ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

11 juli 2013*

„Niet-nakoming — Richtlijn 2004/18/EG — Werkingssfeer ratione temporis — Concessieovereenkomst voor openbare werken — Verkoop van terrein door publiekrechtelijk lichaam — Door dat lichaam omschreven onroerendgoedproject voor herontwikkeling van openbare locaties”

In zaak C-576/10,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU, ingesteld op 9 december 2010,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. van Beek, A. Tokár en C. Zadra als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door C. Wissels en J. Langer als gemachtigden,

verweerder,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door T. Henze, J. Möller en A. Wiedmann als gemachtigden,

interveniënte,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev en J. L. da Cruz Vilaça (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 31 januari 2013,

* Procestaal: Nederlands.

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 april 2013,

het navolgende

Arrest

1 De Europese Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, wegens inbreuken op het Unierecht inzake overheidsopdrachten, en met name op richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), in de context van de gunning van een concessieovereenkomst voor openbare werken door de gemeente Eindhoven, de krachtens artikel 2 en titel III van deze richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 1, leden 2 en 3, van richtlijn 2004/18 luidt:

„2.

a) ‚Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

b) ‚Overheidsopdrachten voor werken' zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een ‚werk' is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.[...]

3. De ‚concessieovereenkomst voor openbare werken' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs."

3 Volgens artikel 2 van de richtlijn behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen.

4 Titel III van richtlijn 2004/18 bevat de regels betreffende concessies voor openbare werken.

5 Artikel 80, eerste alinea, van richtlijn 2004/18, dat deel uitmaakt van titel V daarvan, bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

6 De aan het geding ten grondslag liggende feiten betreffen een project in de gemeente Eindhoven (hierna: „gemeente") om een locatie, in eigendom van de gemeente, tussen de bestaande wijk Doornakkers en de nieuwe woonwijk Tongelresche Akkers (hierna: „centrum Doornakkers") te herontwikkelen.

7 Op 7 augustus 2001 heeft het college van burgemeester en wethouders (hierna: „college van B en W") ingestemd met de adviesnota betreffende het centrum Doornakkers. Dit document omschreef de plannen voor de creatie van een centrum met een sociale bestemming (met een zorgcentrum en een spelen-, integreren- en lerencentrum; hierna: „SPILcentrum") en een winkelcentrum met tevens appartementen. Op 12 september 2001 heeft het college van B en W een stedenbouwkundig plan met betrekking tot het project centrum Doornakkers goedgekeurd. Dit plan bevatte de uitgangspunten voor de ontwikkeling van de wijk en voorzag in infrastructuur en voorzieningen met het oog op de integratie van de wijken Doornakkers en Tongelresche Akkers.

8 Op 23 april 2002 heeft het college van B en W ingestemd met de adviesnota „Selectie van een ontwikkelaar voor het buurtcentrum Doornakkers" (hierna: „adviesnota van 23 april 2002"), die op 11 april 2002 door de interne diensten van de gemeente was opgesteld. Deze adviesnota vermeldde de criteria voor de selectie van de koper van de grond waarop het project centrum Doornakkers zou worden ontwikkeld. Deze nota preciseerde dat de overeenkomst tot verkoop zou worden gesloten onder „de gemeentelijke randvoorwaarden en uitgangspunten c.q. het programma van eisen", en dat deze „in overeenstemming [...] met de wensen van de afnemers/eindgebruikers" moest zijn. Voorts werd daarin vermeld dat „de vorm van de verkoop onder voorwaarden, door de gemeente, impliceert dat aanbesteding en aanbestedingsreglementen niet aan de orde zijn".

9 De in het vorige punt genoemde randvoorwaarden en uitgangspunten preciseren, onder meer, de functies en de hoogten van de betrokken bebouwing conform het stedenbouwkundig plan. Zij voorzien in de bouw van appartementen en woningen, de uitbreiding van het bestaande zorgcentrum, een verbindingszone tussen de twee hoofdlocaties, een goede ontsluiting, ondergronds parkeren conform de gemeentelijke parkeernormen, behoud van waardevol groen alsmede de creatie van een plein en van een nieuw buurtpark.

