Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 11 juli 2013*

”Fördragsbrott — Direktiv 2004/18/CE — Tillämpning i tiden (ratione temporis) — Koncessioner avseende byggentreprenader — Ett offentligt organs försäljning av mark — Fastighetsprojekt som nämnda organ beslutat om för att anlägga offentliga områden”

I mål C-576/10,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 9 december 2010,

Europeiska kommissionen, företrädd av M. van Beek, A. Tokár och C. Zadra, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Konungariket Nederländerna, företrätt av C. Wissels och J. Langer, båda i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av T. Henze och J. Möller, samt av A. Wiedmann, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta samt domarna G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev och J. L. da Cruz Vilaça (referent),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 31 januari 2013,

och efter att den 11 april 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: nederländska.

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Nederländerna har åsidosatt unionsrätten i fråga om offentlig upphandling, i synnerhet 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), då Eindhovens kommun tilldelade en koncession avseende byggentreprenader. Konungariket Nederländerna har härigenom underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 2 i avdelning III i direktivet.

Tillämpliga bestämmelser

2 I artikel 1.2 och 1.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”2.

a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

b) *offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.…

3. *byggkoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

3 I artikel 2 i direktiv 2004/18 föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

4 I avdelning III i direktiv 2004/18 anges regler för koncessioner avseende byggentreprenader.

5 I artikel 80.1 i direktiv 2004/18, som hör till avdelning V, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006. De skall genast underrätta kommissionen om detta. …”

Bakgrund till tvisten

6 Målet har sitt ursprung i Eindhovens kommuns (nedan kallad kommunen) beslut att genomföra ett fastighetsprojekt i kommunen inom ett område som ligger mellan det befintliga området Doornakkers och det nya bostadsområdet Tongelresche Akkers som kommunen ägde (nedan kallat Doornakkers centrum).

7 Den 7 augusti 2001 godkände kommunstyrelsen en promemoria avseende Doornakkers centrum. I handlingen beskrevs planerna för att uppföra ett centrum med social inriktning (innehållande en vårdcentral, ett centrum för lek, integration och studier (nedan kallat SPILcentrum)) och ett köpcentrum kombinerat med lägenheter. Den 12 september 2001 godkände kommunstyrelsen en detaljplan avseende Doornakkersprojektet. Detaljplanen innehöll riktlinjerna för ombyggnaden av området och planer för infrastruktur och anläggningar för att integrera områdena Doornakkers och Tongelresche Akkers.

8 Den 23 april 2002 godkände kommunstyrelsen en promemoria med rubriken ”Val av byggherre för Doornakkers centrum” (nedan kallat promemorian av den 23 april) som de kommunala myndigheterna upprättat den 11 april 2012. I promemorian angavs vilka kriterier som skulle tillämpas för att välja köparen av den mark där projektet Doornakkers centrum skulle genomföras. I promemorian preciserades även att köpeavtalet skulle iaktta ”ramvillkoren och riktlinjerna som kommunen hade fastställt, nämligen förfrågningsunderlaget” och att avtalet skulle ”överensstämma med … köparnas/slutanvändarnas önskemål”. Vidare påpekades det att ”den omständigheten att kommunen har beslutat sig för en villkorad försäljning innebär att det inte kommer att genomföras något anbudsförfarande och att bestämmelserna om offentlig upphandling inte ska tillämpas”.

9 I de i föregående punkt nämnda ramvillkoren och riktlinjerna preciserades bland annat byggnadernas funktion och höjd i enlighet med detaljplanen. Det planerades häri för att bygga lägenheter och bostäder, att bygga ut den befintliga vårdcentralen, en förbindelsezon mellan de två huvudsakliga områdena och att det skulle vara lättillgängligt. Vidare planerades en underjordisk parkering i enlighet med de kommunala bestämmelserna om parkering samt att bevara värdefulla grönområden och byggande av ett torg och en ny park i området.

10 Enligt promemorian av den 23 april 2002 inbjöds bolagen Hurks Bouw en Vastgoed B.V. (nedan kallat Hurks) och Haagdijk BV att inkomma med planer.

11 Genom beslut av den 15 juli 2003 valde kommunen slutligen Hurks som byggherre och tilltänkt avtalspartner för Doornakkersprojektet.

12 Från juli 2003 till oktober 2005 preciserade Hurks sin byggnadsplan i en översiktsplan som godkändes av kommunen den 14 februari 2006. För att genomföra planen ingick kommunen och Hurks ett samarbetsavtal som undertecknades av Hurks den 12 juni 2007 och av kommunen den 16 juli 2007 (nedan kallat samarbetsavtalet).

13 Av skäl F i avtalet framgick det att kommunen och Hurks hade nått en överenskommelse om att anlägga och uppföra SPILcentrum. Parterna i överenskommelsen avtalade att SPILcentrum skulle bestå av lägenheter, en utbyggnad av den befintliga vårdcentralen med en underjordisk parkering, ett köpcentrum som även det innehöll bostäder, ytterligare en underjordisk parkering samt lägenheter. Det avtalades att Hurks skulle genomföra arbetet på egen risk och på egen hand. För att genomföra projektet kom kommunen och Hurks även överens om att kommunen skulle sälja mark till Hurks.

14 Parallellt med förhandlingarna valde kommunen den 13 februari 2007 stiftelsen Woonbedrijf som ägare till SPILcentrum. Ett samarbetsavtal undertecknades därför av kommunen och stiftelsen Woonbedrijf den 15 april 2008.

Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

15 Till följd av ett klagomål beträffande det sätt på vilket projektet Doornakkers centrum tilldelats bad kommissionen i skrivelse av den 2 juli 2008 Konungariket Nederländerna om upplysningar om detta projekt. Medlemsstaten svarade genom en skrivelse av den 19 december 2008.

16 Den 24 februari 2009 skickade kommissionen en formell underrättelse till nämnda medlemsstat i vilken den hävdade att unionsbestämmelserna om offentlig upphandling och särskilt direktiv 2004/18 hade åsidosatts. Konungariket Nederländerna svarade genom en skrivelse av den 30 juni 2009, vari man hävdade att direktiv 2004/18 inte var tillämpligt i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*).

17 Den 9 oktober 2009 skickade kommissionen ett motiverat yttrande i vilket den huvudsakligen bekräftade sin ståndpunkt i den formella underrättelsen och lade fram argument för att visa att direktiv 2004/18 var tillämpligt i förevarande fall. Kommissionen uppmanade vidare Konungariket Nederländerna att vidta nödvändiga åtgärder inom två månader.

18 Genom skrivelse av den 8 december 2009 svarade nämnda medlemsstat på det motiverade yttrandet. I sitt svar bestred den kommissionens ståndpunkt vad gäller åsidosättande av direktiv 2004/18 och vidhöll vidare, med hänvisning till dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377, punkterna 36 och 37, att det inte var direktiv 2004/18 som var tillämpligt på omständigheterna i målet utan rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54).

19 Kommissionen beslutade under dessa omständigheter att väcka förevarande talan.

20 Genom beslut av domstolens ordförande av den 17 maj 2011 har Förbundsrepubliken Tyskland tillåtits intervenera till stöd för Konungariket Nederländerna.

Prövning av talan

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

21 Konungariket Nederländerna har framställt två invändningar om rättegångshinder.

22 För det första har nämnda stat gjort gällande att kommissionens talan inte kan tas upp till prövning då kommissionen använt handlingar som Konungariket Nederländerna inte haft möjlighet att ta ställning till under det administrativa förfarandet vilket utgör ett åsidosättande av dess rätt till försvar.

23 Efter Konungariket Nederländernas svar på det motiverade yttrandet uppmanade kommissionen denna medlemsstat i skrivelse av den 12 maj 2010 att inkomma med ett antal handlingar, bland annat avsiktsförklaringen av den 15 januari 2010 beträffande SPILcentrum och det påföljande samarbetsavtalet mellan kommunen och stiftelsen Woonbedrij. Sistnämnda avtal tillställdes kommissionen genom skrivelse av den 11 juni 2010 från utrikesministeriet. I skrivelsen angavs att kommissionen inte fick använda uppgifterna inom ramen för förevarande förfarande.

24 Vidare har Konungariket Nederländerna kritiserat kommissionen för att i förevarande förfarande ha använt tre handlingar som inte bilagts skrivelsen av den 11 juni 2010 och som inte tagits upp under det administrativa förfarandet. Det rör sig om en informationsskrivelse från Eindhovens kommunfullmäktige, daterad den 18 mars 2008, om bostäder som kommunen har för avsikt att uppföra under perioden 2005–2010, vidare om administrativa föreskrifter av den 6 oktober 2009, med rubriken ”Tillfälliga bestämmelser om incitament för projekt att bygga bostäder 2009”, och en kommuniké från webbplatsen för ministeriet för bostäder, fysisk planering och miljö.

25 Kommissionen har vidare, för det andra, enligt Konungariket Nederländerna utökat tvisteföremålet jämfört med det administrativa förfarandet.

26 Det var först i ansökan som kommissionen, för att visa att det rörde sig om ett kontrakt med ekonomiska villkor, för första gången påstod att kommunen erhöll en ”prestation”. Under det administrativa förfarandet uppehöll sig kommissionen uteslutande vid att kommunen gett Hurks ett ”vederlag”, för att visa att det rörde sig om ett sådant avtal. Således framställde kommissionen en ny anmärkning i sin ansökan i strid med domstolens praxis (dom av den 18 november 2010 i mål C-458/08, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-11599, punkt 43).

27 Kommissionen anser att det saknas fog för samtliga dessa påståenden.

Domstolens bedömning

28 Vad avser den första invändningen om rättegångshinder ska det erinras om att föremålet för talan enligt domstolens fasta praxis avgränsas av kommissionens formella underrättelse till den berörda medlemsstaten och dess efterföljande motiverade yttrande. Föremålet för talan får därefter inte utvidgas. Möjligheten för den berörda medlemsstaten att inkomma med sina synpunkter utgör nämligen, även om staten väljer att inte använda sig av den, en i fördraget avsedd väsentlig garanti, och iakttagandet av denna garanti är ett viktigt formellt krav för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av fördragsbrott från en medlemsstats sida. Följaktligen ska kommissionens motiverade yttrande och talan vara grundade på samma anmärkningar som de som legat till grund för den formella underrättelsen, som inleder det administrativa förfarandet (dom av den 18 december 2007 i mål C-186/06, kommissionen mot Spanien, REG 2007, s. I-12093, punkt 15, och av den 14 oktober 2010 i mål C-535/07, kommissionen mot Österrike, REU 2010, s. I-9483, punkt 41).

29 Domstolen har vidare slagit fast att det inte är principiellt uteslutet att kommissionen tillhandahåller nya uppgifter under förfarandet vid domstolen i avsikt att styrka att det påstådda fördragsbrottet är allmänt och varaktigt (dom av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland, REG 2005, s. I-3331, punkt 37, och av den 22 december 2008 i mål C-189/07, kommissionen mot Spanien, punkt 29).

30 Enligt Konungariket Nederländerna har de fyra handlingar som för första gången presenterades i ansökan använts av kommissionen för att påvisa att kommunen hade ett direkt ekonomiskt intresse av att genomföra projektet Doornakkers centrum och följaktligen att det rörde sig om ett kontrakt med ekonomiska villkor mellan kommunen och Hurks.

31 De handlingar som kommissionen i förevarande fall har tillhandahållit, och vars användning har bestridits av den nederländska regeringen, avser, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 31 sitt förslag till avgörande, emellertid enbart den faktiska situation som var föremål för det administrativa förfarandet och syftar endast till att belysa kommissionens anmärkning i det förevarande förfarandet.

32 Kommissionen kunde under dessa omständigheter använda de nämnda handlingarna för att styrka anmärkningen, som framfördes för första gången i den formella underrättelsen, att det förelåg ett byggkoncessionsavtal vars ekonomiska villkor utgjorde ett av kraven för att ett sådant avtal ska föreligga (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkt 36).

33 Den första invändningen om rättegångshinder ska således avslås.

34 Vad gäller den andra invändningen om rättegångshinder ska det erinras om att föremålet för en talan som väcks med stöd av artikel 258 FEUF visserligen avgränsas genom det administrativa förfarande som avses i samma bestämmelse. Kommissionens motiverade yttrande och talan måste följaktligen grundas på samma invändningar. Detta krav är emellertid inte så långtgående att det i samtliga fall måste råda fullständig överensstämmelse med avseende på hur anmärkningarna har formulerats, när tvisteföremålet inte har utvidgats eller ändrats (dom av den 12 juni 2003 i mål C-229/00,

kommissionen mot Finland, REG 2003, s. I-5727, punkterna 44 och 46, av den 14 juli 2005 i mål C-433/03, kommissionen mot Tyskland, REG 2005, s. I-6985, punkt 28, samt av den 26 april 2007 i mål C-195/04, kommissionen mot Finland, REG 2007, s. I-3351, punkt 18).

35 Kommissionen kan således precisera sina inledande anmärkningar i ansökan, under förutsättning att den inte ändrar föremålet för talan (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkt 38, och dom av den 26 april 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Finland, punkt 18).

36 En genomläsning av skrivelsen som innehåller den formella underrättelsen, det motiverade yttrandet samt ansökan som lämnats in till domstolen visar att kommissionen inte ändrat föremålet för talan under förevarande förfarande om fördragsbrott.

37 Det framgår nämligen uttryckligen av samtliga handlingar att kommissionen syftar till att det ska fastställas att ”Konungariket Nederländerna inte uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 2 i avdelning III i direktivet”.

38 I sitt motiverade yttrande har kommissionen närmare bestämt kritiserat kommunen för att ha ingått ett byggkoncessionsavtal med Hurks och inte ett samarbetsavtal. Frågan om ett sådant koncessionsavtal ska anses föreligga är beroende av om det kan anses innehålla ekonomiska villkor.

39 I ansökan har kommissionen upprepat samma kritik och samtidigt hänvisat till dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08, Helmut Müller, REU 2010, s. I-2673, i vilken domstolen preciserade begreppet kontrakt med ekonomiska villkor. Dessa preciseringar ligger i linje med rättspraxis beträffande detta uttryck och avsåg den prestation som den upphandlande myndigheten erhåller enligt ett offentligt kontrakt där ett vederlag ska ges.

40 Härigenom har kommissionen begränsat sig till att i detalj redogöra för argumenten för sin slutsats att det kontrakt som kommunen ingått med Hurks hade ekonomiska villkor. Dessa argument hade i mer allmänna ordalag framställts redan i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet och har följaktligen inte ändrat föremålet för talan (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Tyskland, punkt 29, och kommissionen mot Portugal, punkt 47).

41 Eftersom Konungariket Nederländernas andra invändning om rättegångshinder följaktligen ska avslås, ska kommissionens talan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Parternas argument

42 I sin ansökan har kommissionen först analyserat frågan om tillämpningsområdet i tiden för direktiv 2004/18, vilken Konungariket Nederländerna tagit upp under det administrativa förfarandet.

43 Kommissionen har erinrat om att direktiv 2004/18 skulle införlivas av medlemsstaterna senast den 31 januari 2006 men att samarbetsavtalet undertecknades av båda parterna först den 16 juli 2007, det vill säga ungefär 18 månader efter det att fristen för införlivande hade löpt ut.

44 Kommunen hade förvisso enligt kommissionen fattat vissa beslut före detta datum, till exempel att utse Hurks som byggherre och avtalspartner. Det var dock först efter den 14 februari 2006, det datum då kommunen godkände den översiktsplan som Hurks lagt fram, som förhandlingarna om de väsentliga delarna av samarbetsavtalet påbörjades.

45 Det framgår nämligen av en skrivelse från kommunen daterad den 22 maj 2007 att kommunen hade förhandlat om innehållet i samarbetsavtalet med Hurks under mer än ett år. Förhandlingarna avsåg dels frågan huruvida kommunen skulle köpa en del av de uppförda installationerna av Hurks, bland annat SPLIcentrum, för att undvika att Hurks ensam skulle stå den ekonomiska risken för hela projektet, dels hur kostnaderna för att anlägga offentliga områden såsom en esplanad och en park skulle fördelas.

46 Enligt kommissionen följer det härvid av domstolens praxis att en ny upphandling ska ske av offentliga kontrakt om ett av de väsentliga villkoren i kontraktet ändras och medför att ett nytt kontrakt ska ingås (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 44). Nämnda rättspraxis är i än högre grad tillämplig i ett sådant fall som det förevarande.

47 Kommissionen har tillagt att när kommunen den 23 april 2002 beslutade att uppmana två aktörer att upprätta planer hade kommunen på intet sätt fastställt de väsentliga villkoren i det kontrakt som skulle slutas och hade vid den tidpunkten inte ens avgjort om det rörde sig om ett offentligt kontrakt eller om en koncession.

48 Förhandlingarna mellan kommunen och Hurks om samtliga eller i varje fall en väsentlig del av villkoren i samarbetsavtalet började således enligt kommissionen i egentlig mening först efter det datum då direktiv 2004/18 skulle vara införlivat. Med hänsyn till domstolens praxis i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, anser kommissionen följaktligen att nämnda direktiv är tillämpligt i förevarande mål.

49 Konungariket Nederländerna har huvudsakligen gjort gällande att det är beslutet att godkänna promemorian av den 23 april 2002 som utgör den avgörande faktorn vid prövningen av huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*). Genom detta beslut avsåg kommunstyrelsen endast att sälja mark och låta en byggherre anlägga den.

50 Enligt Konungariket Nederländerna innebär detta att tvisten uppstod före den dag då fristen för att införliva direktiv 2004/18 löpte ut. Det följer dock av domstolens praxis att det inte är dagen för tilldelning av ett offentligt kontrakt utan dagen för det beslut som påstås strida mot unionsrätten, som är avgörande.

51 Kommissionens ståndpunkt att den avgörande tidpunkten är den då ”samtliga eller i vart fall merparten av villkoren i [samarbets]avtalet” verkligen fastställts är resultatet av en felaktig tolkning av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike.

Domstolens bedömning

52 Det tillämpliga direktivet är, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 56 i sitt förslag till avgörande, i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 36 och 37).

53 Det skulle nämligen strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, eftersom denna tidpunkt betecknar slutet på förfarandet, medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning ska ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 40).

54 I samma dom har domstolen emellertid preciserat att om de förhandlingar som förs efter detta beslut uppvisar betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet skulle detta kunna medföra att det är berättigat att tillämpa bestämmelserna i ett direktiv vars frist för införlivande infaller efter dagen för nämnda beslut (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 44).

55 I förevarande fall konstaterar domstolen att beslutet att genomföra fastighetsprojektet Doornakkers centrum utan föregående uppmaning till anbudsinfordran fattades när kommunstyrelsen godkände promemorian av den 23 april 2002.

56 Det framgår nämligen av själva ordalydelsen i punkt 2.5 i nämnda yttrande att den omständigheten att kommunen har beslutat sig för en villkorad försäljning ”innebär att det inte kommer att genomföras något anbudsförfarande och att bestämmelserna om offentlig upphandling inte ska tillämpas”.

57 Kommissionens argument att kommunen, när den i enlighet med promemorian av den 23 april 2002 beslutade att uppmana två aktörer att upprätta planer, ännu inte på något sätt hade fastställt om det rörde sig om ett offentligt kontrakt eller om en koncession, måste under dessa förhållanden tillbakavisas.

58 Beslutet att godkänna promemorian av den 23 april 2002 utgör således i princip det beslut som påstås strida mot unionsrätten och vars datum är avgörande för vilka bestämmelser som är tillämpliga på ett sådant påstående (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 oktober 2009 i mål C-138/08, Hochtief och Linde-Kca-Dresden, REG 2009, s. I-9889, punkt 29).

59 Kommissionen har anfört att kommunen inte på ett bindande sätt har definierat koncessionens villkor och väsentliga egenskaper i början av ”förfarandet”, utan låtit kontraktets innehåll och dess väsentliga egenskaper vara beroende av hur förhandlingarna med Hurks utvecklades. Vad gäller detta argument ska det för det första understrykas att kommissionen själv påstått i punkt 76 i ansökan att det framgår av en informationshandling som kommunen i juni 2002 gav till dem som visade intresse för att utses som byggherre att kommunen ”redan hade en klar bild av det förväntade resultatet”. Enligt kommissionen innehöll handlingen ”närmare uppgifter om antalet markområden, högsta tillåtna höjd för byggnaden, det kommersiella markområdets allmänna utformning, uppgift om var entréerna till vårdcentralen skulle vara belägna och även om återinförande av vissa faciliteter i kvartersparken”.

60 I punkt 77 i ansökan har kommissionen för det andra medgett att en jämförelse mellan artikel 1.1 i samarbetsavtalet och nämnda informationshandling ”visar att [kommunen] redan år 2002 i väsentliga delar hade fastställt användningsområdet för de byggnader som ska uppföras”.

61 Domstolen delar för det tredje generaladvokatens åsikt i punkterna 70 och 71 i dennes förslag till avgörande att det inte är avgörande att det inte slutgiltigt beslutades om fördelningen av den ekonomiska risken för vissa parter i projektet SPILcentrum och om ansvaret för anläggande av de offentliga platserna förrän efter promemorian av den 23 april 2002. Med hänsyn till domstolens praxis kan inte någon av dessa två särskilda aspekter av projektet Doornakkers centrum anses uppvisa betydande skillnader i förhållande till dem som ursprungligen avsågs (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 44, och dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkterna 34–37).

62 De förutsättningar som den praxis från domstolen grundas på som kommissionen åberopat i punkt 46 i denna dom – det vill säga att ett för kontraktet väsentligt villkor har ändrats och att ett nytt kontrakt följaktligen måste ingås – är således inte uppfyllda i förevarande fall.

63 Det framgår tydligt av promemorian av den 23 april 2002 att kommunen hade möjlighet att avstå från en föregående uppmaning till anbudsinfordran för projektet Doornakkers centrum. Av samma yttrande framgår även valet av projektets väsentliga egenskaper. Vid tidpunkten för detta yttrande hade direktiv 2004/18 inte ens antagits, varför det inte är tillämpligt i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*).

64 Då kommissionens talan just syftar till att domstolen ska fastställa att Konungariket Nederländerna har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 2 och avdelning III i direktiv 2004/18, finner domstolen att talan ska ogillas.

Rättegångskostnader

65 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Konungariket Nederländerna har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Konungariket Nederländernas yrkande bifallas.

66 Enligt artikel 140.1 i rättegångsreglerna ska Förbundsrepubliken Tyskland bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

3) Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina rättegångskostnader.

Underskrifter