RETTENS DOM (Femte Afdeling)

20. maj 2010 *

I sag T-258/06,

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma og C. Schulze-Bahr, som befuldmægtigede,

sagsøger,

støttet af:

Den Franske Republik, først ved G. de Bergues, derefter ved de Bergues og J.-C. Gracia, og endelig ved de Bergues og J.-S. Pilczer, som befuldmægtigede,

af

Republikken Østrig ved M. Fruhmann, C. Pesendorfer og C. Mayr, som befuldmægtigede,

* Processprog: tysk.

af

Republikken Polen, først ved E. Ośniecka-Tamecka, derefter ved T. Nowakowski, derefter ved M. Dowgielewicz, derefter ved M. Dowgielewicz samt K. Rokicka og K. Zawisza, og endelig ved M. Szpunar, som befuldmægtigede,

af

Kongeriget Nederlandene, først ved H. Sevenster, derefter ved C. Wissels og M. de Grave, samt endelig ved Wissels og de Grave samt Y. de Vris, som befuldmægtigede,

af

Europa-Parlamentet ved U. Rösslein og J. Rodrigues, som befuldmægtigede,

af

Den Hellenske Republik ved D. Tsagkaraki og M. Tassopoulou, som befuldmægtigede,

og af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, først ved Z. Bryanston-Cross, derefter ved L. Seeboruth, som befuldmægtigede,

intervenienter,

mod

Europa-Kommissionen ved X. Lewis og B. Schima, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (EUT 2006 C 179, s. 2)

har

RETTEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M. Prek og V.M. Ciucă (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig T. Weiler,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. april 2009,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den 23. juni 2006 vedtog Kommissionen en fortolkningsmeddelelse om den »fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne »(herefter «meddelelsen«). Hvad angår indgåelsen af offentlige kontrakter havde Det Europæiske Fællesskab nemlig i 2004 vedtaget Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1) samt 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), som fastsatte detaljerede regler for udbudsprocedurer (herefter samlet »udbudsdirektiverne«).

2 Imidlertid er visse kontrakter ikke eller kun delvist omfattet af disse direktiver. Det fremgår af meddelelsens affattelse, at denne vedrører kontrakter, hvis værdi er lavere end tærsklerne for anvendelse af udbudsdirektiverne, samt kontrakter omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18/EF og bilag XVII B til direktiv 2004/17/EF, som overstiger udbudsdirektivernes tærskler (herefter »II B-kontrakterne«).

3 Endvidere bemærkes det i meddelelsen, at det følger af Domstolens praksis, at bestemmelserne om det indre marked også finder anvendelse på kontrakter, der ligger uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Kommissionen har i meddelelsen forklaret, hvordan den opfatter Domstolens praksis, og fremsat forslag til bedste praksis for at hjælpe medlemsstaterne med at få det fulde udbytte af det indre marked. Det præciseres imidlertid i meddelelsen, at der herved ikke skabes nye lovregler.

4 I meddelelsen henvises til en række grundlæggende normer for tildeling af offentlige kontrakter, der er direkte afledt EF-traktatens regler og principper som fortolket af Domstolen.

5 I meddelelsen sondres der således mellem offentlige kontrakter, som ikke er relevante for det indre marked, og som reglerne ifølge EF-traktaten ikke finder anvendelse på, og de kontrakter, som i tilstrækkelig grad indvirker på det indre marked, og som skal overholde disse regler. Hver offentlige kontrakts betydning for det indre marked skal vurderes selvstændigt af de ordregivende myndigheder. Såfremt undersøgelsen af en offentlig kontrakt afslører en betydning for det indre marked, skal tildelingen heraf ske i overensstemmelse med de grundlæggende fællesskabsretlige regler.

6 Meddelelsens punkt 2 vedrører de grundlæggende regler for tildeling af kontrakter, som har betydning for det indre marked. Kommissionen har, afledt af Domstolens praksis, heri fremsat en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentliggørelse til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence. Kommissionen har heraf i meddelelsens punkt 2.1.1 udledt, at eneste måde, hvorpå Domstolens krav kan opfyldes, er at offentliggøre en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten. Endvidere foreslås der i meddelelsens punkt 2.1.2 et vist antal tilstrækkelige og almindeligt anvendte medier for bekendtgørelse. Kommissionen har i den forbindelse henvist til internettet, nationale stats-/lovtidender, nationale tidender med speciale i udbudsbekendtgørelser, med national eller regional dækning eller specialiserede publikationer, lokale medier og *Den Europæiske Unions Tidende/TED* (tilgængelig på internettet via databasen for europæiske offentlige kontrakter TED (Tenders Electronic Daily)).

7 Hvad angår tildelingen af offentlige kontrakter præciseres det i meddelelsens punkt 2.2, at den skal ske i henhold til EF-traktatens regler og principper, hvilket navnlig betyder, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet skal overholdes. En passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske, kan bedst opnås ved en ikke-diskriminerende beskrivelse af kontraktens genstand, lige adgang for økonomiske aktører fra alle medlemsstater, gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og anden dokumentation for formelle kvalifikationer samt en gennemsigtig og objektiv tilgang.

8 Endelig understreges retsbeskyttelsens betydning i meddelelsens punkt 2.3 ved en kontrol af, at proceduren er upartisk.

Retsforhandlingerne for Retten

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 12. september 2006 anlagde Forbundsrepublikken Tyskland denne sag.

10 Den 19. december 2006 indgav Den Franske Republik en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 9. marts 2007 fik Den Franske Republik tilladelse til at intervenere. Den 14. juni 2007 indgav Den Franske Republik sit interventionsindlæg.

11 Den 5. januar 2007 indgav Republikken Østrig en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 9. marts 2007 fik Republikken Østrig tilladelse til at intervenere. Den 14. juni 2007 indgav Republikken Østrig sit interventionsindlæg.

12 Den 10. januar 2007 indgav Republikken Polen en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 9. marts 2007 fik Republikken Polen tilladelse til at intervenere. Den 12. juni 2007 indgav Republikken Polen sit interventionsindlæg.

13 Den 18. januar 2007 indgav Kongeriget Nederlandene en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 9. marts 2007 fik Kongeriget Nederlandene tilladelse til at intervenere. Den 13. juni 2007 indgav Kongeriget Nederlandene sit interventionsindlæg.

14 Den 22. januar 2007 indgav Europa-Parlamentet en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 9. marts 2007 fik

Europa-Parlamentet tilladelse til at intervenere. Den 13. juni 2007 indgav Europa-Parlamentet sit interventionsindlæg.

15 Den 27. marts 2007 indgav Den hellenske Republik en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 14. maj 2007 fik Den Hellenske Republik tilladelse til at intervenere og til at fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling i overensstemmelse med artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement.

16 Den 13. august 2007 indgav Kongeriget Storbritannien og Nordirland en anmodning om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 8. oktober 2007 fik Kongeriget Storbritannien og Nordirland tilladelse til at intervenere og til at fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling i overensstemmelse med artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement.

17 Den 18. september 2007 indgav Kommissionen sine bemærkninger til interventionsindlæggene fra Den Franske Republik, Republikken Østrig, Republikken Polen, Kongeriget Nederlandene og Europa-parlamentet. Forbundsrepublikken Tyskland har ikke fremsat bemærkninger til interventionsindlæggene.

18 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret pr. 25. september 2007, er den refererende dommer blevet tilknyttet Femte Afdeling, hvorfor sagen er blevet henvist til denne afdeling.

19 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 29. april 2009. Kongeriget Storbritannien og Nordirland deltog ikke i retsmødet.

Parternes påstande

20 Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt følgende påstande:

— Meddelelsen annulleres.

— Europa-Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 Den Franske Republik, Republikken Østrig og Kongeriget Nederlandene har nedlagt følgende påstande:

— Meddelelsen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Parlamentet og Republikken Polen har nedlagt påstand om, at meddelelsen annulleres.

23 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

A — *Indledende bemærkninger*

24 Kommissionen har uden at fremsætte en egentlig formalitetsindsigelse gjort gældende, at sagen må afvises, eftersom meddelelsen ikke er en retsakt, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. Meddelelsen er en fortolkningsmeddelelse, der ved sin form hører under kategorien henstillinger og udtalelser, som er en kategori retsakter, der i henhold til EF-traktaten ikke er bindende. Følgelig medfører valget af denne retlige form, at retsakten ikke tilsigter at skabe bindende retsvirkninger. Kommissionen har præciseret, at en fortolkningsmeddelelse normalt har til formål at forklare de rettigheder og pligter, der følger af fællesskabsretten, hvor der i givet fald tages hensyn til Domstolens praksis. Det følger heraf, at en fortolkningsmeddelelse af natur således ikke er en retsakt, der er egnet til at skabe bindende retsvirkninger i forhold til tredjemand eller kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

Kommissionen hævder også, at det følger af affattelsen af meddelelsen, at den ikke havde til formål at fastsætte retligt bindende regler, men at dens affattelse derimod viser, at meddelelsen enten gengav Domstolens praksis eller ved ikke-bindende anbefalinger anførte Kommissionens egne konklusioner på denne retspraksis.

25 Det bemærkes, at annullationssøgsmål ifølge fast retspraksis kan anvendes mod enhver af institutionerne vedtagen bestemmelse, som er bestemt til at afføde retsvirkninger, uanset dens karakter eller form (jf. Domstolens dom af 20.3.1997, sag C-57/95, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1627, præmis 7 og den deri nævnte retspraksis).

26 Den foreliggende sag drejer sig om en meddelelse, der er blevet udstedt af Kommissionen, og som er blevet offentliggjort i sin helhed i EU-Tidende, serie C. Som det fremgår af sagens akter, har dette dokument til formål at give meddelelse om Kommissionens almindelige opfattelse vedrørende anvendelsen af de grundlæggende regler om indgåelse af offentlige kontrakter, som følger direkte af EF-traktatens regler og principper, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet, på indgåelsen af kontrakter, der ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne.

27 Meddelelsens indhold må gennemgås med henblik på en bedømmelse af, om den tilsigter at skabe retsvirkninger, som er nye i forhold til dem, der følger af anvendelsen af EF-traktatens grundlæggende principper (jf. i denne retning Domstolens dom af 9.10.1990, sag C-366/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3571, præmis 11, og af 13.11.1991, sag C-303/90, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 5315, præmis 10, samt dommen af 20.3.1997 i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 9).

28 Det skal altså undersøges, om meddelelsen blot tydeliggør de bestemmelser om frie varebevægelser, om etableringsfriheden, om den frie udveksling af tjenesteydelser, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet samt proportionalitetsprincippet og reglerne om gennemsigtighed og gensidig anerkendelse, som finder anvendelse på kontrakter, der ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne, eller om den fastlægger nye eller specifikke forpligtelser i forhold til disse bestemmelser, principper og regler (jf. i denne retning Domstolens dom af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 14, og af 20.3.1997, Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 13).

29 Følgelig er den blotte omstændighed, at en fortolkningsmeddelelse, således som Kommissionen har gjort gældende, ikke ud fra sin form, natur eller affattelse fremstår som en retsakt, der skal skabe retsvirkninger, ikke tilstrækkelig til at fastslå, at meddelelsen ikke skaber bindende retsvirkninger.

30 Forbundsrepublikken Tyskland har ikke desto mindre anerkendt, at der findes offentliggjorte meddelelser fra Kommissionen af ikke-bindende karakter. Forbundsrepublikken Tyskland har imidlertid anført, at offentliggørelsen af meddelelsen i denne sag er en omstændighed, der ikke skal ses bort fra ved vurderingen af meddelelsens retsvirkninger. Offentliggørelse er nemlig en nødvendig betingelse for, at der foreligger en retsregel, og meddelelsen er udfærdiget for at have en ekstern virkning ligesom en retsregel.

31 Som bemærket ovenfor skal søgsmålet i denne forbindelse antages til realitetsbehandling, såfremt undersøgelsen af meddelelsens indhold afslører, at den fastsætter nye eller specifikke forpligtelser, uden at det er nødvendigt at undersøge, om meddelelsen har været genstand for offentliggørelse. Såfremt sådanne forpligtelser ikke foreligger, er den blotte offentliggørelse af meddelelsen derimod ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at meddelelsen er en retsakt, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

B — *Meddelelsens indhold*

32 Forbundsrepublikken Tyskland har, støttet af intervenienterne, som grundlag for søgsmålet i det væsentlige gjort gældende, at meddelelsen er en bindende retsakt, da den indeholder nye regler for indgåelsen af offentlige kontrakter, som går ud over de forpligtelser, der er afledt af eksisterende fællesskabsret, og som skaber retsvirkninger for medlemsstaterne, hvilket derfor medfører, at Kommissionen ikke har beføjelse til at vedtage sådanne regler.

33 Forbundsrepublikken Tyskland og intervenienterne har herved i det væsentlige gjort gældende, at meddelelsen, for det første, navnlig i punkt 2.1 om offentlige kontrakter, der har en lavere værdi end tærsklen i udbudsdirektiverne, og om II B-kontrakterne, fastsætter en forpligtelse til forudgående offentliggørelse (ex ante), der ikke følger af EF-traktatens grundlæggende principper som fortolket af Domstolen. For det andet har Forbundsrepublikken Tyskland anført, at forpligtelserne i henhold til meddelelsens punkt 2.2 går mærkbart ud over, hvad der følger af Domstolens fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper. For det tredje har Forbundsrepublikken Tyskland påberåbt sig en blot og bar overførelse af de undtagelser, som udbudsdirektiverne fastsætter for indgåelsen af kontrakter efter overenskomst, på kontrakter, der befinder sig uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde som nævnt i meddelelsens punkt 2.1.4. Endelig har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at meddelelsens punkt 1.3, som bestemmer, at der indledes traktatbrudssag i medfør af artikel 226 EF, såfremt meddelelsen ikke overholdes, har retsvirkninger. Efter Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes opfattelse fører disse forhold til, at meddelelsen har til formål at skabe retsvirkninger.

1. *Det første klagepunkt om tilstedeværelsen af en forpligtelse til forudgående offentliggørelse (meddelelsens punkt 2.1.1)*

a) Parternes argumenter

Forbundsrepublikken Tyskland

34 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at meddelelsen navnlig i punkt 2.1.1 fastsætter en principiel forpligtelse for medlemsstaterne til forudgående at offentliggøre enhver planlagt kontrakt, herunder offentlige kontrakter, hvis værdi er lavere end udbudsdirektivernes tærskler, og II B-kontrakter. Der kan ikke af Domstolens praksis, som meddelelsen er støttet på, udledes en forpligtelse til forudgående offentliggørelse og dermed forudgående gennemsigtighed. En forudgående forpligtelse følger således ikke af EF-traktatens grundlæggende principper eller Domstolens fortolkning heraf.

35 Forbundsrepublikken Tyskland har hertil i sit mundtlige indlæg føjet, at udviklingen i retspraksis på trods af, at Domstolen i visse domme efter vedtagelsen af meddelelsen fastslog en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, ikke kan underbygge en sådan forpligtelse med tilbagevirkende kraft.

36 Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland finder Domstolens praksis, som meddelelsen er støttet på, og navnlig dommen af 7. december 2000, Telaustria og Telefonadress (sag C-324/98, Sml. I, s. 10745, herefter »Telaustria-dommen«), af 21. juli 2005, Coname

(sag C-231/03, Sml. I, s. 7287), og af 13. oktober 2005, Parking Brixen (sag C-458/03, Sml. I, s. 8585), udelukkende anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser, som er et område, der ikke er omfattet af meddelelsens anvendelsesområde.

37 Endvidere adskiller koncessionskontrakter om tjenesteydelser sig fra offentlige kontrakter med en lavere værdi end ovennævnte tærskler ved deres økonomiske omfang, som almindeligvis overstiger de europæiske tærskler. Det bringer således disse nærmere de kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektiverne. Selv om gennemsigtighedsforpligtelsen kan være passende for koncessionskontrakter om tjenesteydelser, gælder det samme derfor helt sikkert ikke for de kontrakter, der er genstand for meddelelsen. Det er Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse, at man således ikke direkte kan overføre anvendelsen af retspraksis om koncessionskontrakter om tjenesteydelser på kontrakter med en lavere værdi end tærsklerne.

38 Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere gjort gældende, at de to andre afgørelser, der er nævnt i meddelelsen, og som vedrører kontrakter med en lavere værdi end tærsklerne (Domstolens kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, og Domstolens dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831), heller ikke kan begrunde forpligtelsen til en forudgående offentliggørelse. Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland har Domstolen ikke i nogen af afgørelserne taget stilling til en given gennemsigtighedsforpligtelse, men har blot erklæret, at princippet om forbud mod forskelsbehandling konkret finder anvendelse (Vestergaard-kendelsen, præmis 20 og 24, og dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 32 og 33). Forpligtelsen til forudgående gennemsigtighed kan således ikke overføres på kontrakter omfattet af meddelelsen.

39 Under alle omstændigheder er det Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse, at offentlige kontrakter med en lavere værdi end tærsklerne generelt er af meget begrænset økonomisk betydning og således ikke skader de pågældende grundlæggende friheder, eftersom de blot har en nærmest usikker og indirekte indvirkning på disse (Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 20). Denne konstatering

bekræftes af generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 26. april 2007, Kommissionen mod Finland (sag C-195/04, Sml. I, s. 3351, på s. 3353, punkt 83 og 85).

40 Endvidere går meddelelsen videre end den eksisterende retstilstand hvad angår II B-kontrakter, eftersom disse kontrakter almindeligvis har lokale karakteristika og har begrænset potentiale som kontrakter på tværs af grænserne, hvilket forklarer, at fællesskabslovgiver udelukkende har undergivet dem en efterfølgende, men ikke forudgående gennemsigtighedsforpligtelse, som ifølge meddelelsen gælder for fremtiden.

41 Endvidere er forpligtelsen til offentliggørelse forud for tildelingen af kontrakten ifølge Forbundsrepublikken Tyskland kun velanbragt og effektiv, hvis dens metode tjener formålet med åbning af markederne. Dette er ikke tilfældet, når ingen eller kun få udenlandske tilbudsgivere kan være potentielt interesserede i de pågældende kontrakter, såsom kontrakterne omfattet af meddelelsen. Domstolen har i den forbindelse i Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, påpeget, at der findes markeder, hvor virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder i EF-traktaten må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat. Meddelelsens punkt 1.3 viser, at Kommissionen er bevidst om, at visse kontrakters beskedne økonomiske betydning gør dem lidet attraktive for udenlandske virksomheder, hvilket begrunder, at der ikke er en forpligtelse til forudgående offentliggørelse i disse tilfælde.

42 Fællesskabslovgiver har ved at fastsætte tærskler for anvendelse af udbudsdirektiverne udtrykkeligt bestemt, at det under disse værdier i princippet skal formodes, at påvirkningen af det indre marked er nærmest »usikker og indirekte«, og således fastslås, at udenlandske tilbudsgivere ikke har en interesse. Kommissionen skal respektere fællesskabslovgivers vurdering. Forbundsrepublikken Tyskland har fremhævet, at genereladvokat Sharpston deler denne opfattelse i sit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor (punkt 85 og 96). Endvidere kan man ifølge Forbundsrepublikken Tyskland ikke med rimelighed kræve, at

de ordregivende myndigheder i hver sag skal undersøge den offentlige kontrakts betydning for det indre marked som foreskrevet i meddelelsens punkt 1.3, hvorimod disse ordregivende myndigheder hurtigt skal kunne fastslå, hvilke gennemsigtighedsforpligtelser der påhviler dem. Under retsmødet har Forbundsrepublikken Tyskland tilføjet, at den konkrete og individuelle tilgang i meddelelsens punkt 1.3 navnlig er i strid med Domstolens dom af 15. maj 2008, SECAP (forenede sager C-147/06 og C-148/06, Sml. I, s. 3565), hvori Domstolen godkendte en abstrakt og generel definition af en offentlig kontrakts betydning for det indre marked.

43 Det kan heller ikke kræves, at de ordregivende myndigheder altid konkret undersøger, om II B-kontrakten eller en kontrakt med en lavere værdi end tærsklen er af betydning for det indre marked. Retssikkerhedsprincippet kræver nemlig, at de nationale myndigheder hurtigt kan identificere de gældende offentliggørelsesforpligtelser. De fastsatte tærskler samt II B-kontrakterne lever op til dette princip.

44 Forbundsrepublikken Tyskland finder tillige, at forpligtelsen til forudgående offentliggørelse fastsat i meddelelsen går ud over forbuddet mod at diskriminere under proceduren for indgåelse af kontrakterne (ved f.eks. at stille de tyske tilbudsgivere bedre end de udenlandske tilbudsgivere). Denne forpligtelse medfører en handlingsforpligtelse for de ordregivende myndigheder med henblik på at tillade og tilskynde grænseoverskridende tilbud.

45 Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland nærmer den offentliggørelse, som ved meddelelsen er fundet nødvendig, sig reglerne i udbudsdirektiverne og er langvarig og dyr. Forbundsrepublikken Tyskland er under påberåbelse af generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, således af den opfattelse, at det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte reglerne for gennemsigtighedsprincippet. Det følger endvidere af punkt 98 i generaladvokat

Sharpstons forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, at spørgsmålet om, hvad der udgør en passende grad af offentlighed i forbindelse med kontrakter af ringe værdi, hører under national ret.

46 Forbundsrepublikken Tyskland har herom under retsmødet præciseret, at den navnlig bestrider de ordregivende enheders forpligtelse til at vælge det mest egnede medie til bekendtgørelse af deres kontrakter som bestemt i meddelelsens punkt 2.1.2. Kommissionen forfølger, idet den henviser til alle ordregivende enheder, en konkret og individuel tilgang, som ikke fremgår af Domstolens praksis. Forbundsrepublikken Tyskland har i den forbindelse tilføjet, at den ikke har anfægtet den vejledende liste over egnede former for offentliggørelse fremsat i meddelelsens punkt 2.1.2.

47 Forbundsrepublikken Tyskland er således af den opfattelse, at de kontrakter, der er omfattet af meddelelsen, netop ikke er underlagt en generel gennemsigtighedsforpligtelse i henhold til fællesskabsretten. Forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, der fremgår af meddelelsen, går mærkbart ud over, hvad der følger af Domstolens fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper.

Intervenienterne

48 Ifølge Den Franske Republik skal det undersøges, om meddelelsen blot forklarer EF-traktatens principper og regler om indgåelse af offentlige kontrakter, eller om den fastsætter nye forpligtelser i forhold til disse regler og principper. Meddelelsen er dog en tilføjelse til den eksisterende retstilstand.

49 Herved har Den Franske Republik navnlig gjort gældende, at Domstolen i Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, ikke har pålagt en almindelig forpligtelse til at sikre en passende offentliggørelse hvad angår kontrakter med en lavere værdi end tærsklerne, men at nævnte kendelse vedrørende anvendelsen af det principielle forbud mod forskelsbehandling og ikke gennemsigtighedsforpligtelsen. Domstolen fandt i Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 20, at selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler, hvorefter den sluttede, at artikel 28 EF er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt indsætter en bestemmelse, hvorefter der til opfyldelsen af den pågældende kontrakt skal anvendes et bestemt fabrikat, uden at der tilføjes bemærkningen »eller dermed ligestillet« (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 24).

50 En sådan almindelig forpligtelse til passende offentliggørelse følger heller ikke af dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor. Domstolen fastslog nemlig i denne doms præmis 32, at selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. Ifølge Domstolen fulgte det dog heraf udelukkende, at den anfægtede franske bestemmelse udgjorde en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand, idet bestemmelsen forbeholdt hvervet som fuldmægtig for bygherren for visse kategorier af udtømmende opregnede franske juridiske personer (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 68).

51 Den Franske Republik har desuden anført, at selv om Domstolen i Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, henviste til en forpligtelse til passende offentliggørelse, skete det, fordi det drejede sig om en koncession af betydelig økonomisk værdi. Denne konklusion bekræftes ved Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, som derimod vedrørte koncessioner af en meget begrænset økonomisk betydning.

52 Under alle omstændigheder har Den Franske Republik gjort gældende, at en sådan forpligtelse til passende offentliggørelse, selv om den måtte anses for at følge af Domstolens praksis, i hvert fald ikke kunne bestå i en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, som det er pålagt ved meddelelsens punkt 2.1.1.

53 Den Franske Republik hævder tillige, at det fremgår af generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, og generaladvokat Finellys forslag til afgørelse i Telaustria-sagen, nævnt i præmis 36 ovenfor (Sml. I, s. 10747), at gennemsigtighedsforpligtelsen ikke medfører en forpligtelse til offentliggørelse som fastsat i meddelelsens punkt 2.1.2.

54 Hvad angår II B-kontrakterne er det Den Franske Republiks opfattelse, at Rådets valg af ikke at kræve forudgående offentliggørelse af den er afklaret i betragtning 18 og 19 til direktiv 2004/18. Det fremgår heraf, at II B-kontrakterne ikke er undergivet direktivets fuldstændige anvendelse, det vil især sige en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, men er genstand for en overvågning, hvis mekanisme skal give de interesserede mulighed for adgang til oplysningerne på området.

55 Den Franske Republik har således fundet, at Rådet i direktiv 2004/18 hvad angår offentliggørelse klart har villet undergive II B-kontrakterne en specifik og fuldstændig ordning, som er en ordning for lettere indgåelse.

56 Republikken Østrig mener også, at meddelelsen er en retsakt, der skaber retsvirkninger, eftersom den indfører en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, som hverken følger af EF-traktaten eller Domstolens praksis.

57 Republikken Østrig har i den forbindelse til Forbundsrepublikken Tysklands argumentation føjet, at generaladvokaterne Stix-Hackls og Sharpstons forslag til afgørelse i henholdsvis Domstolens dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland (sag

C-507/03, Sml. I, s. 9777, på s. 9780), og i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, viser, at retstilstanden er uklar og omstridt hvad angår gennemsigtighedsforpligtelsens anvendelse på indgåelse af kontrakter, der ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne. Hvor generaladvokat Stix-Hackl fastslår, at indgåelsen af ikke-betydningsfulde tjenesteydelseskontrakter i hvert fald som hovedregel nødvendiggør offentliggørelsen af en bekendtgørelse, afviser generaladvokat Sharpston, at der findes en almindelig forpligtelse til forudgående gennemsigtighed for kontrakter, hvis værdi er lavere end tærsklerne. På tidspunktet for vedtagelsen af meddelelsen havde Domstolen endnu ikke truffet afgørelse i disse to sager. Når Kommissionen i sin meddelelse fastsætter en forpligtelse til forudgående offentliggørelse for indgåelsen af denne slags kontrakter (dvs. om såvel ikke-betydningsfulde tjenesteydelser som kontrakter af beskeden værdi), skaber den nye retsvirkninger.

58 Forpligtelserne pålagt de ordregivende myndigheder ved meddelelsens punkt 1.3 og 2.1.2 er, som Republikken Østrig har gjort gældende under retsmødet, i strid med SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor, fordi meddelelsen ikke tager hensyn til den ordregivende enheds kapacitet som foreskrevet i nævnte doms præmis 32.

59 Republikken Østrig er ligeledes af den opfattelse, at en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence samt at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske, som det følger af Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, ikke nødvendigvis kræver en forudgående offentliggørelse. Det fremgår nemlig af det igangværende arbejde med gennemgang af direktiverne om klager vedrørende offentlige kontrakter (jf. dokument 2006/0066/COD samt de nye artikler 2d-2f til Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som er foreslået heri), at en efterfølgende retsbeskyttelse — uden forudgående offentliggørelse af kontrakten — også kan give mulighed for en effektiv kontrol af, om en udbudsprocedure er upartisk.

60 På trods af, at der ikke er en perfekt faktisk og retlig overensstemmelse mellem retten om offentlige kontrakter og om statsstøtte, har Republikken Østrig tillige påberåbt sig de minimis-reglen, der finder anvendelse i retten om statsstøtte, hvorefter støtte, som er lavere end en bestemt grænse, ikke antages at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart og ikke fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen. Ifølge Republikken Østrig forekommer det, når de to tilfælde sammenlignes, ikke absurd ud fra princippet om, at offentlige kontrakter, der er lavere end tærsklerne, ikke har den betydning for det indre marked, som ville begrunde en forpligtelse til forudgående offentliggørelse for at åbne for konkurrence. Støtten gives nemlig direkte til virksomheder, mens tærsklerne inden for offentlige kontrakter er et resultat af kontraktens værdi (som i den forbindelse kan sammenlignes med en støtte), hvorved virksomhedens fortjeneste kun er en lidet betydelig brøkdel af nævnte værdi.

61 Endelig har Republikken Østrig lagt vægt på betragtning 19 til direktiv 2004/18, hvori det ifølge Republikken Østrig implicit antydes, at fællesskabslovgiver ikke fandt det nødvendigt, at ikke-betydningsfulde kontrakter (II B-kontrakter) gav grundlag for at anvende alle mulighederne for at øge samhandelen på tværs af grænserne. Den eneste årsag, der kan begrunde denne forskelsbehandling, er, at disse kontrakter, som direktivet ikke fuldt ud gælder for, ikke anses for at have tilstrækkelig betydning for det indre marked til at begrunde anvendelsen af alle mulighederne for at øge samhandelen på tværs af grænserne, hvilket omfatter en almindelig forpligtelse til forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

62 Kongeriget Nederlandene har gjort gældende, at Kommissionen har tillagt fællesskabsretten en fortolkning, der går ud over retspraksis ved at skabe en fuldstændig retstilstand, der pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til forudgående gennemsigtighed for alle offentlige kontrakter omfattet af meddelelsen, mens Domstolen endnu ikke har taget stilling til spørgsmålet.

63 Kongeriget Nederlandene er under henvisning til retssikkerhedsprincippet tillige af den opfattelse, at spørgsmålet, om meddelelsen skaber nye forpligtelser, skal vurderes på grundlag af retspraksis kendt på tidspunktet for vedtagelsen af meddelelsen. Det ses af senere retspraksis, at meddelelsen har taget åbenbart forskud på udviklingen i retspraksis.

Kommissionen

64 Hvad angår meddelelsens konkrete indhold og de forhold af lovgivningsmæssig karakter, som Forbundsrepublikken Tyskland har påberåbt sig, nemlig væsentligst omgåelsen af tærsklen for anvendelse af udbudsdirektiverne og forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, har Kommissionen bestridt, at disse forhold i meddelelsen fastsætter nye retsregler. De forklarer blot i overensstemmelse med artikel 211 EF EF-traktatens regler og principper som fortolket ved Domstolens praksis.

65 Kommissionen har bestridt Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes påstand om, at meddelelsen kortslutter lovgivers beslutning om kun at fastsætte bestemmelser om offentliggørelsen af offentlige kontrakter, der overstiger bestemte tærskler. Kommissionen har herved gjort gældende, at lovgiver, selv om man kun har fundet det nødvendigt at fastsætte detaljerede regler ud over tærsklerne for anvendelse af direktiverne, fandt, at anvendelsen af EF-traktatens regler og principper var tilstrækkelig inden for disse tærskler. Lovgiver hverken ville — eller kunne — dog via direktiverne udelukke anvendelsen af EF-traktatens regler og principper på offentlige kontrakter inden for tærsklen.

66 Dette fremgår af Domstolens praksis og nærmere bestemt af Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, og i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor. Det er Kommissionens opfattelse, at Domstolen i Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, har fastslået, at de ordregivende enheder, som indgår kontrakter, der ikke hører under udbudsdirektiverne, alligevel er forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 60). Denne tankegang støttes faktisk af præmis 33 i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor. Domstolen har på samme vis i Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, fastslået, at kontrakterne uden for direktivets anvendelsesområde, såsom koncessionskontrakter, fortsat er underlagt EF-traktatens almindelige regler. Den europæiske lovgiver tog, i niende betragtning til direktiv 200/17, hensyn til denne dom ved vedtagelsen af udbudsdirektiverne.

67 Domstolen har ifølge Kommissionen ligeledes givet gennemsigtighedsforpligtelsen et konkret indhold ved at fastslå, at virksomheder med hjemsted i en medlemsstat inden tildelingen af en kontrakt skal have adgang til passende oplysninger herom, hvorved den i givet fald kan tilkendegive sin interesse i at opnå kontrakten (Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 21).

b) Rettens bemærkninger

68 Forbundsrepublikken Tyskland og intervenienterne har gjort gældende, at meddelelsens punkt 2.1.1 har indført en principiel forpligtelse for medlemsstaterne til at foretage en forudgående offentliggørelse af alle de omhandlede kontrakter, hvilket udgør en ny forpligtelse i forhold til EF-traktatens principper

69 Hvad angår EF-traktatens regler og principper (meddelelsens punkt 1.1), som finder anvendelse på indgåelsen af offentlige kontrakter, der har en betydning for det indre marked, fastsættes i meddelelsens 2.1 de grundlæggende regler, der finder anvendelse for offentliggørelse. Punkt 2.1.1 bærer i den forbindelse overskriften »Forpligtelse til at sikre passende offentliggørelse« og bestemmer følgende:

»Ifølge [Domstolen] indebærer principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentliggørelse til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence.

Forpligtelsen til gennemsigtighed indebærer, at en virksomhed i en anden medlemsstat skal have adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende kontrakten, før denne tildeles, således at den, hvis den ønsker det, vil være i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af kontrakten.

Det er Kommissionens opfattelse, at den praksis, der består i at kontakte et antal potentielle tilbudsgivere, ikke vil være tilstrækkelig, selv om ordregiveren også henvender sig til virksomheder i andre medlemsstater og forsøger at nå alle potentielle leverandører. En sådan selektiv tilgang kan ikke udelukke forskelsbehandling af potentielle tilbudsgivere fra andre medlemsstater, særligt nye aktører på markedet. Det samme gælder alle former for »passiv« reklame, hvor en ordregiver afholder sig fra aktivt at omtale udbuddet, men besvarer anmodninger om oplysninger fra ansøgere, der ved egne midler har gjort sig bekendt med den påtænkte kontrakttildeling. Det vil heller ikke være tilstrækkelig offentliggørelse blot at henvise til oplysninger, der findes i medierne, fremgår af parlamentariske eller politiske debatter eller kan fås ved arrangementer som f.eks. kongresser.

Derfor er den eneste måde, hvorpå [Domstolens] krav kan opfyldes, at offentliggøre en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten. Denne bekendtgørelse skal offentliggøres af ordregiveren med henblik på at åbne kontrakttildelingen for konkurrence.«

70 De to første afsnit af meddelelsens punkt 2.1.1 gengiver Domstolens praksis i Telaustria-dommen, Coname-dommen og Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, og anfægtes hverken af Forbundsrepublikken Tyskland eller nogle af intervenienterne. Endvidere er tredje afsnit i meddelelsens punkt 2.1.1 ikke blevet anfægtet under den skriftlige forhandling. I sidste afsnit i meddelelsens punkt 2.1.1 fastslås forpligtelsen til at sikre passende offentliggørelse, der består i at offentliggøre en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten.

71 Forbundsrepublikken Tyskland har, støttet af intervenienterne, i det væsentlige gjort gældende, at der ved dette punkt i meddelelsen for offentlige kontrakter, der hører under dens anvendelsesområde, fastsættes en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, som på ingen måde følger af de principper og den praksis ved Domstolen, der påberåbes under dette punkt. Der foreligger hermed en ny forpligtelse, som giver den pågældende meddelelse karakter af en retsakt, der skaber bindende retsvirkninger og kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

72 Det skal således undersøges, om meddelelsen blot forklarer denne forpligtelse, som følger for medlemsstaterne af EF-traktatens grundlæggende principper, eller om den fastsætter nye forpligtelser, som det hævdes af Forbundsrepublikken Tyskland og intervenienterne.

73 Det skal i den forbindelse først bemærkes, at de særlige og strenge procedurer, der er fastsat i fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, kun finder anvendelse på

kontrakter, hvis værdi overskrider en bestemt tærskel, der udtrykkeligt er fastsat i hvert enkelt af de pågældende direktiver (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 19, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 33). Bestemmelserne i disse direktiver gælder således ikke for kontrakter med en lavere værdi end den i direktiverne fastsatte beløbsgrænse.

74 Det indebærer dog ikke, at disse kontrakter er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 19). Ifølge Domstolens faste praksis vedrørende indgåelse af aftaler, som på grund af deres værdi ikke er omfattet af de procedurer, der er fastsat i fællesskabsreglerne, er de ordregivende myndigheder desuagtet forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler i almindelighed (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 20, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 32) og i særdeleshed princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (jf. i denne retning Domstolens dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 29, Teleaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 62, Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 16, og Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 46, samt dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 18).

75 Dette underbygges endvidere af niende betragtning til direktiv 2004/17, hvorefter der »[f]or offentlige kontrakter, hvis værdi er lavere end den, der udløser anvendelse af bestemmelserne om fællesskabssamordning, kan […] henvises til Domstolens retspraksis, som fastslår, at ovennævnte regler og principper i EF-traktaten finder anvendelse [dvs. ligebehandlingsprincippet, som princippet om forbud mod forskelsbehandling blot er et særligt udtryk for, princippet om gensidig anerkendelse, proportionalitetsprincippet samt gennemsigtighedsforpligtelsen]«, samt første og anden betragtning til direktiv 2004/18, som fastsætter, at de samme principper gælder for indgåelsen af kontrakter indgået mellem medlemsstater, der ligger over eller under beløbsgrænsen.

76 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer i henhold til Domstolens faste praksis navnlig et krav om gennemsigtighed, således at den udbydende offentlige myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes (Domstolens dom i sagen Unitron Scandinavia og 3-S, nævnt i præmis 74 ovenfor, præmis 31, Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 61, dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 45, Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 49, og ANAV-dommen, nævnt i præmis 74 ovenfor, præmis 21). Dette krav om gennemsigtighed bestyrkes af niende betragtning til direktiv 2004/17 samt anden betragtning til direktiv 2004/18. Det følger heraf, at medlemsstaterne og deres ordregivende enheder skal overholde denne gennemsigtighedsforpligtelse som fortolket af Domstolen ved indgåelsen af alle offentlige kontrakter.

77 Domstolen har endvidere præciseret, at denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 62, Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 49, og ANAV-dommen, nævnt i præmis 74 ovenfor, præmis 21).

78 Ifølge Domstolen indebærer gennemsigtighedsforpligtelsen, der påhviler de ordregivende myndigheder, navnlig krav, som skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end den omhandlede at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede offentlige kontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af den offentlige kontrakt (Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 21).

79 Det følger af denne retspraksis, at gennemsigtighedsforpligtelsen forstået som en passende offentliggørelse således omfatter en form for offentliggørelse inden tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt, med andre ord en forudgående offentliggørelse. Følgelig har meddelelsen ved at nævne en »tilstrækkelig tilgængelig

bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten« i modsætning til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland og visse intervenienter har gjort gældende, ikke skabt en ny forpligtelse for medlemsstaterne, men har blot påpeget den eksisterende forpligtelse ifølge den fællesskabsret, der finder anvendelse på de offentlige kontrakter omfattet af den pågældende meddelelse, som fortolket af Fællesskabets retsinstanser.

80 Dette er i øvrigt i overensstemmelse med Domstolens praksis efter vedtagelsen af meddelelsen, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland har anerkendt under retsmødet. I henhold til Domstolens praksis finder forpligtelserne afledt af primær ret om ligebehandling og gennemsigtighed nemlig dels fuldstændig anvendelse på kontrakter, som dog er udelukket fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde, og som har en vis grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning hvad angår Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) (og en kontrakt med en værdi, der er lavere end beløbsgrænsen i nævnte direktiv), Domstolens dom af 14.6.2007, sag C-6/05, Medipac-Kazantzidis, Sml. I, s. 4557, præmis 33, hvad angår Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og en II B-kontrakt, dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 57 ovenfor, præmis 30, 31 og 32, og hvad angår Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) samt Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), Domstolens dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 66, 81 og 82). Dels kan ifølge Domstolen en efterfølgende offentliggørelse ikke sikre en passende offentliggørelse som fortolket i Telaustria- og i Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, hvilket betyder, at gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af EF-traktatens principper, indebærer, at udbudsbekendtgørelsen skal være genstand for en forudgående offentliggørelse, der sker inden tildelingen (dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 57 ovenfor, præmis 30 og 32).

81 Konklusionen om, at forpligtelsen til forudgående offentliggørelse i henhold til meddelelsens punkt 2.1.1 ikke går videre end Domstolens fortolkning af EF-traktatens

grundlæggende principper, kan ikke drages i tvivl af Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes forskellige argumenter.

82 For det første har Forbundsrepublikken Tyskland i det væsentlige gjort gældende, at Telaustria-, Coname- og Parking Brixen-dommene, nævnt i præmis 36 ovenfor, vedrører offentlige kontrakter om tjenesteydelseskoncessioner, der med deres værdi, selv om de ikke er omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde, kan sammenlignes med offentlige kontrakter omfattet af disse direktivers anvendelsesområde, og at den retspraksis, som følger af disse domme, dermed ikke finder anvendelse på de offentlige kontrakter, som omhandles i meddelelsen.

83 Herved bemærkes, at det følger af den retspraksis, som Forbundsrepublikken Tyskland har lagt vægt på til støtte for sin argumentation, at Domstolen hvad angår koncessionskontrakter allerede har fastslået, at sådanne kontrakter, selv om tildelingen af en sådan koncession ikke er reguleret af nogle af udbudsdirektiverne, fortsat er omfattet af EF-traktatens almindelige bestemmelser (jf. i denne retning Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 16, støttet af dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 33). Det skal ligeledes fastslås, at gennemsigtighedsforpligtelsen i henhold til denne retspraksis følger direkte af nævnte traktats almindelige regler samt af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling i særdeleshed (Telaustria-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 61, og Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 49), og at nævnte gennemsigtighedsforpligtelse i sig selv indebærer en forpligtelse til forudgående offentliggørelse (jf. i denne retning Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 21). Derimod er den omstændighed, at de i disse domme omhandlede kontrakter ud fra deres betydning kunne sammenlignes med de offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde, på ingen måde påberåbt i disse domme for at begrunde forpligtelsen til en passende og navnlig forudgående offentliggørelse. Det følger heraf, at denne retspraksis i modsætning til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, kan overføres på de offentlige kontrakter, der er omfattet af meddelelsen, og som ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der fremgår heraf, som nævnt ligeledes gælder for.

84 Det skal for fuldstændighedens skyld understreges, at dette i øvrigt er bestyrket ved Domstolens praksis efter offentliggørelsen af meddelelsen. Domstolen har i Medipac-Kazantzidis-dommen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 33, hvad angår offentlige bygge- og anlægskontrakter nemlig henvist til fast retspraksis, hvorefter de ordregivende myndigheder ved indgåelsen af en kontrakt — selv om værdien af den kontrakt, der er genstand for en udbudsbekendtgørelse, er lavere end tærskelværdien i udbudsdirektiverne, hvormed fællesskabslovgiver har reguleret udbudsområdet, og den pågældende kontrakt således ikke henhører under disses anvendelsesområde — er forpligtet til at overholde de almindelige principper i fællesskabsretten, såsom ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger heraf, og den har i samme præmis som fast retspraksis nævnt Telaustria-, Coname- og Parking Brixen-dommene, nævnt i præmis 36 ovenfor. Domstolen har således udvidet løsningerne, fastsat for bestemmelserne om indgåelse af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, til reglerne for indgåelse af kontrakter, hvis økonomiske værdi er lavere end tærsklerne for anvendelse af direktiverne (Medipac Kazantzidis-dommen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 33).

85 Hvad angår Forbundsrepublikken Tysklands argument omtalt i præmis 38 ovenfor om, at Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, kun vedrører princippet om forbud mod forskelsbehandling og følgelig ikke kan begrunde en forpligtelse til forudgående offentliggørelse, skal det for det andet blot bemærkes, at gennemsigtighedsforpligtelsen ved navnlig en passende offentliggørelse i henhold til retspraksis anført i præmis 76 ovenfor netop følger af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Eftersom det følger af disse afgørelser, at EF-traktatens grundlæggende regler finder anvendelse på alle offentlige kontrakter, også selv om de ikke er omhandlet af udbudsdirektiverne (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 19, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 32 og 33), har Kommissionen med føje anført denne kendelse og dom i meddelelsen.

86 For det tredje kan argumentet om, at fællesskabslovgiver ved at fastsætte tærskler for anvendelse af udbudsdirektiverne udtrykkeligt har bestemt, at det under disse

værdier i princippet skal formodes, at påvirkningen af det indre marked er nærmest »usikker og indirekte«, og således fastslås, at udenlandske tilbudsgivere ikke har en interesse, heller ikke tages til følge.

87 Det skal i den forbindelse præciseres, at det ikke alene på baggrund af, at en offentlig kontrakt har en lavere værdi end tærsklen for anvendelse af udbudsdirektiverne, kan formodes, at denne offentlige kontrakts påvirkning af det indre marked er næsten ubetydelig. Denne tankegang modsiges af retspraksis anført i præmis 73 og 74 ovenfor, hvorefter sådanne kontrakter ikke er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde. Såfremt det på forhånd kunne udelukkes, at disse kontrakter havde nogen indvirkning på det indre marked, ville fællesskabsretten imidlertid ikke finde anvendelse.

88 Som Domstolen har anerkendt, er det på grund af særlige omstændigheder, som navnlig en meget begrænset økonomisk betydning, ganske vist fuldstændig forudsigeligt, at det med rette kan hævdes, at en virksomhed beliggende i en anden medlemsstat end den, hvori den ordregivende enhed i relation til en bestemt offentlig kontrakt ligger, ikke ville være interesseret i at opnå tildeling af den nævnte kontrakt, og at virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder følgelig må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat (jf. i denne retning Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis). Konklusionen om, at de grundlæggende friheder ikke er tilsidesat, kan imidlertid ikke alene følge af en vurdering af hver sags særlige omstændigheder og kan ikke udelukkende støttes på, at den pågældende kontrakts værdi ikke overstiger en vis tærskel.

89 Meddelelsens punkt 1.3 bestemmer således følgende:

»De enkelte ordregivere bærer selv ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling vil kunne interessere økonomiske aktører i andre medlemsstater. Efter

Kommissionens opfattelse skal dette afgøres på grundlag af en evaluering af de omstændigheder, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde, som f.eks. kontraktens genstand og anslåede værdi, de særlige forhold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis osv.), samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Hvis ordregiveren konkluderer, at den pågældende kontrakt har betydning for det indre marked, skal han tildele den i overensstemmelse med de grundlæggende normer, der er afledt af fællesskabsretten.«

90 For det fjerde har Forbundsrepublikken Tyskland imidlertid gjort gældende, at meddelelsen skaber en ny forpligtelse og således skaber bindende retsvirkninger, da det kræves, at de ordregivende myndigheder i den enkelte sag skal vurdere den offentlige kontrakts betydning for det indre marked for navnlig at afgøre, om forpligtelsen til forudgående offentliggørelse fastsat i samme meddelelses punkt 2.1.1 finder anvendelse.

91 Domstolens praksis har hvad angår offentlige kontrakter uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde allerede fastsat en forpligtelse for den ordregivende enhed til under de kompetente retsinstansers kontrol at vurdere den pågældende kontrakts særegenheder med henblik på at indrette udbudsbestemmelserne herefter (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 49 og 50). Det kan således ikke fastholdes, at meddelelsens punkt 1.3, læst i sammenhæng med punkt 2.1.1, skaber en ny forpligtelse for medlemsstaterne.

92 Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Østrig har herom under retsmødet tilføjet, at en konkret vurdering som anført i meddelelsens punkt 1.3 er i strid med SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor (præmis 30-32), som fastsatte en abstrakt og generel definition af en offentlig kontrakts betydning for det indre marked.

93 Det skal i den forbindelse fastslås, at præmis 30 i SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor, bestyrker konklusionen i præmis 91 ovenfor, hvorefter det i princippet tilkommer den ordregivende myndighed, før den fastsætter betingelserne i udbudsbekendtgørelsen, at vurdere, om en kontrakt, hvis værdi er lavere end beløbsgrænsen ifølge fællesskabsreglerne, har en grænseoverskridende interesse, hvilken vurdering dog kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse.

94 Det skal endvidere bemærkes, at der ikke er modsigelser mellem meddelelsen, navnlig dens punkt 1.3, og SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor. Meddelelsen udelukker nemlig ikke muligheden for, at der fastsættes objektive kriterier i en national eller lokal ordning for, hvornår der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, som det er fastslået i SECAP-dommens præmis 31, nævnt i præmis 42 ovenfor. De ordregivende myndigheder er desuagtet forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler i almindelighed og i særdeleshed princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 29).

95 Hvad angår SECAP-dommens præmis 32, nævnt i præmis 42 ovenfor, skal det fastslås, at den heller ikke er i strid med meddelelsens punkt 1.3 og 2.1.2. Dette punkt vedrører nemlig en automatisk udelukkelse af visse bud, fordi de er unormalt lave, selv om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, og finder således anvendelse på et andet tidspunkt i indgåelsen af den offentlige kontrakt end afgørelsen fra økonomiske aktører, med hjemsted i andre medlemsstater, vedrørende den potentielle interesse i en offentlig kontrakt, som fastsat i meddelelsens punkt 1.3, eller valget af det mest passende medie for at sikre offentliggørelsen fastsat i meddelelsens punkt 2.1.2. Under alle omstændigheder skal det fremhæves, at der tages hensyn til den ordregivende enheds administrative kapacitet, og punkterne kan følgelig ikke skabe en ny forpligtelse for medlemsstaterne eller deres ordregivende myndigheder.

96 For det femte er meddelelsens punkt 2.1.2, hvorefter »[d]et påhviler ordregiverne at vælge det mest egnede medie til bekendtgørelse af deres kontrakter«, i modsætning

til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende (jf. præmis 46 ovenfor), ikke uforeneligt med, at der i national lovgivning fastsættes generelle kriterier for at foretage disse valg, da det præciseres, at overholdelsen af EF-traktatens grundlæggende principper, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, ikke må drages i tvivl ved anvendelsen af sådanne kriterier. Som det allerede er bemærket i præmis 91 ovenfor, tilkommer det nemlig den udbydende myndighed under de kompetente retsinstansers kontrol at tage stilling til, om der er overensstemmelse mellem de betingelser, hvorunder tildelingen er sket, og særegenhederne ved den pågældende offentlige kontrakt. I henhold til Domstolens praksis overlader meddelelsen det således til de ordregivende myndigheder at afgøre graden af og formen for en passende offentliggørelse (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 49 og 50). Meddelelsen anfører således med føje i punkt 2.1.2, at »[d]et påhviler ordregiverne at vælge det mest egnede medie til bekendtgørelse af deres kontrakter«. Den skaber følgelig ikke en ny retlig forpligtelse for de ordregivende myndigheder.

97 Som svar på Republikken Østrigs argumentation, som er støttet på en sammenligning af tærsklerne for anvendelse af udbudsdirektiverne med de minimis-reglen, der gælder for statsstøtte, skal det i øvrigt blot bemærkes, at det ikke fremgår af de nævnte direktiver, at de pågældende tærskler er støttet på overvejelser svarende til dem, der begrunder de minimis-reglen inden for statsstøtte.

98 For det sjette skal det hvad angår Den Franske Republiks argumentation om, at meddelelsen i punkt 2.1.2 indfører en offentliggørelsesforpligtelse, der består i at anvende et skriftligt medie for at sikre offentliggørelsen af de omhandlede kontrakter, bemærkes, at argumentationen er støttet på en urigtig forudsætning. Der er nemlig ingensteds i meddelelsen anført en forpligtelse til offentliggørelse, der består i anvendelsen af skriftlige medier for at sikre offentliggørelsen af offentlige kontrakter omfattet af meddelelsen. Meddelelsens punkt 2.1.3, første afsnit, henviser til retspraksis, hvorefter kravet om gennemsigtighed ikke nødvendigvis indebærer en forpligtelse til at

afholde et formelt udbud (Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 21). Endvidere fastslår punkt 2.1.2, tredje afsnit, følgende:

»Tilstrækkelige og almindeligt anvendte medier er bl.a.:

— internettet […]«

Som Forbundsrepublikken og intervenienterne i øvrigt har anerkendt, er der tale om en vejledende og på ingen måde udtømmende opremsning af forskellige former for passende offentliggørelse.

99 For det syvende skal det — hvad angår Forbundsrepublikken Tysklands og Den Franske Republiks argumentation om, at udelukkelsen af den praksis, der består i at kontakte potentielle tilbudsgivere, selv om ordregiveren også henvender sig til virksomheder i andre medlemsstater og forsøger at nå alle potentielle leverandører, ved gennemsigtighedsforpligtelsen indført ved meddelelsen (meddelelsens punkt 2.1.1, tredje afsnit) er et forhold, der fastsætter konkrete forpligtelser i forhold til EF-traktatens principper — understreges, at den vedrører en del af meddelelsen, som på ingen måde er anfægtet i stævningen eller i interventionsindlægget. Det skal i den forbindelse bemærkes, at selv om procesreglementets artikel 48, stk. 2, åbner mulighed for under visse omstændigheder at fremsætte nye anbringender under sagen, kan denne bestemmelse i intet tilfælde fortolkes således, at den skulle åbne mulighed for, at sagsøgeren kan fremsætte nye påstande for Retten og således ændre sagens genstand (jf. Rettens dom af 12.7.2001, sag T-3/99, Banatrading mod Rådet, Sml. II, s. 2123, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis). Det følger heraf, at den pågældende argumentation må afvises, eftersom den søger at udvide sagens genstand ved at inkludere en del af meddelelsen, der ikke var omfattet af stævningen.

100 Under alle omstændigheder skal det fastslås, at meddelelsen ikke absolut og endeligt udelukker denne praksis. Som foreskrevet i meddelelsens punkt 2.2.2 og 2.1.3, kan den ordregivende enhed foretage en passende begrænsning af antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud. Meddelelsen kræver imidlertid, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsforpligtelsen overholdes (meddelelsens punkt 2.2.2) for at sikre en tilstrækkelig konkurrence. Endvidere finder Retten, at det for at sikre, at kontrollen af, at udbudsprocedurerne er upartiske, kan udføres, følger af gennemsigtighedsforpligtelsen, at de ordregivende myndigheder nødvendigvis må sørge for en aktiv åbenhed, ligesom det påhviler de ordregivende enheder at fastsætte rimelige betingelser for tildelingen (Parking Brixen-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 50). Følgelig skaber indholdet af meddelelsens punkt 2.1.1, tredje afsnit, som anfægtet af Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik, ikke konkrete forpligtelser.

2. *Det andet klagepunkt om de konkrete offentliggørelsesforpligtelser (meddelelsens punkt 2.2)*

a) Parternes argumenter

Forbundsrepublikken Tyskland

101 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at forpligtelserne ifølge meddelelsens punkt 2.2 går mærkbart ud over, hvad der følger af Domstolens fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper. Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland

har Kommissionen først i meddelelsens punkt 2.2 besluttet, at tildelingen skal være i overensstemmelse med EF-traktatens regler og principper, således at alle økonomiske aktører, der er interesserede i kontrakten, får lige og rimelige konkurrencevilkår, og af denne generelle forpligtelse herefter udledt en række konkrete forpligtelse om offentliggørelsen af hensigten til at indgå en kontrakt.

102 Forbundsrepublikken Tyskland hævder navnlig, at medlemsstaterne i henhold til meddelelsens punkt 2.2 skal beskrive kontraktens genstand, således at alle potentielle tilbudsgivere kan forstå den på samme måde, mens den sikrer lige adgang for økonomiske aktører fra alle medlemsstater. Myndighederne skal, såfremt de kræver, at tilbudsgiverne fremlægger skriftlige akter, ligeledes acceptere dokumenter udstedt i andre medlemsstater. De fastsatte frister skal være tilstrækkelige til at give tilbudsgivere fra andre medlemsstater mulighed for at overholde dem. Endelig skal proceduren være gennemskuelig for alle deltagere. Dette regelsæt suppleres af processuelle bestemmelser for medlemsstater, der ønsker at opstille en begrænset liste af ansøgere, som opfordres til at afgive bud på den pågældende kontrakt (meddelelsens punkt 2.2.2), og af reglerne for beslutningen om tildeling af kontrakten (meddelelsens punkt 2.2.3).

103 Hvor forpligtelsen til at foretage en ikke-diskriminerende beskrivelse af kontraktens genstand, der fremgår af første led i regelsættet i meddelelsens punkt 2.2.1, eventuelt kan være afledt af Domstolens praksis i Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor (præmis 24), indeholder de andre forpligtelser i meddelelsens punkt 2.2.1 konkrete instruktioner, som ikke er afledt af gældende fællesskabsret. Dette bekræftes ved Kommissionens udtalelse, hvorefter ovennævnte principper i praksis skal sikre, at EF-traktatens grundlæggende principper overholdes (meddelelsens punkt 1.2). Der er således ikke tale om en beskrivelse af Domstolens praksis, men om nye regler for tildeling af kontrakter. Forbundsrepublikken Tyskland har således i det væsentlige

anfægtet de forskellige midler, der er nævnt i meddelelsens punkt 2.2.1, som ifølge Forbundsrepublikken Tyskland indfører nye forpligtelser.

Intervenienterne

104 Vedrørende de konkretiserede offentliggørelsesforpligtelser fastsat i meddelelsens punkt 2.2 har Republikken Østrig gjort gældende, at visse af aspekterne opstillet heri, såsom kravet om en tilstrækkelig lang frist og om antallet af ansøgere på den begrænsede liste hvad angår indgåelsen af kontrakter, der ikke eller kun delvist er omfattet af udbudsdirektiverne, ligeledes tilsigter at skabe nye bindende retsvirkninger. Disse forpligtelser kan imidlertid ikke udledes af Domstolens praksis.

105 Parlamentet har tiltrådt Forbundsrepublikken Tysklands påstande om meddelelsens punkt 2.2, men har anført nogle yderligere forhold, som således styrker Forbundsrepublikken Tysklands argumentation. Ifølge Parlamentet har Kommissionen i dette punkt fastsat detaljerede regler om udbuddets indhold og frister, om en eventuel procedure for forhåndsudtagelse og om domstolsbeskyttelsen.

106 Republikken Polen har gjort gældende, at Kommissionen ikke har nævnt nogen dom fra Domstolen til støtte for sin opfattelse, hvor den anfører regler om bekendtgørelsers offentliggørelse og indhold samt indfører regler om processuelle frister ved indgåelse af offentlige kontrakter. Ifølge Kommissionen tjener meddelelsen til at fortolke Domstolens praksis i den forbindelse. Dette forklarer, hvorfor Kommissionens erklæring om, at meddelelsen sammenfatter retspraksis, ikke er underbygget af dens indhold.

Kommissionen

107 Kommissionen har afvist Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes argumentation mod kriterierne fastsat i meddelelsens punkt 2.2.1. Ifølge Kommissionen er principperne om lige adgang for økonomiske aktører i alle medlemsstater og gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og anden dokumentation for formelle kvalifikationer, kravet om passende tidsfrister samt kravet om en gennemsigtig og objektiv tilgang principper, som er afledt af EF-traktaten. Der er på ingen måde tale om nye regler for indgåelsen af kontrakter, men om en overførelse af de generelle fællesskabsretlige regler på området for offentlige kontrakter.

b) Rettens bemærkninger

108 Meddelelsens punkt 2.2 vedrører »kontrakttildeling«.

109 I den forbindelse bestemmer meddelelsens punkt 2.2.1:

»Principper

[Domstolen] fastslog i Telaustria-dommen, at gennemsigtighedsforpligtelsen består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver,

der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske. Sikkerheden for en retfærdig og upartisk procedure følger nødvendigvis af forpligtelsen til at sikre gennemsigtighed i forbindelse med bekendtgørelsen.

Heraf følger, at tildelingen skal være i overensstemmelse med EF-traktatens regler og principper, således at alle økonomiske aktører, der er interesserede i kontrakten, får lige og rimelige konkurrencevilkår. Dette kan i praksis bedst opnås ved:

— Ikke-diskriminerende beskrivelse af kontraktens genstand

I beskrivelsen af de egenskaber, der kræves af et produkt eller en tjenesteydelse, må der ikke angives et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og den må ikke henvise til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion, medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, og en sådan angivelse eller henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«. Anvendelsen af mere generelle beskrivelser af funktionsdygtighed eller funktionelle krav vil under alle omstændigheder være at foretrække.

— Lige adgang for økonomiske aktører fra alle medlemsstater

Ordregivere må ikke pålægge betingelser, der medfører direkte eller indirekte forskelsbehandling af potentielle tilbudsgivere i andre medlemsstater, som f.eks. et

krav om, at virksomheder, der er interesserede i kontrakten, skal være etableret i samme medlemsstat eller region som ordregiveren.

— Gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og anden dokumentation for formelle kvalifikationer

Hvis ansøgere eller tilbudsgivere afkræves certifikater, eksamensbeviser eller andre former for skriftlig dokumentation, skal dokumenter fra andre medlemsstater, der frembyder samme grad af garanti, accepteres efter princippet om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og anden dokumentation for formelle kvalifikationer.

— Passende tidsfrister

Tidsfristerne for interessetilkendegivelse og afgivelse af tilbud skal være tilstrækkeligt lange til, at virksomheder fra andre medlemsstater kan foretage en meningsfuld vurdering og udarbejde deres tilbud.

— Gennemsigtig og objektiv tilgang

Alle deltagere skal på forhånd kunne gøre sig bekendt med de regler, der finder anvendelse, og skal have sikkerhed for, at disse regler gælder på samme måde for alle.«

Indledende bemærkninger

110 Det skal indledningsvis fastslås, at Forbundsrepublikken Tysklands argumentation er støttet på forudsætningen om, at kontrakterne omfattet af meddelelsen ikke er underlagt en generel gennemsigtighedsforpligtelse afledt af fællesskabsretten. Det må imidlertid, som det er bemærket ovenfor (jf. præmis 68-100), fastslås, at denne forudsætning er urigtig.

111 Retten bemærker endvidere, at meddelelsens punkt 2.2.1 tilsigter at sikre dels offentliggørelsesforpligtelsen nævnt i meddelelsens punkt 2.1, dels tildeling af kontrakten i henhold til EF-traktatens regler og principper. Meddelelsen har herved lagt vægt på Domstolens praksis, hvorefter en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt på alle stadier, herunder det stadium i et begrænset udbud, hvor der sker udvælgelse af ansøgere, skal overholde såvel princippet om ligebehandling af de potentielle bydende som gennemsigtighedsforpligtelsen, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres anmodninger om deltagelse eller af deres bud (jf. i denne retning, for så vidt angår stadiet for sammenligning af bud, Domstolens dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 54, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 93).

112 Det skal endvidere bemærkes, at ligebehandlingsgrundsætningen, som artikel 43 EF og 49 EF er et særligt udtryk for, ifølge Domstolens praksis ikke blot forbyder åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat (Domstolens dom af 29.10.1980, sag 22/80, Boussac Saint-Frères, Sml. s. 3427, præmis 7, og af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8), således at de offentlige kontrakter i de forskellige medlemsstater er tilgængelige for alle Fællesskabets erhvervsdrivende. Endelig har Domstolen fastslået princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne (Domstolens dom af 22.6.1993, sag

C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 23, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 51). De forskellige midler nævnt i meddelelsens punkt 2.2.1 skal følgelig undersøges i betragtning af ovenstående.

Meddelelsens punkt 2.2.1

— Første led i meddelelsens punkt 2.2.1

113 Første led i meddelelsens punkt 2.2.1 foreskriver en ikke-diskriminerende beskrivelse af kontraktens genstand. Det skal, som Forbundsrepublikken Tyskland selv har anerkendt, fastslås, at dette krav allerede følger af Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor. For tildelingen af kontrakten følger dette formål nemlig af ligebehandlingsprincippet, som er et særligt udtryk for de grundlæggende friheder. Domstolen har således i sin praksis fastslået, at lovligheden af en klausul i udbudsbetingelserne til en kontrakt, som ikke når den tærskel, der er fastsat i direktiv 93/37, og således ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, skal vurderes i relation til EF-traktatens grundlæggende regler, herunder de frie varebevægelser, der er fastsat i artikel 28 EF (Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 21).

114 Retten bemærker i forhold til forklaringen i første led af meddelelsens punkt 2.2.1, at en undladelse af at tilføje bemærkningen »eller dermed ligestillet« efter angivelsen

i udbudsbetingelserne af et bestemt produkt i henhold til retspraksis vedrørende offentlige indkøb ikke blot kan medføre, at erhvervsdrivende, der anvender systemer svarende til det pågældende produkt, undlader at afgive bud, men i strid med artikel 28 EF også skabe hindringer for indførsler i handelen inden for Fællesskabet, idet kontrakten herved alene forbeholdes tilbudsgivere, der har til hensigt at anvende det specielt angivne system (Domstolens dom af 22.9.1988, sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 4929, præmis 22, og af 24.1.1995, sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 157, præmis 27, samt Vestergaard-kendelsen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 24).

115 Indholdet af første led af meddelelsens punkt 2.2.1 er følgelig i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper.

— Andet led af meddelelsens punkt 2.2.1

116 Hvad angår andet led af meddelelsens punkt 2.2.1, dvs. lige adgang for økonomiske aktører fra alle medlemsstater, finder Retten, at dette formål — som tilsigter at sikre erhvervsvirksomheder, hvor de end måtte have deres hjemsted, lige adgang til at deltage i udbudte kontrakter — følger af overholdelsen af den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser samt den frie konkurrence (jf. i denne forbindelse generaladvokat Légers forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, på s. 77, punkt 47, gengivet i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, på s. 941, punkt 49), og navnlig ligebehandlingsprincippet (jf. præmis 112 ovenfor) i form af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet knæsat i artikel 12 EF.

117 Det følger heraf, at princippet om forbud mod forskelsbehandling forbyder den ordregivende myndighed at pålægge en betingelse, der medfører direkte eller indirekte forskelsbehandling, hvilket bestemmes i andet led af meddelelsens punkt 2.2.1. I henhold til Domstolens praksis skal de almindelige betingelser i udbudsbetingelserne overholde alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser og navnlig de forbud, der følger af de i EF-traktaten knæsatte principper vedrørende etableringsretten, den frie udveksling af tjenesteydelser samt princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (jf. i denne retning Domstolens dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86-29/86, CEI og Bellini, Sml. s. 3347, præmis 15, og af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 29 og 30).

118 Princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne dækker således indholdet af første og andet led af meddelelsens punkt 2.2.1.

— Tredje led af meddelelsens punkt 2.2.1

119 Tredje led af meddelelsens punkt 2.2.1 indfører princippet om gensidig anerkendelse, som giver mulighed for at sikre den frie udveksling af varer og tjenesteydelser, uden at det er nødvendigt at tilnærme medlemsstaternes nationale lovgivninger (Domstolens dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, Sml. s. 649). Herved bemærkes, at myndighederne i en medlemsstat er forpligtet til at tage hensyn til samtlige eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser, herunder den pågældendes relevante erfaring, idet de skal foretage en sammenligning mellem på den ene side den kompetence, der er dokumenteret ved disse kvalifikationsbeviser og denne erfaring, og på den anden side de krav om kundskaber og kvalifikationer, der stilles i national ret (jf. i lighed hermed for adgang til at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed bl.a. Domstolens dom af 7.5.1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, Sml. I, s. 2357, præmis 16, 19 og 20, af 9.2.1994, sag C-319/92, Haim, Sml. I, s. 425, præmis 27 og 28, af 14.9.2000,

sag C-238/98, Hocsman, Sml. I, s. 6623, præmis 23, og af 22.1.2002, sag C-31/00, Dreessen, Sml. I, s. 663, præmis 24).

120 Domstolen har fremhævet, at denne praksis blot er udtryk for udmøntningen i retspraksis af et princip, som hører til de grundlæggende friheder i EF-traktaten, og at dette princip ikke kan antages at miste en del af sin retsgyldighed som følge af, at der udstedes direktiver om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser (Hocsman-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, præmis 24 og 31, og Dreessen-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, præmis 25), og at det følger heraf, at medlemsstaterne skal overholde deres forpligtelser til gensidig anerkendelse, som følger af Domstolens fortolkning af artikel 43 EF og 47 EF (jf. i lighed hermed, for adgang til at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, bl.a. Dreessen-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis). I den forbindelse har Domstolen allerede fastslået, at den gensidige anerkendelse skal give de nationale myndigheder mulighed for objektivt at fastslå, om indehaveren af et udenlandsk eksamensbevis har de kundskaber og kvalifikationer, som er, om ikke identiske med, så dog i det mindste på samme niveau som de kundskaber og kvalifikationer, der attesteres ved det nationale eksamensbevis (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 13).

121 Det følger heraf, at formålet med det tredje led af meddelelsens punkt 2.2.1 ikke skaber nye forpligtelser for medlemsstaterne.

— Fjerde led af meddelelsens punkt 2.2.1

122 Hvad angår kravet om passende tidsfrister til, at virksomheder fra andre medlemsstater kan foretage en meningsfuld vurdering og udarbejde deres tilbud, skal det påpeges, at de ordregivende myndigheder skal overholde princippet om fri udveksling af tjenesteydelser og princippet om forbud mod forskelsbehandling, som tilsigter at

beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (Domstolens dom af 3. 10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 41; HI-dommen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 43, og dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 51). Deres formål er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter (jf. i denne retning dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

123 Følgelig fremgår formålet med fjerde led af meddelelsens punkt 2.2.1, som tilsigter at hindre, at en ordregivende myndighed gennem tidsfristerne til tilbudsgiverne kan udelukke, at økonomiske aktører med hjemsted i en anden medlemsstat kan deltage, af EF-traktatens principper, hvilket betyder, at denne del af meddelelsen heller ikke indfører en ny forpligtelse.

— Femte led af meddelelsens punkt 2.2.1

124 Hvad angår indholdet af femte led af meddelelsens punkt 2.2.1 finder Retten, som Domstolen tidligere har understreget, at sikringen af, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighedsprincippet overholdes, netop har til formål at oplyse eventuelle tilbudsgivere om de tildelingskriterier, deres bud skal opfylde, samt disses relative betydning, før de forbereder deres bud (vedrørende bestemmelsen i artikel 27, stk. 2, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), hvis ordlyd i det væsentlige er identisk med ordlyden

af artikel 30, stk. 2, i direktiv 93/37, jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 88 og 89, og dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 115 ovenfor, præmis 99). Femte led af meddelelsens punkt 2.2.1 tilsigter således at sikre, at alle potentielle tilbudsgivere har de samme muligheder ved affattelsen af deres ansøgning om deltagelse eller deres bud i henhold til Domstolens praksis.

125 På baggrund af det ovenstående finder Retten, at midlerne for at sikre en rimelig konkurrence fremsat i de forskellige led i meddelelsens punkt 2.2.1 tjener såvel til, at princippet om ligebehandling af potentielle tilbudsgivere og gennemsigtighedsforpligtelsen overholdes, som til at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser under tildelingen af en kontrakt i overensstemmelse med Domstolens praksis (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 54, og i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 93), og følgelig ikke skaber nye forpligtelser.

Meddelelsens punkt 2.2.2

126 Meddelelsens punkt 2.2.2 foreskriver følgende:

»Begrænsning af antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud

Ordregivere kan træffe foranstaltninger med henblik på en passende begrænsning af antallet af ansøgere, forudsat at dette gøres på en gennemsigtig og ikke-diskriminerende måde. De kan f.eks. anvende objektive kriterier såsom ansøgernes erfaring i den pågældende sektor, deres virksomheds størrelse og infrastruktur, deres tekniske

og faglige knowhow eller andre kriterier. De kan endog vælge lodtrækning, alene eller sammen med andre udvælgelseskriterier. Under alle omstændigheder skal der ved fastsættelsen af det antal ansøgere, der shortlistes, tages hensyn til nødvendigheden af at sikre tilstrækkelig konkurrence.

Som en anden mulighed kan ordregivere overveje at anvende kvalificeringsordninger, hvor der ved en tilstrækkelig offentlig, gennemsigtig og åben procedure opstilles en liste over kvalificerede aktører. Senere, når der skal tildeles kontrakter, som falder ind under ordningen, kan ordregiveren på en ikke-diskriminerende måde vælge de aktører, der skal opfordres til at afgive tilbud (f.eks. efter tur), ud fra listen over kvalificerede aktører.«

127 Meddelelsens punkt 2.2.2 vedrører en passende begrænsning af antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, og giver eksempelvis ordregiveren mulighed for — på betingelse af, at det sker på en gennemsigtig og ikke-diskriminerende vis og for at sikre en tilstrækkelig konkurrence — at anvende visse metoder og muligheder. Dette punkt i meddelelsen kræver navnlig, at der anvendes objektive kriterier samt en tilstrækkelig gennemsigtig og åben procedure, der har været genstand for passende offentliggørelse.

128 Det skal i den forbindelse fastslås, at disse krav er i fuld overensstemmelse med EF-traktatens principper og Domstolens praksis. Det følger navnlig af Domstolens praksis, hvorefter en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt på alle stadier, herunder det stadium i et begrænset udbud, hvor der sker udvælgelse af ansøgere, skal overholde såvel princippet om ligebehandling af de potentielle tilbudsgivere som gennemsigtighedsprincippet, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres anmodninger om deltagelse eller af deres bud (jf. i denne retning for så vidt angår stadiet for sammenligning af bud dommen i sagen Kommissionen mod

Belgien, nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 54, og i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 93).

Meddelelsens punkt 2.2.3

129 Meddelelsens punkt 2.2.3 er affattet således:

»Kontrakttildelingsafgørelsen

Det er vigtigt at den endelige afgørelse om tildelingen af kontrakten overholder de procedureregler, der oprindeligt blev fastsat, og at principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes fuldt ud. Dette er særlig vigtigt i forbindelse med procedurer, der indebærer forhandlinger med shortlistede tilbudsgivere. Sådanne forhandlinger skal tilrettelægges således, at alle tilbudsgivere har adgang til de samme oplysninger og ingen får uberettigede fordele.«

130 Det bestemmes i meddelelsens punkt 2.2.3, at den endelige tilslagsbeslutning skal overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling og ligebehandlingsprincippet. Dette formål samt dets indhold går ikke videre end de principper, som nævnte punkt er støttet på.

131 Det fremgår af det ovenstående, at de midler, der er opstillet i meddelelsens punkt 2.2, vedrørende tildeling af en kontrakt har til formål i overensstemmelse med Domstolens praksis at sikre, at princippet om ligebehandling af potentielle tilbudsgivere og gennemsigtighedsforpligtelsen samt princippet om fri udveksling af tjenesteydelser overholdes (dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 54, og i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt i præmis 111 ovenfor, præmis 93) og princippet om åben konkurrence (dom af 1.2.2001, Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 49), og således ikke skaber nye forpligtelser, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

3. *Det tredje klagepunkt om undtagelserne til forudgående offentliggørelse (meddelelsens punkt 2.1.4)*

a) Parternes argumenter

132 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at Kommissionen har fastsat nye retlige forpligtelser ved at overføre de undtagelser, som udbudsdirektiverne fastsætter for kontrakter efter overenskomst, på kontrakter, der befinder sig inden for anvendelsestærsklerne, jf. meddelelsens punkt 2.1.4, selv om anvendelsen af udbudsdirektivernes undtagelsesbestemmelser er underkastet overskridelsen af nævnte tærskler.

133 Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere bestridt Kommissionens argument om, at den ved at udvide undtagelserne offentliggørelsesforpligtelsen fastsat i udbudsdirektiverne til kontrakter, der ikke var omfattet af disse direktivers anvendelsesområde,

blot har foretaget en lovlig analogi, som begrunder denne fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper. For at denne analogi er lovlig, skulle der ifølge Forbundsrepublikken Tyskland nemlig have været et tomrum i lovgivningen, hvilket ikke er tilfældet i denne sag, eftersom lovgiver ved at fastsætte tærsklerne udtrykkeligt har besluttet ikke at anvende disse offentliggørelseskrav på visse kontrakter.

134 Forbundsrepublikken Tyskland har under retsmødet præciseret, at undtagelserne fastsat i meddelelsens punkt 2.1.4 ifølge den er udtømmende, og at andre undtagelser derfor er umulige. Meddelelsen indeholder således en meget snæver og eksklusiv opfattelse af de mulige undtagelser, hvorved den er i strid med Domstolens faste praksis om de grundlæggende friheder, som den mulige berettigelse af en differentieret behandling på objektive omstændigheder. Meddelelsen indfører sammen med sit punkt 2.1.1 således en ubetinget forpligtelse til forudgående offentliggørelse og udelukker enhver anden form for gennemsigtighed.

135 Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland etablerer affattelsen af meddelelsens punkt 2.1.4, navnlig i sidste punktum, klart en forbindelse med de undtagelser, der hører under udbudsdirektiverne, og begrænser således fritagelsen fra forpligtelsen til forudgående offentliggørelse til disse undtagelser. Følgelig udelukkes andre undtagelser, der følger af den primære ret, af meddelelsen. Denne eksklusive opfattelse af undtagelserne er i strid med SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor, som fastslog, at der kan tages hensyn til andre undtagelser.

136 Hvad angår undtagelserne til princippet om forudgående offentliggørelse fastsat i meddelelsens punkt 2.1.4 har Parlamentet gjort gældende, at Kommissionen udvider undtagelserne fastsat i udbudsdirektiverne hvad angår udbud efter forhandling for overenskomster til kontrakter, hvis værdi er lavere end tærsklen for anvendelse af disse direktiver. Det bliver med dette eksempel særligt klart, at Kommissionen i sin meddelelse har fastsat selvstændige regler om indgåelsen af kontrakter uden at tage

hensyn til, at betingelserne for en sådan analogi, dvs. lovgivers uforsætlige udeladelse, uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, ikke er opfyldt i denne sag.

137 Kommissionen har gjort gældende, at den analogi, som er fremlagt i dens meddelelse, og som består i at udvide undtagelserne til offentliggørelsesforpligtelsen fastsat i udbudsdirektiverne til kontrakter, der ikke er omfattet af disse direktiver, blot afspejler Kommissionens forslag til en fortolkning af EF-traktatens grundlæggende principper og ikke fastsætter retsregler. Endvidere er det Kommissionens opfattelse, at meddelelsens punkt 2.1.4 ikke er indskrænkende, men tværtimod udelukkende angiver de vigtigste undtagelser på ikke-udtømmende måde. Kommissionen har ved at tage stilling til det konkrete punkt — om anvendelsen af undtagelserne til forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, i henhold til udbudsdirektiverne, på kontrakterne omfattet af meddelelsen — ikke vurderet, at ingen anden fritagelse fra forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, der er forenelig med ovenstående principper, kan tillades.

b) Rettens bemærkninger

138 Meddelelsens punkt 2.1.4 finder i henhold til sin overskrift anvendelse på »[p]rocedurer uden forudgående bekendtgørelse«. Dette punkt bestemmer:

»Udbudsdirektiverne indeholder særlige undtagelser, som på visse betingelser tillader anvendelse af procedurer uden forudgående udbudsbekendtgørelse. De vigtigste tilfælde vedrører situationer, hvor dette er tvingende nødvendigt/yderst hastende som følge af begivenheder, som man ikke har kunnet forudse, og kontrakter, som af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af eneretigheder, kun kan udføres af en bestemt økonomisk aktør.

Det er Kommissionens opfattelse, at disse undtagelser kan anvendes i forbindelse med tildelingen af kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne. Ordregivere kan derfor indgå sådanne kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse, forudsat at betingelserne for en de i direktiverne fastsatte undtagelser er opfyldt.«

139 Retten finder først, at meddelelsens punkt 2.1.4 i modsætning til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, på ingen måde udelukker, at der kan findes andre undtagelser til forpligtelsen til forudgående offentliggørelse. Som der i øvrigt mindes om i meddelelsens punkt 1.1 og 1.2, er medlemsstaterne samt deres ordregivende enheder nemlig forpligtet til at overholde EF-traktatens regler og principper. For så vidt som disse regler og principper således indebærer undtagelser til forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, kan sådanne undtagelser med fuld ret påberåbes af medlemsstaterne eller de ordregivende enheder, der indgår en offentlig kontrakt omfattet af meddelelsen.

140 Det skal i den forbindelse navnlig bemærkes, at EF-traktatens principper ikke påvirkes, såfremt medlemsstaten eller ordregiveren kan påberåbe sig en af EF-traktatens bestemmelser, som generelt fritager for anvendelsen af den primære ret, såsom artikel 86, stk. 2, EF eller artikel 296 EF eller 297 EF, eller hvis et af de berettigede hensyn, der udtrykkeligt er fastsat i traktaten, finder anvendelse (jf. f.eks. den offentlige orden eller sundhed, der følger af artikel 46 EF og 55 EF, og den offentlige myndighed, der følger af artikel 45 EF og 55 EF), eller betingelserne for et berettiget hensyn anerkendt af retspraksis er opfyldt (jf. hvad angår et bydende hensyn af almen interesse Domstolens dom af 27.10.2005, sag C-158/03, Kommissionen mod Spanien, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis). I disse tilfælde finder forpligtelsen til forudgående offentliggørelse fastsat i meddelelsen, der følger traktatens principper, således ikke anvendelse på indgåelsen af en offentlig kontrakt.

141 Det skal tillige fremhæves, at meddelelsens punkt 2.1.4 udelukkende tilsigter at give de ordregivende enheder mulighed for at påberåbe sig undtagelserne til offentliggørelsesforpligtelsen, der er fastsat i udbudsdirektiverne, under overholdelse af betingelserne for en sådan påberåbelse fastsat i nævnte direktiver. Dette gælder, selv om

disse direktiver ikke finder anvendelse på de offentlige kontrakter omfattet af meddelelsen. Som generaladvokat Jacobs bemærkede i sit forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 27. oktober 2005, Kommissionen mod Italien (sag C-525/03, Sml. I, s. 9404, punkt 46-49), kan der ikke gælde krav om offentliggørelse, såfremt en undtagelse til udbudsdirektiverne er udtrykkeligt tilladt, betingelserne for denne undtagelse er opfyldt, og det således er berettiget at anvende udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. De principper, der følger af EF-traktaten, kan således ikke indeholde en offentliggørelsesforpligtelse, når direktiverne indeholder en udtrykkelig undtagelse, for ellers vil denne undtagelse være uden betydning (jf. også i denne retning generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse i Coname-dommen, nævnt i præmis 36 ovenfor, Sml. I, s. 7289, punkt 93).

142 Det følger heraf, at meddelelsens punkt 2.1.4 langt fra skaber nye forpligtelser for medlemsstaterne, men nærmere er til fordel for dem, således forstået, at den giver dem mulighed for at se bort fra forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, såfremt betingelserne for at anvende den er opfyldt.

143 Hvad angår Forbundsrepublikken Tysklands argument om SECAP-dommen, nævnt i præmis 42 ovenfor (jf. præmis 135 ovenfor), skal det fastslås, at dette argument er støttet på en urigtig forudsætning, eftersom meddelelsens punkt 2.1.4 ikke udelukker andre muligheder for undtagelse.

4. *Det fjerde klagepunkt om traktatbrudssøgsmålet (meddelelsens punkt 1.3)*

a) Parternes argumenter

144 Forbundsrepublikken Tyskland har, støttet af intervenienterne, endelig gjort gældende, at Kommissionens oplysning i meddelelsens punkt 1.3, hvorefter den i tilfælde

af tilsidesættelse af den fastsatte procedure vil indlede en traktatbrudssag, viser, at dette dokument skal skabe forpligtelser for medlemsstaterne. Dette bekræftes ved traktatbrudssag nr. 2005/4043 mod Forbundsrepublikken Tyskland vedrørende indgåelsen af en II B-kontrakt, som ikke havde været gjort til genstand for forudgående offentliggørelse. Meddelelsen er nævnt heri, som om der var tale om en yderligere lovhjemmel. Desuden har Kommissionen ført traktatbrudssager mod andre medlemsstater for at få anvendt de principper, der nu er fremsat i meddelelsen, på kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Forbundsrepublikken Tyskland har i den forbindelse henvist til sagerne, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, og til dommen af 13. november 2007 i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 57 ovenfor. Det følger således af meddelelsens punkt 1.3 og dens forbindelse til traktatbrudssagerne, at den skaber retsvirkninger.

145 Endvidere er det Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse, at meddelelsens virkninger, der følger af dens punkt 1.3, ikke blot har oplysende karakter, men ligeledes fastsætter regler for adfærd og således er retlige. Dette anerkendes af Kommissionen, ifølge hvilken meddelelsen medfører fastsættelse af en vejledning. Det følger hermed af Kommissionens udtalte hensigt til at støtte sin praksis i traktatbrudssager, at meddelelsen er bindende.

146 Herudover har Parlamentet i forhold til meddelelsens punkt 1.3 gjort gældende, at Kommissionen som meddelelsens ophavsmand både er et centralt udøvende organ i Fællesskabet og traktaternes vogter. Medlemsstaternes ordregivende myndigheder skal således overholde meddelelsens indhold for at undgå et traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen vil støtte på reglerne fastsat i dens egen meddelelse.

147 Republikken Polen har tilføjet, at det må forventes, at retningslinjerne i meddelelsen tjener som referencepunkt for Kommissionens revisorer, der kontrollerer procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, som er medfinansieret af EU-budgettet

og indeholder strukturforanstaltninger. I tilfælde af eventuelle uregelmæssigheder i de procedurer, der er afholdt i forhold til meddelelsens retningslinjer, vil revisorerne være tilbøjelige til at afvise, at visse omkostninger kan dækkes af EF-midlerne. På trods af konstateringen i meddelelsens indledning anvendes henstillingerne heri således »som retsregler«. I betragtning af betydningen af den økonomiske støtte fra EU-budgettet i Polen er denne indstilling hos revisorerne tilstrækkeligt til, at henstillingerne betragtes som bindende.

148 Kommissionen har i modsætning til Forbundsrepublikken Tysklands argumentation om, at meddelelsens punkt 1.3 medfører retsvirkninger, gjort gældende, at meddelelsens mulige påvirkning af Kommissionens politik vedrørende traktatbrud ikke skaber retsvirkninger i forhold til tredjeparter, men kun har konsekvenser for Kommissionen selv. Kommissionen har nemlig ikke beføjelser til ved den politik, den anvender i traktatbrudssager, at fastsætte de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne. Rækkevidden af medlemsstaternes rettigheder og pligter kan kun fastsættes retligt bindende ved Domstolen i en traktatbrudssag.

b) Rettens bemærkninger

149 Meddelelsens punkt 1.3, sidste afsnit, bestemmer:

»Når Kommissionen får kendskab til en potentiel overtrædelse af de grundlæggende normer for tildeling af offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektiverne, vil den vurdere den pågældende kontrakts betydning for det indre marked på

baggrund af de omstændigheder, der gør sig gældende i hvert enkelt tilfælde. Kun i tilfælde, hvor det forekommer hensigtsmæssigt i betragtning af overtrædelsens grovhed og indvirkning på det indre marked, vil der blive indledt en traktatbrudssag i medfør af [artikel 226 EF]«

150 Det skal herved bemærkes, at Kommissionens indledning af en traktatbrudssag i henhold til artikel 226 EF over for en medlemsstat er ganske mulig, såfremt medlemsstaten ved indgåelsen af offentlige kontrakter ikke overholder forpligtelserne for medlemsstaternes ordregivende enheder afledt af EF-traktatens regler og principper. Følgelig beviser den blotte omstændighed, at meddelelsens punkt 1.3 omtaler muligheden for at indlede en traktatbrudssag, i modsætning til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, på ingen måde, at meddelelsen skaber nye forpligtelser for medlemsstaterne ved indgåelsen af offentlige kontrakter og således er en retsakt, der skaber bindende retsvirkninger.

151 Det gælder vel, at dette punkt i meddelelsen kan vise en medlemsstat, at den løber en reel risiko for en traktatbrudssag, hvis den ikke overholder sine forpligtelser i henhold til primær fællesskabsret, som der mindes om i meddelelsen, men det er blot en faktisk følge og ikke en bindende retsvirkning (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 19, og af 1.12.2005, sag C-301/03, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10217, præmis 30).

152 Forbundsrepublikken Tysklands argumentation savner så meget desto mere relevans, som indledningen af en traktatbrudssag i henhold til artikel 226 EF ikke udgør en retsakt, der har bindende eller obligatoriske virkninger. Under denne procedure er den del af den, der går forud for sagsanlægget ved Domstolen, en administrativ fase, som skal opfordre medlemsstaten til at efterkomme sine forpligtelser, idet Kommissionen først fremsætter sit standpunkt efter at have givet medlemsstaten lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger. Denne administrative fase indebærer i henhold til Domstolens praksis ingen bindende retsakt fra Kommissionen (Domstolens dom af

1.3.1966, sag 48/65, Lütticke m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 169, org. ref.: Rec. s. 27, på s. 39).

153 Som traktatens 226 EF — 228 EF er opbygget, kan fastlæggelsen af en medlemsstats rettigheder og forpligtelser samt bedømmelsen af medlemsstatens handlemåde desuden alene ske i en af Domstolen afsagt dom (jf. herved Domstolens dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, præmis 15 og 16, og af 29.9.1998, sag C-191/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5449, præmis 45). I modsætning til Forbundsrepublikken Tysklands argumentation følger det heraf, at alene en dom afsagt af Domstolen kan have bindende virkning på området.

154 Dermed må Retten forkaste Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes argumentation om en bindende virkning angiveligt som følge af indledningen af en traktatbrudssag i tilfælde af tilsidesættelse af proceduren ifølge meddelelsen.

155 Dette resultat drages ikke i tvivl af Forbundsrepublikken Tysklands argument udledt af punkt 6 i generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i forbindelse med dommen af 16. juni 1993, Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 28 ovenfor (Sml. I, s. 3292), som var tilhænger af, truslen om at indlede en traktatbrudssag udtrykkeligt indrømmes bindende retsvirkninger.

156 Kommissionen havde i modsætning til i denne sag under hele den procedure, der lå til grund for dommen af 16. juni 1993 i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i præmis 28 ovenfor, aldrig rejst tvivl om den obligatoriske rækkevidde af den pågældende retsakt. Generaladvokat Tesauro fortolkede ud fra denne tankegang indledning af traktatbrudssag som et yderligere holdepunkt for at foreslå Domstolen ikke af egen drift at afvise sagen, men undersøge realiteten (generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i dommen af 16.6.1993 i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt

i præmis 28 ovenfor, punkt 6). Det skal endvidere bemærkes, at Domstolen ikke i nævnte sag fulgte denne tankegang, som Forbundsrepublikken Tyskland har støttet sit argument på.

157 I betragtning af konklusionerne i præmis 150-153 ovenfor skal forbundsrepublikken Tysklands, Kongeriget Nederlandenes og Republikken Polens argument om, at Kommissionen ved meddelelsen har fastsat en selvbegrænsning, ligeledes forkastes som i hvert fald irrelevant. Det følger tillige af affattelsen af meddelelsens punkt 1.3, at Kommissionen ikke vil indlede en traktatbrudssag i alle de tilfælde af traktatbrud, den får kendskab til, men at den vil indlede en traktatbrudssag på baggrund af de omstændigheder, der konkret gør sig gældende, og vil lade sig styre af to hovedkriterier, nemlig traktatbruddets alvor og traktatbruddets betydning for det indre marked.

158 Hvad endelig angår Forbundsrepublikken Tysklands argument om, at Kommissionen henviser til meddelelsen som en lovgivningsakt og allerede har ført flere traktatbrudssager for at anvende principperne heri, skal det fastslås, at det ikke kan tages til følge.

159 Hvad angår traktatbrudssag nr. 2005/4043, som Forbundsrepublikken Tyskland har påberåbt sig, må det konstateres, at Kommissionen i punkt 7 i den begrundede udtalelse rent faktisk har henvist til meddelelsen. I modsætning til, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har anført, fremgår meddelelsen imidlertid ikke heri som lovhjemmel, men i slutningen af nævnte punkt som en simpel henvisning i parentes. Konklusionen i den begrundede udtalelse er støttet på artikel 43 EF og 49 EF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet.

160 Det samme gør sig gældende i de to sager, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, og af 13.1.2007, Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 57 ovenfor, som Forbundsrepublikken Tyskland har påberåbt sig. Det skal herved bemærkes, at Domstolen i sagen, der førte til dommen i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, afviste Kommissionens søgsmål, eftersom Kommissionen ved at støtte det på visse grundlæggende bestemmelser i EF-traktaten, og navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, ikke havde givet Domstolen tilstrækkeligt grundlag for at forstå omfanget af medlemsstatens angivelige tilsidesættelse af fællesskabsretten (dommen i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 32). Det skal i forhold til den sag, der lå til grund for dommen af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 57 ovenfor, fastslås, at det følger af denne dom, at en efterfølgende offentliggørelse ikke kan sikre en passende offentliggørelse, og at denne dom bekræfter forpligtelsen til forudgående offentliggørelse, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland har anerkendt under retsmødet.

161 Hvad angår Republikken Polens argument om, at meddelelsen gør medlemsstaterne opmærksom på, at de løber en risiko for afslag på fællesskabsfinansiering af visse afholdte udgifter, skal det fastslås, at der atter er tale om en simpel faktisk følge og ikke en bindende retsvirkning af meddelelsen (jf. præmis 151 ovenfor).

162 Det følger af samtlige de anførte betragtninger, at meddelelsen ikke indeholder nye regler om indgåelse af offentlige kontrakter, der går ud over forpligtelserne i henhold til eksisterende fællesskabsret. Under disse omstændigheder kan meddelelsen ikke anses for at medføre bindende retsvirkninger, der kan påvirke Forbundsrepublikken Tysklands og intervenienternes retsstilling, og søgsmålet må derfor afvises.

Sagens omkostninger

163 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale Kommissionens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

164 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag som intervenienter, deres egne omkostninger. I denne sag bærer de parter, der er interveneret til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands, deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling):

1) Sagen afvises.

2) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger og betaler Europa-Kommissionens omkostninger.

3) **Den Franske Republik, Republikken Østrig, Republikken Polen, Kongeriget Nederlandene, Europa-Parlamentet og Den Hellenske Republik samt Kongeriget Storbritannien og Nordirland bærer deres egne omkostninger.**

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. maj 2010.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder ..... II - 2036

Retsforhandlingerne for Retten ..... II - 2039

Parternes påstande ..... II - 2041

Formaliteten ..... II - 2042

A — Indledende bemærkninger ..... II - 2042

B — Meddelelsens indhold ..... II - 2045

1. Det første klagepunkt om tilstedeværelsen af en forpligtelse til forudgående offentliggørelse (meddelelsens punkt 2.1.1) ..... II - 2046

a) Parternes argumenter ..... II - 2046

Forbundsrepublikken Tyskland ..... II - 2046

Intervenienterne ..... II - 2050

Kommissionen ..... II - 2055

b) Rettens bemærkninger ..... II - 2056

2. Det andet klagepunkt om de konkrete offentliggørelsesforpligtelser (meddelelsens punkt 2.2) ..... II - 2069

a) Parternes argumenter ..... II - 2069

Forbundsrepublikken Tyskland ..... II - 2069

Intervenienterne ..... II - 2071

Kommissionen ..... II - 2072

b) Rettens bemærkninger ..... II - 2072

Indledende bemærkninger ..... II - 2075

Meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2076

— Første led i meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2076

— Andet led af meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2077

— Tredje led af meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2078

— Fjerde led af meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2079

— Femte led af meddelelsens punkt 2.2.1 ..... II - 2080

Meddelelsens punkt 2.2.2 ..... II - 2081

Meddelelsens punkt 2.2.3 ..... II - 2083

3. Det tredje klagepunkt om undtagelserne til forudgående offentliggørelse (meddelelsens punkt 2.1.4) ..... II - 2084

a) Parternes argumenter ..... II - 2084

b) Rettens bemærkninger ..... II - 2086

4. Det fjerde klagepunkt om traktatbrudssøgsmålet (meddelelsens punkt 1.3) ..... II - 2088

a) Parternes argumenter ..... II - 2088

b) Rettens bemærkninger ..... II - 2090

Sagens omkostninger ..... II - 2095