Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

11. juli 2013 *

»Traktatbrud — direktiv 2004/18/EF — tidsmæssigt anvendelsesområde — koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder — en offentlig myndigheds grundsalg — ejendomsprojekt for nybebyggelse af offentlige områder bestemt af denne myndighed«

I sag C-576/10,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF, anlagt den 9. december 2010,

Europa-Kommissionen ved M. van Beek, A. Tokár og C. Zadra, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Nederlandene ved C. Wissels og J. Langer, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved T. Henze og J. Möller samt ved A. Wiedmann, som befuldmægtigede,

intervenient,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, og dommerne G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev og J.L. da Cruz Vilaça (refererende dommer),

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 31. januar 2013,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 11. april 2013,

* Processprog: nederlandsk.

afsagt følgende

Dom

1 Europa-Kommissionen har med dette søgsmål nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat EU-retten om offentlige kontrakter, navnlig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), da det i forbindelse med Eindhoven kommunes indgåelse af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og afsnit III i dette direktiv.

Retsforskrifter

2 Artikel 1, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»2.

a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

b) Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.[…]

3. Ved »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« forstås en kontrakt med samme karakteristika som bygge- og anlægskontrakter, bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

3 I henhold til direktivets artikel 2 overholder de ordregivende myndigheder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.

4 I afsnit III i direktiv 2004/18 fastsættes regler vedrørende koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder.

5 Artikel 80, stk. 1, i direktiv 2004/18, som er omfattet af dets afsnit V, bestemmer:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest 31. januar 2006. De underretter straks Kommissionen herom. […]«

Tvistens faktiske omstændigheder

6 Tvisten har baggrund i Eindhoven kommunes (herefter »kommunen«) beslutning om at iværksætte et ejendomsprojekt på et areal tilhørende kommunen, beliggende mellem den eksisterende bydel Doornakkers og et nyt beboelsesområde, Tongelresche Akkers (herefter »Doornakkerscentret«).

7 Den 7. august 2001 besluttede Eindhoven kommunes kommunalbestyrelse (herefter »kommunalbestyrelsen«) at godkende meddelelsen om Doornakkerscentret. Dette dokument blev en del af planerne om oprettelse af et socialcenter (omfattende et sundhedscenter og et lege-, integrations- og uddannelsescenter (herefter »SPILcentrum«) og et indkøbscenter med lejligheder. Den 12. september 2001 godkendte kommunalbestyrelsen en lokalplan vedrørende Doornakkerscenterprojektet. Denne plan indeholder retningslinjer for planlægningen af området og fastlægger, hvilke infrastrukturer og faciliteter der skal forbinde Doornakkerskvarteret med Tongelresche Akkers.

8 Ved afgørelse af 23. april 2002 om at følge denne anbefaling godkendte kommunalbestyrelsen meddelelsen med titlen »Udvælgelse af entreprenør til Doornakkerscentret« (herefter »meddelelsen af 23. april 2002«), som var udarbejdet af kommunalforvaltningen den 11. april 2002. I denne meddelelse anførtes de kriterier, der skulle anvendes til at vælge køberen af de grunde, hvor Doornakkerscentret skulle opføres. Det blev præciseret, at salgskontakten skulle overholde »de af kommunen fastsatte rammebetingelser og retningslinjer, dvs. udbudsbetingelserne«, og at den skulle »være i overensstemmelse med […] de endelige køberes/brugeres ønsker«. Det blev ligeledes anført, at »den omstændighed, at kommunen vælger metoden med køb under visse betingelser, medfører, at der ikke finder et udbud sted, og at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke finder anvendelse«.

9 Rammebetingelserne og retningslinjerne nævnt ovenfor i præmis 8 fastsætter bl.a. bygningernes funktioner og deres højde i henhold til lokalplanen. Det fastsættes, at der skal bygges lejligheder og boliger, at det eksisterende sundhedscenter skal udvides, at der skal etableres en forbindelse mellem de to hovedområder, gode adgangsforhold, en parkeringskælder i overensstemmelse med de kommunale bestemmelser om parkering, at værdifulde grønne områder skal bevares, samt at der skal anlægges et torv og en ny park i området.

10 I henhold til meddelelsen af 23. april 2002 blev selskaberne Hurks Bouw en Vastgoed BV (herefter »Hurks«) og Haagdijk BV opfordret til at fremlægge planer.

11 Ved beslutning af 15. juli 2003 valgte kommunen Hurks som entreprenør for Doornakkerscentret og inviteret medkontrahent.

12 I perioden fra juli 2003 til oktober 2005 udarbejdede Hurks detaljerede planer for byggeprojektet i en overordnet plan, som kommunen godkendte den 14. februar 2006. Med henblik på gennemførelsen af denne plan indgik kommunen og Hurks en samarbejdsaftale, som blev underskrevet af Hurks den 12. juni 2007 og af kommunen den 16. juli 2007 (herefter »samarbejdsaftalen«).

13 Det fremgår af betragtning F til denne aftale, at kommunen og Hurks har indgået en aftale om indretningen og opførelsen af SPILcentrum. Parterne har ved denne aftale aftalt, at SPILcentrum udgøres af lejligheder, en udvidelse af det eksisterende sundhedscenter, en parkeringskælder, et indkøbscenter, der ligeledes omfatter boliger, en yderligere parkeringsplads samt lejligheder. Det blev bestemt, at Hurks skulle gennemføre arbejdet på egen risiko og for egen regning. For at disse projekter skulle blive behørigt gennemført, indgik kommunen og Hurks ligeledes en aftale om kommunens salg af grundene til Hurks.

14 Samtidig med disse forhandlinger valgte kommunen den 13. februar 2007 stiftelsen Woonbedrijf som ejer af SPILcentrum. Med henblik herpå underskrev kommunen og stiftelsen Woonbedrijf en samarbejdsaftale den 15. april 2008.

Den administrative procedure og retsforhandlingerne ved Domstolen

15 Efter at have modtaget en klage over tilslagsbetingelserne for Doornakkerscenterprojektet fremsendte Kommissionen den 2. juli 2008 en skrivelse til Kongeriget Nederlandene, hvori den anmodede om oplysninger vedrørende dette projekt. Kongeriget Nederlandene svarede ved skrivelse af 19. december 2008.

16 Kommissionen sendte den 24. februar 2009 en åbningsskrivelse om tilsidesættelse af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter, navnlig direktiv 2004/18, til Kongeriget Nederlandene. Kongeriget Nederlandene besvarede denne ved skrivelse af 30. juni 2009, hvori medlemsstaten bl.a. anførte, at direktiv 3004/18 ikke fandt tidsmæssig anvendelse.

17 Den 9. oktober 2009 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse, hvori den i det væsentlige gentog den indstilling, som den havde fremlagt i åbningsskrivelsen, og anførte argumenter for at godtgøre, at direktiv 2004/18 fandt anvendelse i nærværende sag. Kommissionen opfordrede endvidere Kongeriget Nederlandene til at træffe de nødvendige foranstaltninger inden for to måneder.

18 Ved skrivelse af 8. december 2009 besvarede medlemsstaten den begrundede udtalelse. Kongeriget Nederlandene anfægtede i sit svar Kommissionens indstilling vedrørende tilsidesættelsen af direktiv 2004/18 og anførte på grundlag af dommen af 5. oktober 2000, Kommissionen mod Frankrig (sag C-337/98, Sml. I, s. 8377, præmis 36 og 37), at direktiv 2004/18 ikke fandt anvendelse, men at det derimod var Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), der fandt anvendelse på de faktiske forhold i sagen.

19 På denne baggrund besluttede Kommissionen at indgive nærværende søgsmål.

20 Ved kendelse af 17. maj 2011 har Domstolens præsident givet Forbundsrepublikken Tyskland tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kongeriget Nederlandenes påstande.

Om søgsmålet

Formaliteten

Parternes argumenter

21 Kongeriget Nederlandene har fremsat to formalitetsindsigelser.

22 For det første har Kongeriget Nederlandene gjort gældende, at Kommissionens søgsmål skal afvises, idet Kommissionen har benyttet sig af dokumenter, som Kongeriget Nederlandene i strid med medlemsstatens ret til forsvar ikke har haft mulighed for at tage stilling til under den administrative sagsbehandling.

23 Efter Kongeriget Nederlandenes svar på den begrundede udtalelse har Kommissionen nemlig den 12. maj 2010 opfordret medlemsstaten til at fremlægge en række dokumenter, herunder aftaleprotokollen af 15. januar 2010 vedrørende SPILcentrum og den deraf følgende samarbejdsaftale mellem kommunen og stiftelsen Woonbedrijf. Woonbedrijf blev underrettet ved skrivelse af den 11. juni 2010 fra udenrigsministeren, hvori det blev nævnt, at Kommissionen ikke skulle bruge disse oplysninger som led den verserende sag.

24 Endvidere har Kongeriget Nederlandene bebrejdet Kommissionen at have tilført proceduren tre dokumenter, som ikke var bilagt skrivelsen af 11. juni 2010, og som heller ikke er blevet drøftet under den administrative procedure. Det drejer sig om en oplysningsskrivelse af 18. marts 2008 fra Eindhoven kommune vedrørende udviklingen af boliger, som kommunen havde påbegyndt i 2005-2010, om den administrative bestemmelse med titlen »midlertidig ordning for tilskyndelse til boligbyggeprojekter 2009«, og om en officiel meddelelse, som er hentet på ministeriet for boliganliggender, fysisk planlægning og miljøs hjemmeside.

25 For det andet har Kommissionen ifølge Kongeriget Nederlandene udvidet tvistens genstand i forhold til den administrative fase.

26 For at godtgøre, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, har Kommissionen nemlig i sin stævning for første gang anført, at kommunen modtog en »ydelse«. Under den administrative procedure har Kommissionen kun henført til tilstedeværelsen af en »modydelse«, som kommunen ydede til Hurks for at bevise, at der var tale om en sådan kontrakt. Kommissionen har således fremsat et nyt klagepunkt i sin stævning i strid med Domstolens praksis (dom af 18.11.2010, sag C-458/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 11599, præmis 43).

27 Kommissionen har nedlagt påstand om, at samtlige disse indsigelser forkastes.

Domstolens bemærkninger

28 Hvad angår den sagsøgte medlemsstats første formalitetsindsigelse skal det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Kommissionens åbningsskrivelse til medlemsstaten og dens efterfølgende begrundede udtalelse afgrænser sagens genstand, som herefter ikke kan udvides. Den pågældende medlemsstats mulighed for at fremsætte bemærkninger udgør nemlig, selv om medlemsstaten ikke ønsker at udnytte sin adgang hertil, en i traktaten hjemlet væsentlig garanti, hvis opfyldelse er et væsentligt formkrav til sikring af, at den procedure, hvorved det fastslås, at en medlemsstat har begået et traktatbrud, afvikles behørigt. Følgelig skal Kommissionens begrundede udtalelse og dens søgsmål hvile på de samme klagepunkter som i åbningsskrivelsen, der indledte den administrative procedure (jf. dom af 18.12.2007, sag C-186/06, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 12093, præmis 15, og af 14.10.2010, sag C-535/07, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9483, præmis 41).

29 Domstolen har endvidere fastslået, at Kommissionens fremlæggelse af supplerende oplysninger under proceduren for Domstolen til støtte for, at det påståede traktatbrud var generelt og varigt, i princippet ikke kan udelukkes (dom af 26.4.2005, sag C-494/01, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 3331, præmis 37, og af 22.12.2008, sag C-189/07, Kommissionen mod Spanien, præmis 29).

30 Ifølge Kongeriget Nederlandene har Kommissionen brugt de fire dokumenter, som er blevet fremlagt for første gang med stævningen, til at godtgøre, at kommunen havde en direkte økonomisk interesse i, at Doornakkerscenterprojektet blev gennemført, og dermed, at aftalen mellem kommunen og Hurks var gensidigt bebyrdende.

31 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 31 i forslaget til afgørelse, vedrører de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt i den foreliggende sag, og hvis anvendelse den nederlandske regering har bestridt, dog udelukkende den faktiske situation, som var genstand for den administrative procedure, og de illustrerer blot klagepunktet fremsat under denne procedure.

32 På disse betingelser kunne Kommissionen benytte disse dokumenter til at støtte klagepunktet, som den havde fremsat allerede fra åbningsskrivelsen, vedrørende tilstedeværelsen af en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, hvis gensidigt bebyrdende karakter var en af dens betingelser (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Irland, præmis 36).

33 Den første formalitetsindsigelse må derfor forkastes.

34 Hvad angår den anden formalitetsindsigelse skal det bemærkes, at selv om genstanden for en sag anlagt i medfør af artikel 258 TEUF ganske vist afgrænses af den administrative procedure, der er foreskrevet i denne bestemmelse, og at Kommissionens begrundede udtalelse og søgsmålet skal være baseret på identiske klagepunkter, kan dette krav imidlertid ikke indebære, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald i deres formulering, når sagsgenstanden ikke er blevet udvidet eller ændret (jf. dom af 12.6.2003, sag C-229/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 5727, præmis 44 og 46, af 14.7.2005, sag C-433/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6985, præmis 28, og af 26.4.2007, sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 3351, præmis 18).

35 Kommissionen kan således præcisere sine oprindelige klagepunkter i stævningen, forudsat at den ikke ændrer sagens genstand (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Irland, præmis 38, og dommen af 26.4.2007 i sagen Kommissionen mod Finland, præmis 18).

36 I nærværende sag fremgår det af den blotte læsning af åbningsskrivelsen, den begrundede udtalelse og stævningen indgivet til Domstolen, at Kommissionen ikke har ændret sagens genstand i løbet af denne traktatbrudsprocedure.

37 Det følger nemlig udtrykkeligt af alle tre dokumenter, at Kommissionen ønsker det fastslået, at »Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og afsnit III i direktiv 2004/18«.

38 Kommissionen har i sin begrundede udtalelse nærmere bestemt foreholdt kommunen, at den har indgået ikke en samarbejdsaftale med Hurks, men en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, hvis tilstedeværelse bl.a. afhang af, at denne kontrakt var gensidigt bebyrdende.

39 Kommissionen har i stævningen, idet den har gentaget samme bebrejdelse, henvist til dommen af 25. marts 2010, Helmut Müller (sag C-451/08, Sml. I, s. 2673), hvori Domstolen har præciseret begrebet gensidigt bebyrdende kontrakt. Disse præciseringer, som i øvrigt var en del af retspraksis om dette begreb, vedrørte den ydelse, som den ordregivende myndighed modtog i medfør af en offentlig kontrakt i form af en modydelse.

40 Kommissionen har herved blot givet flere detaljer vedrørende argumenterne til støtte for sin konklusion om, at kontrakten mellem kommunen og Hurks var gensidigt bebyrdende, hvilket allerede var generelt anført i åbningsskrivelsen og i den begrundede udtalelse, og den har således ikke ændret sagens genstand (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 29, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 47).

41 Da den anden formalitetsindsigelse, som Kongeriget Nederlandene har gjort gældende, ligeledes må forkastes, skal Kommissionens søgsmål antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

Parternes argumenter

42 Kommissionen har i sin stævning først analyseret spørgsmålet om den tidsmæssige anvendelse af direktiv 2004/18, som Kongeriget Nederlandene havde rejst under den administrative fase.

43 Under henvisning til, at medlemsstaterne skulle have gennemført direktiv 2004/18 senest den 31. januar 2006, har Kommissionen bemærket, at parterne først underskrev samarbejdsaftalen den 16. juli 2007, dvs. ca. 18 måneder efter, at fristen for nævnte gennemførelse udløb.

44 Det er Kommissionens opfattelse, at det, selv om kommunen allerede havde truffet visse beslutninger inden denne dato, herunder valget af Hurks som entreprenør og medkontrahent, ikke desto mindre følger heraf, at forhandlingerne om de væsentlige elementer i samarbejdsaftalen først begyndte efter den 14. februar 2006, hvor kommunen vedtog den overordnede plan fremlagt af Hurks.

45 Det følger nemlig af en skrivelse fra kommunen af 22. maj 2007, at kommunen og Hurks havde forhandlet samarbejdsaftalens indhold i mere end et år. Forhandlingerne vedrørte dels spørgsmålet, om kommunen skulle købe en del af de udførte arbejder af Hurks, bl.a. SPILcentrum, for at Hurks ikke skulle bære den økonomiske risiko ved projektet alene, dels fordelingen af den økonomiske byrde vedrørende oprettelsen af offentlige arealer som f.eks. en esplanade og en park.

46 Efter Kommissionen opfattelse finder Domstolens praksis, hvorefter offentlige kontrakter skal udbydes på ny, hvis et af de grundlæggende elementer i kontrakten ændres, og dette medfører, at der indgås en ny kontrakt (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 44), så meget desto mere anvendelse på en situation som i nærværende sag.

47 Kommissionen har tilføjet, at eftersom kommunen den 23. april 2002 besluttede at opfordre to operatører til at udarbejde planer, havde den på ingen måde fastlagt de grundlæggende kendetegn ved kontrakten, der skulle indgås, og den havde endda endnu ikke afgjort, om der var tale om et offentligt udbud eller en koncession.

48 Efter Kommissionens opfattelse begyndte forhandlingerne mellem kommunen og Hurks vedrørende alle eller i hvert fald den væsentligste del af samarbejdsaftalens betingelser således faktisk først efter den dato, hvor direktiv 2004/18 skulle have været gennemført. Kommissionen har derfor og i betragtning af Domstolens praksis fastsat ved dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig fundet, at dette direktiv finder anvendelse i nærværende sag.

49 Kongeriget Nederlandene har i det væsentlige gjort gældende, at det er beslutningen om godkendelse af meddelelsen af 23. april 2002, hvorved kommunalbestyrelsen udelukkende besluttede at sælge grunden og overlade det til en entreprenør at bebygge den, som udgør det afgørende element for at efterprøve, om direktiv 2004/18 finder tidsmæssig anvendelse.

50 Kongeriget Nederlandene har heraf udledt, at tvistens oprindelse ligger før den dato, hvor fristen for gennemførelse af direktiv 2004/18 udløb. Det følger af Domstolens praksis, at det ikke er datoen for kontrakten, der er afgørende, men derimod datoen for den beslutning, i forhold til hvilken EU-retten hævdes at være tilsidesat.

51 Den af Kommissionen påberåbte opfattelse, hvorefter det afgørende tidspunkt er det, »hvor alle eller i hvert fald den væsentligste del af [samarbejds]aftalens betingelser« faktisk forelå, er forårsaget af en urigtig fortolkning af dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig.

Domstolens bemærkninger

52 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 56 i forslaget til afgørelse, er det direktiv, der skal anvendes, principielt det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt eller ikke (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 36 og 37).

53 Det vil nemlig være i strid med retssikkerhedsprincippet at fastlægge den ret, der finder anvendelse, under henvisning til datoen for kontraktens tildeling, da dette tidspunkt markerer afslutningen af proceduren, mens den ordregivende myndigheds beslutning om at gennemføre proceduren med eller uden forudgående udbud normalt træffes i begyndelsen af proceduren (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 40).

54 Ikke desto mindre har Domstolen i samme dom fastslået, at når de forhandlinger, der blev indledt senere end denne beslutning, var afgørende forskellige fra de allerede førte og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, kan det begrunde, at bestemmelserne i et direktiv, hvis frist for gennemførelse lå senere end nævnte beslutningsdato, finder anvendelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 44).

55 I denne sag skal det fastslås, at beslutningen om at gennemføre ejendomsprojektet for Doornakkerscentret uden et forudgående udbud blev truffet, da kommunalbestyrelsen godkendte meddelelsen af 23. april 2002.

56 Det fremgår nemlig af affattelsen af selve denne meddelelses punkt 2.5, at den omstændighed, at kommunen vælger metoden med køb under visse betingelser, »medfører, at der ikke finder et udbud sted, og at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke finder anvendelse«.

57 I betragtning heraf skal Kommissionens argument om, at kommunen, eftersom den i overensstemmelse med meddelelsen af 23. april 2002 besluttede at opfordre to operatører til at udarbejde planer, endnu ikke havde afgjort, om der var tale om et offentligt udbud eller en koncession, forkastes.

58 Beslutningen om godkendelse af meddelelsen af 23. april 2002 udgør således principielt den beslutning, som i den foreliggende sag påstås at være en tilsidesættelse af EU-retten, og denne dato afgør, hvilke retsregler der finder anvendelse på denne påstand (jf. i denne retning dom af 15.10.2009, sag C-138/08, Hochtief og Linde-Kca-Dresden, Sml. I, s. 9889, præmis 29).

59 Endvidere skal det vedrørende Kommissionens argument om, at kommunen ikke har givet koncessionens betingelser og kendetegn en bindende definition ved »procedurens« indledning, men har ladet kontraktens indhold og dens væsentligste betingelser afhænge af afviklingen af forhandlingerne med Hurks, understreges, at det, som Kommissionen selv har anført i stævningens punkt 76, fremgår af et oplysningsdokument, som kommunen meddelte de kandiderende entreprenører i juni 2002, at kommunen »allerede havde en meget klar idé om det forventede resultat«. Ifølge Kommissionen indeholdt dette dokument »detaljer vedrørende antallet af parceller, den maksimale byggehøjde, den kommercielle udstyknings overordnede retning, placeringen af indgangene til sundhedscentret og endvidere genindførelsen af visse funktioner i kvarterets park«.

60 For det andet har Kommissionen i stævningens punkt 77 anerkendt, at en sammenligning mellem samarbejdsaftalens artikel 1.1 og kommunens oplysningsdokument »viser, at anvendelsen af de bygninger, der skulle opføres, i det væsentlige var blevet fastlagt af [kommunen] allerede i 2002«.

61 For det tredje, og som generaladvokaten har understreget i punkt 70 og 71 i forslaget til afgørelse, er det ikke afgørende, at fordelingen af de økonomiske risici for visse dele af projektet vedrørende SPILcentrum samt varetagelsen af den fysiske planlægning vedrørende de offentlige arealer først blev endeligt besluttet efter beslutningen af 23. april 2002. I betragtning af Domstolens praksis kan ingen af disse to konkrete aspekter ved Doornakkerscenterprojektet anses for at fremvise kendetegn, der er væsentligt forskellige fra de oprindeligt fastsatte (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 44, og af 19.6.2008, sag C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 34-37).

62 De forudsætninger, som Domstolens praksis, som Kommissionen har påberåbt sig i nærværende doms præmis 46, er støttet på, nemlig ændring af grundlæggende elementer i kontrakten og dermed, at der skal indgås en ny kontrakt, foreligger følgelig ikke i nærværende sag.

63 Det skal fastslås, at direktiv 2004/18 ikke finder tidsmæssig anvendelse, eftersom såvel kommunens beslutning om ikke at foretage et forudgående udbud af Doornakkerscenterprojektet som valget af dette projekts grundlæggende kendetegn klart fremgår af meddelelsen af 23. april 2002, dvs. på et tidspunkt, hvor direktiv 2004/18 endnu ikke var vedtaget.

64 Eftersom Kommissionens søgsmål netop tilsigter, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og afsnit III i direktiv 2004/18, skal Kongeriget Nederlandene frifindes.

Sagens omkostninger

65 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kongeriget Nederlandene har nedlagt påstand herom, og Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges Kommissionen at betale sagens omkostninger.

66 Forbundsrepublikken Tyskland bør bære sine egne omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 140, stk. 1.

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

1) Kongeriget Nederlandene frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.

3) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter