärder som skall vidtas i anledning av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland lösas inom ramen för en ansökan om förklaring av den domen, och inte genom en talan enligt artikel 228 EG.

- 14 Detta resonemang kan emellertid inte godtas.

- 15 I mål om fördragsbrott enligt artikel 226 EG skall domstolen endast fastställa huruvida det har skett ett åsidosättande av en gemenskapsrättslig bestämmelse eller inte. Det ankommer därefter enligt artikel 228.1 EG på medlemsstaten i fråga att vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland, REG 2004, s. I-11197, punkt 26). Frågan om vilka åtgärder som krävs för att följa en dom varigenom ett fördragsbrott fastställts enligt artikel 226 EG omfattas således inte av föremålet för en sådan dom, och kan därför inte vara föremål för en ansökan om förklaring av den domen (se även, för ett liknande resonemang, beslut av den 20 april 1988 i de förenade målen 146/85 och 431/85, INT, Maindiaux m.fl. mot Ekonomiska och sociala kommittén m.fl., REG 1988, s. 2003, punkt 6).
- 16 Det ankommer på medlemsstaten att vidta de lämpliga åtgärder som den anser följer av den dom varigenom fördragsbrottet fastställs. För det fall kommissionen riktar kritik mot åtgärderna i fråga är det i samband med en eventuell talan enligt artikel 228.2 EG som det åligger medlemsstaten att motivera dessa åtgärder.
- 17 Förbundsrepubliken Tyskland har för det andra, med stöd av Konungariket Nederländerna, i sin duplik yrkat att domstolen skall besluta att förfarandet skall avslutas enligt artikel 92.2 i rättegångsreglerna, eftersom det inte längre finns något föremål för talan sedan även det kontrakt som ingåtts av staden Braunschweig om bortskaffande av avfall har avslutats med verkan från den 10 juli 2005.
- 18 Kommissionen har, i sitt yttrande över Republiken Frankrikes, Konungariket Nederländernas och Republiken Finlands interventionsinlagor, genmält att den alltjämt har intresse av att domstolen prövar frågan huruvida Förbundsrepubliken Tyskland, vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet enligt artikel 228 EG, följde domen av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland. Kommissionen har emellertid förklarat att det inte längre är nödvändigt att förelägga Förbundsrepubliken Tyskland löpande vite.

- 19 Enligt fast rättspraxis är referenstidpunkten för att bedöma huruvida det föreligger ett fördragsbrott enligt artikel 228 EG utgången av den frist som har angetts i det, med stöd av samma bestämmelse, avgivna motiverade yttrandet (dom av den 18 juli 2006 i mål C-119/04, kommissionen mot Italien, REG 2006, s. I-6885, punkt 27 och där angiven rättspraxis).
- 20 I det föreliggande fallet togs det motiverade yttrandet emot av de tyska myndigheterna den 1 april 2004, vilket framgår av ankomststämpeln. I det motiverade yttrandet angavs en frist om två månader. Referenstidpunkten för att bedöma huruvida det föreligger en underlåtenhet enligt artikel 228 EG är således den 1 juni 2004. Vid denna tidpunkt hade det kontrakt som hade ingåtts av staden Braunschweig om bortskaffande av avfall ännu inte avslutats.
- 21 I motsats till vad Förbundsrepubliken Tyskland har hävdats vid förhandlingen skall talan inte avvisas på den grunden att kommissionen inte längre yrkar att något löpande vite skall föreläggas.
- 22 Domstolen är behörig att döma ut ekonomiska påföljder utan att kommissionen har framställt något yrkande därom (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2005 i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s. I-6263, punkt 90). Detta innebär att talan inte skall avvisas enbart på den grunden att kommissionen under ett visst skede i förfarandet vid domstolen anser att föreläggandet av löpande vite inte längre är påkallat.
- 23 Beträffande den invändning om rättegångshinder som grundar sig på artikel 3 i direktiv 89/665, och vilken generaladvokaten nämner i punkt 44 i sitt förslag till avgörande, noterar domstolen att det särskilda förfarande som föreskrivs i den bestämmelsen utgör en skyddsåtgärd som varken kan stå i strid med, eller ersätta kommissionens behörighet enligt artiklarna 226 EG och 228 EG (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

24 Av ovan anförda överväganden följer att talan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

- 25 Kommissionen anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte har vidtagit tillräckliga åtgärder för att följa domen av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, eftersom den aktuella medlemsstaten inte har sagt upp det kontrakt som har ingåtts av staden Braunschweig om bortskaffande av stadens avfall före utgången av den frist som hade angetts i det motiverade yttrandet.
- 26 Förbundsrepubliken Tyskland har upprepat den ståndpunkt som angavs i meddelandet från den tyska regeringen den 23 december 2003, enligt vilken det inte krävs att de kontrakt som avses i domen sägs upp, och hävdar att de ingripanden som nämns i meddelandet utgör tillräckliga åtgärder för att följa domen.
- 27 Det erinras om att, i enlighet med vad som framgår av punkt 12 i dom av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, staden Braunschweig och Braunschweigsche Kohlebergwerke ingick ett kontrakt enligt vilket Braunschweigsche Kohlebergwerke, från och med juni/juli 1999 och 30 år framåt, skulle svara för bortskaffandet av restavfall genom värmebehandling.
- 28 Avsikten med de åtgärder som har nämnts av den tyska regeringen i meddelandet av den 23 december 2003 har, i likhet med vad generaladvokaten har påpekat i punkt 72 i sitt förslag till avgörande, endast varit att förhindra att nya kontrakt ingås som skulle utgöra liknande fördragsbrott som de som hade fastställts i domen. Åtgärderna har däremot inte hindrat att det kontrakt som hade ingåtts av staden Braunschweig hade full rättsverkan den 1 juni 2004.

- 29 Följaktligen fortgick fördragsbrottet alltjämt den 1 juni 2004, eftersom kontraktet inte hade avslutats vid detta datum. Den inskränkning av den fria rörligheten för tjänster som sker genom ett åsidosättande av bestämmelserna i direktiv 92/50 fortgår nämligen under hela löptiden för de avtal som har ingåtts i strid med dessa bestämmelser (dom av 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 36). Vid nämnda datum kunde fördragsbrottet dessutom förväntas fortgå under flera decennier med hänsyn till kontraktets långa löptid.
- 30 Med hänsyn till samtliga dessa omständigheter kan det inte, i en sådan situation som det är fråga om i förevarande mål, anses att Förbundsrepubliken Tyskland den 1 juni 2004 hade vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domen av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland i den del som avser det kontrakt som hade ingåtts av staden Braunschweig.
- 31 Förbundsrepubliken Tyskland har, med stöd av Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland, emellertid gjort gällande att artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 innebär att fastställandet av ett fördragsbrott i den mening som avses i artikel 226 EG medför att det inte föreligger någon skyldighet att säga upp ett avtal som har slutits efter det att ett offentligt kontrakt har tilldelats. Enligt artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 ges medlemsstaterna möjlighet att föreskriva i sin nationella lagstiftning att endast talan om skadestånd får väckas efter det att ett sådant kontrakt har ingåtts, vilket utesluter möjligheten att säga upp kontraktet. Enligt dessa medlemsstater utgör även rättssäkerhetsprincipen, principen om skydd för berättigade förväntningar, principen *pacta sunt servanda*, den grundläggande rättigheten om skydd för egendom, artikel 295 EG och domstolens rättspraxis i fråga om begränsningar av en doms rättsverkningar i tiden hinder mot att det skulle föreligga en sådan skyldighet.
- 32 Dessa argument kan emellertid inte godtas.

- 33 Beträffande artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 har domstolen redan slagit fast att även om det är riktigt att det enligt den bestämmelsen är tillåtet för medlemsstaterna att bibehålla rättsverkningarna av kontrakt som har ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling, och således skydda motparternas berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses vara förenligt med gemenskapsrätten för tiden efter det att sådana kontrakt har ingåtts, eftersom detta skulle ge bestämmelserna i EG-fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd (dom av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 39).
- 34 Eftersom artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 inte påverkar tillämpningen av artikel 226 EG, kan den inte heller påverka tillämpningen av artikel 228 EG utan att bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden ges minskad räckvidd.
- 35 Syftet med direktiv 89/665 är att säkerställa att effektiva rättsmedel står till buds i alla medlemsstater i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler, för att säkra den effektiva tillämpningen av direktiven om samordning av förfaranden för offentlig upphandling (dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002, s. I-11617, punkt 71). Artikel 2.6 andra stycket i det direktivet rör, som framgår av dess ordalydelse, den ersättning som en person kan få från den upphandlande myndigheten för den skada som denne orsakats av nämnda myndighet till följd av att bestämmelserna i direktivet har åsidosatts. På grund av sin specifika karaktär kan det dock inte anses att den bestämmelsen även reglerar förhållandet mellan en medlemsstat och gemenskapen, vilket är det förhållande som det är fråga om i artiklarna 226 EG och 228 EG.
- 36 Domstolen konstaterar vidare beträffande rättssäkerhetsprincipen, principen om skydd för berättigade förväntningar, principen *pacta sunt servanda* och rätten till skydd för egendom att, även om det skulle vara så att motparten kunde åberopa

dessa principer mot den upphandlande myndigheten vid uppsägning av kontraktet, kan en medlemsstat i vart fall inte åberopa dessa principer som grund för att inte följa en dom varigenom ett fördragsbrott enligt artikel 226 EG fastställs och därigenom undgå sitt eget ansvar enligt gemenskapsrätten (se, analogt, dom av den 17 april 2007 i mål C-470/03, AGM-COS.MET, REG 2007, s. I-2749, punkt 72).

- 37 Beträffande artikel 295 EG, enligt vilken "... fördrag[et] ... inte i något hänseende [skall] ingripa i medlemsstaternas egendomsordning", erinrar domstolen om att den artikeln inte innebär att medlemsstaternas egendomsordningar är undantagna från fördragets grundläggande bestämmelser (dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-4581, punkt 67 och där angiven rättspraxis). Särdragen i en medlemsstats egendomsordning kan dock inte motivera att ett fördragsbrott som består i en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster i strid med bestämmelserna i direktiv 92/50 fortlöper.
- 38 Domstolen erinrar för övrigt om att en medlemsstat inte kan åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin interna rättsordning som grund för att underlåta att iaktta skyldigheter som följer av gemenskapsrätten (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 25 och där angiven rättspraxis).
- 39 Domstolen konstaterar beträffande sin rättspraxis i fråga om begränsningar av domens rättsverkningar i tiden att den i vart fall inte kan åberopas som grund för att inte följa en dom varigenom ett fördragsbrott enligt artikel 226 EG fastställs.

- 40 Ehuru Förbundsrepubliken Tyskland inte den 1 juni 2004 hade vidtagit de åtgärder som krävs för att följa dom av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland i den del som avser det kontrakt som ingåtts av staden Braunschweig, konstaterar domstolen att situationen inte längre är densamma vid tidpunkten för dess prövning av de faktiska omständigheterna. Av detta följer att det inte längre finns grund för att förelägga löpande vite, vilket inte heller längre yrkas av kommissionen.
- 41 Omständigheterna i det förevarande målet är inte heller sådana att det är nödvändigt att förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att betala ett schablonbelopp.
- 42 Domstolen konstaterar således att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 228 EG genom att inte, inom den frist som var angiven i det motiverade yttrande som kommissionen har avgett med stöd av samma bestämmelse, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa dom av den 10 april 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland angående ingåendet av ett kontrakt för bortskaffande av avfall i staden Braunschweig.

Rättegångskostnader

- 43 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas. Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland skall i enlighet med artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 228 EG genom att inte, inom den frist som var angiven i det motiverade yttrande som Europeiska gemenskapernas kommission har avgett med stöd av samma bestämmelse, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, angående ingåendet av ett kontrakt för bortskaffande av avfall i staden Braunschweig (Tyskland).**
- 2) **Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.**
- 3) **Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Finland skall bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter