# ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

20 mei 2010 *

In zaak T-258/06,

**Bondsrepubliek Duitsland,** vertegenwoordigd door M. Lumma en C. Schulze-Bahr als gemachtigden,

verzoekster,

ondersteund door

**Franse Republiek,** aanvankelijk vertegenwoordigd door G. de Bergues, vervolgens door G. de Bergues en J.-C. Gracia en ten slotte door G. de Bergues en J.-S. Pilczer als gemachtigden,

door

**Republiek Oostenrijk,** vertegenwoordigd door M. Fruhmann, C. Pesendorfer en C. Mayr als gemachtigden,

* Procestaal: Duits.

door

**Republiek Polen,** aanvankelijk vertegenwoordigd door E. Ośniecka-Tamecka, vervolgens door T. Nowakowski, vervolgens door M. Dowgielewicz, vervolgens door M. Dowgielewicz, K. Rokicka en K. Zawisza en ten slotte door M. Szpunar als gemachtigden,

door

**Koninkrijk der Nederlanden,** aanvankelijk vertegenwoordigd door H. Sevenster, vervolgens door C. Wissels en M. de Grave en ten slotte door C. Wissels, M. de Grave en Y. de Vries als gemachtigden,

door

**Europees Parlement,** vertegenwoordigd door U. Rösslein en J. Rodrigues als gemachtigden,

door

**Helleense Republiek,** vertegenwoordigd door D. Tsagkaraki en M. Tassopoulou als gemachtigden,

en door

**Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland,** aanvankelijk vertegenwoordigd door Z. Bryanston-Cross en vervolgens door L. Seeboruth als gemachtigden,

interveniënten,

tegen

**Europese Commissie,** vertegenwoordigd door X. Lewis en B. Schima als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de interpretatieve mededeling van de Commissie over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (PB C 2006, C 179, blz. 2),

wijst HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, M. Prek en V. M. Ciucă (rapporteur), rechters,

griffier: T. Weiler, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 april 2009,

het navolgende

## Arrest

### Feiten van het geding

1 Op 23 juni 2006 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een interpretatieve mededeling gepubliceerd over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (hierna: „mededeling"). In 2004 had de Europese Gemeenschap ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten immers richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1), en richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende

de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) vastgesteld, waarin gedetailleerde regels voor aanbestedingsprocedures zijn gegeven (hierna samen: „richtlijnen inzake overheidsopdrachten").

2 Bepaalde opdrachten vallen echter niet of slechts ten dele onder deze richtlijnen. Uit de tekst van de mededeling blijkt dat deze betrekking heeft op de opdrachten waarvan waarde onder de toepassingsdrempels voor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt, alsmede op de in bijlage II B bij richtlijn 2004/18 en bijlage XVII B bij richtlijn 2004/17 bedoelde opdrachten waarvan de waarde de toepassingsdrempels voor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten overschrijdt (hierna: „II B-opdrachten").

3 Voorts wordt in de mededeling eraan herinnerd dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de regels betreffende de interne markt ook van toepassing zijn op opdrachten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen. In de mededeling belicht de Commissie hoe zij de rechtspraak van het Hof interpreteert en wijst zij op goede praktijken om de lidstaten te helpen optimaal profijt te trekken van de interne markt. In de mededeling wordt echter gepreciseerd dat deze geen nieuwe rechtsregels creëert.

4 In de mededeling wordt herinnerd aan de basisnormen voor het plaatsen van overheidsopdrachten, die rechtstreeks voortvloeien uit de regels van het EG-Verdrag zoals die door Hof zijn uitgelegd.

5 Daarbij wordt in de mededeling onderscheid gemaakt tussen overheidsopdrachten die niet relevant zijn voor de interne markt, waarop de uit het EG-Verdrag voortvloeiende normen niet van toepassing zijn, en opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt, waarbij deze normen in acht moeten worden genomen. De relevantie van de overheidsopdracht voor de interne markt moet door de aanbestedende dienst in concreto worden beoordeeld. Indien bij het onderzoek van de overheidsopdracht blijkt dat deze relevant is voor de interne markt, moet deze opdracht worden gegund volgens de basisnormen van het gemeenschapsrecht.

6 Punt 2 van de mededeling betreft de basisnormen voor het plaatsen van opdrachten die relevant zijn voor de interne markt. De Commissie formuleert daar een volgens haar uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende verplichting tot transparantie, die inhoudt dat een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend. In punt 2.1.1. van de mededeling leidt zij daaruit af dat aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde eisen alleen kan worden voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. Verder worden in punt 2.1.2. van de mededeling een aantal concrete media genoemd die passend zijn en algemeen worden gebruikt. Genoemd worden in dit verband: internet; staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen; lokale media en het *Publicatieblad van de Europese Unie*/TED [beschikbaar op internet via de databank van Europese overheidsopdrachten TED (Tenders Electronic Daily)].

7 Met betrekking tot de gunning van de overheidsopdrachten wordt in punt 2.2. van de mededeling gepreciseerd dat deze dient te gebeuren in overeenstemming met de regels en beginselen van het EG-Verdrag, hetgeen met name de inachtneming van het discriminatieverbod en van het transparantiebeginsel inhoudt. De beste middelen voor het bereiken van een passende mate van openbaarheid, zodat de markt voor mededinging wordt geopend, en om de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid te kunnen toetsen, zijn volgens de mededeling een niet-discriminerende beschrijving van het voorwerp van de opdracht, gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten, wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, passende termijnen en een transparante en objectieve aanpak.

8 Ten slotte wordt in punt 2.3. van de mededeling gewezen op het belang van rechterlijke bescherming in de vorm van toetsing van de onpartijdigheid van de procedure.

## Procesverloop

9 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 12 september 2006, heeft de Bondsrepubliek Duitsland het onderhavige beroep ingesteld.

10 Op 19 december 2006 heeft de Franse Republiek verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 9 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd. Op 14 juni 2007 heeft de Franse Republiek haar memorie in interventie ingediend.

11 Op 5 januari 2007 heeft de Republiek Oostenrijk verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 9 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd. Op 14 juni 2007 heeft de Republiek Oostenrijk haar memorie in interventie ingediend.

12 Op 10 januari 2008 heeft de Republiek Polen verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 9 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd. Op 12 juni 2007 heeft de Republiek Polen haar memorie in interventie ingediend.

13 Op 18 januari 2007 heeft het Koninkrijk der Nederlanden verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 9 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd. Op 13 juni 2007 heeft het Koninkrijk der Nederlanden zijn memorie in interventie ingediend.

14 Op 22 januari 2007 heeft het Europees Parlement verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij

beschikking van 9 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd. Op 13 juni 2007 heeft het Europees Parlement zijn memorie in interventie ingediend.

15 Op 27 maart 2007 heeft de Helleense Republiek verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 14 maart 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd en de Helleense Republiek krachtens artikel 116, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering toegestaan, ter terechtzitting haar opmerkingen te maken.

16 Op 13 augustus 2007 heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Bij beschikking van 8 oktober 2007 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht dit verzoek ingewilligd en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland krachtens artikel 116, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering toegestaan, ter terechtzitting zijn opmerkingen te maken.

17 De Commissie heeft haar opmerkingen over de memories in interventie van de Franse Republiek, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, het Koninkrijk der Nederlanden en het Parlement ingediend op 18 september 2007. De Bondsrepubliek Duitsland heeft geen opmerkingen ingediend over de memories in interventie.

18 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht per 25 september 2007 is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Vijfde kamer, naar welke kamer de onderhavige zaak dan ook is verwezen.

19 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. Partijen zijn ter terechtzitting van 29 april 2009 gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht. Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland heeft de terechtzitting niet bijgewoond.

**Conclusies van partijen**

20 De Bondsrepubliek Duitsland concludeert dat het het Gerecht behage:

— de mededeling nietig te verklaren;

— de Europese Commissie te verwijzen in de kosten.

21 De Franse Republiek, de Republiek Oostenrijk en het Koninkrijk der Nederlanden concluderen dat het het Gerecht behage:

— de mededeling nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

22 Het Parlement en de Republiek Polen concluderen dat het het Gerecht behage de mededeling nietig te verklaren.

23 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.

**Ontvankelijkheid**

A — *Voorafgaande opmerkingen*

24 Zonder een formele exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen betwist de Commissie de ontvankelijkheid van het beroep op grond dat de mededeling geen voor beroep tot nietigverklaring vatbare handeling is. Als interpretatieve mededeling zou de mededeling naar de vorm ervan behoren tot de categorie van aanbevelingen en adviezen, handelingen die volgens het EG-Verdrag niet verbindend zijn. De keuze van deze rechtsvorm zou bijgevolg zonder meer tot de conclusie leiden dat de handeling geen dwingende rechtsgevolgen beoogt te sorteren. De Commissie preciseert dat een interpretatieve mededeling normaliter tot doel heeft, de uit bepalingen van het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten en verplichtingen te expliciteren, in voorkomend geval met inachtneming van de rechtspraak van het Hof. Hieruit zou volgen dat een interpretatieve mededeling naar de aard ervan dus geen handeling is

die dwingende rechtsgevolgen beoogt te sorteren jegens derden en vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring. Verder betoogt de Commissie dat uit de bewoordingen van de mededeling blijkt dat het niet de bedoeling was dwingende rechtsregels vast te stellen, maar integendeel hetzij de rechtspraak van het Hof over te nemen, hetzij bij wege van niet dwingende aanbevelingen haar eigen conclusie uit die rechtspraak kenbaar te maken.

25 Er zij aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak het beroep tot nietigverklaring openstaat met betrekking tot alle door de instellingen vastgestelde handelingen, ongeacht de aard of de vorm ervan, die rechtsgevolgen beogen te sorteren (zie arrest Hof van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, C-57/95, Jurispr. blz. I-1627, punt 7 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 In casu gaat het om een mededeling die door de Commissie is vastgesteld en integraal is gepubliceerd in reeks C van het Publicatieblad. Blijkens de stukken beoogt deze handeling de bekendmaking van de algemene zienswijze van de Commissie over de toepassing van de basisnormen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten — die rechtstreeks voortvloeien uit de regels en beginselen van het EG-Verdrag, met name het discriminatieverbod en het transparantiebeginsel — op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts ten dele onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen.

27 Voor de beoordeling of de mededeling nieuwe rechtsgevolgen beoogt te sorteren ten opzichte van die welke uit de toepassing van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag voortvloeien, moet dus de inhoud ervan worden onderzocht (zie in die zin arresten Hof van 9 oktober 1990, Frankrijk//Commissie, C-366/88, Jurispr. blz. I-3571, punt 11; 13 november 1991, Frankrijk/Commissie, C-303/90, Jurispr. blz. I-5315, punt 10, en 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 25 hierboven, punt 9).

28 Bijgevolg dient te worden onderzocht, of de mededeling zich ertoe beperkt de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging, het vrij verrichten van diensten, het discriminatieverbod, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de regels inzake transparantie en wederzijdse erkenning die van toepassing zijn op opdrachten die niet of slechts ten dele onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, te expliciteren dan wel of zij ten opzichte van deze bepalingen, beginselen en regels specifieke of nieuwe verplichtingen oplegt (zie in die zin arresten Hof van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, C-325/91, Jurispr. blz. I-3283, punt 14, en 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 25 hierboven, punt 3).

29 De omstandigheid alleen dat, zoals de Commissie betoogt, een interpretatieve mededeling naar de vorm, de aard of de bewoordingen ervan niet de kenmerken vertoont van een handeling die rechtsgevolgen beoogt te sorteren, volstaat dus niet om te concluderen dat zij geen verbindende rechtsgevolgen sorteert.

30 De Bondsrepubliek Duitsland geeft weliswaar toe dat er niet dwingende mededelingen van de Commissie zijn bekendgemaakt, maar betoogt dat in het onderhavige geval de bekendmaking van de mededeling een omstandigheid is die niet uit het oog mag worden verloren bij het beoordelen van de rechtsgevolgen van de mededeling. Bekendmaking is immers een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een rechtsregel en de mededeling zou zijn opgezet om externe gevolgen te sorteren zoals een rechtsregel.

31 Indien bij het onderzoek van de inhoud van de mededeling blijkt dat deze specifieke of nieuwe verplichtingen oplegt, dient, zoals hierboven is opgemerkt, het beroep ontvankelijk te worden verklaard zonder dat behoeft te worden onderzocht of de mededeling is bekendgemaakt. Indien er daarentegen geen sprake is van dergelijke verplichtingen, volstaat de publicatie van de mededeling op zichzelf niet om te concluderen dat de mededeling een voor beroep tot nietigverklaring vatbare handeling is.

B — *De inhoud van de mededeling*

32 Ter onderbouwing van haar beroep voert de Bondsrepubliek Duitsland, ondersteund door de interveniërende partijen, in wezen aan dat de mededeling een dwingende handeling is omdat zij nieuwe regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten bevat die verder gaan dan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen en rechtsgevolgen sorteren voor de lidstaten, en dat de Commissie bijgevolg niet bevoegd was om dergelijke regels vast te stellen.

33 Dienaangaande betogen de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen, zakelijk weergegeven, ten eerste dat de mededeling, met name in punt 2.1. ervan, voor de overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de drempels van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt, en voor de II B-opdrachten een verplichting tot voorafgaande (ex ante) bekendmaking oplegt waarin de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag zoals die door het Hof worden uitgelegd, niet voorzien. Ten tweede voert de Bondsrepubliek Duitsland aan dat de uit punt 2.2. van de mededeling voortvloeiende verplichtingen veel verder gaan dan hetgeen volgt uit de uitlegging die het Hof van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag heeft gegeven. Ten derde beroept de Bondsrepubliek Duitsland zich voor haar stelling op het feit dat in punt 2.1.4. van de mededeling wordt gezegd dat de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten genoemde gevallen waarin opdrachten onderhands mogen worden geplaatst, zonder meer ook gelden voor opdrachten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen. Ten slotte betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat punt 1.3. van de mededeling, waarin wordt gezegd dat in geval van niet-inachtneming van de mededeling een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG zal worden ingesteld, een rechtsgevolg sorteert. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen resulteren al deze elementen in de conclusie dat de mededeling rechtsgevolgen beoogt te sorteren.

1. *De eerste grief, betreffende het bestaan van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking (punt 2.1.1. van de mededeling)*

a) Argumenten van partijen

Bondsrepubliek Duitsland

34 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat de mededeling, met name in punt 2.1.1. ervan, voorziet in een principiële verplichting voor de lidstaten om alle aldaar bedoelde opdrachten, dus de overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de drempels van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt en de II B-opdrachten, vooraf bekend te maken. Uit de rechtspraak van het Hof waarop de mededeling berust, valt een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, en bijgevolg tot transparantie ex ante, haars inziens echter niet af te leiden. Uit de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag of de uitlegging die het Hof daarvan heeft gegeven, zou dus geen verplichting tot bekendmaking ex ante voortvloeien.

35 In haar pleidooi heeft de Bondsrepubliek Duitsland daaraan toegevoegd dat, ofschoon een aantal na de vaststelling van de mededeling gewezen arresten van het Hof wijzen op een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, deze evolutie van de rechtspraak niet met terugwerkende kracht de grondslag voor een dergelijke verplichting kan vormen.

36 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland geldt de rechtspraak van het Hof waarop de mededeling berust, met name de arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745; hierna: „arrest Telaustria"), 21 juli 2005,

Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287), en 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585), uitsluitend voor concessieovereenkomsten voor diensten, een materie die niet binnen de werkingssfeer van de mededeling valt.

37 Bovendien verschillen de concessieovereenkomsten voor diensten van de overheidsopdrachten onder bovengenoemde drempels door de economische betekenis ervan, die doorgaans de Europese drempels overschrijdt, waardoor deze overeenkomsten meer gelijkenissen vertonen met de opdrachten die onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen. Indien de transparantieverplichting passend kan zijn voor concessieovereenkomsten voor diensten, is dat dus zeker niet het geval voor de opdrachten waarop de mededeling van toepassing is. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland kan de rechtspraak inzake de concessieovereenkomsten voor diensten dus niet rechtstreeks worden toegepast op de opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels ligt.

38 Verder wijst de Bondsrepubliek Duitsland erop dat de twee andere in de mededeling genoemde beslissingen, die betrekking hebben op opdrachten onder de drempels (beschikking Hof van 3 december 2001, Vestergaard, C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, en arrest Hof van 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk, C-264/03, Jurispr. blz. I-8831), evenmin de grondslag voor een verplichting tot voorafgaande bekendmaking kunnen vormen. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland heeft het Hof in geen van die beslissingen een uitspraak gedaan over een transparantieverplichting, maar heeft het zich ertoe beperkt in het concrete geval het discriminatieverbod van toepassing te verklaren (beschikking Vestergaard, reeds aangehaald, punten 20 en 24, en arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punten 32 en 33). De verplichting tot transparantie ex ante is haars inziens dus niet van toepassing verklaard op de onder de mededeling vallende opdrachten.

39 De Bondsrepubliek Duitsland is van mening dat de overheidsopdrachten onder de drempels in elk geval doorgaans een zeer geringe economische betekenis hebben en de betrokken fundamentele vrijheden dus niet aantasten, aangezien zij slechts een veeleer toevallige en indirecte impact op deze vrijheden hebben (arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 20). Deze stelling vindt steun in de conclusie van

advocaat-generaal Sharpston bij het arrest van het Hof van 26 april 2007, Commissie/Finland (C-195/04, Jurispr. blz. I-3351, I-3353, punten 83 en 85).

40 Bovendien gaat de mededeling haars inziens verder dan het bestaande recht voor de II B-opdrachten, want deze opdrachten zijn doorgaans plaatsgebonden en niet erg interessant voor grensoverschrijdende opdrachtnemers, hetgeen verklaart waarom de gemeenschapswetgever daarvoor slechts een verplichting tot transparantie ex post heeft opgelegd, en niet een verplichting tot transparantie ex ante zoals de mededeling doet.

41 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is de verplichting tot voorafgaande bekendmaking van een opdracht slechts aangewezen en doeltreffend indien de modaliteiten ervan het doel van opening van de markten dienen. Dit is haars inziens echter niet het geval wanneer geen of slechts zeer weinig buitenlandse inschrijvers belangstelling kunnen hebben voor de betrokken opdracht, zoals het geval is bij de opdrachten die onder de mededeling vallen. In dit verband heeft het Hof in zijn arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, eraan herinnerd dat er opdrachten zijn waarvan de impact op de betrokken fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag te toevallig en te indirect is om te kunnen concluderen dat deze vrijheden kunnen worden aangetast. Uit punt 1.3. van de mededeling blijkt dat de Commissie zich ervan bewust is dat bepaalde opdrachten wegens de geringe economische betekenis ervan niet erg aantrekkelijk zijn voor buitenlandse ondernemingen, hetgeen rechtvaardigt dat deze opdrachten niet vooraf moeten worden bekendgemaakt.

42 Door drempels voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vast te stellen heeft de gemeenschapswetgever haars inziens echter uitdrukkelijk aangegeven dat in beginsel moet worden vermoed dat opdrachten onder deze drempels een veeleer „toevallige of indirecte" impact op de interne markt hebben en dus niet interessant zijn voor buitenlandse inschrijvers. Deze opvatting van de gemeenschapswetgever moet door de Commissie worden geëerbiedigd. De Bondsrepubliek Duitsland wijst erop dat advocaat-generaal Sharpston dezelfde mening was toegedaan in haar conclusie bij het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven

(punten 85 en 96). Bovendien kan volgens de Bondsrepubliek Duitsland van de aanbestedende diensten niet redelijkerwijze worden geëist dat zij in elk concreet geval onderzoeken of de overheidopdracht relevant is voor de interne markt, zoals in punt 1.3. van de mededeling wordt verlangd, maar moeten deze aanbestedende diensten integendeel snel kunnen vaststellen welke transparantieverplichtingen op hen rusten. Ter terechtzitting heeft de Bondsrepubliek Duitsland daaraan toegevoegd dat de in punt 1.3. van de mededeling nagestreefde concrete en individuele aanpak met name in strijd is met het arrest van het Hof van 15 mei 2008, SECAP (C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565), waarin het Hof een abstracte en algemene definitie van de relevantie van een overheidsopdracht voor de interne markt zou hebben toegestaan.

43 Van de aanbestedende diensten zou evenmin kunnen worden geëist dat zij in elk concreet geval onderzoeken of een II B-opdracht of een opdracht onder de drempel relevant is voor de interne markt. Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt immers dat de nationale autoriteiten snel kunnen vaststellen welke bekendmakingsverplichtingen van toepassing zijn. De drempels en de lijst van II B-opdrachten zouden juist daarom zijn vastgesteld.

44 De Bondsrepubliek Duitsland is verder van mening dat de in de mededeling besloten liggende verplichting tot voorafgaande bekendmaking verder gaat dan het verbod van discriminatie bij de plaatsing van opdrachten (bijvoorbeeld door aan Duitse inschrijvers de voorkeur te geven boven buitenlandse inschrijvers). Als gevolg van deze verplichting moeten de aanbestedende diensten actief optreden om grensoverschrijdende offertes mogelijk te maken en te bevorderen.

45 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland vertoont de in de mededeling noodzakelijk geachte bekendmaking gelijkenis met de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten besloten liggende normen en vergt zij veel tijd en kosten. Onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Sharpston bij het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat het de taak van de lidstaten is, de modaliteiten van het transparantiebeginsel vast te stellen. Verder

zou uit punt 98 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston bij het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, volgen dat de vaststelling van de passende mate van bekendmaking voor opdrachten van geringe waarde een zaak van het nationale recht is.

46 Dienaangaande heeft de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting gepreciseerd dat zij met name opkomt tegen de in de eerste alinea van punt 2.1.2. van de mededeling besloten liggende verplichting voor de aanbestedende diensten om te bepalen welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten. Door zich op elke aanbestedende dienst te verlaten, kiest de Commissie voor een concrete en individuele aanpak die niet voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof. De Bondsrepubliek Duitsland heeft daaraan toegevoegd dat zij niet opkomt tegen de in punt 2.1.2. van de mededeling ter informatie gegeven lijst van passende media.

47 De Bondsrepubliek Duitsland is dus van mening dat voor de onder de mededeling vallende opdrachten naar gemeenschapsrecht juist geen algemene transparantieplicht geldt. De uit de mededeling voortvloeiende verplichting tot voorafgaande bekendmaking zou dus veel verder gaan dan hetgeen uit de door de het Hof gegeven uitlegging van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag volgt.

Interveniërende partijen

48 Volgens de Franse Republiek dient te worden onderzocht of de mededeling zich ertoe beperkt de op het plaatsen van overheidsopdrachten toepasselijke regels en beginselen van het EG-Verdrag toe te lichten, dan wel nieuwe verplichtingen oplegt. Volgens haar voegt de mededeling echter iets toe aan het bestaande recht.

49 Dienaangaande betoogt de Franse Republiek met name dat het Hof in de beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, geen algemene verplichting tot passende bekendmaking van opdrachten onder de drempels heeft opgelegd, maar dat die beschikking betrekking heeft op de toepassing van het discriminatieverbod en niet op de transparantieverplichting. In punt 20 van de beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, zou het Hof hebben overwogen dat, ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten uitgesloten, de aanbestedende diensten die dergelijke overeenkomsten sluiten, niettemin gehouden zijn om de fundamentele regels van het EG-Verdrag in acht te nemen, en het zou daaruit hebben geconcludeerd dat artikel 28 EG zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een opdracht een clausule opneemt die voor de uitvoering van die opdracht het gebruik van een product van een bepaald merk voorschrijft zonder toevoeging van de vermelding „of daarmee overeenstemmend" (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 24).

50 Een dergelijke algemene verplichting tot passende bekendmaking van opdrachten onder de drempels volgt haars inziens evenmin uit het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven. In punt 32 van dat arrest heeft het Hof immers overwogen dat, ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten uitgesloten, de aanbestedende diensten die dergelijke overeenkomsten sluiten, niettemin gehouden zijn om de fundamentele regels van het EG-Verdrag, inzonderheid het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, in acht te nemen. Volgens het Hof volgt hieruit echter alleen dat de omstreden Franse bepaling een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG vormt omdat zij ertoe leidt dat alleen de limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht gedelegeerd opdrachtgever kunnen zijn (arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 68).

51 Bovendien is de Franse Republiek van mening dat het Hof in het arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, heeft verwezen naar een verplichting tot passende bekendmaking omdat het daar ging om een concessie met een grote economische betekenis. Deze conclusie wordt bevestigd door het arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, dat a contrario betrekking had op concessies met een zeer geringe economische betekenis.

52 De Franse Republiek betoogt dat, ingeval zou worden geoordeeld dat uit de rechtspraak van Hof een verplichting tot passende bekendmaking voortvloeit, die verplichting in elk geval niet kan bestaan in een verplichting tot voorafgaande bekendmaking zoals die welke in punt 2.1.1. van de mededeling besloten ligt.

53 Verder stelt de Franse Republiek dat uit de conclusie van advocaat-generaal Sharpston bij het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, en uit die van advocaat-generaal Fennely bij het arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven (Jurispr. blz. I-10747), blijkt dat de transparantieverplichting geen verplichting tot bekendmaking inhoudt, hetgeen volgens punt 2.1.2. van de mededeling wel het geval is.

54 Met betrekking tot de II B-opdrachten is de Franse Republiek van de mening dat de keuze van de Raad om geen verplichting tot voorafgaande bekendmaking van dergelijke opdrachten op te leggen, wordt toegelicht in de punten 18 en 19 van de considerans van richtlijn 2004/18. Daaruit blijkt dat de II B-opdrachten niet aan de volledige toepassing van de richtlijn worden onderworpen, dat wil inzonderheid zeggen dat daarvoor geen verplichting tot voorafgaande bekendmaking geldt, maar dat zij worden onderworpen aan een toezichtregeling die de belanghebbenden toegang tot de relevante informatie verzekert.

55 De Franse Republiek is dan ook van mening dat de Raad in richtlijn 2004/18 de II B-opdrachten ter zake van bekendmaking duidelijk heeft willen onderwerpen aan een specifieke en volledige regeling, die een minder strikte plaatsingsregeling vormt.

56 De Republiek Oostenrijk is eveneens van mening dat de mededeling rechtsgevolgen sorteert doordat zij een algemene verplichting tot bekendmaking ex ante invoert, die uit het EG-Verdrag noch uit de rechtspraak van het Hof voortvloeit.

57 Dienaangaande voegt de Republiek Oostenrijk aan betoog van de Bondsrepubliek Duitsland toe dat uit de conclusies van de advocaten-generaal Stix-Hackl en Sharpston

bij het arrest van het Hof van 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, I-9780), respectievelijk het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, blijkt dat de rechtstoestand ter zake van de transparantieverplichting voor het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, vaag en omstreden is. Waar advocaat-generaal Stix-Hackl tot de conclusie komt dat voor het plaatsen van opdrachten voor niet-prioritaire diensten althans in de regel een aankondiging van opdracht moeten worden bekendgemaakt, ontkent advocaat-generaal Sharpston het bestaan van een algemene verplichting tot transparantie ex ante voor overeenkomsten waarvan de waarde onder de drempels ligt. Op het tijdstip van de publicatie van de mededeling had het Hof nog geen uitspraak gedaan in die twee zaken. Bijgevolg creëert de Commissie nieuwe rechtgevolgen waar zij in haar mededeling voor het plaatsen van alle opdrachten van dergelijke aard (dat wil zeggen zowel voor opdrachten betreffende niet-prioritaire diensten als voor opdrachten van geringe waarde) voorafgaande bekendmaking verlangt.

58 Ter terechtzitting heeft de Republiek Oostenrijk betoogd dat de in de punten 1.3. en 2.1.2. van de mededeling besloten liggende verplichtingen voor de aanbestedende diensten in strijd zijn met het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, omdat de mededeling geen rekening houdt met de mogelijkheden van de aanbestedende dienst, zoals in punt 32 van dat arrest wordt verlangd.

59 Verder is de Republiek Oostenrijk van mening dat de passende mate van openbaarheid om de dienstenmarkt voor mededingingen te openen en om de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid te kunnen toetsen, zoals die blijkt uit het arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, niet noodzakelijk een voorafgaande bekendmaking vereist. Uit de stukken betreffende de lopende herziening van de richtlijnen over de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten [zie document 2006/0066/COD en de daarin voorgestelde nieuwe artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33)] blijkt immers dat ook bij rechterlijke bescherming a posteriori — zonder voorafgaande bekendmaking van de opdracht — een doeltreffende toetsing van de onpartijdigheid van een gunningsprocedure mogelijk is.

60 Bovendien beroept de Republiek Oostenrijk zich — ondanks het ontbreken van perfectie symmetrie, zowel rechtens als feitelijk, tussen het recht inzake overheidsopdrachten en dat inzake staatssteun — op de de-minimisregel inzake staatssteun, volgens welke steun die onder bepaalde drempels ligt, de handel tussen de lidstaten niet merkbaar kan beïnvloeden en de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen. Volgens de Republiek Oostenrijk lijkt het bij vergelijking van de twee casusposities niet absurd, uit te gaan van het beginsel dat overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de drempels ligt, voor de interne markt de relevantie missen die een verplichting tot voorafgaande bekendmaking om mededinging mogelijk te maken zou rechtvaardigen. Steun komt immers rechtstreeks ten goede aan de ondernemingen, terwijl voor de drempels inzake overheidsopdrachten wordt uitgegaan van de waarde van de opdracht, waarbij de winst van de onderneming (die in dit verband kan worden vergeleken met steun) slechts een geringe fractie van die waarde vertegenwoordigt.

61 Ten slotte beroept de Republiek Oostenrijk zich op punt 19 van de considerans van richtlijn 2004/18, waarin haars inziens stilzwijgend wordt gesuggereerd dat de gemeenschapswetgever het niet nodig heeft geacht dat voor opdrachten voor niet-prioritaire diensten (II B-opdrachten) alle mogelijkheden tot uitbreiding van het handelsverkeer over de grenzen heen worden benut. De enig mogelijke rechtvaardigingsgrond voor dit verschil in behandeling is haars inziens dat deze opdrachten, die van de volledige toepassing van de richtlijn zijn uitgesloten, niet voldoende relevant voor de interne markt worden geacht om het benutten van alle mogelijkheden tot uitbreiding van het handelsverkeer over de grenzen heen, daaronder begrepen een algemene verplichting tot voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, te rechtvaardigen.

62 Het Koninkrijk der Nederlanden betoogt dat de Commissie aan het gemeenschapsrecht een uitlegging geeft die verder gaat dan de rechtspraak, door een omvattende rechtsregeling te scheppen die aan de lidstaten een verplichting tot transparantie ex ante oplegt voor alle overheidsopdrachten die onder de mededeling, terwijl het Hof daarover nog geen uitspraak heeft gedaan.

63 Verder stelt het Koninkrijk der Nederlanden onder verwijzing naar het rechtszekerheidsbeginsel dat de vraag of de mededeling nieuwe verplichtingen creëert, moet worden beantwoord op basis van de rechtspraak op het tijdstip van de vaststelling van de mededeling. Uit de latere rechtspraak blijkt echter dat de mededeling overduidelijk voorligt op de evolutie van de rechtspraak.

Commissie

64 Met betrekking tot de concrete inhoud van de mededeling en de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde elementen van regelgevende aard, te weten in wezen het omzeilen van de drempel voor toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten en de verplichting tot voorafgaande bekendmaking, betwist de Commissie dat deze elementen van de mededeling nieuwe rechtsregels creëren. In overeenstemming met artikel 211 EG vormen zij slechts een nadere toelichting van de bepalingen en beginselen van het EG-Verdrag zoals deze in de rechtspraak van het Hof zijn uitgelegd.

65 De Commissie betwist de stelling van de Bondsrepubliek Duitsland en van de interveniërende partijen dat de mededeling neerkomt op het omzeilen van de beslissing van de wetgever om slechts voor de overheidsopdrachten die bepaalde drempels bereiken, bekendmakingsvoorschriften vast te stellen. De Commissie betoogt dienaangaande dat, waar de wetgever het slechts nodig heeft geacht gedetailleerde regels vast te stellen voor het plaatsen van opdrachten boven de drempels voor de toepassing van de richtlijnen, hij het voor opdrachten onder die drempels voldoende heeft geacht dat de bepalingen en beginselen van het EG-Verdrag worden toegepast. Hij wou — en kon — bij de richtlijnen echter niet uitsluiten dat deze bepalingen en beginselen van het EG-Verdrag worden toegepast op overheidsopdrachten onder de drempel.

66 Dit blijkt haars inziens uit de rechtspraak van het Hof, inzonderheid uit de arresten Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, en Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven. Volgens de Commissie heeft het Hof in zijn arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, geoordeeld dat aanbestedende diensten die overeenkomsten sluiten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, niettemin de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen (arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 60). Deze opvatting wordt nog versterkt door punt 33 van het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven. Op dezelfde wijze heeft het Hof in zijn arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, verklaard dat buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallende overeenkomsten, zoals concessieovereenkomsten, aan de algemene regels van het EG-Verdrag onderworpen blijven. Bij de vaststelling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten heeft de gemeenschapsrechter in punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17 rekening gehouden met deze rechtspraak.

67 Volgens de Commissie heeft het Hof ook concrete inhoud gegeven aan de transparantieverplichting door te verklaren dat de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen vóór de gunning van een opdracht toegang moeten krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze opdracht, zodat zij in voorkomend geval hun belangstelling voor deze opdracht kunnen tonen (arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 21).

b) Beoordeling door het Gerecht

68 De Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen betogen dat punt 2.1.1. van de mededeling de lidstaten de verplichting oplegt om in principe alle aldaar bedoelde opdrachten vooraf bekend te maken, en dat die verplichting nieuw is ten opzichte van de beginselen van het EG-Verdrag.

69 Ter zake van de regels en beginselen van het EG-Verdrag (punt 1.1. van de mededeling) die van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten die relevant zijn voor de interne markt, geeft de mededeling in punt 2.1. ervan de basisnormen inzake bekendmaking. Dienaangaande wordt in punt 2.1.1. met als opschrift „Verplichting te zorgen voor een passende bekendmaking" gezegd:

„Volgens het Hof impliceren de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een verplichting tot transparantie, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend.

De transparantieverplichting houdt in dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming toegang krijgt tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund, zodat zij desgewenst haar belangstelling voor die opdracht kan tonen.

Volgens de Commissie is het niet voldoende contact op te nemen met een aantal potentiële inschrijvers, ook al beperkt de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land of probeert hij alle potentiële leveranciers te bereiken. Met een dergelijke selectieve aanpak kan discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, en met name van nieuwe marktpartijen, niet worden uitgesloten. Hetzelfde geldt voor alle vormen van ‚passieve' publiciteit, waarbij een aanbestedende dienst van actieve bekendmaking afziet, maar reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst. Ook wanneer voor informatie alleen wordt verwezen naar persverslagen, parlementaire of politieke debatten of congressen en dergelijke, is dit geen passende bekendmaking.

Daarom kan alleen aan de door het Hof gestelde eisen worden voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. De aanbestedende dienst moet deze bekendmaking doen om de opdracht voor mededinging open te stellen."

70 De eerste twee alinea's van punt 2.1.1. van de mededeling nemen de rechtspraak van het Hof in de arresten Telaustria, Coname en Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, over en daartegen is door de Bondsrepubliek Duitsland noch door een van de interveniërende partijen opgekomen. Tegen de derde alinea van punt 2.1.1. van de mededeling is tijdens de schriftelijke behandeling overigens evenmin opgekomen. In de laatste alinea van punt 2.1.1. van de mededeling wordt uit de voorgaande alinea's verplichting afgeleid, een passende openbaarheid te garanderen door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst.

71 De Bondsrepubliek Duitsland, ondersteund door de interveniërende partijen, betoogt, zakelijk weergegeven, dat in dit punt van de mededeling voor de onder de mededeling vallende overheidsopdrachten een verplichting tot voorafgaande bekendmaking wordt opgelegd die geenszins voortvloeit uit de in hetzelfde punt genoemde beginselen en rechtspraak van het Hof. Dit is haars inziens dus een nieuwe verplichting, die aan de betrokken mededeling de hoedanigheid verleent van een verbindende rechtsgevolgen sorterende handeling die vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring.

72 Bijgevolg moet worden onderzocht of de mededeling zich ertoe beperkt, een voor de lidstaten uit de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag voortvloeiende verplichting nader toe te lichten, dan wel nieuwe verplichtingen oplegt, zoals de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen stellen.

73 In dit verband dient allereerst te worden opgemerkt dat de bijzondere en strenge procedures van de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten alleen van toepassing zijn op overeenkomsten waarvan de waarde de in elk van die richtlijnen uitdrukkelijk vastgestelde drempel overschrijdt (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 19, en arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 33). Deze regels van die richtlijnen zijn dus niet van toepassing op opdrachten waarvan de waarde onder de daarin vastgestelde drempel ligt.

74 Dit betekent echter nog niet dat laatstgenoemde opdrachten van de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 19). Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de aanbestedende diensten met betrekking tot het plaatsen van opdrachten waarvoor, gelet op de waarde ervan, de in de gemeenschapsrichtlijnen voorziene procedures niet gelden, namelijk niettemin gehouden om de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 20, en arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 32) en het verbod van de discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht te nemen (zie in die zin arrest Hof van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S, C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 29; arrest Telaustria, aangehaald in 36 hierboven, punt 62; arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 16; arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 46, en arrest van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 18).

75 Dit wordt trouwens bevestigd door punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17, volgens hetwelk „voor overheidsopdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde voor de toepassing van de bepalingen inzake coördinatie door de Gemeenschap, [...] het raadzaam [is] te verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof [...], volgens welke de voorschriften en beginselen van bovengenoemd verdrag [te weten het gelijkheidsbeginsel, waarvan het discriminatieverbod slechts een bijzondere uitdrukking is, het beginsel van wederzijdse erkenning, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel] van toepassing zijn", alsmede door de punten 1 en 2 van de considerans van richtlijn 2004/18, waarin wordt gezegd dat diezelfde beginselen van toepassing zijn op het plaatsen alle opdrachten in de lidstaten ongeacht of de waarde ervan boven of onder de drempels valt.

76 Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit met name een transparantieverplichting inhouden, zodat de concessie verlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen (arrest Unitron Scandinavia en 3-S, aangehaald in punt 74 hierboven, punt 31; arrest Telaustria, aangehaald in 36 hierboven, punt 61; arrest van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 45; arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 49, en arrest ANAV, aangehaald in punt 74 hierboven, punt 21), waarbij deze verplichting wordt bevestigd in punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17 en in punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18. Hieruit volgt dat de lidstaten en hun aanbestedende diensten deze transparantieverplichting, zoals zij door het Hof is uitgelegd, moeten nakomen bij het plaatsen van elke overheidsopdracht.

77 Het Hof heeft vervolgens gepreciseerd dat deze op de aanbestedende dienst rustende transparantieverplichting inhoudt, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (arrest Telaustria, aangehaald in 36 hierboven, punt 62; arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 49, en arrest ANAV, aangehaald in punt 74 hierboven, punt 21).

78 Volgens het Hof houdt de op de aanbestedende diensten rustende transparantieverplichting met name eisen in die een onderneming in een andere dan de betrokken lidstaat in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende de betrokken overheidsopdracht vóór de gunning ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar belangstelling voor deze overheidsopdracht had kunnen tonen (zie in die zin arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 21).

79 Uit deze rechtspraak volgt dat de transparantieverplichting in de zin van een passende openbaarheid dus een vorm van bekendmaking vóór de gunning van de betrokken overheidsopdracht, met andere woorden een voorafgaande bekendmaking, inhoudt. Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen betogen, legt

de mededeling, waar zij het heeft over „een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst", de lidstaten dus geen nieuwe verplichting op, maar herinnert zij slechts aan een bestaande verplichting, die voortvloeit uit het gemeenschapsrecht dat van toepassing is op de overheidsopdrachten die onder de mededeling vallen, zoals die verplichting door de gemeenschapsrechter is uitgelegd.

80 Dit wordt overigens bevestigd door een aantal na de publicatie van de mededeling gewezen arresten van het Hof, zoals de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting heeft erkend. Enerzijds gelden volgens de rechtspraak van het Hof de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie immers van rechtswege ook voor opdrachten die van werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten, wanneer deze opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen [zie in die zin met betrekking tot richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1) en een opdracht waarvan de waarde onder de drempel van die richtlijn ligt, arrest Hof van 14 juni 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Jurispr. blz. I 4557, punt 33; met betrekking tot richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) en een II B-opdracht, arrest Commissie/Ierland, aangehaald in punt 57 hierboven, punten 30, 31 en 32, en met betrekking tot de richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) en richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84) arrest Hof van 21 februari 2008, Commissie/Italië, C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punten 66, 81 en 82]. Anderzijds is het Hof van oordeel dat een bekendmaking ex post geen passende openbaarheid in de zin van de arresten Telaustria et Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, garandeert, hetgeen betekent dat de uit de beginselen van het EG-Verdrag voortvloeiende transparantieverplichting inhoudt dat vóór de gunning van de opdracht een aankondiging van de opdracht moet worden bekendgemaakt (arrest Commissie/Ierland, aangehaald in punt 57 hierboven, punten 30 en 32).

81 De vaststelling dat de in punt 2.1.1. van de mededeling geformuleerde verplichting tot voorafgaande bekendmaking niet verder gaat dan de uitlegging die het Hof van

de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag heeft gegeven, wordt niet op losse schroeven gezet door de verschillende argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland en van de interveniërende partijen.

82 Allereerst betoogt de Bondsrepubliek Duitsland, zakelijk weergegeven, dat de arresten Telaustria, Coname en Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, betrekking hebben op overheidsopdrachten betreffende concessieovereenkomsten voor diensten die, hoewel zij buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, wat de waarde ervan betreft, vergelijkbaar zijn met de overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van die richtlijnen vallen, en dat de uit die arresten voortvloeiende rechtspraak bijgevolg niet van toepassing is op de overheidsopdrachten die onder de mededeling vallen.

83 In dit verband dient erop te worden gewezen dat uit de rechtspraak waarop de Bondsrepubliek Duitsland zich ter onderbouwing van haar betoog baseert, blijkt dat het Hof met betrekking tot concessieovereenkomsten reeds heeft geoordeeld dat, hoewel de gunning van een dergelijke concessieovereenkomst niet onder een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, dergelijke overeenkomsten aan de algemene regels van het EG-Verdrag onderworpen blijven (zie in die zin arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 16, bevestigd door arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 33). Verder dient te worden vastgesteld dat volgens deze rechtspraak de transparantieverplichting rechtstreeks voortvloeit uit de algemene regels van dat verdrag en met name uit het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod (arrest Telaustria, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 61, en arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 49), en dat die transparantieverplichting zelf een verplichting tot voorafgaande bekendmaking inhoudt (zie in die zin arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 21). De omstandigheid dat de in die arresten aan de orde zijnde opdrachten, wat het belang ervan betreft, vergelijkbaar waren met de overheidsopdrachten waarop de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn, is in die arresten echter geenszins als rechtvaardigingsgrond voor een verplichting tot passende, en met name voorafgaande, bekendmaking genoemd. Hieruit volgt dat, anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, deze rechtspraak mutatis mutandis kan worden toegepast op de overheidsopdrachten die onder de mededeling vallen, waarop, zoals gezegd, ook het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht van toepassing is.

84 Ten overvloede dient te worden opgemerkt dat dit wordt bevestigd in een aantal arresten die het Hof na de publicatie van de mededeling heeft gewezen. In punt 33 van het arrest Medipac-Kazantzidis, aangehaald in punt 80 hierboven, heeft het Hof met betrekking tot een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken immers verwezen naar vaste rechtspraak volgens welke, zelfs indien de waarde van de bij wege van een aanbestedingsprocedure te plaatsen opdracht onder de drempel voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten waarin de gemeenschapswetgever de openbare aanbestedingen heeft geregeld, ligt en de betrokken opdracht dus niet binnen de werkingssfeer van die richtlijnen valt, de aanbestedende diensten die een opdracht gunnen, niettemin verplicht zijn zich te houden aan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, en het heeft daarvoor in dat punt verwezen naar de arresten Telaustria, Coname en Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven. Het Hof heeft aldus de oplossingen die voor het sluiten van concessieovereenkomsten voor openbare diensten waren ontwikkeld, ook toegepast op het plaatsen van opdrachten waarvan de waarde onder de drempels voor de toepassing van die richtlijnen ligt (arrest Medipac-Kazantzidis, aangehaald in punt 80 hierboven, punt 33).

85 Met betrekking tot, ten tweede, het in punt 38 hierboven samengevatte argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat de beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, en het arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, slechts betrekking hadden op het discriminatieverbod en bijgevolg geen rechtvaardigingsgrond konden vormen voor een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, behoeft slechts te worden opgemerkt dat de verplichting tot transparantie, met name door een passende vorm van bekendmaking, volgens de in punt 76 hierboven aangehaalde rechtspraak juist voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en uit het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Aangezien uit die beslissingen blijkt dat de fundamentele regels van het EG-Verdrag van toepassing zijn op alle overheidsopdrachten met inbegrip van degene die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 19, en arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 38 hierboven, punten 32 en 33), heeft de Commissie in de mededeling die beschikking en dat arrest terecht aangevoerd.

86 Ten derde faalt ook het betoog dat de gemeenschapswetgever, door drempels voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vast te stellen, uitdrukkelijk

heeft aangegeven dat in beginsel moet worden vermoed dat opdrachten waarvan de waarde onder deze drempels ligt, een veeleer „toevallige of indirecte" impact op de interne markt hebben en dus niet interessant zijn voor buitenlandse inschrijvers.

87 In dit verband dient te worden gepreciseerd dat niet mag worden vermoed dat een overheidsopdracht waarvan de waarde onder de drempels voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten ligt, om die reden alleen slechts een nagenoeg onbeduidende impact op de interne markt zal hebben. Deze stelling wordt immers tegengesproken door de in de punten 73 en 74 hierboven aangehaalde rechtspraak, volgens welke dergelijke opdrachten niet van de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten. Welnu, indien dergelijke opdrachten a priori geen enkele impact op de interne markt zouden kunnen hebben, zou het gemeenschapsrecht niet van toepassing zijn.

88 Het Hof geeft toe dat redelijkerwijze mag worden aangenomen dat wegens bijzondere omstandigheden, zoals met name de zeer geringe economische betekenis van de betrokken opdracht, ondernemingen in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst geen belangstelling zullen hebben voor de betrokken opdracht, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden (zie in die zin arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). De conclusie betreffende het ontbreken van inbreuk op de fundamentele vrijheden kan echter slechts voortvloeien uit een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het concrete geval en kan niet uitsluitend worden gebaseerd op feit dat de waarde van de opdracht onder een bepaalde drempel ligt.

89 Aldus wordt in punt 1.3. van de mededeling gezegd:

„Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde

opdracht. Volgens de Commissie moet deze beslissing zijn gebaseerd op een evaluatie van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie, zoals het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Als de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt, moet deze worden gegund volgens de aan het gemeenschapsrecht ontleende basisnormen."

90 Ten vierde betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat de mededeling, door te eisen dat de aanbestedende diensten in elk concreet geval beoordelen of de overheidsopdracht relevant is voor de interne markt, met name om uit te maken of de in punt 2.1.1. van die mededeling besloten liggende verplichting tot voorafgaande bekendmaking van toepassing is, een nieuwe verplichting creëert en daardoor verbindende rechtsgevolgen sorteert.

91 In de rechtspraak van het Hof is echter reeds met betrekking tot een overheidsopdracht die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten viel, overwogen dat de aanbestedende dienst onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instanties moet beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht (zie in die zin arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punten 49 en 50). Bijgevolg kan niet op goede gronden worden gesteld dat punt 1.3. van de mededeling, gelezen in samenhang met punt 2.1.1. ervan, de lidstaten een nieuwe verplichting oplegt.

92 Ter terechtzitting hebben de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk daaraan toegevoegd dat een specifieke beoordeling als bedoeld in punt 1.3. van de mededeling in strijd is met het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven (punten 30 tot en met 32), waarin een abstracte en algemene definitie van de relevantie van een overheidsopdracht voor de interne markt zou zijn overwogen.

93 In dit verband dient te worden vastgesteld dat punt 30 van het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, steun biedt aan de in punt 91 hierboven geformuleerde conclusie dat het in beginsel aan de aanbestedende dienst staat om, alvorens de aankondiging van opdracht op te stellen, het eventuele grensoverschrijdende belang te beoordelen van een opdracht waarvan de geraamde waarde onder de in de gemeenschapsregels vastgelegde drempel ligt, met dien verstande dat deze beoordeling door de rechter kan worden getoetst.

94 Verder zij erop gewezen dat punt 1.3. van de mededeling niet in tegenspraak is met het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven. De mededeling sluit immers niet uit dat een regeling op nationaal of lokaal niveau objectieve criteria vaststelt die duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zoals in punt 31 van het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, is overwogen. De aanbestedende diensten die een dergelijke nationale regeling toepassen, zijn echter gehouden om de fundamentele regels van het EG-Verdrag en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht te nemen (arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, punt 29).

95 Vaststaat dat punt 32 van het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, evenmin in tegenspraak is met de punten 1.3. en 2.1.2. van de mededeling. Dat punt betreft immers de automatische uitsluiting van bepaalde inschrijvingen op grond dat zij abnormaal laag zijn, zelfs in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang, en geldt dus voor een andere fase van de plaatsing van een overheidsopdracht dan die van de in punt 1.3. van de mededeling bedoelde vaststelling of ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de betrokken opdracht, of dan die van de in punt 2.1.2. bedoelde keuze van het meest geschikte medium voor de bekendmaking. Die punten van de mededeling sluiten in elk geval niet uit dat rekening wordt gehouden met de administratieve mogelijkheden van de aanbestedende dienst, en leggen dus geen nieuwe verplichting op aan de lidstaten en of hun aanbestedende diensten.

96 Ten vijfde is, anders dan de Bondsrepubliek Duitsland betoogt (zie punt 46 hierboven), punt 2.1.2. van de mededeling, volgens hetwelk „[d]e aanbestedende diensten

[zelf moeten] besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten", niet onverenigbaar met de vaststelling in een nationale regeling van algemene criteria aan de hand waarvan die keuze moet worden gemaakt, met dien verstande dat het hanteren van die criteria geen afbreuk mag doen aan de inachtneming van de fundamentele regels van het EG-Verdrag en met name van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Zoals in punt 91 hierboven is uiteengezet, staat het immers aan de concessie verlenende overheidsinstantie om onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instanties te beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof laat de mededeling het dus aan de aanbestedende dienst over, de mate en de vorm van de passende openbaarheid te bepalen (zie in die zin arrest Parking Brixen, aangehaald in punt 36 hierboven, punten 49 en 50). In punt 2.1.2. van de mededeling wordt dus terecht verklaard dat „[d]e aanbestedende diensten [zelf moeten] besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten". De mededeling legt de aanbestedende diensten dus geen nieuwe juridische verplichting op.

97 Verder behoeft op het op een vergelijking van de drempels voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten met de de-minimisregel inzake staatssteun gebaseerde betoog van de Republiek Oostenrijk slechts te worden geantwoord dat uit die richtlijnen geenszins blijkt dat de betrokken drempels berusten op overwegingen die vergelijkbaar zijn met die welke ten grondslag liggen aan de de-minimisregel op het gebied van staatssteun.

98 Ten zesde dient erop te worden gewezen dat het betoog van de Franse regering dat punt 2.1.2. van de mededeling een verplichting tot openbaarheid bestaande in het gebruik van een schriftelijke drager voor de bekendmaking van de betrokken opdrachten oplegt, op een onjuiste premisse berust. In de mededeling is immers nergens sprake van een verplichting tot het gebruik van een schriftelijke drager voor de bekendmaking van de overheidsopdrachten die onder de mededeling vallen. Enerzijds wordt in punt 2.1.3., eerste alinea, van de mededeling herinnerd aan de rechtspraak dat de transparantieverplichting niet inhoudt dat een formele aanbestedingsprocedure moet

worden georganiseerd (arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, punt 21). Anderzijds wordt in punt 2.1.2, derde alinea, gezegd:

„Passende en algemeen gebruikte media zijn bijvoorbeeld:

— Internet, [...]"

De Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen geven overigens toe dat dit een opsomming ter informatie is en geen uitputtende lijst van de verschillende vormen van passende bekendmaking.

99 Ten zevende betogen de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, dat de bij de mededeling ingevoerde transparantieverplichting in de weg staat aan de praktijk om contact op te nemen met potentiële inschrijvers, ook wanneer de aanbestedende dienst zich tot ondernemingen uit andere lidstaten wendt en alle potentiële inschrijvers probeert te bereiken (punt 2.1.1., derde alinea, van de mededeling), en dat daaruit specifieke verplichtingen voortvloeien ten aanzien van de beginselen van het EG-Verdrag. Dienaangaande zij erop gewezen dat dit betoog betrekking heeft op een deel van de mededeling waartegen in het verzoekschrift noch in de memorie in interventie is opgekomen. In dit verband dient te worden opgemerkt dat, hoewel artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering onder bepaalde voorwaarden toestaat dat in de loop van het geding nieuwe middelen worden voorgedragen, die bepaling in geen geval aldus kan worden uitgelegd dat de verzoekende partij op grond daarvan bij het Gerecht nieuwe conclusies mag indienen en aldus het voorwerp van het geschil mag wijzigen (zie arrest Gerecht van 12 juli 2001, Banatrading/Raad, T-3/99, Jurispr. blz. II-2123, punt 28 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Hieruit volgt dat het betrokken betoog niet-ontvankelijk is aangezien het ertoe strekt het voorwerp van het geschil uit te breiden tot een deel van de mededeling waartegen in het inleidende verzoekschrift niet is opgekomen.

100 Vaststaat in elk geval dat de mededeling bovengenoemde praktijk niet absoluut en definitief uitsluit. In de punten 2.2.2. en 2.1.3. van de mededeling wordt immers gezegd dat de aanbestedende diensten het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd om een offerte in te dienen, tot een passend niveau mogen beperken, mits dit op een transparante en niet-discriminerende wijze gebeurt (punt 2.2.2. van de mededeling) teneinde een adequate mededinging te garanderen. Bovendien is het Gerecht van oordeel dat, om de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid te kunnen toetsen de transparantieverplichting een actieve openbaarmaking door de aanbestedende diensten eist, aangezien het aan die diensten staat vooraf te beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht (arrest Parking Brixen, punt 36 hierboven, punt 50). De door de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek bestreden inhoud van punt 2.1.1., derde alinea, van de mededeling creëert dus geen specifieke verplichtingen.

2. *De tweede grief, betreffende de specificatie van de verplichtingen tot bekendmaking (punt 2.2. van de mededeling)*

a) Argumenten van partijen

Bondsrepubliek Duitsland

101 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat de uit punt 2.2. van de mededeling voortvloeiende verplichtingen veel verder gaan dan hetgeen volgt uit de uitlegging die het

Hof van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag heeft gegeven. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland heeft de Commissie in punt 2.2. van de mededeling allereerst beslist dat de opdrachten in overeenstemming met de regels en beginselen van het EG-Verdrag moeten worden gegund, zodat alle ondernemers die in een opdracht geïnteresseerd zijn, onder eerlijke voorwaarden kunnen mededingen, en heeft zij vervolgens uit deze algemene verplichting een aantal concrete verplichtingen afgeleid betreffende de bekendmaking van het voornemen om een opdracht te plaatsen.

102 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt met name dat volgens punt 2.2. van de mededeling de lidstaten het voorwerp van de opdracht aldus moeten beschrijven dat alle potentiële inschrijvers het op dezelfde wijze kunnen begrijpen, en daarbij voor ondernemingen uit alle lidstaten gelijke toegang moeten garanderen. Indien de autoriteiten eisen dat de inschrijvers schriftelijke stukken overleggen, moeten zij ook in andere lidstaten opgestelde stukken aanvaarden. De gestelde termijnen moeten lang genoeg zijn om de inschrijvers uit andere lidstaten in staat te stellen ze in acht te nemen. Ten slotte moet de procedure transparant zijn voor alle deelnemers. Deze opsomming van regels wordt aangevuld met procedurevoorschriften voor de lidstaten die een lijst willen opstellen van gegadigden die zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen voor de betrokken opdracht (punt 2.2.2. van de mededeling) en met normen voor de beslissing over de gunning van de opdracht (punt 2.2.3. van de mededeling).

103 Terwijl de in het eerste streepje van de opsomming van punt 2.2.1. van de mededeling genoemde verplichting van een niet-discriminerende beschrijving van het voorwerp van de opdracht zou kunnen voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof in de beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven (punt 24), bevatten de andere in punt 2.2.1. van de mededeling genoemde verplichtingen concrete instructies die niet aan het positieve gemeenschapsrecht zijn ontleend. Dit wordt bevestigd door de verklaring van de Commissie dat bovengenoemde beginselen in de praktijk de inachtneming van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag kunnen garanderen (punt 1.2. van de mededeling). Het gaat dus niet om een beschrijving van de rechtspraak van het Hof, maar wel degelijk om nieuwe regels voor de gunning van de opdrachten. De Bondsrepubliek Duitsland komt dus in wezen op tegen de

verschillende in punt 2.2.1. van de mededeling genoemde procedés, die volgens haar nieuwe verplichtingen invoeren.

Interveniërende partijen

104 Met betrekking tot de in punt 2.2. van de mededeling verrichte specificatie van de verplichting tot bekendmaking betoogt de Republiek Oostenrijk dat een aantal aldaar behandelde aspecten, zoals het vereiste van voldoende lange termijnen en het aantal gegadigden op de beperkte lijst voor het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, ook nieuwe dwingende rechtsgevolgen beogen te sorteren. Deze verplichtingen zouden echter niet kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof.

105 Het Parlement schaart zich achter de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland betreffende punt 2.2. van de mededeling, maar legt de nadruk op een aantal andere aspecten en versterkt daardoor het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland. Volgens het Parlement geeft de Commissie in dit punt gedetailleerde regels over de inhoud van en de termijnen voor de oproepen tot mededinging, over een eventuele preselectieprocedure en over de rechterlijke bescherming.

106 De Republiek Polen betoogt dat de Commissie geen enkel arrest van Hof vermeldt ter ondersteuning van haar nadere voorschriften inzake de bekendmaking en de inhoud van de aankondigingen en zelfs van haar regels inzake de proceduretermijnen voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Volgens de Commissie beoogt de mededeling echter de interpretatie van de rechtspraak van het Hof dienaangaande. Daaruit zou blijken dat de stelling van de Commissie dat de mededeling de rechtspraak samenvat, geen steun vindt in de inhoud ervan.

Commissie

107 De Commissie weerspreekt het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen met betrekking tot de in punt 2.2.1. van de mededeling genoemde criteria. Volgens haar vloeien het beginsel van gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten en van wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels en het vereiste van passende termijnen en van een transparante en objectieve aanpak voort het uit het EG-Verdrag. Het gaat geenszins om nieuwe regels voor het plaatsen van opdrachten, maar wel degelijk om een toepassing mutatis mutandis van de algemene regels van het gemeenschapsrecht op het gebied van overheidsopdrachten.

b) Beoordeling door het Gerecht

108 Punt 2.2. van de mededeling betreft de „gunning van de opdracht".

109 Dienaangaande wordt in punt 2.2.1. van de mededeling gezegd:

„Beginselen

In zijn arrest in de zaak Telaustria heeft het Hof bepaald dat het beginsel van transparantie inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid

wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. In feite is de garantie van een eerlijke en onpartijdige procedure het noodzakelijke uitvloeisel van de verplichting te zorgen voor een transparante bekendmaking.

De opdracht moet derhalve in overeenstemming met de regels en beginselen van het EG-Verdrag worden gegund, zodat alle ondernemers die in de opdracht geïnteresseerd zijn onder eerlijke voorwaarden kunnen meedingen. Dit kan in de praktijk het best worden bereikt door:

— Een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht

In de beschrijving van de vereiste kenmerken van een product of een dienst mag niet worden verwezen naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een specifiek productieproces, naar handelsmerken, octrooien, typen of een specifieke oorsprong of productie, tenzij een dergelijke verwijzing wordt gerechtvaardigd door het onderwerp van de opdracht en vergezeld gaat van de woorden ‚of daarmee overeenstemmend'. In ieder geval moeten bij voorkeur algemenere beschrijvingen van de prestaties of functies worden gegeven.

— Gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten

De aanbestedende diensten mogen geen voorwaarden opleggen die leiden tot een directe of indirecte discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, zoals de eis dat ondernemingen die voor de opdracht in aanmerking

wensen te komen, in dezelfde lidstaat of regio moeten zijn gevestigd als de aanbestedende dienst.

— Wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels

Indien gegadigden of inschrijvers certificaten, diploma's of andere schriftelijke bewijsstukken moeten overleggen, moeten, in overeenstemming met het beginsel van wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, documenten uit andere lidstaten die een gelijkwaardige garantie bieden, worden aanvaard.

— Passende termijnen

De termijnen voor de indiening van blijken van belangstelling en van een offerte moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun offerte voor te bereiden.

— Transparante en objectieve aanpak

Alle deelnemers moeten vooraf kennis kunnen nemen van de toepasselijke voorschriften en de zekerheid hebben dat deze voorschriften voor iedereen op dezelfde wijze worden toegepast."

Voorafgaande opmerkingen

110 Het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland berust op de premisse dat voor de opdrachten die onder de mededeling vallen, geen enkele uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende algemene transparantieverplichting geldt. Zoals hierboven is opgemerkt (zie punten 68 tot en met 100), is die premisse echter onjuist.

111 Vervolgens beoogt punt 2.2.1. van de mededeling te waarborgen dat enerzijds de in punt 2.1. van de mededeling vermelde verplichting tot bekendmaking wordt nagekomen, en anderzijds de opdracht met inachtneming van de regels en beginselen van het EG-Verdrag wordt gegund. Daarvoor baseert de mededeling zich op de rechtspraak van het Hof volgens welke bij de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht in alle fasen, en met name in de fase van de selectie van de gegadigden in een niet-openbare procedure, zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun offerte dezelfde kansen hebben (zie in die zin, met betrekking tot de fase van de vergelijking van de offertes, arresten Hof van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54, en 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 93).

112 Daarbij komt dat volgens de rechtspraak van het Hof het gelijkheidsbeginsel, waarvan de artikelen 43 EG en 49 EG een bijzondere uitdrukking zijn, niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden (arresten Hof van 29 oktober 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Jurispr. blz. 3427, punt 7, en 5 december 1989, Commissie/Italië, C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 8), teneinde de overheidsopdrachten in de verschillende lidstaten toegankelijk te maken voor alle ondernemers in de Gemeenschap. Ten slotte heeft het Hof het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers geformuleerd (arrest Hof van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, Jurispr. blz. I-3353,

punt 23, en arrest Commissie /België, aangehaald in punt 111 hierboven, punt 51). Bijgevolg dienen de verschillende in punt 2.2.1. van de mededeling genoemde procedés tegen de achtergrond van het voorgaande te worden onderzocht.

Punt 2.2.1. van de mededeling

— Het eerste streepje van punt 2.2.1. van de mededeling

113 Het eerste streepje van punt 2.2.1. van de mededeling betreft een niet-discriminerende beschrijving van het voorwerp van de opdracht. Zoals de Bondsrepubliek Duitsland zelf heeft toegegeven, is dit vereiste reeds geformuleerd in de beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven. Voor de gunning van een opdracht vloeit dit vereiste immers voort uit het gelijkheidsbeginsel, waarvan de fundamentele vrijheden een bijzondere uitdrukking zijn. Zo heeft het Hof in zijn rechtspraak vastgesteld dat de rechtmatigheid van een clausule in het bestek van een opdracht die onder de drempel van richtlijn 93/37 ligt en dus niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt, moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de fundamentele regels van het EG-Verdrag, waaronder het in artikel 28 EG genoemde vrije verkeer van goederen (beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 21).

114 Met betrekking tot de in het eerste streepje van punt 2.2.1. van de mededeling gegeven uitlegging zij erop gewezen dat volgens de rechtspraak op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen het feit dat in het bestek na de

aanduiding van een bepaald product niet is vermeld „of daarmee overeenstemmend", niet alleen de marktdeelnemers die dezelfde soort producten gebruiken, kan ontmoedigen om in te schrijven op het aanbestedingsbericht, maar ook de invoerstromen in het handelsverkeer tussen de lidstaten in strijd met artikel 28 EG kan belemmeren, doordat de opdracht wordt voorbehouden aan leveranciers die van plan zijn het specifiek genoemde product te gebruiken (arresten Hof van 22 september 1988, Commissie /Ierland, 45/87, Jurispr. blz. 4929, punt 22, en 24 januari 1995, Commissie/ Nederland, C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punt 27, en beschikking Vestergaard, aangehaald in punt 38 hierboven, punt 24).

115 De inhoud van het eerste streepje van punt 2.2.1. van de mededeling is dus in overeenstemming met de uitlegging die het Hof van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag heeft gegeven.

— Het tweede streepje van punt 2.2.1. van de mededeling

116 Het in het tweede streepje van punt 2.2.1. van de mededeling geformuleerde vereiste, te weten gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten, dat beoogt te waarborgen dat alle marktdeelnemers, ongeacht hun land van herkomst, gelijke toegang krijgen tot de geplande opdrachten, vloeit voort uit de inachtneming van de beginselen van vrijheid van vestiging, vrij verrichten van diensten en vrije mededinging (zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest van het Hof van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, I-77, punt 47, overgenomen in de conclusie van advocaat-generaal Mischo bij het arrest van het Hof van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, I-941, punt 49), en inzonderheid van het gelijkheidsbeginsel (zie hierboven punt 112) in de vorm van het in artikel 12 EG geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

117 Het spreekt vanzelf dat het non-discriminatiebeginsel een aanbestedende dienst verbiedt voorwaarden te stellen die leiden tot een rechtstreekse of indirecte discriminatie, zoals in het tweede streepje van punt 2.2.1. van de mededeling wordt gezegd. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten de algemene voorwaarden van het bestek alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het EG-Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten, alsmede het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (zie in die zin arresten Hof van 9 juli 1987, CEI en Bellini, 27/86–29/86, Jurispr. blz. 3347, punt 15, en 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punten 29 en 30).

118 Bijgevolg dekt het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers de inhoud van het eerste en het tweede streepje van punt van punt 2.2.1. van de mededeling.

— Het derde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling

119 Het derde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling noemt het beginsel van wederzijdse erkenning, waarmee het vrije verkeer van goederen en diensten kan worden gewaarborgd zonder dat de nationale wettelijke regelingen van de lidstaten behoeven te worden geharmoniseerd (arrest Hof van 20 februari 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Jurispr. blz. 649). Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de autoriteiten van een lidstaat rekening moeten houden met alle diploma's, certificaten en andere titels alsmede met de relevante ervaring van de betrokkene, door de uit die titels en ervaring blijkende bekwaamheden te vergelijken met de in de nationale wettelijke regeling verlangde kennis en kwalificaties (zie, mutatis mutandis, arresten Hof van 7 mei 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Jurispr. blz. I-2357, punten 16, 19 en 20; 9 februari 1994, Haim, C-319/92, Jurispr. blz. I-425, punten 27 en 28; 14 september 2000, Hocsman,

C-238/98, Jurispr. blz. I-6623, punt 23, en 22 januari 2002, Dreessen, C-31/00, Jurispr. blz. I-663, punt 24).

120 Het Hof heeft beklemtoond dat deze rechtspraak slechts een uitdrukking is van een beginsel dat inherent is aan de in het EG-Verdrag verankerde fundamentele vrijheden, en dat dit beginsel niet aan juridische waarde kan verliezen door de vaststelling van richtlijnen inzake onderlinge erkenning van diploma's (arrest Hocsman, aangehaald in punt 123 hierboven, punten 24 en 31, en arrest Dreessen, aangehaald in punt 123 hierboven, punt 25), en dat daaruit voortvloeit dat de lidstaten hun verplichtingen inzake onderlinge erkenning, zoals deze voortvloeien uit de door het Hof aan de artikelen 43 EG en 47 EG gegeven uitlegging, moeten nakomen (zie, mutatis mutandis, met betrekking tot de toegang tot een beroep arrest Dreessen, aangehaald in punt 123 hierboven, punt 27 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat de wederzijdse erkenning de nationale autoriteiten in staat moet stellen, zich op objectieve wijze ervan te vergewissen of de houder van het buitenlandse diploma over kennis en bekwaamheden beschikt die zo niet identiek dan toch ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke uit het binnenlandse diploma blijken (zie in die zin arrest Hof van 15 oktober 1987, Heylens e.a., 222/86, Jurispr. blz. 4097, punt 13).

121 Hieruit volgt dat het in het derde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling geformuleerde vereiste de lidstaten geen nieuwe verplichtingen oplegt.

— Het vierde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling

122 Met betrekking tot het vereiste van passende termijnen om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun offerte voor te bereiden, zij eraan herinnerd dat de aanbestedende diensten zich dienen te houden aan het beginsel van het vrij verrichten van diensten en aan het discriminatieverbod, die de belangen beogen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers

die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (arrest Hof van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16; arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 116 hierboven, punt 41; arrest HI, aangehaald in punt 76 hierboven, punt 43, en arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in punt 111 hierboven, punt 51). Het doel daarvan is, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (zie in die zin arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in 111 hierboven, punt 52 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

123 Het in het vierde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling geformuleerde vereiste, dat beoogt te beletten dat een aanbestedende dienst door middel van aan de inschrijvers gestelde termijnen een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer van deelneming kan uitsluiten, vloeit dus voort uit de beginselen van het EG-Verdrag, hetgeen betekent dat dit onderdeel van de mededeling evenmin een nieuwe verplichting oplegt.

— Het vijfde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling

124 Met betrekking tot de inhoud van het vijfde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling is het Gerecht van mening dat, zoals het Hof reeds heeft beklemtoond, de verplichting tot inachtneming van het transparantiebeginsel en van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers juist inhoudt dat alle potentiële inschrijvers vóór de voorbereiding van hun offerte in kennis moeten worden gesteld van de gunningscriteria waaraan die offerte moet voldoen alsmede van het relatieve belang van deze criteria [zie met betrekking tot artikel 27, lid 2, van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1), dat in wezen overeenkomt met artikel 30, lid 2, van richtlijn 93/37, arrest Commissie/België, aangehaald in punt 111 hierboven, punten 88 en 89, en arrest

Universale-Bau e.a., aangehaald in punt 111 hierboven, punt 99]. Het vijfde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling beoogt dus te garanderen dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof alle potentiële inschrijvers dezelfde kansen krijgen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelneming of van hun offerte.

125 Gelet op het voorgaande is het Gerecht van oordeel dat de in de verschillende streepjes van punt 2.2.1. van de mededeling genoemde procedés om billijke mededingingsvoorwaarden te creëren, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof zowel de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers, als de nakoming van de transparantieplicht als de inachtneming van het vrij verrichten van diensten tijdens de gunning van een opdracht dienen (arrest Commissie/België, aangehaald in punt 111 hierboven, punt 54, en arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in punt 111 hierboven, punt 93), en bijgevolg geen nieuwe verplichtingen opleggen.

Punt 2.2.2. van de mededeling

126 Punt 2.2.2. van de mededeling luidt als volgt:

„Beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd een offerte in te dienen

De aanbestedende diensten mogen maatregelen nemen om het aantal gegadigden tot een geschikt niveau te beperken, mits dit op transparante en niet-discriminerende wijze gebeurt. Zij kunnen bijvoorbeeld objectieve criteria toepassen, zoals ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of andere elementen. Zij mogen zelfs kiezen voor

loting, eventueel in combinatie met andere selectiecriteria. In ieder geval moeten er voldoende aanvragers op de shortlist worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen.

Ook mogen de aanbestedende diensten gebruik maken van kwalificatiesystemen, waarbij een lijst van gekwalificeerde ondernemingen wordt opgesteld aan de hand van een transparante en open procedure die in voldoende mate is bekendgemaakt. De aanbestedende dienst kan dan naderhand, bij de plaatsing van individuele opdrachten die binnen de werkingssfeer van het systeem vallen, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemingen op niet-discriminerende wijze ondernemingen selecteren die worden uitgenodigd een offerte in te dienen (bv. door toepassing van een rouleersysteem)."

127 Punt 2.2.2. van de mededeling betreft de beperking tot een passend niveau van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd om een offerte in te dienen, en noemt daartoe bij wijze van voorbeeld een aantal modaliteiten en mogelijkheden die de aanbestedende diensten mogen aanwenden, mits dit op transparante en niet-discriminerende wijze gebeurt met het doel om een adequate mededinging te garanderen. In dit punt van de mededeling wordt met name verzocht, objectieve criteria toe te passen en een voldoende transparante en open procedure te volgen die op passende wijze is bekendgemaakt.

128 Deze eisen zijn volledig in overeenstemming met de beginselen van het EG-Verdrag en met de rechtspraak van het Hof. Zij vloeien met name voort uit de rechtspraak van het Hof volgens welke bij de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht in alle fasen, en met name in de fase van de selectie van de gegadigden in een niet-openbare procedure, zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of van hun offerte dezelfde kansen

hebben (zie in die zin, met betrekking tot de fase van de vergelijking van de offertes, arrest Commissie/België, aangehaald in punt 111 hierboven, punt 54, en arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in punt 111 hierboven, punt 93).

Punt 2.2.3. van de mededeling

129 Punt 2.2.3. van de mededeling luidt als volgt:

„Beslissing over de gunning van de opdracht

Het is van belang dat de uiteindelijke beslissing over de gunning van de opdracht in overeenstemming is met de vooraf vastgestelde procedurele voorschriften en dat volledig de hand wordt gehouden aan de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling. Dat geldt vooral voor procedures waarbij met een groep inschrijvers op een shortlist wordt onderhandeld. De onderhandelingen moeten zodanig worden georganiseerd dat alle inschrijvers toegang hebben tot dezelfde hoeveelheid informatie en dat geen van de inschrijvers op ongerechtvaardigde wijze wordt bevoordeeld."

130 Volgens punt 2.2.3. van de mededeling moeten bij de definitieve beslissing over de gunning van de opdracht het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit vereiste en de inhoud ervan gaan niet verder dan de beginselen waarop dit punt berust.

131 Uit het voorgaande volgt dat de opsomming van procedés in punt 2.2. van de mededeling, betreffende de gunning van een opdracht, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers, de nakoming van de transparantieplicht alsmede de inachtneming van de beginselen van vrij verrichten van diensten (arrest Commissie/België, aangehaald in punt 111 hierboven, punt 54, en arrest Universale-Bau e.a., aangehaald in punt 111 hierboven, punt 93) en vrije mededinging (arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, aangehaald in punt 116 hierboven, punt 49) beoogt te verzekeren en dus geen nieuwe verplichtingen creëert die vatbaar zijn voor een beroep tot nietigverklaring.

3. *De derde grief, betreffende de afwijkingen van de voorafgaande bekendmaking (punt 2.1.4. van de mededeling)*

a) Argumenten van partijen

132 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat de Commissie nieuwe juridische verplichtingen heeft opgelegd door in punt 2.1.4. van de mededeling de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vervatte uitzonderingsregeling voor onderhandse opdrachten mutatis mutandis van toepassing te verklaren op opdrachten onder de toepassingsdrempels, ofschoon de toepassing van de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten genoemde uitzonderingen afhankelijk was gesteld van het overschrijden van die drempels.

133 Verder komt de Bondsrepubliek Duitsland op tegen het argument van de Commissie dat de uitbreiding van de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vastgestelde afwijkingen van de bekendmakingsplicht tot overheidsopdrachten die niet binnen de werkingssfeer van die richtlijnen vallen, een volgens de fundamentele beginselen van

het EG-Verdrag geoorloofde overeenkomstige toepassing is. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is een dergelijke overeenkomstige toepassing immers slechts geoorloofd in geval van een leemte in de regelgeving, wat in casu niet het geval is omdat de wetgever door drempels vast te stellen uitdrukkelijk heeft beslist, deze bekendmakingsvoorschriften niet toe te passen op bepaalde opdrachten.

134 Ter terechtzitting heeft de Bondsrepubliek Duitsland gepreciseerd dat de in punt 2.1.4. van de mededeling genoemde afwijkingen exhaustief zijn, en dat dus geen andere afwijkingen kunnen worden toegestaan. De mededeling gaat haars inziens uit van een zeer strikte en exhaustieve opvatting van de mogelijke afwijkingen, anders dan het geval is in de vaste rechtspraak van het Hof betreffende de fundamentele vrijheden, volgens welke een verschil in behandeling bijvoorbeeld kan worden gerechtvaardigd door objectieve omstandigheden. In punt 2.1.4. van de mededeling juncto punt 2.1.1. ervan ligt volgens haar dus in een onvoorwaardelijke verplichting tot voorafgaande bekendmaking besloten en wordt elke andere vorm van transparantie uitgesloten.

135 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland wordt in de tekst van punt 2.1.4. van de mededeling, met name in de laatste zin ervan, duidelijk een verband gelegd met de afwijkingen waarin de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voorzien, en worden de uitzonderingen op de verplichting tot voorafgaande bekendmaking dus beperkt tot die afwijkingen. Andere uit het primaire recht voortvloeiende uitzonderingen worden haars inziens door de mededeling uitgesloten. Deze opvatting dat de afwijkingen exhaustief zijn, is haars inziens in strijd met het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven, volgens hetwelk andere afwijkingen in aanmerking kunnen worden genomen.

136 Het Parlement betoogt met betrekking tot de in punt 2.1.4. van de mededeling genoemde afwijkingen van het beginsel van voorafgaande bekendmaking dat de Commissie de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vervatte afwijkingen voor de procedure van onderhandse plaatsing van opdrachten uitbreidt tot opdrachten onder de drempels voor de toepassing van die richtlijnen. Hieruit blijkt zeer duidelijk dat de Commissie in haar mededeling autonome regels voor het plaatsen van opdrachten heeft vastgesteld zonder rekening te houden met het feit dat in het onderhavige geval

niet was voldaan aan de conditio sine qua non voor een dergelijke overeenkomstige toepassing, namelijk dat de wetgever onvrijwillig een leemte heeft gelaten buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

137 De Commissie betoogt dat de in de mededeling voorgestelde overeenkomstige toepassing, die erin bestaat de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vervatte afwijkingen van de bekendmakingsplicht uit te breiden tot niet onder die richtlijnen vallende opdrachten, slechts de door haar voorgestelde uitlegging van de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag weerspiegelt en geen rechtsregel creëert. Verder is de Commissie van mening dat punt 2.1.4. van de mededeling niet restrictief is, maar integendeel op een niet exhaustieve wijze slechts de belangrijkste afwijkingen aangeeft. Door specifiek aan te geven dat de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vervatte afwijkingen van de verplichting tot voorafgaande bekendmaking ook kunnen worden toegepast op de opdrachten waarop de mededeling betrekking heeft, heeft de Commissie niet willen zeggen dat geen enkele andere met bovengenoemde beginselen verenigbare uitzondering op de verplichting tot voorafgaande bekendmaking kan worden toegestaan.

b) Beoordeling door het Gerecht

138 Punt 2.1.4., „Procedures zonder voorafgaande bekendmaking", van de mededeling luidt als volgt:

„De richtlijnen inzake overheidsopdrachten bevatten specifieke afwijkingen die in bepaalde omstandigheden procedures zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk maken. De belangrijkste gevallen betreffen dwingende spoed ten gevolge van onvoorziene gebeurtenissen en opdrachten die om technische of artistieke redenen dan wel om redenen van de bescherming van alleenrechten slechts door één specifieke ondernemer kunnen worden uitgevoerd.

Volgens de Commissie kunnen deze afwijkingen ook worden toegepast bij opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen. Aanbestedende diensten mogen dergelijke opdrachten dus zonder voorafgaande bekendmaking plaatsen, mits wordt voldaan aan de in de richtlijnen genoemde voorwaarden voor een van de afwijkingen."

139 Het Gerecht is allereerst van mening dat, anders dan de Bondsrepubliek Duitsland betoogt, punt 2.1.4. van de mededeling de mogelijkheid van andere afwijkingen van de verplichting tot voorafgaande bekendmaking geenszins uitsluit. Zoals overigens in de punten 1.1. en 1.2. van de mededeling wordt gezegd, zijn de lidstaten en hun aanbestedende diensten immers verplicht de regels en beginselen van het EG-Verdrag in acht te nemen. Voor zover die regels en beginselen uitzonderingen op de verplichting tot voorafgaande bekendmaking inhouden, kunnen de lidstaten of de aanbestedende diensten die onder de mededeling vallende opdrachten plaatsen, zich dus van rechtswege op die uitzonderingen beroepen.

140 In dit verband dient er met name op te worden gewezen dat de beginselen van het EG-Verdrag niet worden aangetast wanneer de lidstaat of de aanbestedende dienst zich kan beroepen op een bepaling van het EG-Verdrag die de toepassing van het primaire recht algemeen uitsluit, zoals artikel 86, lid 2, EG of de artikelen 296 EG of 297 EG, of wanneer een in dat verdrag uitdrukkelijk genoemde rechtvaardigingsgrond van toepassing is (bijvoorbeeld de openbare orde en de gezondheid op grond van de artikelen 46 EG en 55 EG en het openbaar gezag op grond van de artikelen 45 EG en 55 EG) of wanneer de voorwaarden voor een in de rechtspraak erkende rechtvaardigingsgrond zijn vervuld (zie, voor een dwingende reden van algemeen belang, arrest Hof 27 oktober 2005, Commissie/Spanje, C-158/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg is in die gevallen de uit de beginselen van dat verdrag voortvloeiende bekendmakingsplicht die in de mededeling wordt genoemd, niet van toepassing op het plaatsen van een overheidsopdracht.

141 Verder dient te worden beklemtoond dat punt 2.1.4. van de mededeling alleen tot doel heeft, de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden zich op de in richtlijnen inzake overheidsopdrachten vervatte afwijkingen van de bekendmakingsplicht te beroepen met inachtneming van de voorwaarden welke die richtlijnen daartoe stellen, ook al zijn die richtlijnen niet van toepassing op de onder de mededeling

vallende overheidsopdrachten. Zoals in de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest van het Hof van 27 oktober 2005, Commissie/Italië (C-525/03, Jurispr. blz. I-9405, I-9407, punten 46-49), is opgemerkt, kan geen bekendmaking meer worden verlangd indien uitdrukkelijk is voorzien in afwijking van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten en aan de voorwaarden voor afwijking is voldaan en een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving dus gerechtvaardigd is. Wanneer de richtlijnen uitdrukkelijk in een afwijking voorzien, kunnen de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen dus geen bekendmakingsvereiste meer opleggen, aangezien deze afwijking anders zinloos zou worden (zie in die zin ook de conclusie van advocaat-generaal Stix Hackl bij het arrest Coname, aangehaald in punt 36 hierboven, Jurispr. blz. I-7289, punt 93).

142 Hieruit volgt dat punt 2.1.4. van de mededeling, verre van de lidstaten nieuwe verplichtingen op te leggen, veeleer gunstig is voor de lidstaten omdat het hun de mogelijkheid biedt om, ingeval de voorwaarden voor de toepassing ervan zijn vervuld, de verplichting tot voorafgaande bekendmaking naast zich neer te leggen.

143 Wat het argument betreft dat de Bondsrepubliek Duitsland ontleent aan het arrest SECAP, aangehaald in punt 42 hierboven (zie punt 135 hierboven), dit berust op een onjuiste premisse, aangezien punt 2.1.4. van de mededeling andere afwijkingsmogelijkheden niet uitsluit.

4. *De vierde grief, betreffende de niet-nakomingsprocedure (punt 1.3. van de mededeling)*

a) Argumenten van partijen

144 De Bondsrepubliek Duitsland, ondersteund door de interveniërende partijen, betoogt ten slotte dat de aankondiging door de Commissie in punt 1.3. van de mededeling dat

zij ingeval van niet-inachtneming van de voorgeschreven procedure een niet-nakomingsprocedure zal instellen, aantoont deze tekst verplichtingen beoogt op te leggen aan de lidstaten. Dit wordt haars inziens bevestigd door niet-nakomingsprocedure nr. 2005/4043, die tegen de Bondsrepubliek Duitsland is ingesteld met betrekking tot het plaatsen van een niet vooraf bekendgemaakte II B-opdracht: in die procedure zou de mededeling als aanvullende rechtsgrondslag zijn genoemd. Bovendien zou de Commissie reeds tegen enkele lidstaten niet-nakomingsprocedures hebben gevoerd om de beginselen te doen toepassen die thans in de mededeling zijn geformuleerd voor de opdrachten die niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen. De Bondsrepubliek Duitsland noemt in dit verband de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, en Commissie/Ierland, aangehaald in punt 57 hierboven. Bijgevolg zou uit punt 1.3. van de mededeling in samenhang met de niet-nakomingsprocedure voortvloeien dat de mededeling rechtsgevolgen sorteert.

145 Bovendien zijn de in punt 1.3. van de mededeling geformuleerde overwegingen volgens de Bondsrepubliek Duitsland niet louter informatief, maar gaat het om gedragsregels en sorteren zij dus rechtsgevolgen. Dit zou zijn erkend door de Commissie, volgens welke de mededeling een gedragslijn vaststelt. Uit de aankondiging door de Commissie dat zij van plan is haar praktijk inzake niet-nakomingsprocedures op de mededeling te baseren, zou dus voortvloeien dat de mededeling dwingende werking heeft.