10 Na de adviesnota van 23 april 2002 werden de projectontwikkelaars Hurks Bouw en Vastgoed BV (hierna: „Hurks") en Haagdijk BV uitgenodigd hun plannen te presenteren.

11 Bij besluit van 15 juli 2003 heeft de gemeente Hurks gekozen als ontwikkelaar van het centrum Doornakkers en als beoogde wederpartij.

12 In de periode van juli 2003 tot oktober 2005 heeft Hurks haar bouwplannen verder uitgewerkt in een masterplan, waarmee de gemeente op 14 februari 2006 heeft ingestemd. Ter realisering van dit plan hebben de gemeente en Hurks een samenwerkingsovereenkomst gesloten, die door Hurks op 12 juni 2007 is ondertekend en door de gemeente op 16 juli 2007 (hierna: „samenwerkingsovereenkomst").

13 Blijkens punt F van de considerans van die overeenkomst hebben de gemeente en Hurks overeenstemming bereikt over de ontwikkeling en realisatie van het SPILcentrum. Partijen bij de overeenkomst zijn overeengekomen dat het SPILcentrum zou bestaan uit appartementen, een uitbreiding van het bestaande zorgcentrum en een ondergrondse parkeergarage, een winkelcentrum met tevens woningen, een andere ondergrondse parkeergarage en appartementen. Voorzien was dat Hurks deze werken op eigen risico en voor eigen rekening zou uitvoeren. Om de verwezenlijking van de projecten te doen slagen zijn de gemeente en Hurks tevens tot een akkoord gekomen over de verkoop van terreinen door de gemeente aan Hurks.

14 Parallel aan deze onderhandelingen heeft de gemeente op 13 februari 2007 de stichting Woonbedrijf gekozen als eigenaar van het SPILcentrum. Daartoe is tussen de gemeente en de stichting Woonbedrijf op 15 april 2008 een samenwerkingsovereenkomst gesloten.

Precontentieuze procedure en procedure voor het Hof

15 Naar aanleiding van een klacht over de omstandigheden waarin het project centrum Doornakkers was toegekend, heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden bij brief van 2 juli 2008 verzocht haar informatie over dat project toe te zenden. Bij brief van 19 december 2008 heeft deze lidstaat hierop geantwoord.

16 Op 24 februari 2009 heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden een aanmaningsbrief gezonden, gebaseerd op schending van het Unierecht betreffende overheidsopdrachten, in het bijzonder van richtlijn 2004/18. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft bij brief van 30 juni 2009 geantwoord, met name met het betoog dat richtlijn 2004/18 ratione temporis niet van toepassing was.

17 Op 9 oktober 2009 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht waarin zij in wezen het in haar aanmaningsbrief uiteengezette standpunt bevestigde en argumenten aanvoerde ten bewijze dat richtlijn 2004/18 in casu wel van toepassing was. De Commissie verzocht het Koninkrijk der Nederlanden tevens binnen een termijn van twee maanden de nodige maatregelen te nemen.

18 Bij brief van 8 december 2009 heeft deze lidstaat geantwoord op het met redenen omklede advies. In zijn antwoord betwistte hij het standpunt van de Commissie over de schending van richtlijn 2004/18 en herhaalde hij, op basis van het arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 36 en 37), dat niet richtlijn 2004/18, maar richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) van toepassing was op de feiten van het onderhavige geval.

19 Daarop heeft de Commissie besloten het onderhavige beroep in te stellen.

20 Bij beschikking van de president van het Hof van 17 mei 2011 is de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk der Nederlanden.

Beroep

Ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

21 Het Koninkrijk der Nederlanden werpt twee excepties van niet-ontvankelijkheid op.

22 Ten eerste betoogt het dat het beroep van de Commissie niet-ontvankelijk is omdat de Commissie documenten heeft gebruikt waarop het Koninkrijk der Nederlanden niet heeft kunnen reageren in de precontentieuze fase, waardoor zijn rechten van verweer zijn geschonden.

23 Na het antwoord van het Koninkrijk der Nederlanden op het met redenen omklede advies heeft de Commissie deze lidstaat immers bij brief van 12 mei 2010 verzocht een aantal documenten over te leggen, waaronder, onder meer, de intentieovereenkomst van 15 januari 2010 betreffende het SPILcentrum en de daaruit voortvloeiende samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en de

stichting Woonbedrijf. Laatstgenoemde overeenkomst is aan de Commissie meegedeeld bij brief van 11 juni 2010, afkomstig van de minister van Buitenlandse Zaken, met de vermelding dat de Commissie deze inlichtingen in het kader van de onderhavige procedure niet mocht gebruiken.

24 Voorts verwijt het Koninkrijk der Nederlanden de Commissie dat zij in de procedure drie documenten heeft opgenomen die noch als bijlage bij de brief van 11 juni 2010 waren gevoegd noch in de precontentieuze procedure aan de orde waren geweest. Het gaat om een informatiebrief van 18 maart 2008 van de gemeenteraad van Eindhoven over de stand van zaken van de woningbouwproductie in de gemeente in de periode 2005-2010, de overheidsregeling van 6 oktober 2009 met als opschrift „Tijdelijke stimuleringsregeling woningbouwprojecten 2009", en een bericht op de website van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

25 Ten tweede heeft de Commissie volgens het Koninkrijk der Nederlanden het voorwerp van het geding verruimd ten opzichte van de precontentieuze fase.

26 Om aan te tonen dat er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel heeft de Commissie immers pas in haar verzoekschrift voor het eerst gesteld dat de gemeente een „prestatie" ontving. Om te bewijzen dat er sprake was van een dergelijke overeenkomst heeft de Commissie zich tijdens de precontentieuze fase uitsluitend gericht op het bestaan van een door de gemeente aan Hurks geleverde „tegenprestatie". De Commissie heeft in haar verzoekschrift dus in strijd met de rechtspraak van het Hof een nieuwe grief geformuleerd (arrest van 18 november 2010, Commissie/Portugal, C-458/08, Jurispr. blz. I-11599, punt 43).

27 De Commissie concludeert tot afwijzing van al deze stellingen.

Beoordeling door het Hof

28 Wat de eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, is het vaste rechtspraak dat het voorwerp van het geschil wordt bepaald door de door de Commissie aan de lidstaat gezonden aanmaningsbrief en het daaropvolgende door de Commissie uitgebrachte met redenen omklede advies, en daarna derhalve niet meer kan worden verruimd. De aan de betrokken lidstaat geboden mogelijkheid om opmerkingen in te dienen, vormt immers – ook wanneer die staat meent daarvan geen gebruik te hoeven maken – een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg; de eerbiediging daarvan is een substantieel vormvereiste voor de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van een niet-nakoming door een lidstaat. Derhalve moeten het met redenen omklede advies en het beroep van de Commissie op dezelfde grieven berusten als die welke zijn vermeld in de aanmaningsbrief waarmee de precontentieuze procedure is ingeleid (zie arresten van 18 december 2007, Commissie/Spanje, C-186/06, Jurispr. blz. I-12093, punt 15, en 14 oktober 2010, Commissie/Oostenrijk, C-535/07, Jurispr. blz. I-9483, punt 41).

29 Daarnaast heeft het Hof tevens geoordeeld dat de overlegging door de Commissie, in het stadium van de procedure voor het Hof, van aanvullend bewijs tot staving van de algemeenheid en de bestendigheid van de gestelde niet-nakoming in beginsel niet kan worden uitgesloten (arresten van 26 april 2005, Commissie/Ierland, C-494/01, Jurispr. blz. I-3331, punt 37, en 22 december 2008, Commissie/Spanje, C-189/07, punt 29).

30 Volgens het Koninkrijk der Nederlanden zijn de vier voor het eerst met het verzoekschrift overgelegde documenten door de Commissie gebruikt teneinde het rechtstreekse economische belang van de gemeente bij de verwezenlijking van het project centrum Doornakkers, en bijgevolg de bezwarende titel van de overeenkomst tussen de gemeente en Hurks, aan te tonen.

31 Zoals de advocaat-generaal in punt 31 van zijn conclusie heeft opgemerkt, hebben de door de Commissie overgelegde documenten tegen het gebruik waarvan de Nederlandse regering bezwaar maakt, evenwel uitsluitend betrekking op de feitelijke situatie die het voorwerp van de precontentieuze procedure was, en dienen zij enkel ter verduidelijking van de in het kader van deze procedure geformuleerde grief.

32 In die omstandigheden kon de Commissie van deze documenten gebruikmaken ter ondersteuning van haar in haar aanmaningsbrief geformuleerde grief betreffende het bestaan van een concessieovereenkomst voor openbare werken, waarvoor de bezwarende titel een van de voorwaarden vormde (zie in die zin arrest Commissie/Ierland, reeds aangehaald, punt 36).

33 De eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid moet dus worden afgewezen.

34 Wat de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, moet worden vastgesteld dat hoewel het voorwerp van een krachtens artikel 258 VWEU ingesteld beroep wordt afgebakend door de precontentieuze procedure waarin deze bepaling voorziet, zodat het met redenen omklede advies van de Commissie en het beroep op dezelfde grieven moeten berusten, dit vereiste evenwel niet betekent dat de formulering hiervan steeds volkomen gelijkluidend moet zijn, zolang het voorwerp van het geschil niet is verruimd of gewijzigd (arresten van 12 juni 2003, Commissie/Finland, C-229/00, Jurispr. blz. I-5727, punten 44 en 46; 14 juli 2005, Commissie/Duitsland, C-433/03, Jurispr. blz. I-6985, punt 28, en 26 april 2007, Commissie/Finland, C-195/04, Jurispr. blz. I-3351, punt 18).

35 De Commissie mag haar aanvankelijke grieven in het verzoekschrift dus preciseren, op voorwaarde echter dat zij het voorwerp van het geding niet wijzigt (reeds aangehaalde arresten Commissie/Ierland, punt 38, en van 26 april 2007, Commissie/Finland, punt 18).

36 In casu blijkt uit de tekst van de aanmaningsbrief, van het met redenen omklede advies en van het bij het Hof neergelegde verzoekschrift dat het voorwerp van het geding door de Commissie in de loop van de onderhavige procedure wegens niet-nakoming niet is gewijzigd.

37 Uit al deze documenten blijkt immers uitdrukkelijk dat de Commissie beoogt te doen vaststellen dat „het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens artikel 2 en titel III van richtlijn 2004/18 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen”.

38 Meer in het bijzonder heeft de Commissie, in het met redenen omklede advies, de gemeente verweten dat zij met Hurks geen samenwerkingsovereenkomst had gesloten, maar een concessieovereenkomst voor openbare werken, waarvan het bestaan met name afhankelijk was van de bezwarende titel van die overeenkomst.

39 In het verzoekschrift heeft de Commissie, onder herhaling van hetzelfde verwijt, verwezen naar het arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller (C-451/08, Jurispr. blz. I-2673), waarin het Hof preciseringen heeft gegeven over het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel”. Deze preciseringen, die overigens in de lijn in de rechtspraak over dit begrip pasten, betroffen de prestatie die de aanbestedende dienst in het kader van een aanbesteding voor een tegenprestatie ontvangt.

40 Daarmee heeft de Commissie enkel de argumenten tot staving van haar conclusie aangaande de bezwarende titel van de overeenkomst tussen de gemeente en Hurks gedetailleerd, die reeds op algemene wijze waren aangevoerd in de aanmaningsbrief en in het met redenen omklede advies, en heeft zij het voorwerp van het geding dus niet gewijzigd (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Commissie/Duitsland, punt 29, en Commissie/Portugal, punt 47).

41 Aangezien de tweede door het Koninkrijk der Nederlanden opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid eveneens moet worden afgewezen, dient het beroep van de Commissie ontvankelijk te worden verklaard.

Ten gronde

Argumenten van partijen

42 In haar verzoekschrift heeft de Commissie eerst de door het Koninkrijk der Nederlanden in de precontentieuze fase opgeworpen kwestie van de werkingssfeer ratione temporis van richtlijn 2004/18 onderzocht.

43 De Commissie herinnert eraan dat richtlijn 2004/18 door de lidstaten uiterlijk 31 januari 2006 moest zijn omgezet en merkt op dat de samenwerkingsovereenkomst pas op 16 juli 2007 door de twee partijen is ondertekend, dat wil zeggen 18 maanden na het verstrijken van die omzettingstermijn.

44 Volgens de Commissie had de gemeente weliswaar reeds vóór die datum een aantal beslissingen genomen, waaronder de keuze voor Hurks als ontwikkelaar en contractpartner, doch neemt dit niet weg dat de onderhandelingen over de wezenlijke bestanddelen van de samenwerkingsovereenkomst pas na 14 februari 2006, de datum waarop de gemeente het door Hurks gepresenteerde masterplan heeft goedgekeurd, waren gestart.

45 Uit een brief van de gemeente van 22 mei 2007 blijkt immers dat zij en Hurks meer dan een jaar over de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst hadden onderhandeld. De onderhandelingen hadden, ten eerste, betrekking op de vraag of de gemeente een deel van de gerealiseerde werken van Hurks zou kopen, met name het SPILcentrum, teneinde te vermijden dat Hurks de financiële risico's van het gehele project alléén zou dragen en, ten tweede, op de kwestie van de verdeling van de financiële last van de aanleg van de openbare ruimten zoals een plein en een park.

46 In dit opzicht is volgens de Commissie de rechtspraak van het Hof volgens welke overheidsopdrachten opnieuw dienen te worden geplaatst indien één van de essentiële voorwaarden van de opdracht wordt gewijzigd en aldus tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst leidt (zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 44), a fortiori van toepassing in een situatie als die welke in casu aan de orde is.

47 De Commissie voegt daaraan toe dat de gemeente, toen zij op 23 april 2002 besloot twee ondernemers uit te nodigen om plannen uit te werken, de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst die zou moeten worden gesloten, niet had vastgelegd en zelfs nog niet had bepaald of er sprake zou zijn van een aanbesteding of van een concessie.

48 Volgens de Commissie zijn de onderhandelingen tussen de gemeente en Hurks over alle of ten minste over de belangrijkste voorwaarden van de samenwerkingsovereenkomst daadwerkelijk dus pas begonnen na de datum waarop richtlijn 2004/18 moest zijn omgezet. Bijgevolg meent de Commissie, gelet op de uit het reeds aangehaalde arrest Commissie/Frankrijk voortgekomen rechtspraak, dat deze richtlijn in casu van toepassing is.

49 Het Koninkrijk der Nederlanden betoogt in wezen dat voor de vaststelling of richtlijn 2004/18 ratione temporis van toepassing is, het besluit tot goedkeuring van de adviesnota van 23 april 2002, waarmee het college van B en W uitsluitend beoogde het terrein te verkopen en de ontwikkeling ervan over te laten aan een projectontwikkelaar, bepalend is.

50 Het Koninkrijk der Nederlanden leidt daaruit af dat de oorsprong van het geding is terug te voeren tot een datum vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2004/18. Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat niet de datum van gunning van de opdracht bepalend is, maar het moment waarop de beslissing die beweerdelijk in strijd is met het Unierecht, is genomen.

51 De door de Commissie verdedigde stelling dat het beslissende moment het moment is waarop „over alle of ten minste de wezenlijke voorwaarden van [de samenwerkingsovereenkomst] daadwerkelijk" duidelijkheid bestaat, geeft blijk van een onjuiste lezing van het reeds aangehaalde arrest Commissie/Frankrijk.

Beoordeling door het Hof

52 Zoals de advocaat-generaal in punt 56 van zijn conclusie in herinnering heeft gebracht, is de toepasselijke richtlijn in beginsel die welke van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punten 36 en 37).

53 Het zou immers in strijd zijn met het beginsel van de rechtszekerheid om ter bepaling van het toepasselijke recht te verwijzen naar de datum van gunning van de opdracht, daar deze datum als het einde van de procedure geldt, terwijl de beslissing van de aanbestedende dienst om al dan niet over te gaan tot een voorafgaande oproep tot mededinging in de regel in het beginstadium wordt genomen (arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 40).

54 Niettemin heeft het Hof in datzelfde arrest gepreciseerd dat wanneer na die beslissing aangeknoopte onderhandelingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, het gerechtvaardigd kan zijn om de bepalingen toe te passen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn ná de datum van die beslissing is verstreken (zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 44).

55 In het onderhavige geval moet ten eerste worden vastgesteld dat de beslissing om het onroerendgoedproject centrum Doornakkers te verwezenlijken zonder oproep tot mededinging, is genomen op het tijdstip waarop het college van B en W de adviesnota van 23 april 2002 heeft goedgekeurd.

56 Uit de bewoordingen van punt 2.5 van deze adviesnota blijkt immers dat het feit dat de gemeente heeft gekozen voor de vorm van de verkoop onder voorwaarden „impliceert dat aanbesteding en aanbestedingsreglementen niet aan de orde zijn".

57 In die omstandigheden moet het argument van de Commissie dat de gemeente, toen zij overeenkomstig de adviesnota van 23 april 2002 besloot twee ondernemers uit te nodigen om hun plannen uit te werken, nog niet definitief had bepaald of het om een aanbesteding of een concessie zou gaan, worden afgewezen.

58 Het besluit tot goedkeuring van de adviesnota van 23 april 2002 vormt dus in beginsel de beslissing die beweerdelijk in strijd met het Unierecht zou kunnen zijn en waarvan de datum bepaalt wat het op die bewering toepasselijke recht is (zie in die zin arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden, C-138/08, Jurispr. blz. I-9889, punt 29).

59 Wat ten tweede het argument van de Commissie betreft dat de gemeente aan het begin van de „procedure" de voorwaarden en wezenlijke kenmerken van de concessie niet bindend had omschreven, maar de inhoud van de overeenkomst en de wezenlijke voorwaarden ervan liet afhangen van het verloop van de onderhandelingen met Hurks, dient te worden beklemtoond, in de eerste plaats, dat de Commissie zelf in punt 76 van het verzoekschrift stelt dat uit een informatiedocument dat de gemeente in juni 2002 aan de kandidaat-ontwikkelaars had verstrekt, blijkt dat de gemeente „reeds een goed idee had van hoe het project eruit zou moeten komen te zien". Volgens de

Commissie bevatte dit document „specificaties betreffende het aantal clusters [...], de maximale bouwhoogte, de alzijdige oriëntatie van het winkelcluster, de plaats van de ingangen van het zorgcluster of nog de herintroductie van bepaalde functies in het buurtpark".

60 In de tweede plaats heeft de Commissie in punt 77 van het verzoekschrift erkend dat uit een vergelijking van artikel 1.1 van de samenwerkingsovereenkomst met genoemd informatiedocument blijkt „dat de grote lijnen van de bestemmingen die de te realiseren gebouwen moesten krijgen, reeds in 2002 door de gemeente waren vastgelegd".

61 In de derde plaats, zoals de advocaat-generaal in de punten 70 en 71 van zijn conclusie heeft beklemtoond, is het feit dat de verdeling van het financiële risico voor bepaalde onderdelen van het project betreffende het SPILcentrum en de overname van de kosten van de inrichting van de openbare ruimten pas na de adviesnota van 23 april 2002 definitief konden worden vastgesteld, niet van doorslaggevend belang. Gelet op de rechtspraak van het Hof kan immers geen van deze twee bijzondere aspecten van het project centrum Doornakkers worden geacht kenmerken te vertonen die wezenlijk verschillen van die welke aanvankelijk waren voorzien (zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 44, en arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punten 34-37).

62 Bijgevolg zijn de premissen waarop de in punt 46 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak van het Hof berust, waarop de Commissie zich beroept, te weten dat één van de essentiële voorwaarden van de opdracht is gewijzigd, en dat dientengevolge een nieuwe overeenkomst moet worden gesloten, in casu niet aanwezig.

63 Daar zowel de optie van de gemeente om vóór het project centrum Doornakkers geen oproep tot mededinging te doen als de keuze van de wezenlijke kenmerken van dat project duidelijk voortkomt uit de adviesnota van 23 april 2002, dat wil zeggen toen richtlijn 2004/18 nog niet eens was vastgesteld, moet worden vastgesteld dat deze richtlijn ratione temporis niet van toepassing is.

64 Aangezien het beroep van de Commissie er juist op is gericht te doen vaststellen dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens artikel 2 en titel III van richtlijn 2004/18 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, dient het beroep te worden verworpen.

Kosten

65 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het Koninkrijk der Nederlanden worden verwezen in de kosten.

66 Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering draagt de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

3) De Bondsrepubliek Duitsland draagt haar eigen kosten.

ondertekeningen