146 Verder stelt het Parlement met betrekking tot punt 1.3. van de mededeling dat de Commissie niet alleen de auteur van de mededeling is, maar tegelijkertijd het centrale uitvoeringsorgaan van de Gemeenschap en de hoedster van de verdragen. De aanbestedende diensten van de lidstaten zouden zich dus aan de inhoud van de mededeling dienen te houden om te voorkomen dat een beroep wegens niet-nakoming wordt ingesteld, waarvoor de Commissie zich zou baseren op de regels die zij in haar eigen mededeling heeft gegeven.

147 De Republiek Polen voegt daaraan toe dat te verwachten valt dat de in de mededeling gegeven richtsnoeren door de auditeurs van de Commissie als toetssteen worden gebruikt bij de controle van de procedures van plaatsing van overheidsopdrachten

die door de Europese Unie worden medegefinancierd en structurele maatregelen omvatten. Ingeval blijkt dat de procedures niet overeenkomstig de in de mededeling gegeven richtsnoeren zijn gevoerd, zouden de auditeurs geneigd kunnen zijn, de kwalificatie uit communautaire middelen te vergoeden kosten te weigeren. Op die manier zouden de in de mededeling geformuleerde aanbevelingen ondanks de verklaring in de inleiding „als recht" worden toegepast. Gelet op het belang van de financiële steun uit de begroting van de Europese Unie in Polen, zou deze houding van de auditeurs een voldoende grond zijn om de aanbevelingen als dwingend te beschouwen.

148 Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland, volgens welke punt 1.3. van de mededeling rechtsgevolgen sorteert, betoogt de Commissie dat de mogelijke weerslag van de mededeling op het beleid van de Commissie inzake niet-nakoming geen rechtsgevolgen sorteert jegens derden, maar slechts gevolgen heeft voor de Commissie zelf. De Commissie is immers niet bevoegd om bij wege van haar beleid inzake niet-nakomingsprocedures de op de lidstaten rustende verplichtingen vast te stellen. Pas in de voor het Hof verlopende fase van een niet-nakomingsprocedure wordt de omvang van de rechten en verplichtingen van de lidstaten juridisch dwingend vastgesteld.

b) Beoordeling door het Gerecht

149 De laatste alinea van punt 1.3. van de mededeling luidt als volgt:

„Wanneer de Commissie kennis krijgt van een mogelijke schending van de basisnormen voor het plaatsen van overheidsopdrachten die niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zal zij de relevantie van de opdracht voor de interne markt in het licht van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie

beoordelen. Er zal alleen een inbreukprocedure krachtens artikel 226 van het EG-Verdrag worden ingesteld, wanneer dit met het oog op de ernst van de inbreuk en de effecten ervan op de interne markt passend lijkt."

150 Dienaangaande zij erop gewezen dat de Commissie zeer wel op grond van artikel 226 EG een niet-nakomingsprocedure kan instellen tegen een lidstaat die bij het plaatsen van overheidsopdrachten de verplichtingen niet nakomt die krachtens de in het EG-Verdrag geformuleerde regels en beginselen op de aanbestedende diensten van de lidstaten rusten. Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, bewijst het feit alleen dat in punt 1.3. van de mededeling sprake is van de mogelijkheid om een dergelijke procedure in te stellen, dus niet dat die mededeling voor de lidstaten nieuwe verplichtingen bij het plaatsen van overheidsopdrachten creëert en dus een handeling is die verbindende rechtsgevolgen sorteert.

151 Dit punt van de mededeling wijst de lidstaat er weliswaar op dat hij een reëel risico loopt dat tegen hem een niet-nakomingsprocedure wordt ingesteld indien hij zijn in de mededeling in herinnering gebrachte uit het primaire gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen niet nakomt, doch dit is slechts een feitelijk gevolg en geen dwingend rechtsgevolg (zie in die zin arresten Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 19, en 1 december 2005, Italië/Commissie, C-301/03, Jurispr. blz. I-10217, punt 30).

152 Het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland faalt des te meer daar de inleiding van een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG geen handeling is een dwingend of verbindend rechtsgevolg sorteert. Het gedeelte van deze procedure dat voorafgaat aan het aanzoeken van Hof, is een precontentieuze fase die ten doel heeft de lidstaat uit te nodigen om zijn verplichtingen na te komen, waarbij de Commissie het daartoe strekkende advies pas uitbrengt na de lidstaat in de gelegenheid te hebben gesteld zijn opmerkingen in te dienen. Volgens de rechtspraak van het Hof omvat deze

precontentieuze fase geen enkele verbindende handeling van de Commissie (arrest Hof van 1 maart 1966, Lütticke e.a./Commissie, 48/65, Jurispr. blz. 28, op blz. 39).

153 Bovendien kunnen volgens het stelsel van de artikelen 226 EG tot en met 228 EG slechts in een arrest van het Hof de rechten en verplichtingen van de lidstaten worden vastgesteld en hun gedragingen worden beoordeeld (zie in die zin arresten Hof 27 mai1981, Essevi en Salengo, 142/80 en 143/80, Jurispr. blz. 1413, punten 15 en 16, en 29 september 1998, Commissie/Duitsland, C-191/95, Jurispr. blz. I-5449, punt 45). Hieruit volgt dat, anders dan de Bondsrepubliek Duitsland betoogt, alleen een arrest van het Hof ter zake dwingende gevolgen kan sorteren

154 Bijgevolg moet afwijzend worden beslist op het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland en van de interveniërende partijen dat de inleiding van een niet-nakomingsprocedure in geval van niet-inachtneming van de in de mededeling besloten liggende procedure een dwingend effect sorteert.

155 Deze slotsom wordt niet op losse schroeven gezet door het argument dat de Bondsrepubliek Duitsland ontleent aan punt 6 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 28 hierboven (Jurispr. blz. I-3292), waarin zou worden gepleit voor de uitdrukkelijke erkenning dat dreiging met het inleiden van een niet-nakomingsprocedure dwingende rechtsgevolgen sorteert.

156 Anders dan in het onderhavige geval had de Commissie in de loop van de procedure die tot het arrest van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 28 hierboven, heeft geleid, de verbindende kracht van de betrokken handeling nooit in twijfel getrokken. Vanuit dit uitgangspunt heeft advocaat-generaal Tesauro in de inleiding van een niet-nakomingsprocedure een bijkomend argument gezien om het Hof in overweging te geven, het beroep niet ambtshalve niet-ontvankelijk te verklaren,

maar de inhoud ervan te onderzoeken (conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 28 hierboven, punt 6). Bovendien zij erop gewezen dat het Hof in dat arrest deze redenering, waarop het argument van de Bondsrepubliek Duitsland is gebaseerd, niet heeft overgenomen.

157 Gelet op de in de punten 150 tot en met 153 hierboven gedane vaststellingen moet het argument van de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Polen dat de Commissie zich door middel van de mededeling zelf beperkingen heeft opgelegd, eveneens worden afgewezen omdat het, op zijn minst, onwerkzaam is. Bovendien blijkt uit de bewoordingen van punt 3.1. van de mededeling dat de Commissie niet van plan is, een niet-nakomingsprocedure in te leiden in alle gevallen waarin zij kennis krijgt van een verzuim, maar daarvoor rekening zal houden met de individuele omstandigheden van het concrete geval en daarbij vooral twee criteria zal hanteren, namelijk de ernst van de inbreuk en de effecten ervan op de interne markt.

158 Het argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat de Commissie naar de mededeling verwijst als naar een wetgevende handeling en reeds verschillende niet-nakomingsprocedures heeft gevoerd om de in de mededeling geformuleerde beginselen te doen toepassen, kan niet worden aanvaard.

159 Wat de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde niet-nakomingsprocedure nr. 2005/4043 betreft, is het inderdaad zo dat de Commissie in punt 7 van het met redenen omkleed advies naar de mededeling verwijst. Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, wordt de mededeling daar niet als rechtsgrondslag genoemd, maar aan het einde van dat punt vermeld als gewone verwijzing tussen aanhalingstekens. Het dispositief van het met redenen omkleed advies is gebaseerd op de artikelen 43 EG en 49 EG alsmede op het gelijkheidsbeginsel, het discriminatieverbod en het transparantiebeginsel.

160 Hetzelfde geldt voor de twee door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde zaken die hebben geleid tot het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, en het arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, aangehaald in punt 57 hierboven. In dit verband zij erop gewezen dat het Hof in de zaak die tot het arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, heeft geleid, het beroep van de Commissie niet-ontvankelijk had verklaard op grond dat de Commissie, door het beroep te baseren op een aantal fundamentele regels van het EG-Verdrag en inzonderheid op het discriminatieverbod, dat de verplichting tot transparantie inhoudt, het Hof niet voldoende gegevens had verstrekt om de omvang van de aan de lidstaat verweten schending van het gemeenschapsrecht precies te kunnen begrijpen (arrest Commissie/Finland, aangehaald in punt 39 hierboven, punt 32). Met betrekking tot de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, aangehaald in punt 57 hierboven, dient te worden vastgesteld dat uit dit arrest voortvloeit dat een bekendmaking ex post geen adequate openbaarmaking garandeert, en dat dit arrest het bestaan van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking bevestigt, wat de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting heeft toegegeven.

161 Met betrekking tot het argument van de Republiek Polen dat de mededeling tot gevolg heeft dat aan de lidstaten kenbaar wordt gemaakt dat zij het risico lopen dat bepaalde uitgaven niet voor communautaire financiering in aanmerking zullen komen, dient te worden vastgesteld dat ook dit slechts een feitelijk gevolg is en geen dwingend rechtsgevolg van die mededeling (zie punt 151 hierboven).

162 Uit een en ander volgt dat de mededeling geen nieuwe regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten toevoegt aan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. In die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat de mededeling verbindende rechtsgevolgen sorteert die de rechtspositie van de Bondsrepubliek Duitsland en de interveniërende partijen kunnen aantasten, en moet het beroep dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

**Kosten**

163 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten van deze laatste.

164 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. In het onderhavige geval zullen de partijen die zijn tussengekomen aan de zijde van de Bondsrepubliek Duitsland, hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.**

2) **De Bondsrepubliek Duitsland zal haar eigen kosten alsmede de kosten van de Europese Commissie dragen.**

3) **De Franse Republiek, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, het Koninkrijk der Nederlanden, het Europees Parlement, de Helleense Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zullen hun eigen kosten dragen.**

Vilaras Prek Ciucă

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 mei 2010.

ondertekeningen

# Inhoud

Feiten van het geding ..... II - 2036

Procesverloop ..... II - 2039

Conclusies van de partijen ..... II - 2041

Ontvankelijkheid ..... II - 2042

A — Voorafgaande opmerkingen ..... II - 2042

B — De inhoud van de mededeling ..... II - 2045

1. De eerste grief, betreffende het bestaan van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking (punt 2.1.1. van de mededeling) ..... II - 2046

a) Argumenten van partijen ..... II - 2046

Bondsrepubliek Duitsland ..... II - 2046

Interveniërende partijen ..... II - 2050

Commissie ..... II - 2055

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 2056

2. De tweede grief, betreffende de specificatie van de verplichtingen tot bekendmaking (punt 2.2. van de mededeling) ..... II - 2069

a) Argumenten van partijen ..... II - 2069

Bondsrepubliek Duitsland ..... II - 2069

Interveniërende partijen ..... II - 2071

Commissie ..... II - 2072

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 2072

Voorafgaande opmerkingen ..... II - 2075

Punt 2.2.1. van de mededeling ..... II - 2076

— Het eerste streepje van punt 2.2.1. van de mededeling ..... II - 2076

— Het tweede streepje van punt 2.2.1. van de mededeling..... II - 2077

— Het derde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling..... II - 2078

— Het vierde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling..... II - 2079

— Het vijfde streepje van punt 2.2.1. van de mededeling..... II - 2080

Punt 2.2.2. van de mededeling..... II - 2081

Punt 2.2.3. van de mededeling..... II - 2083

3. De derde grief, betreffende de afwijkingen van de voorafgaande bekendmaking (punt 2.1.4. van de mededeling)..... II - 2084

a) Argumenten van partijen..... II - 2084

b) Beoordeling door het Gerecht..... II - 2086

4. De vierde grief, betreffende de niet-nakomingsprocedure (punt 1.3. van de mededeling)..... II - 2088

a) Argumenten van partijen..... II - 2088

b) Beoordeling door het Gerecht..... II - 2090

Kosten..... II - 2095