TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 20 maj 2010 *

I mål T-258/06,

**Förbundsrepubliken Tyskland,** företrädd av M. Lumma och C. Schulze-Bahr, båda i egenskap av ombud,

sökande,

med stöd av

**Republiken Frankrike,** inledningsvis företrädd av G. de Bergues, därefter av G. de Bergues och J.-C. Gracia, och slutligen av G. de Bergues och J.-S. Pilczer, samtliga i egenskap av ombud,

**Republiken Österrike,** företrädd av M. Fruhmann, C. Pesendorfer och C. Mayr, samtliga i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: tyska.

**Republiken Polen,** inledningsvis företrädd av E. Ośniecka-Tamecka, därefter av T. Nowakowski, därefter av M. Dowgielewicz, därefter av M. Dowgielewicz, K. Rokicka och K. Zawisza, och slutligen av M. Szpunar, samtliga i egenskap av ombud,

**Konungariket Nederländerna,** inledningsvis företrätt av H. Sevenster, därefter av C. Wissels och M. de Grave, och slutligen av C. Wissels, M. de Grave och Y. de Vries, samtliga i egenskap av ombud,

**Europaparlamentet,** företrätt av U. Rösslein och J. Rodrigues, båda i egenskap av ombud,

**Republiken Grekland,** företrädd av D. Tsagkaraki och M. Tassopoulou, båda i egenskap av ombud,

och av

**Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland,** inledningsvis företrätt av Z. Bryanston-Cross, därefter av L. Seeboruth, båda i egenskap av ombud,

intervenienter,

**mot**

**Europeiska kommissionen,** företrädd av X. Lewis och B. Schima, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179, 2006, s. 2),

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna M. Prek och V.M. Ciucă (referent),

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 april 2009,

följande

**Dom**

**Bakgrund till tvisten**

1 Den 23 juni 2006 antog Europeiska gemenskapernas kommission ett tolkningsmeddelande om ”gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt

som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling ”(nedan kallat meddelandet). I fråga om tilldelning av offentliga kontrakt hade Europeiska gemenskapen nämligen, år 2004, antagit Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s. 1) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114). Genom direktiven fastställs tillämpningsbestämmelser för konkurrensutsatta anbudsförfaranden (tillsammans nedan kallade direktiven om offentlig upphandling).

2 Det förekommer emellertid vissa kontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av dessa direktiv. Av meddelandets lydelse framgår att meddelandet avser kontrakt för belopp under de tröskelvärden som gäller för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling samt kontrakt som anges i bilaga II b till direktiv 2004/18 och bilaga XVII b till direktiv 2004/17 vars belopp överskrider tröskelvärdena för direktiven om offentlig upphandling (nedan kallade II b-kontrakt).

3 Det erinras dessutom i meddelandet om att det av domstolens praxis framgår att reglerna om den inre marknaden också ska tillämpas på kontrakt som inte omfattas av direktiven om offentlig upphandling. I meddelandet belyser kommissionen sin syn på domstolens praxis och föreslår lämpliga metoder som kan underlätta för medlemsstaterna att fullt ut utnyttja den inre marknadens fördelar. Det preciseras däri att meddelandet inte innebär att några nya regler fastställs.

4 I meddelandet erinras om de grundläggande principer som gäller vid tilldelning av offentliga kontrakt och som är direkt grundade på reglerna i EG-fördraget, såsom de har tolkats av domstolen.

5 I meddelandet görs således åtskillnad mellan offentlig upphandling som inte är relevant för den inre marknaden, på vilken de principer som grundas på EG-fördraget

inte ska tillämpas, och kontrakt som i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion, vilka ska följa dessa principer. Det är de upphandlande enheterna som i det enskilda fallet ska bedöma huruvida varje upphandling är relevant med avseende på den inre marknaden. Om det av myndighetens prövning framgår att upphandlingen är av betydelse för den inre marknaden, ska myndigheten tilldela kontraktet i enlighet med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten.

6 I punkt 2 i meddelandet behandlas de grundläggande principerna för tilldelning av kontrakt som är av betydelse för den inre marknaden. Kommissionen hänvisar där till en skyldighet att lämna insyn, såsom den följer av domstolens praxis, som innebär att det ska garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens. Kommissionen har av denna princip, i punkt 2.1.1 i meddelandet, slutit sig till att de krav som domstolen fastställt i sin praxis bara kan uppfyllas genom att det sker ett tillräckligt lättillgängligt offentliggörande innan kontraktet tilldelas. I punkt 2.1.2 i meddelandet föreslås dessutom ett visst antal konkreta former för offentliggörande som anses lämpliga och ofta används. Kommissionen hänvisar i detta hänseende till Internet, nationella officiella tidningar och nationella tidningar som specialiserar sig på annonser om offentlig upphandling, dagstidningar med nationell eller regional täckning och facktidskrifter, lokala former för offentliggörande och till *Europeiska unionens officiella tidning*/ TED (disponibel via Internet genom databasen för offentlig upphandling i Europa TED (Tenders Electronic Daily)).

7 Det preciseras i punkt 2.2 i meddelandet att offentliga kontrakt ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna och principerna i EG-fördraget, däribland principerna om icke-diskriminering och öppenhet. Att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden öppnas för konkurrens och att det går att kontrollera att förfarandena är opartiska uppnås bäst genom iakttagande av icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen, deltagande på lika villkor för ekonomiska aktörer från alla medlemsstater, ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer, lämpliga tidsfrister samt ett öppet och objektivt tillvägagångssätt.

8 Slutligen framhålls i punkt 2.1 i meddelandet vikten av ett rättsligt skydd genom vilket det kontrolleras att förfarandena är opartiska.

## Förfarandet

9 Förbundsrepubliken Tyskland har väckt denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 12 september 2006.

10 Den 19 december 2006 inkom Republiken Frankrike med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tillät interventionen genom beslut av den 9 mars 2007. Republiken Frankrike inkom med sin interventionsinlaga den 14 juni 2007.

11 Den 5 januari 2007 inkom Republiken Österrike med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tillät interventionen genom beslut av den 9 mars 2007. Republiken Österrike inkom med sin interventionsinlaga den 14 juni 2007.

12 Den 10 januari 2007 inkom Republiken Polen med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tillät interventionen genom beslut av den 9 mars 2007. Republiken Polen inkom med sin interventionsinlaga den 12 juni 2007.

13 Den 18 januari 2007 inkom Konungariket Nederländerna med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tillät interventionen genom beslut av den 9 mars 2007. Konungariket Nederländerna inkom med sin interventionsinlaga den 13 juni 2007.

14 Den 22 januari 2007 inkom Europaparlamentet med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på

förstainstansrättens första avdelning tillät interventionen genom beslut av den 9 mars 2007. Europaparlamentet inkom med sin interventionsinlaga den 13 juni 2007.

15 Den 27 mars 2007 inkom Republiken Grekland med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning meddelade ett beslut den 14 maj 2007 genom vilket interventionen tilläts, varvid Republiken Grekland skulle få yttra sig muntligen vid förhandlingen, i enlighet med artikel 116.6 i tribunalens rättegångsregler.

16 Den 13 augusti 2007 inkom Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland med en ansökan om att få intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning meddelade ett beslut den 8 oktober 2007 genom vilket interventionen tilläts, varvid Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland skulle få yttra sig muntligen vid förhandlingen, i enlighet med artikel 116.6 i rättegångsreglerna.

17 Kommissionen yttrade sig över Republiken Frankrikes, Republiken Österrikes, Republiken Polens, Förenade kungarikets och parlamentets interventionsinlagor den 18 september 2007. Förbundsrepubliken Tyskland har inte yttrat sig över interventionsinlagorna.

18 På grund av ändringen i sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar från och med den 25 september 2007 förordnades referenten att tjänstgöra på femte avdelningen. Förevarande mål tilldelades följaktligen denna avdelning.

19 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 29 april 2009. Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland närvarade inte vid förhandlingen.

**Parternas yrkanden**

20 Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara meddelandet, och

— förplikta Europeiska kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

21 Republiken Frankrike, Republiken Österrike och Konungariket Nederländerna har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara meddelandet, och

— förplikta Europeiska kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

22 Parlamentet och Republiken Polen har yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara meddelandet.

23 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— avvisa talan, och

— förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

**Upptagande till sakprövning**

A — *Inledande synpunkter*

24 Kommissionen har, utan att framställa någon formell invändning om rättegångshinder, bestritt att talan kan tas upp till sakprövning, med motiveringen att meddelandet inte utgör en rättsakt som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. Meddelandet är ett tolkningsmeddelande, det vill säga en handling som genom sin form hör till kategorin rekommendationer och yttranden. Enligt EG-fördraget är dessa handlingar inte bindande. Valet av denna rättsliga form medför följaktligen att handlingen inte är avsedd att ha rättsverkningar. Kommissionen har tillagt att ändamålet med ett tolkningsmeddelande normalt är att förtydliga vilka rättigheter och skyldigheter som följer av gemenskapsbestämmelserna, i förekommande fall med hänsyn till domstolens praxis. Av detta följer att ett tolkningsmeddelande till sin art följaktligen inte är en rättsakt som är ägnad att ha bindande rättsverkningar för tredje man och som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. Kommissionen har även hävdat att det

följer av meddelandets lydelse att den inte hade för avsikt att fastställa regler som är rättsligt bindande. Meddelandets formulering visar tvärtom att institutionen genom handlingen antingen återgav domstolens praxis eller genom icke bindande rekommendationer förklarade vilka slutsatser den själv hade dragit av nämnda rättspraxis.

25 Det bör erinras om att enligt fast rättspraxis kan talan om ogiltigförklaring väckas mot samtliga åtgärder vidtagna av institutionerna, oavsett åtgärdernas art eller form, som är avsedda att ha bindande rättsverkningar (se domstolens dom av den 20 mars 1997 i mål C-57/95, Frankrike mot kommissionen, REG 1997, s. I-1627, punkt 7 och där angiven rättspraxis).

26 Det rör sig i förevarande fall om ett meddelande som har antagits av kommissionen och som i sin helhet har offentliggjorts i serie C i *Europeiska unionens officiella tidning*. Såsom framgår av handlingarna i målet är syftet med meddelandet att tillkännage kommissionens allmänna synsätt vad beträffar tillämpningen av samtliga grundläggande principer som gäller vid tilldelning av offentliga kontrakt och som är direkt grundade på EG-fördragets bestämmelser och principer, däribland principerna om icke-diskriminering och öppenhet, på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.

27 För att kunna bedöma huruvida syftet med meddelandet är att skapa nya rättsverkningar jämfört med dem som följer av en tillämpning av de grundläggande principerna i EG-fördraget, ska följaktligen meddelandets innehåll undersökas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 9 oktober 1990 i mål C-366/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1990, s. I-3571, punkt 11, av den 13 november 1991 i mål C-303/90, Frankrike mot kommissionen, REG 1991, s. I-5315, punkt 10, och av den 20 mars 1997 i det ovan i punkt 25 nämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 9).

28 Det ska följaktligen bedömas om meddelandet endast utgör ett förtydligande av de bestämmelser om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet, frihet att tillhandahålla tjänster, de principer om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet samt de regler om öppenhet och ömsesidigt erkännande som är tillämpliga på kontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, eller om det genom meddelandet införs särskilda eller nya skyldigheter jämfört med dessa bestämmelser, principer och regler (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 juni 1993 i mål C-325/91, Frankrike mot kommissionen, REG 1993, s. I-3283, punkt 14, svensk specialutgåva, tillägg, s. 87, och av den 20 mars 1997 i det ovan i punkt 25 nämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 13).

29 Den omständigheten att ett tolkningsmeddelande inte framstår som en rättsakt som är avsedd att ha rättsverkningar, vare sig genom sin form, sin art eller sin lydelse, är följaktligen inte i sig tillräcklig för att dra slutsatsen att meddelandet inte har bindande rättsverkningar.

30 Förbundsrepubliken Tyskland har visserligen tillstått att det förekommer att meddelanden från kommissionen som inte är tvingande offentliggörs. Denna stat anser emellertid att offentliggörandet av meddelandet i förevarande fall är en omständighet som det inte kan bortses från vid bedömningen av meddelandets rättsverkningar. Offentliggörandet är nämligen ett nödvändigt villkor för att det ska uppkomma en rättsregel och meddelandet är utformat för att kunna ha en extern verkan, såsom en rättsregel.

31 Om det härvid vid prövningen av meddelandets innehåll framkommer att det genom meddelandet införs särskilda eller nya skyldigheter, såsom angetts ovan, ska talan tas upp till sakprövning utan att det behöver undersökas huruvida meddelandet har offentliggjorts. Om det däremot inte föreligger sådana skyldigheter, är meddelandets offentliggörande i sig inte tillräckligt för att dra slutsatsen att meddelandet är en rättsakt som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring.

B — *Meddelandets innehåll*

32 Förbundsrepubliken Tyskland har genom sin talan, med stöd av intervenienterna, gjort gällande att meddelandet är en bindande rättsakt. Meddelandet innehåller nämligen nya regler om tilldelning av offentliga kontrakt som går längre än de skyldigheter som följer av gällande gemenskapsrätt och som har rättsverkningar för medlemsstaterna. Kommissionen är följaktligen inte behörig att anta sådana regler.

33 I detta hänseende har Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna för det första hävdat att det genom meddelandet, särskilt i punkt 2.1, i fråga om offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena för direktiven om offentlig upphandling och i fråga om II b-kontrakt, införs en skyldighet till föregående offentliggörande (*ex ante)* som inte avses med de grundläggande principerna i EG-fördraget, såsom de har tolkats av domstolen. Förbundsrepubliken Tyskland har för det andra anfört att skyldigheterna enligt punkt 2.2 i meddelandet går klart längre än vad som följer av domstolens tolkning av de grundläggande principerna i EG-fördraget. För det tredje har Förbundsrepubliken Tyskland åberopat att de undantag som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling för förhandlade förfaranden även kan tillämpas på kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, såsom det anges i punkt 2.1.4 i meddelandet. Förbundsrepubliken Tyskland har slutligen anfört att rättsverkningar följer av punkt 1.3 i meddelandet, i vilken det föreskrivs att ett överträdelseförfarande enligt artikel 226 EG kommer att inledas för det fall att meddelandet inte följs. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna leder samtliga omständigheter till slutsatsen att meddelandet är avsett att ha rättsverkningar.

1. *Den första anmärkningen: Huruvida det föreligger en skyldighet till föregående offentliggörande (punkt 2.1.1 i meddelandet)*

a) Parternas argument

Förbundsrepubliken Tyskland

34 Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat att det i meddelandet, särskilt i punkt 2.1.1, föreskrivs en principiell skyldighet för medlemsstaterna att se till att alla planerade upphandlingar blir föremål för föregående offentliggörande, alltså även offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena för direktiven om offentlig upphandling och II b-kontrakt. Man kan emellertid inte av domstolens praxis, som det hänvisas till i meddelandet, sluta sig till att det föreligger en skyldighet till föregående offentliggörande, och följaktligen en skyldighet att lämna insyn på förhand. En sådan skyldighet följer därför inte av de grundläggande principerna i EG-fördraget eller av domstolens tolkning av dem.

35 I detta avseende har Förbundsrepubliken Tyskland i sin muntliga framställning tillagt att, trots att det i vissa av domstolens domar som meddelats efter det att meddelandet antagits har fastställts att det föreligger en skyldighet till föregående offentliggörande, denna utveckling i rättspraxis inte kan grunda en sådan skyldighet retroaktivt.

36 Enligt Förbundsrepubliken Tyskland är den praxis från domstolen som det hänvisas till i meddelandet, däribland dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745) (nedan kallad domen i målet

Telaustria), av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), och av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), endast tillämplig på tjänstekoncessioner, ett område som inte omfattas av meddelandets tillämpningsområde.

37 Tjänstekoncessioner skiljer sig dessutom från offentliga kontrakt vars värde understiger ovannämnda tröskelvärden, genom deras ekonomiska betydelse som i allmänhet överstiger de europeiska tröskelvärdena. Tjänstekoncessionerna är således jämförliga med de kontrakt på vilka direktiven om offentlig upphandling tillämpas. Även om skyldigheten att lämna insyn kan vara lämplig med avseende på tjänstekoncessioner, är det följaktligen så att detsamma inte gäller beträffande de kontrakt som avses med meddelandet. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland är det således omöjligt att direkt överföra de slutsatser som dragits i rättspraxis om tjänstekoncessioner på de kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena.

38 Förbundsrepubliken Tyskland har även gjort gällande att de två andra avgörandena som omnämns i meddelandet, vilka avser kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena (domstolens beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505, och domstolens dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s. I-8831), inte heller kan grunda en skyldighet till föregående offentliggörande. Domstolen uttalade sig inte i något av avgörandena om någon skyldighet att lämna insyn, utan förklarade endast att icke-diskrimineringsprincipen var tillämplig i det aktuella fallet (beslutet i det ovannämnda målet Vestergaard, punkterna 20 och 24, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 32 och 33). Skyldigheten att lämna insyn på förhand har följaktligen inte överförts på de kontrakt som avses med meddelandet.

39 Förbundsrepubliken Tyskland är under alla omständigheter av den uppfattningen att de offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena i allmänhet har en mycket ringa ekonomisk betydelse och att de följaktligen inte utgör en kränkning av de grundläggande friheterna i fråga, eftersom kontraktens verkningar på dessa friheter snarare är slumpmässiga och indirekta (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 20). Påståendet vinner stöd av det förslag till avgörande som

generaladvokaten Sharpston föredrog inför domstolens dom av den 26 april 2007 i mål C-195/04, kommissionen mot Finland, REG 2007, s. I-3351, I-3353, punkterna 83 och 85).

40 Meddelandet går dessutom längre än gällande rätt i fråga om II b-kontrakt. Dessa kontrakt är nämligen i allmänhet av lokal beskaffenhet och har en begränsad potential för gränsöverskridande kontrakt, vilket förklarar varför gemenskapslagstiftaren endast har låtit dem omfattas av en skyldighet att lämna insyn i efterhand (*ex post*), och inte på förhand, vilket för närvarande gäller enligt meddelandet.

41 Förbundsrepubliken Tyskland anser även att skyldigheten till föregående offentliggörande, innan kontrakten tilldelas, endast kan anses vara välbetänkt och effektiv om den iakttas inom ramen för ett förfarande som tjänar syftet att öppna marknaderna. Så är emellertid inte fallet när det inte eller endast i mycket liten utsträckning förekommer utländska anbudsgivare som kan ha ett potentiellt intresse av marknaderna i fråga, såsom de marknader på vilka meddelandet är tillämpligt. I detta hänseende har domstolen, i domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, erinrat om att det finns marknader beträffande vilka verkningarna på de grundläggande friheter i EG-fördraget som berörs är alltför slumpmässiga och indirekta för att man ska kunna fastställa att dessa friheter har åsidosatts. Det framgår av punkt 1.3 i meddelandet att kommissionen är medveten om att vissa marknader har en ringa ekonomisk betydelse som medför att de knappast är attraktiva för utländska företag, vilket motiverar att det inte föreligger någon skyldighet till föregående offentliggörande i dessa fall.

42 Genom att införa tröskelvärden för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling har gemenskapslagstiftaren uttryckligen fastställt att det under dessa värden i princip får antas att verkningarna på den inre marknaden snarare är ”slumpartade eller indirekta” och att något intresse för de utländska anbudsgivarna således inte föreligger. Kommissionen måste respektera lagstiftarens bedömning. Förbundsrepubliken Tyskland har understrukit att generaladvokaten Sharpston delade denna uppfattning i det förslag till avgörande som hon föredrog inför domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, punkterna 85 och 96. Förbundsrepubliken Tyskland anser dessutom att det inte rimligen kan krävas av de upphandlande myndigheterna att de i varje enskilt fall undersöker vilken betydelse ett

offentligt kontrakt har för den inre marknaden, såsom föreskrivs i punkt 1.3 i meddelandet. Dessa myndigheter bör däremot snabbt kunna fastställa vilka skyldigheter att lämna insyn som åligger dem. Förbundsrepubliken Tyskland har vid förhandlingen tillagt att det konkreta och individuella tillvägagångssätt som anges i punkt 1.3 i meddelandet strider mot bland annat domstolens dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP (REG 2008, s. I-3565), i vilken domstolen tillät en abstrakt och allmän definition av den betydelse som ett offentligt kontrakt hade för den inre marknaden.

43 Det kan inte heller krävas av de upphandlande myndigheterna att de i varje enskilt fall undersöker om ett II b-kontrakt eller ett kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet är av betydelse för den inre marknaden. Rättssäkerhetsprincipen förutsätter nämligen att de nationella myndigheterna snabbt kan fastställa vilka skyldigheter till offentliggörande som gäller. Det är den principen som iakttas genom de fastställda tröskelvärdena och förteckningen över II b-kontrakt.

44 Förbundsrepubliken Tyskland är vidare av den uppfattningen att skyldigheten till föregående offentliggörande enligt meddelandet går längre än förbudet mot diskriminering i upphandlingsförfarandet (genom att exempelvis tyska anbudsgivare gynnas i förhållande till utländska anbudsgivare). Skyldigheten får till följd att de upphandlande myndigheterna åläggs att handla så att gränsöverskridande anbud tillåts och uppmuntras.

45 Det offentliggörande som i meddelandet anses vara nödvändigt liknar, enligt Förbundsrepubliken Tyskland, det som följer enligt bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling och det har visat sig vara långvarigt och kostsamt. Med hänvisning till det förslag till avgörande som generaladvokaten Sharpston föredrog inför domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, är Förbundsrepubliken Tyskland således av den uppfattningen att det tillkommer medlemsstaterna att fastställa hur principen om öppenhet ska iakttas. Av punkt 98 i generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande inför domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet

kommissionen mot Finland, punkt 39, framgår likaledes att frågan vad som utgör en tillräcklig grad av offentlighet beträffande kontrakt vars värde är lågt omfattas av den nationella rätten.

46 I detta avseende preciserade Förbundsrepubliken Tyskland vid förhandlingen att den bestred skyldigheten enligt första stycket i punkt 2.1.2 i meddelandet, enligt vilken de upphandlande enheterna ska välja det lämpligaste mediet för att säkerställa offentliggörandet av deras kontrakt. Genom att kommissionen hänför sig till varje upphandlande enhet, använder den sig av ett konkret och individuellt tillvägagångssätt, vilket inte följer av domstolens praxis. I detta hänseende har Förbundsrepubliken Tyskland tillagt att den inte ifrågasätter den upplysande förteckning över lämpliga former för offentliggörande som förekommer i punkt 2.1.2 i meddelandet.

47 Förbundsrepubliken Tyskland är således av den uppfattningen att de kontrakt som avses med meddelandet faktiskt inte omfattas av någon allmän skyldighet att lämna insyn som följer av gemenskapsrätten. Den skyldighet till föregående offentliggörande som följer av meddelandet går alltså betydligt längre än vad som följer av domstolens tolkning av de grundläggande principerna i EG-fördraget.

Intervenienterna

48 Det bör enligt Republiken Frankrike prövas om meddelandet endast utgör ett förtydligande av reglerna och principerna i EG-fördraget eller om det genom meddelandet införs nya skyldigheter jämfört med dessa regler och principer. Enligt Republiken Frankrikes mening utgör meddelandet ett tillägg till gällande rätt.

49 I detta hänseende har Republiken Frankrike särskilt gjort gällande att domstolen, i beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, inte har slagit fast någon allmän skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande i fråga om kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena. Beslutet rör nämligen tillämpningen av icke-diskrimineringsprincipen och inte principen om öppenhet. Domstolen bedömde, i punkt 20 i beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, att även om vissa kontrakt inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana kontrakt likväl skyldiga att iaktta de grundläggande reglerna i EG-fördraget. Domstolen drog därefter slutsatsen att det strider mot artikel 28 EG att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget till ett kontrakt för in en klausul enligt vilken produkter av ett visst märke ska användas vid fullgörandet av kontraktet utan att detta krav åtföljs av tillägget ”eller likvärdigt” (beslutet i det ovannämnda målet Vestergaard, punkt 24).

50 En sådan allmän skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande i fråga om kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena följer inte heller av domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike. Domstolen bedömde nämligen, i punkt 32 i domen, att även om vissa kontrakt inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana kontrakt likväl skyldiga att iaktta de grundläggande reglerna i EG-fördraget och i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Enligt domstolen var emellertid den enda följden av detta att den omtvistade franska bestämmelsen utgjorde ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster, i den mening som avses i artikel 49 EG, genom att förbehålla de franska juridiska personer som finns upptagna i en uttömmande förteckning uppdraget som byggherre på delegation (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 68).

51 Republiken Frankrike anser dessutom att domstolen, i domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria, hänförde sig till en skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande därför att det rörde sig om en koncession som motsvarade ett högt ekonomiskt värde. Denna slutsats bekräftas av domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, som *e contrario* avsåg koncessioner som hade en mycket ringa ekonomisk betydelse.

52 Republiken Frankrike har gjort gällande att även om det skulle anses att en skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande följer av domstolens praxis kan den i vart fall inte bestå i en skyldighet till föregående offentliggörande, såsom krävs enligt punkt 2.1.1 i meddelandet.

53 Republiken Frankrike har dessutom hävdat att det framgår av generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande inför domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, och av generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande inför domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria (REG 2000, s. I-10747), att skyldigheten att lämna insyn inte innebär en skyldighet till offentliggörande, såsom föreskrivs i punkt 2.1.2 i meddelandet.

54 Vad beträffar II b-kontrakt är Republiken Frankrike av den uppfattningen att rådets val att inte låta dem omfattas av en skyldighet till föregående offentliggörande förklaras i skälen 18 och 19 i direktiv 2004/18. Det framgår där att direktivet inte ska tillämpas fullt ut på II b-kontrakt. Det vill säga dessa kontrakt ska i synnerhet inte omfattas av någon skyldighet till föregående offentliggörande, utan vara föremål för en övervakning som ska göra det möjligt för de berörda parterna att få tillgång till alla relevanta upplysningar.

55 Republiken Frankrike anser således att rådet, i direktiv 2004/18, klart har avsett att låta II b-kontrakt, i fråga om offentliggörande, omfattas av en särskild och fullständig ordning med lättnader i upphandlingsförfarandet.

56 Även Republiken Österrike anser att meddelandet är en rättsakt som har rättsverkningar på grund av att det införs en allmän skyldighet till föregående offentliggörande som inte följer av vare sig EG-fördraget eller domstolens praxis.

57 Republiken Österrike har i detta hänseende som tillägg till Förbundsrepubliken Tysklands argumentering anfört att de förslag till avgörande som föredragits av generaladvokaterna Stix-Hackl och Sharpston inför domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777, I-9780), respektive

i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, visar att rättsläget är oklart och omtvistat såvitt avser tillämpningen av skyldigheten att lämna insyn på tilldelning av kontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling. Medan generaladvokaten Stix-Hackl kommer fram till slutsatsen att tilldelning av kontrakt avseende oprioriterade tjänster kräver att ett meddelande offentliggörs, åtminstone som huvudregel, anser generaladvokaten Sharpston för sin del att det inte föreligger någon allmän skyldighet att lämna insyn på förhand i fråga om kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena. Domstolen hade ännu inte avgjort de två målen vid tidpunkten då meddelandet antogs. När kommissionen i sitt meddelande slår fast en skyldighet till föregående offentliggörande för all tilldelning av kontrakt av detta slag (det vill säga för såväl oprioriterade tjänster som kontrakt vars värde är lågt) medför dess handlande följaktligen att det skapas nya rättsverkningar.

58 De skyldigheter som de upphandlande myndigheterna åläggs genom punkterna 1.3 och 2.1.2 i meddelandet är, såsom Republiken Österrike hävdade vid förhandlingen, oförenliga med domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP. I meddelandet beaktas nämligen inte den upphandlande enhetens kapacitet, en situation som förutses i punkt 32 i nämnda dom.

59 Republiken Österrike är också av den uppfattningen att graden av offentlighet som är tillräcklig för att tjänstemarknaden ska kunna öppnas för konkurrens samt kontrollen av att upphandlingsförfarandena är opartiska, såsom dessa krav följer av domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria, inte nödvändigtvis förutsätter ett föregående offentliggörande. Det framgår nämligen av de pågående arbetena med att ändra direktiven om prövning av offentlig upphandling (se dokumentet 2006/0066/COD och de däri införda förslagen till de nya artiklarna 2d–2f i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33) att ett effektivt rättsligt skydd i efterhand – utan föregående offentliggörande av kontraktet – också kan möjliggöra en effektiv kontroll av att ett upphandlingsförfarande är opartiskt.

60 Även om det inte råder en perfekt symmetri, i faktiskt eller rättsligt avseende, mellan rättsområdena för offentlig upphandling och statligt stöd, gör Republiken Österrike dessutom gällande den på det senare rättsområdet gällande *de minimis*-regeln, enligt vilken stöd som understiger vissa tröskelvärden inte märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater och inte snedvrider eller riskerar att snedvrida konkurrensen. Enligt Republiken Österrikes synsätt framstår det inte som orimligt, när de två typfallen jämförs, att utgå från principen att offentliga kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena inte är av sådan betydelse för den inre marknaden att den motiverar behovet av en skyldighet till föregående offentliggörande i syfte att öppna för konkurrensen. Det är nämligen så, att medan stöden direkt tillkommer företagen, är de tröskelvärden som gäller i fråga om offentlig upphandling knutna till värdet på kontraktet, varvid vinsten (som i detta hänseende kan jämföras med ett stöd) som företaget uppnår i detta fall endast utgör en ringa del av nämnda värde.

61 Republiken Österrike har slutligen grundat sig på skäl 19 i direktiv 2004/18, vilket, enligt denna stat, indirekt låter förstå att gemenskapslagstiftaren inte har ansett det vara nödvändigt att kontrakten avseende oprioriterade tjänster (II b-kontrakt) medför ett utnyttjande av alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Den enda förklaring som kan motivera skillnaden i behandling är att dessa kontrakt, på vilka direktivet inte är fullt tillämpligt, inte anses vara av sådan betydelse för den inre marknaden att det räcker för att motivera ett utnyttjande av alla möjligheter till att öka handeln över gränserna, vilket skulle innefatta en allmän skyldighet till föregående offentliggörande av meddelandena om upphandling.

62 Konungariket Nederländerna har gjort gällande att kommissionens tolkning av gemenskapsrätten går längre än rättspraxis. Kommissionen har nämligen infört fullständiga rättsregler genom vilka medlemsstaterna åläggs en skyldighet att lämna insyn på förhand beträffande samtliga offentliga kontrakt som avses med meddelandet, medan domstolen ännu inte har uttalat sig i denna fråga.

63 Konungariket Nederländerna har, med hänvisning till rättssäkerhetsprincipen, angett att denna stat också är av den uppfattningen att frågan huruvida det genom meddelandet införs nya skyldigheter ska prövas på grundval av den rättspraxis som var känd vid tidpunkten då meddelandet antogs. Av senare rättspraxis framgår emellertid att det är uppenbart att meddelandet går längre än utvecklingen i rättspraxis.

Kommissionen

64 Vad beträffar det konkreta innehållet i meddelandet och de delar av lagstiftningskaraktär som Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande, det vill säga i huvudsak kringgåendet av tröskelvärdet för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling och skyldigheten till föregående offentliggörande, bestrider kommissionen att det genom dessa delar i meddelandet fastställs nya rättsregler. Nämnda delar utgör, i enlighet med artikel 211 EG, endast ett förtydligande av bestämmelserna och principerna i EG-fördraget, såsom de har tolkats i domstolens praxis.

65 Kommissionen har bestritt Förbundsrepubliken Tysklands och intervenienternas påstående att kommissionen genom meddelandet frångår lagstiftarens beslut att endast införa bestämmelser om offentliggörande för offentliga kontrakt som uppnår vissa tröskelvärden. I detta hänseende har kommissionen gjort gällande att om lagstiftaren ansåg att det endast var nödvändigt att fastställa detaljerade regler ovanför tröskelvärdena för tillämpningen av direktiven, skulle denne ha ansett att det var tillräckligt att tillämpa bestämmelserna och principerna i EG-fördraget nedanför tröskelvärdena. Lagstiftaren har genom direktiven emellertid varken velat eller kunnat utesluta tillämpningen av bestämmelserna och principerna i EG-fördraget på offentliga kontrakt nedanför tröskelvärdena.

66 Detta framgår av domstolens praxis, särskilt domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike. Enligt kommissionen slog domstolen i den förstnämnda domen fast att de upphandlande enheter som ingår kontrakt som omfattas av direktiven om offentlig upphandling likväl är skyldiga att iaktta de grundläggande reglerna i EG-fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria, punkt 60). Detta resonemang vinner stöd av punkt 33 i domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike. På samma sätt förklarade domstolen, i domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, att de kontrakt som direktivet inte är tillämpligt på, såsom dem som avser koncessioner, alltjämt omfattas av de allmänna reglerna i EG-fördraget. Den europeiske lagstiftaren beaktade denna rättspraxis vid antagandet av direktiven om offentlig upphandling, vilket lagstiftaren erinrade om i skäl 9 i direktiv 2004/17.

67 Enligt kommissionen har domstolen även gett skyldigheten att lämna insyn ett konkret innehåll genom att förklara att företag som var etablerade i en annan medlemsstat skulle ha tillgång till de relevanta uppgifterna om ett kontrakt innan det tilldelades, så att de i förekommande fall kunde tillkännage sitt intresse av att tilldelas kontraktet.

b) Tribunalens bedömning

68 Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna har gjort gällande att det genom punkt 2.1.1 i meddelandet införs en principiell skyldighet för medlemsstaterna att på förhand offentliggöra samtliga planerade upphandlingar, vilket är en ny skyldighet jämfört med principerna i EG-fördraget.

69 Vad beträffar reglerna och principerna i EG-fördraget (punkt 1.1 i meddelandet) för tilldelning av ett offentligt kontrakt som är av betydelse för den inre marknaden, innehåller punkt 2.1 i meddelandet de grundläggande principer som gäller för offentliggörande. I detta hänseende har punkt 2.1.1, med rubriken ”Skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande”, följande innehåll:

”Enligt [domstolen] innebär principerna om likabehandling och icke-diskriminering att det finns en skyldighet till öppenhet som innebär att varje potentiell anbudsgivare skall garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden skall kunna öppnas för konkurrens.

Kravet på öppenhet betyder att ett företag som är beläget i en annan medlemsstat skall ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet har tilldelats, så att detta företag, om det så önskar, har möjlighet att uttrycka sitt intresse för att få kontraktet.

Kommissionens åsikt är att det i detta avseende inte är tillräckligt att kontakta ett antal tänkbara anbudsgivare, även om den upphandlande enheten skulle inbegripa företag från andra medlemsstater eller försöka nå alla tänkbara tjänsteleverantörer. Med ett sådant selektivt tillvägagångssätt kan man inte utesluta att tänkbara anbudsgivare från andra medlemsstater diskrimineras, särskilt sådana som är nya på marknaden. Detsamma gäller alla former av ’passivt’ offentliggörande, när en upphandlande enhet avstår från ett aktivt offentliggörande och bara svarar på begäran om information från sökande som på egen hand fått kännedom om den planerade upphandlingen. Att som information bara hänvisa till rapporter i media, parlamentariska eller politiska debatter eller evenemang, såsom kongresser, kan inte heller anses som ett tillräckligt offentliggörande.

De krav som EG-domstolen fastställt kan därför bara uppfyllas genom publicerandet av ett tillräckligt lättillgängligt offentliggörande före tilldelningen av kontraktet. Offentliggörandet skall publiceras av den upphandlande enheten i syfte att öppna upphandlingsförfarandet för konkurrens.”

70 Den del av domstolens praxis som utgörs av domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, Coname och Parking Brixen återges i de två första styckena i punkt 2.1.1 i meddelandet. Innehållet i nämnda stycken har inte ifrågasatts av vare sig Förbundsrepubliken Tyskland eller någon av intervenienterna. Dessutom ifrågasattes inte tredje stycket i punkt 2.1.1 i meddelandet i det skriftliga förfarandet. I sista stycket i punkt 2.1.1 i meddelandet slås det fast en skyldighet att säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande. Det ska härvid ske ett tillräckligt lättillgängligt offentliggörande innan kontraktet tilldelas.

71 Förbundsrepubliken Tyskland har, med stöd av intervenienterna, gjort gällande att det i denna punkt i meddelandet, beträffande offentliga kontrakt som omfattas av dess tillämpningsområde, införs en skyldighet till föregående offentliggörande som inte alls följer av de principer eller den praxis från domstolen som det hänvisas till i samma punkt. Detta är således en ny skyldighet, som medför att meddelandet i fråga har karaktär av en rättsakt som har bindande rättsverkningar och som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring.

72 Det ska följaktligen prövas om meddelandet endast utgör ett förtydligande av denna skyldighet, för medlemsstaterna, som följer av de grundläggande principerna i EG-fördraget, eller om det genom meddelandet införs nya skyldigheter, vilket Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna har påstått.

73 Det ska i detta hänseende först påpekas att de särskilda och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling endast är tillämpliga på kontrakt vars värde överstiger det

tröskelvärde som uttryckligen föreskrivs i vart och ett av dessa direktiv (beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 19, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 33). Bestämmelserna i dessa direktiv är således inte tillämpliga på kontrakt vars värde understiger det tröskelvärde som föreskrivs i dem.

74 Detta innebär emellertid inte att sistnämnda kontrakt faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde (beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 19). Det framgår nämligen av domstolens fasta praxis att, när det är fråga om tilldelning av offentliga kontrakt vars värde inte omfattas av de förfaranden som föreskrivs i gemenskapsbestämmelserna, de upphandlande myndigheterna likväl är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i EG-fördraget i allmänhet (beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 20, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 32) och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S, REG 1999, s. I-8291, punkt 29, domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, punkt 62, Coname, punkt 16, och Parking Brixen, punkt 46, samt dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303, punkt 18).

75 Detta vinner för övrigt stöd i skäl 9 i direktiv 2004/17, av vilket framgår att ”[n]är det gäller offentliga kontrakt vars värde understiger det värde vid vilket bestämmelserna om samordning inom gemenskapen skall tillämpas, är det lämpligt att erinra om den rättspraxis som utvecklats vid domstolen och enligt vilken bestämmelserna och principerna i ovannämnda fördrag [nämligen principen om likabehandling av vilken principen om icke-diskriminering endast utgör en särskild form, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen samt principen om öppenhet] skall tillämpas”, samt skälen 1 och 2 i direktiv 2004/18. Det anges i sistnämnda skäl att samma principer ska tillämpas vid tilldelning av varje kontrakt som ingås i medlemsstaterna, oavsett om dess värde understiger eller överstiger tröskelvärdena.

76 Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innebär bland annat, såsom domstolen vid flera tillfällen har slagit fast, en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principerna iakttas (domstolens dom i det ovan i punkt 74 nämnda målet Unitron Scandinavia och 3-S, punkt 31, i det ovan i punkt 36 nämnda målet Telaustria, punkt 61, i dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45, i det ovan i punkt 36 nämnda målet Parking Brixen, punkt 49, och i det ovan i punkt 74 nämnda målet ANAV, punkt 21). Att det föreligger en sådan skyldighet bekräftas i skäl 9 i direktiv 2004/17 och i skäl 2 i direktiv 2004/18. Av detta följer att medlemsstaterna och deras upphandlande enheter ska iaktta denna skyldighet att lämna insyn, såsom den har tolkats av domstolen, vid tilldelning av samtliga offentliga kontrakt.

77 Domstolen har vidare preciserat att denna skyldighet att lämna insyn som åligger varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden öppnas för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska (domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, punkt 62, och Parking Brixen, punkt 49, samt domen i det ovan i punkt 74 nämnda målet ANAV, punkt 21).

78 Enligt domstolen förutsätter skyldigheten att lämna insyn, som åligger de upphandlande myndigheterna, bland annat att ett företag i en annan medlemsstat än den aktuella ska ha tillgång till relevanta uppgifter om det offentliga kontraktet i fråga innan det tilldelas, så att företaget, om det så hade önskat, hade kunnat tillkännage sitt intresse för att få kontraktet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 21).

79 Av denna rättspraxis följer att skyldigheten att lämna insyn, i betydelsen ett tillfredsställande offentliggörande, alltså omfattar en form av offentliggörande före tilldelningen av det offentliga kontraktet i fråga, med andra ord ett föregående offentliggörande. Till skillnad från Förbundsrepubliken Tysklands och intervenienternas argumentering, har det genom hänvisningen i meddelandet till ”ett tillräckligt

lättillgängligt offentliggörande före tilldelningen av kontraktet” följaktligen inte införts någon ny skyldighet för medlemsstaterna. Genom hänvisningen erinras endast om en gällande skyldighet, som följer av gemenskapsrätten och som tillämpas på de offentliga kontrakt som avses med meddelandet i fråga, såsom den har tolkats av gemenskapsdomstolen.

80 Detta bekräftas för övrigt, i likhet med vad Förbundsrepubliken Tyskland har medgett vid förhandlingen, genom den praxis från domstolen som har tillkommit efter det att meddelandet offentliggjorts. Av domstolens praxis följer nämligen, för det första, att de skyldigheter enligt primärrätten som avser likabehandling och öppenhet utan vidare ska gälla de kontrakt som, även om de inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (se, för ett liknande resonemang, beträffande rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126) och ett kontrakt vars värde understeg tröskelvärdet enligt nämnda direktiv, domstolens dom av den 14 juni 2007 i mål C-6/05, Medipac-Kazantzidis, REG 2007, s. I-4557, punkt 33; beträffande rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och ett II b-kontrakt, domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet kommissionen mot Irland, punkterna 30–32, och, beträffande direktiven 92/50, 93/36 och rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för byggentreprenader (EGT L 199, s. 54), och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), domstolens dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, punkterna 66, 81 och 82). Domstolen har, för det andra, slagit fast att ett offentliggörande i efterhand inte kan säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande i den mening som avses i de ovan i punkt 36 nämnda rättsfallen Telaustria och Coname, vilket innebär att skyldigheten att lämna insyn, som följer av principerna i EG-fördraget, förutsätter att meddelandet om upphandling ska vara föremål för ett föregående offentliggörande innan kontraktet tilldelas (domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet kommissionen mot Irland, punkterna 30 och 32).

81 Konstaterandet att den skyldighet till föregående offentliggörande som avses i punkt 2.1.1 i meddelandet inte går längre än vad som följer av domstolens tolkning av

de grundläggande principerna i EG-fördraget påverkas inte av de olika argument som har framställts av Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna.

82 För det första har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, Coname och Parking Brixen avser offentliga kontrakt för tjänstekoncessioner som, även om de inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, genom sina värden kan jämföras med offentliga kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda direktiv, och att den rättspraxis som härrör från dessa domar följaktligen inte är tillämplig på de offentliga kontrakt som avses med meddelandet.

83 Det framgår härvid av den rättspraxis som Förbundsrepubliken Tyskland har grundat sin argumentering på att domstolen tidigare, såvitt avser kontrakt för koncessioner, har slagit fast att även om en sådan koncession inte tilldelas med tillämpning av bestämmelserna i något av direktiven om offentlig upphandling, omfattas dessa kontrakt alltjämt av de allmänna reglerna i EG-fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 16, vars resonemang har bekräftats i domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 33). Det kan även konstateras att enligt denna rättspraxis följer skyldigheten att lämna insyn direkt av de allmänna reglerna i nämnda fördrag, i synnerhet av likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen (domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, punkt 61, och Parking Brixen, punkt 49) och att nämnda skyldighet att lämna insyn i sig innebär en skyldighet till föregående offentliggörande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 21). Den omständigheten att de kontrakt som det var fråga om i nämnda domar, med hänsyn till deras betydelse, skulle vara jämförbara med offentliga kontrakt som direktiven om offentlig upphandling är tillämpliga på har däremot inte alls anförts i dessa domar för att motivera skyldigheten att säkerställa ett tillfredsställande och, i synnerhet, föregående offentliggörande. Av detta följer att, till skillnad från vad Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat, denna rättspraxis kan överföras på de offentliga kontrakt som avses med meddelandet och på vilka – såsom har anförts ovan – även principen om likabehandling och den därav följande skyldigheten att lämna insyn tillämpas.

84 Det ska för fullständighetens skull understrykas att detta för övrigt vinner stöd i den praxis från domstolen som tillkommit efter det att meddelandet offentliggjorts. I punkt 33 i domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Medipac-Kazantzidis hänvisade domstolen nämligen, angående ett offentligt kontrakt för byggentreprenader, till fast rättspraxis av vilken det framgår att även om värdet på ett kontrakt som är föremål för anbudsinfordran inte uppgår till tröskelvärdet i direktiven om offentlig upphandling som gemenskapslagstiftaren har antagit för att reglera området för offentlig upphandling, och det ifrågavarande kontraktet således inte omfattas av tillämpningsområdet för dessa direktiv, är de upphandlande myndigheterna likväl skyldiga att iaktta de allmänna principerna i gemenskapsrätten när de ingår ett kontrakt, såsom likabehandlingsprincipen och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna princip. I samma punkt hänvisade domstolen även till domarna i de ovan i punkt 36 nämnda målen Telaustria, Coname och Parking Brixen. De lösningar som har utformats för ingåendet av offentliga kontrakt för tjänstekoncessioner har av domstolen således utsträckts till att även gälla för reglerna om tilldelning av kontrakt vars ekonomiska värde understiger tröskelvärdena för tillämpningen av direktiven (domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Medipac-Kazantzidis, punkt 33).

85 Vad för det andra avser Förbundsrepubliken Tysklands argument, sammanfattat i punkt 38 ovan, enligt vilket beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike endast avsåg icke-diskrimineringsprincipen och följaktligen inte kan motivera en skyldighet till föregående offentliggörande, är det tillräckligt att notera att enligt den rättspraxis som det har hänvisats till i punkt 76 ovan följer skyldigheten att lämna insyn, bland annat i en lämplig form för offentliggörande, just av likabehandlingsprincipen och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Eftersom det av dessa avgöranden följer att de grundläggande reglerna i EG-fördraget ska tillämpas vid all offentlig upphandling, även om den inte omfattas av direktiven om offentlig upphandling (beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 19, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 32 och 33), gjorde kommissionen en riktig bedömning när den hänvisade till dessa avgöranden i meddelandet.

86 Sökanden kan, för det tredje, inte heller vinna framgång med argumenteringen att gemenskapslagstiftaren, genom att införa tröskelvärden för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling, uttryckligen har angett att det under dessa värden

i princip får antas att verkningarna på den inre marknaden snarare är ”slumpartade eller indirekta” och att något intresse för de utländska anbudsgivarna således inte föreligger.

87 Det ska i detta hänseende preciseras att det, endast på grundval av det förhållandet att ett offentligt kontrakt inte når upp till tröskelvärdena för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling, inte kan antas att det offentliga kontraktet har närapå obetydliga verkningar på den inre marknaden. Denna ståndpunkt motsägs av den rättspraxis som det har hänvisats till i punkterna 73 och 74 ovan, enligt vilken sådana kontrakt inte är uteslutna från gemenskapsrättens tillämpningsområde. Om det i princip kunde uteslutas att nämnda kontrakt påverkade den inre marknaden, skulle gemenskapsrätten inte vara tillämplig.

88 Såsom domstolen har angett är det visserligen fullt tänkbart att det, på grund av särskilda omständigheter, däribland en mycket ringa ekonomisk betydelse, är rimligt att anta att ett företag, i en annan medlemsstat än den som den enhet som upphandlar ett visst offentligt kontrakt hör till, inte skulle vara intresserat av kontraktet och att verkningarna på de berörda grundläggande friheterna följaktligen kan anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man ska kunna fastställa att de har åsidosatts (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 20 och där angiven rättspraxis). Ett fastställande av att de grundläggande friheterna inte har åsidosatts kan emellertid endast följa efter en bedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet och kan inte grundas på enbart den omständigheten att det aktuella kontraktets värde inte överstiger ett visst tröskelvärde.

89 Således anges följande i punkt 1.3. i meddelandet:

”Det är de enskilda upphandlande enheternas ansvar att avgöra om en planerad upphandling skulle kunna vara av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater.

Enligt kommissionens åsikt måste ett sådant beslut grundas på en bedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. föremålet för kontraktet, dess uppskattade värde, [de] särskilda förhållandena inom den berörda sektorn (marknadens storlek och struktur, handelspraxis osv.) och den geografiska lokaliseringen för utförandet. Om den upphandlande enhetens slutsats är att kontraktet i fråga är av betydelse för den inre marknaden skall den tilldela det i enlighet med de grundläggande principer som kan härledas från gemenskapsrätten."

90 Förbundsrepubliken Tyskland har emellertid, för det fjärde, hävdat att kravet att de upphandlande myndigheterna i varje enskilt fall ska undersöka vilken betydelse ett offentligt kontrakt har för den inre marknaden – bland annat för att bestämma huruvida skyldigheten till föregående offentliggörande enligt punkt 2.1.1 i meddelandet är tillämplig – innebär att det genom meddelandet införs en ny skyldighet och att meddelandet således har bindande rättsverkningar.

91 Vad beträffar ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, har domstolen tidigare slagit fast att den upphandlande enheten är skyldig att, under kontroll av de behöriga domstolarna, bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfordran överensstämmer med det aktuella kontraktets särskilda karaktär (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Parking Brixen, punkterna 49 och 50). Det kan följaktligen inte med framgång hävdas att det genom punkt 1.3. i meddelandet, jämförd med punkt 2.1.1, införs en ny skyldighet för medlemsstaterna.

92 I detta avseende tillade Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Österrike vid förhandlingen att en sådan särskild bedömning som avses i punkt 1.3 i meddelandet strider mot domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP (punkterna 30–32), i vilken det fastställs en abstrakt och allmän definition av betydelsen av ett offentligt kontrakt för den inre marknaden.

93 Det kan i detta hänseende konstateras att punkt 30 i domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP utgör stöd för slutsatsen, enligt punkt 92 ovan, att det i princip ankommer på den upphandlande myndigheten att, innan villkoren i meddelandet om upphandling definieras, bedöma huruvida ett kontrakt, vars beräknade värde understiger tröskelvärdet enligt gemenskapsreglerna, eventuellt är av gränsöverskridande intresse, varvid det ska beaktas att denna bedömning kan komma att prövas av domstol.

94 Det kan även konstateras att det inte råder någon motsättning mellan meddelandet, särskilt punkt 1.3, och domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP. Meddelandet utesluter nämligen inte möjligheten att det i nationella eller lokala bestämmelser fastställs objektiva kriterier för att det ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse, såsom anges i punkt 31 i domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP. De upphandlande myndigheterna är, när de tillämpar sådana nationella bestämmelser, likväl skyldiga att iaktta de grundläggande reglerna i EG-fördraget samt principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP, punkt 29).

95 Tribunalen konstaterar härefter att det inte heller råder någon motsättning mellan punkt 32 i domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP och punkterna 1.3 och 2.1.2 i meddelandet. Ovannämnda punkt avser nämligen ett automatiskt uteslutande av vissa anbud på grund av att de anses vara onormalt låga, även om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Ovannämnda punkt tillämpas således i ett annat skede vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt än det som avser avgörandet av huruvida ett kontrakt kan vara av intresse för näringsidkare i andra medlemsstater, enligt punkt 1.3 i meddelandet, eller valet av det lämpligaste mediet för det offentliggörande som avses i punkt 2.1.2 i meddelandet. Det ska under alla omständigheter understrykas att punkterna 1.3 och 2.1.2 i meddelandet inte utesluter att det tas hänsyn till den upphandlande enhetens administrativa kapacitet och det kan följaktligen inte anses att det genom sistnämnda punkter införs någon ny skyldighet för medlemsstaterna eller deras upphandlande myndigheter.

96 Till skillnad från vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande (se ovan punkt 46) är, för det femte, punkt 2.1.2 i meddelandet, enligt vilken ”[d]e upphandlande

enheterna ansvarar för beslutet om det lämpligaste mediet för offentliggörandet av upphandlingen]", inte oförenlig med det förhållandet att det i nationella bestämmelser införs allmänna kriterier för detta beslut. Det ska härvid preciseras att iakttagandet av de grundläggande reglerna i EG-fördraget, däribland principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, inte får äventyras genom tillämpningen av sådana kriterier. Såsom redan har påpekats i punkt 91 ovan ankommer det nämligen på den upphandlande myndigheten att, under kontroll av de behöriga domstolarna, bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfordran överensstämmer med det aktuella kontraktets särskilda karaktär. Enligt domstolens praxis innebär meddelandet således att det överlåts åt de upphandlande myndigheterna att fastställa graden och formen för ett tillfredsställande offentliggörande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Parking Brixen, punkterna 49 och 50). I punkt 2.1.2 i meddelandet anges således korrekt att "[d]e upphandlande enheterna ansvarar för beslutet om det lämpligaste mediet för offentliggörandet av upphandlingen". Genom meddelandet införs följaktligen inte någon ny rättslig skyldighet för de upphandlande myndigheterna.

97 Som svar på Förbundsrepubliken Tysklands argumentering som grundas på en jämförelse mellan tröskelvärdena för tillämpningen av direktiven om offentlig upphandling och den *de minimis*-regel som gäller för statligt stöd, är det dessutom tillräckligt att konstatera att det inte alls följer av de nämnda direktiven att tröskelvärdena i fråga är grundade på hänsyn liknande dem som har motiverat *de minimis*-regeln på området för statligt stöd.

98 Vad, för det sjätte, avser Republiken Frankrikes argumentering att det genom punkt 2.1.2 i meddelandet införs en skyldighet till offentliggörande, genom användning av ett skriftligt medium för att garantera att de kontrakt som avses offentliggörs, konstaterar tribunalen att argumenteringen grundas på ett felaktigt antagande. Det framgår nämligen inte någonstans i meddelandet att det föreligger en skyldighet till offentliggörande, genom användning av ett skriftligt medium för att garantera att de kontrakt som avses med meddelandet offentliggörs. För det första erinras i punkt 2.1.3 första stycket i meddelandet om rättspraxis enligt vilken skyldigheten att lämna insyn inte nödvändigtvis betyder att man måste sända ut en formell inbjudan

att lämna anbud (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, punkt 21). För det andra anges följande i punkt 2.1.2 tredje stycket:

”Lämpliga och ofta använda publiceringssätt är till exempel följande:

— Internet, ...”

Såsom Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna har medgett är detta en exemplifierande, och inte alls uttömmande, uppräkning av olika former av lämpligt offentliggörande.

99 Vad, för det sjunde, avser Förbundsrepubliken Tysklands samt Republiken Frankrikes argumentering att uteslutandet, genom den skyldighet som införs genom meddelandet, av den praxis som består i att kontakta tänkbara anbudsgivare, även om den upphandlande enheten skulle inbegripa företag från andra medlemsstater och försöka nå alla tänkbara tjänsteleverantörer (punkt 2.1.1 tredje stycket i meddelandet), innebär att det införs särskilda skyldigheter i förhållande till principerna i EG-fördraget, ska det understrykas att argumenteringen avser en del av meddelandet som inte alls har ifrågasatts i ansökan eller interventionsinlagan. Det ska i detta hänseende påpekas att även om det enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna under vissa förhållanden är tillåtet att åberopa nya grunder under rättegången, kan denna bestämmelse under inga omständigheter tolkas så, att den ger sökanden rätt att anföra nya yrkanden under förfarandet och sålunda förändra föremålet för talan (se förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i mål T-3/99, Banatrading mot rådet, REG 2001, s. II-2123, punkt 28, och där angiven rättspraxis). Av detta följer att argumenteringen i fråga inte kan tillåtas, eftersom syftet med den är att utvidga föremålet för talan genom att låta denna omfatta en del av meddelandet som inte avses med den ansökan genom vilken talan väckts.

100 Det kan under alla omständigheter konstateras att meddelandet inte innebär ett absolut och definitivt förbud mot denna praxis. Såsom anges i punkterna 2.2.2 och 2.1.3 i meddelandet får de upphandlande enheterna vidta åtgärder för att begränsa antalet sökande som inbjuds att lämna anbud till en lämplig nivå. I detta hänseende förutsätts emellertid enligt meddelandet att principen om icke-diskriminering och skyldigheten att lämna insyn iakttas (punkt 2.2.2 i meddelandet) för att säkerställa en tillfredsställande konkurrens. För att kunna utöva kontrollen av att upphandlingsförfarandena är opartiska anser tribunalen dessutom att skyldigheten att lämna insyn förutsätter ett aktivt offentliggörande från de upphandlande myndigheternas sida, liksom att de upphandlande enheterna åläggs att säkerställa att villkoren avseende den föregående anbudsinfordran är riktiga (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Parking Brixen, punkt 50). Det har genom punkt 2.1.1 tredje stycket i meddelandet, såsom den har ifrågasatts av Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike, följaktligen inte införts några särskilda skyldigheter.

2. *Den andra anmärkningen: Specificering av skyldigheterna avseende offentliggörande (punkt 2.2 i meddelandet)*

a) Parternas argument

Förbundsrepubliken Tyskland

101 Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande att de skyldigheter som följer av punkt 2.2 i meddelandet går klart längre än vad som följer av domstolens tolkning av de grundläggande principerna i EG-fördraget. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland

beslutade kommissionen först, i punkt 2.2 i meddelandet, att kontrakten skulle tilldelas i enlighet med de grundläggande principerna i EG-fördraget, i syfte att garantera rättvisa konkurrensvillkor för alla intresserade anbudsgivare. Av denna allmänna skyldighet härledde kommissionen därefter ett visst antal konkreta skyldigheter avseende offentliggörandet av avsikten att ingå ett kontrakt.

102 Förbundsrepubliken Tyskland har särskilt hävdat att medlemsstaterna, enligt punkt 2.2 i meddelandet, ska specificera föremålet för upphandlingen, så att alla potentiella anbudsgivare kan uppfatta det på samma sätt, samtidigt som det säkerställs att näringsidkare från alla medlemsstater kan delta på lika villkor. Om myndigheterna kräver att anbudsgivarna lämnar in skriftliga handlingar, ska de också godta handlingar som har upprättats i andra medlemsstater. De tidsfrister som beviljas ska vara tillräckligt långa för att anbudsgivare från andra medlemsstater ska kunna hålla dem. Slutligen ska insyn i förfarandet lämnas till alla deltagare. Denna förteckning över regler kompletteras med regler för förfarandet för medlemsstater som önskar upprätta en lista, i vilken antalet sökande som inbjuds att lämna in anbud för den planerade upphandlingen har begränsats (punkt 2.2.2 i meddelandet), samt regler för beslutet om tilldelning av kontrakt (punkt 2.2.3 i meddelandet).

103 Medan den skyldighet att ge en icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen som anges i första strecksatsen i förteckningen i punkt 2.2.1 i meddelandet eventuellt följer av domstolens praxis, i beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard (punkt 24), innehåller de andra skyldigheterna enligt punkt 2.2.1 i meddelandet konkreta anvisningar, som inte grundas på gällande gemenskapsrätt. Detta bekräftas av kommissionens påstående att ovannämnda principer i praktiken är ägnade att säkerställa de grundläggande principerna i EG-fördraget (punkt 1.2 i meddelandet). Det rör sig följaktligen inte om en beskrivning av domstolens praxis, utan om nya regler för tilldelning av kontrakt. Förbundsrepubliken Tyskland har således i

allt väsentligt ifrågasatt de tillvägagångssätt som anges i punkt 2.2.1 i meddelandet, genom vilka det enligt denna stat införs nya skyldigheter.

Intervenienterna

104 När det gäller specificeringen av skyldigheterna avseende offentliggörande enligt punkt 2.2 i meddelandet, har Republiken Österrike gjort gällande att vissa av de aspekter som där behandlas, såsom kravet på tillräckligt långa tidsfrister och den lista i vilken antalet sökande har begränsats, i fråga om upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, också är avsedda att ha nya bindande rättsverkningar. Dessa skyldigheter kan emellertid inte följa av domstolens praxis.

105 Parlamentet har anslutit sig till Förbundsrepubliken Tysklands slutsatser angående punkt 2.2 i meddelandet, men har framhållit några kompletterande aspekter för att bekräfta Förbundsrepubliken Tysklands argumentering. Enligt parlamentet har kommissionen i denna punkt infört detaljerade regler om en anbudsinfordrans innehåll och tidsfrister, om ett eventuellt förfarande för förhandsval och om rättsligt skydd.

106 Republiken Polen har gjort gällande att kommissionen har angett villkoren för offentliggörande och annonsernas innehåll, och till och med infört regler om tidsfrister i förfarandet för tilldelning av offentliga kontrakt, utan att hänvisa till någon dom från domstolen till stöd för sin inställning. Enligt kommissionens mening är meddelandet härvid emellertid ämnat att tillhandahålla en tolkning av domstolens praxis. Det förklarar varför kommissionens uttalande, att rättspraxis sammanfattas i meddelandet, inte vinner stöd av meddelandets innehåll.

Kommissionen

107 Kommissionen har tillbakavisat Förbundsrepubliken Tysklands och intervenienternas argumentering mot kriterierna i punkt 2.2.1 i meddelandet. Kommissionen anser att principerna om deltagande på lika villkor för näringsidkare från alla medlemsstater och om ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer samt kravet på lämpliga tidsfrister och på ett öppet och objektivt tillvägagångssätt är principer som följer av EG-fördraget. Det rör sig inte alls om nya regler om tilldelning av kontrakt, utan om en tillämpning av allmänna regler i gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling.

b) Tribunalens bedömning

108 I punkt 2.2. i meddelandet behandlas ”tilldelning av kontrakt”.

109 I detta avseende anges följande i punkt 2.2.1:

”Principer

[Domstolen] fastslog i Telaustria-domen att skyldigheten till öppenhet betyder att varje potentiell anbudsgivare skall garanteras att upphandlingen kringgärdas av sådan

offentlighet att marknaden öppnas för konkurrens och att det går att kontrollera att förfarandena är opartiska. Garantin för ett rättvist och opartiskt förfarande är den naturliga följden av skyldigheten att se till att offentliggörandet görs under öppenhet.

Av detta följer också att kontraktet måste tilldelas i enlighet med bestämmelserna och principerna i EG-fördraget, så att man åstadkommer rättvisa konkurrensvillkor för alla ekonomiska aktörer som är intresserade av kontraktet. Detta kan i praktiken bäst uppnås om följande iakttas:

— Icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen

Specifikationerna av vad som krävs när det gäller en vara eller tjänst får inte innehålla uppgifter om tillverkare, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, och inte heller någon hänvisning till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, såvida detta inte motiveras av föremålet för upphandlingen och åtföljs av orden 'eller likvärdigt'. Det är under alla omständigheter lämpligt att använda mer allmänna beskrivningar av utförande och funktioner.

— Deltagande på lika villkor för ekonomiska aktörer från alla medlemsstater

De upphandlande enheterna får inte föreskriva villkor som är direkt eller indirekt diskriminerande för potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater, såsom t.ex.

krav på att det företag som vill delta i upphandlingsförfarandet skall vara etablerat i samma medlemsstat eller region som den upphandlande enheten.

— Ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer

Om sökande eller anbudsgivare ombeds lämna in certifikat, examensbevis eller andra slag av styrkande handlingar, måste handlingar, som utfärdats i andra medlemsstater och som garanterar samma kvalifikationsnivå, godtas i enlighet med principen om ömsesidigt erkännande av examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer.

— Lämpliga tidsfrister

Tidsfristerna för intresseanmälan och inlämning av anbud skall vara tillräckligt långa för att företag från andra medlemsstater skall kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud.

— Öppet och objektivt tillvägagångssätt

Alla deltagare måste kunna få kännedom i förväg om de regler som gäller för förfarandet och kunna vara säkra på att dessa tillämpas på samma sätt på alla deltagare.”

Inledande synpunkter

110 Tribunalen konstaterar inledningsvis att Förbundsrepubliken Tysklands argumentering är grundad på antagandet att de kontrakt som avses med meddelandet inte omfattas av någon allmän skyldighet att lämna insyn som följer av gemenskapsrätten. Såsom har påpekats ovan (se punkterna 68–100) är detta antagande felaktigt.

111 Tribunalen noterar vidare att punkt 2.2.1 är avsedd att säkerställa dels den ovannämnda skyldigheten till offentliggörande enligt punkt 2.1 i meddelandet, dels att kontraktet tilldelas i enlighet med reglerna och principerna i EG-fördraget. För detta ändamål är meddelandet grundat på domstolens praxis, enligt vilken man, i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, i alla dess stadier, bland annat då sökandena ska väljas inom ramen för ett selektivt förfarande, är skyldig att iaktta både principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare och skyldigheten att lämna insyn, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud (se, för ett liknande resonemang, beträffande det stadium då anbuden jämförs, domstolens dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 54, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 93).

112 Det ska dessutom noteras att enligt domstolens praxis innebär principen om likabehandling, som artiklarna 43 EG och 49 EG är ett särskilt uttryck för, inte endast förbud mot öppen diskriminering på grund av nationalitet utan också mot varje form av dold diskriminering som, med tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat (domstolens dom av den 29 oktober 1980 i mål 22/80, Boussac Saint-Frères, REG 1980, s. 3427, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 5, s. 419, och av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 10, s. 269), så att offentliga kontrakt i de olika medlemsstaterna är tillgängliga för samtliga företag i gemenskapen. Domstolen har slutligen tillämpat principen om likabehandling av anbudsgivare (domstolens dom av

den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, REG 1993, s. I-3353, punkt 23, och domen i det ovan i punkt 111 nämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 51). De olika tillvägagångssätt som anges i punkt 2.2.1 i meddelandet ska följaktligen undersökas mot bakgrund av vad som ovan anförts.

Punkt 2.2.1 i meddelandet

— Första strecksatsen i punkt 2.2.1. i meddelandet

113 Första strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet innehåller bestämmelser om icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen. Såsom Förbundsrepubliken Tyskland själv har medgett följer detta krav redan av beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard. Detta syfte följer nämligen, vid tilldelningen av ett kontrakt, av principen om likabehandling, som de grundläggande friheterna är ett särskilt uttryck för. Domstolen har i sin praxis således konstaterat att lagenligheten av en klausul som ingår i förfrågningsunderlaget för ett kontrakt som inte uppnår tröskelvärdet enligt direktiv 93/37, och följaktligen inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, ska bedömas mot bakgrund av de grundläggande reglerna i EG-fördraget. Hit hör bestämmelsen i artikel 28 EG om den fria rörligheten för varor (beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 21).

114 Såvitt avser den förklaring som ges i punkt 2.2.1 i meddelandet noterar tribunalen att enligt rättspraxis på området för varuupphandlingskontrakt kan den omständigheten att orden ”eller likvärdigt” inte lagts till efter det att en viss produkt nämnts i

förfrågningsunderlaget inte bara leda till att företag som använder system som liknar denna produkt avstår från att besvara anbudsinfordran. Denna omständighet kan även, i strid med artikel 28 EG, hindra importflödet inom gemenskapen genom att upphandlingen förbehålls de anbudsgivare som använder det utpekade systemet (domstolens dom av den 22 september 1988 i mål 45/87, kommissionen mot Irland, REG 1988, s. 4929, punkt 22, svensk specialutgåva, volym 9, s. 631, av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna, REG 1995, s. I-157, punkt 27, och beslutet i det ovan i punkt 38 nämnda målet Vestergaard, punkt 24).

115 Innehållet i första strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet motsvarar följaktligen domstolens tolkning av de grundläggande principerna i EG-fördraget.

— Andra strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet

116 Vad beträffar andra strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet, det vill säga den som avser deltagande på lika villkor för ekonomiska aktörer från alla medlemsstater, anser tribunalen att denna målsättning – som består i att säkerställa att näringsidkare, oavsett ursprung, har samma möjligheter att delta i planerade upphandlingar – följer av iakttagandet av principerna om etableringsfrihet, frihet att tillhandahålla tjänster och fri konkurrens (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Légers förslag till avgörande inför domstolens dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., REG 1998, s. I-73 och I-77, punkt 47, som återges i generaladvokaten Mischos förslag till avgörande inför domstolens dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939 och I-941, punkt 49), och särskilt av principen om likabehandling (se ovan punkt 112) i form av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, som slås fast i artikel 12 EG.

117 Icke-diskrimineringsprincipen innebär naturligtvis att det är förbjudet för en upphandlande myndighet att föreskriva villkor som är direkt eller indirekt diskriminerande, såsom anges i andra strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet. Enligt domstolens praxis ska de allmänna villkoren i förfrågningsunderlaget vara förenliga med alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten, särskilt de förbud som följer av principerna i EG-fördraget om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster samt förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, CEI och Bellini, REG 1987, s. 3347, punkt 15, och av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkterna 29 och 30).

118 Principen om likabehandling av anbudsgivare omfattar följaktligen innehållet i första och andra strecksatserna i punkt 2.2.1 i meddelandet.

— Tredje strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet

119 Principen om ömsesidigt erkännande slås fast i tredje strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet. Denna princip gör det möjligt att säkerställa den fria rörligheten för varor och tjänster utan att det är nödvändigt att harmonisera medlemsstaternas nationella lagstiftningar (domstolens dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral, REG 1979, s. 649, svensk specialutgåva, volym 4, s. 377). I detta hänseende kan det erinras om att myndigheterna i en medlemsstat ska beakta samtliga examensbevis, certifikat och andra behörighetsbevis, liksom den relevanta erfarenhet som sökanden har förvärvat, genom att göra en jämförelse mellan å ena sidan den kompetens som intygas genom dessa behörighetsbevis och denna erfarenhet och å andra sidan de kunskaper och kvalifikationer som krävs enligt den nationella lagstiftningen (se analogt, särskilt i fråga om rätten att utöva ett yrke, domstolens dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou, REG 1991, s. I-2357, punkterna 16, 19 och 20, svensk specialutgåva, volym 11, s. 189, dom av den 9 februari 1994 i mål C-319/92, Haim, REG 1994, s. I-425, punkterna 27 och 28, av den 14 september 2000 i mål C-238/98,

Hocsman, REG 2000, s. I-6623, punkt 23, och av den 22 januari 2002 i mål C-31/00, Dreessen, REG 2002, s. I-663, punkt 24).

120 Domstolen har betonat att denna rättspraxis endast ger uttryck för en princip som följer av de grundläggande friheterna i EG-fördraget och att denna princip inte kan förlora en del av sin rättsliga betydelse på grund av att direktiv om ömsesidigt erkännande av utbildningsbevis har antagits (domarna i de ovan i punkt 119 nämnda målen Hocsman, punkterna 24 och 31, och Dreessen, punkt 25), och att medlemsstaterna ska iaktta sina skyldigheter i fråga om ömsesidigt erkännande, såsom dessa skyldigheter följer av domstolens tolkning av artiklarna 43 EG och 47 EG (se analogt, särskilt i fråga om rätten att utöva ett yrke, domen i det ovan i punkt 119 nämnda målet Dreessen, punkt 27 och där angiven rättspraxis). Domstolen har i detta hänseende tidigare slagit fast att ömsesidigt erkännande ska ge de nationella myndigheterna möjlighet att objektivt försäkra sig om att det utländska examensbeviset innebär att det intygas att dess innehavare har kunskaper och kvalifikationer som är om inte identiska så åtminstone likvärdiga med dem som intygas genom ett nationellt examensbevis (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m.fl., REG 1987, s. 4097, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 9, s. 223).

121 Av detta följer att den målsättning som avses med tredje strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet inte innebär att det införs nya skyldigheter för medlemsstaterna.

— Fjärde strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet

122 När det gäller de tidsfrister som är lämpliga för att företag från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud, ska det erinras om att de upphandlande myndigheterna ska iaktta principen om friheten att tillhandahålla tjänster och icke-diskrimineringsprincipen, vilka syftar till att skydda

intressena hos de näringsidkare i en medlemsstat som önskar erbjuda varor eller tjänster till upphandlande myndigheter i en annan medlemsstat (domstolens dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 16, domen av den 1 februari 2001 i det ovan i punkt 116 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 41, domen i det ovan i punkt 76 nämnda målet HI, punkt 43, och domen i det ovan i punkt 111 nämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 51). Syftet med dem är att undanröja risken för att anbudsgivare eller anbudssökande i det egna landet ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 111 nämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 52 och där angiven rättspraxis).

123 Syftet med fjärde strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet, att förhindra att en upphandlande myndighet, genom tidsfrister som anbudsgivarna beviljas, kan utesluta deltagandet av en näringsidkare i en annan medlemsstat, följer av principerna i EG-fördraget. Detta innebär att det inte heller genom denna del i meddelandet införs någon ny skyldighet.

— Femte strecksatsen i punkt 2.2.1. i meddelandet

124 Beträffande innehållet i femte strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet anser tribunalen att, såsom domstolen tidigare har understrukit, säkerställandet av att principerna om likabehandling av anbudsgivare och om öppenhet iakttas syftar just till att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, ska underrättas om de upphandlingskriterier som dessa anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt (se, angående artikel 27.2 i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1), vilken i sak

har samma lydelse som artikel 30.2 i direktiv 93/37, domen i det ovan i punkt 111 nämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 88 och 89, och domen i det ovan i punkt 111 nämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 99). Syftet med femte strecksatsen i punkt 2.2.1 är således att säkerställa att alla potentiella anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud, i enlighet med domstolens praxis.

125 Mot bakgrund av det föregående anser tribunalen att de i punkt 2.2.1 angivna tillvägagångssätten för att uppnå rättvisa konkurrensvillkor tjänar iakttagandet av såväl principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare som skyldigheten att lämna insyn samt friheten att tillhandahålla tjänster, vid tilldelningen av ett kontrakt, i enlighet med domstolens praxis (domarna i de ovan i punkt 111 nämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 54, och Universale-Bau m.fl., punkt 93). Några nya skyldigheter införs följaktligen inte genom dessa tillvägagångssätt.

Punkt 2.2.2 i meddelandet

126 I punkt 2.2.2 i meddelandet anges följande:

”Begränsning av antalet sökande som inbjuds att lämna in anbud

De upphandlande enheterna får vidta åtgärder för att begränsa antalet sökande som inbjuds att lämna anbud till en lämplig nivå, förutsatt att detta görs på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. De kan till exempel använda sig av objektiva faktorer, som sökandenas erfarenhet i den sektor det gäller, företagets storlek och infrastruktur,

deras tekniska och yrkesmässiga kompetens eller andra faktorer. De kan till och med välja lottdragning, antingen som enda urvalssätt eller i kombination med andra urvalskriterier. Under alla omständigheter måste antalet utvalda sökande vara tillräckligt med hänsyn till behovet av tillfredsställande konkurrens.

Alternativt kan de upphandlande enheterna överväga kvalifikationssystem, som innebär att man genom ett offentligt och öppet förfarande upprättar en lista över kvalificerade operatörer. Vid tilldelningen av enskilda kontrakt kan sedan den upphandlande enheten på ett icke-diskriminerande sätt (t.ex. genom ett rotationsförfarande) välja ut de operatörer som skall inbjudas att lämna anbud från listan över kvalificerade operatörer."

127 Punkt 2.2.2 avser begränsning, till en lämplig nivå, av antalet sökande som inbjuds att lämna anbud och det anges i punkten att de upphandlande enheterna får använda sig av vissa förfaranden och möjligheter, förutsatt att detta görs på ett öppet och icke-diskriminerande sätt och i syfte att säkerställa en tillfredsställande konkurrens. Enligt nämnda punkt krävs tillämpning av objektiva faktorer och ett tillräckligt offentligt och öppet förfarande som har varit föremål för ett tillfredsställande offentliggörande.

128 Det kan härvid konstateras att dessa krav helt överensstämmer med principerna i EG-fördraget och domstolens praxis. Kraven följer särskilt av domstolens praxis enligt vilken man, i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, i alla dess stadier, bland annat då sökandena ska väljas inom ramen för ett selektivt förfarande, är skyldig att iaktta både principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare och principen om öppenhet, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud (se, för ett liknande resonemang, vad

gäller fasen för jämförelse av anbuden, domarna i de ovan i punkt 111 nämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 54, och Universale-Bau m.fl., punkt 93).

Punkt 2.2.3 i meddelandet

129 Punkt 2.2.3 i meddelandet har följande lydelse:

”Beslutet om tilldelning av kontrakt

Det är viktigt att det slutliga beslutet om tilldelningen av kontrakt görs utifrån de regler för förfarandet som ställts upp från början och att principerna om likabehandling och icke-diskriminering respekteras fullt ut. Detta är särskilt viktigt vid förfaranden där man använder sig av en lista över utvalda anbudsgivare. Sådana förhandlingar bör organiseras på ett sådant sätt att alla anbudsgivare har tillgång till lika mycket information och att inga oberättigade fördelar ges åt någon särskild anbudsgivare.”

130 Det anges i punkt 2.2.3 i meddelandet att det slutliga beslutet om tilldelningen av kontrakt ska ske med iakttagande av principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Detta syfte och dess innehåll går inte längre än de principer på vilka nämnda punkt är grundad.

131 Av det anförda följer att syftet med den i punkt 2.2 i meddelandet angivna förteckningen över tillvägagångssätt, vid tilldelning av kontrakt, är att, i enlighet med domstolens praxis, säkerställa iakttagandet av principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare, skyldigheten att lämna insyn samt principerna om frihet att tillhandahålla tjänster (domarna i de ovan i punkt 111 nämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 54, och Universale-Bau m.fl., punkt 93) och om fri konkurrens (dom av den 1 februari 2001 i det ovan i punkt 116 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 49). Några nya skyldigheter som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring införs följaktligen inte genom nämnda förteckning.

3. *Den tredje anmärkningen: Undantag från föregående offentliggörande (punkt 2.1.4 i meddelandet)*

a) Parternas argument

132 Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat att kommissionen, i punkt 2.1.4 i meddelandet, har infört nya skyldigheter genom att de bestämmelser om undantag som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling beträffande förhandlade förfaranden även tillämpas på kontrakt som inte uppnår tröskelvärdena, trots att tillämpningen av de undantag som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling förutsätter att nämnda tröskelvärden överskrids.

133 Förbundsrepubliken Tyskland har dessutom tillbakavisat kommissionens argument att den, genom att låta de undantag från skyldigheten till offentliggörande som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling även omfatta offentliga kontrakt på vilka

dessa direktiv inte är tillämpliga, endast har gjort en tillåten analogisk tolkning som motiveras av de grundläggande principerna i EG-fördraget. För att en sådan analogisk tolkning skulle vara tillåten hade det, enligt Förbundsrepubliken Tyskland, nämligen krävts en avsaknad av lagreglering, vilket det inte är frågan om i detta fall, eftersom lagstiftaren, genom att anta tröskelvärden, uttryckligen har beslutat att kraven avseende offentliggörande inte ska tillämpas på vissa kontrakt.

134 Förbundsrepubliken Tyskland preciserade vid förhandlingen att den anser att de undantag som föreskrivs i punkt 2.1.4 i meddelandet är exklusiva och att andra undantag därför inte är möjliga. Genom meddelandet görs följaktligen en mycket snäv och exklusiv tolkning av vilka undantag som är möjliga, i strid med domstolens fasta praxis om de grundläggande friheterna, såsom att olika behandling kan vara tillåten om det finns sakliga skäl. I förening med punkt 2.1.1 införs genom meddelandet således en ovillkorlig skyldighet till föregående offentliggörande som utesluter alla andra former av insyn.

135 Enligt Förbundsrepubliken Tyskland innebär lydelsen av punkt 2.1.4, särskilt sista meningen, att det fastställs ett klart samband med undantagsfallen enligt direktiven om offentlig upphandling och att undantag från skyldigheten till föregående offentliggörande således inskränker sig till nämnda undantagsfall. Andra undantag som följer av primärrätten är följaktligen uteslutna enligt meddelandet. En sådan exklusiv tolkning av undantagen strider mot domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP, enligt vilken andra undantag kan beaktas.

136 Såvitt avser de undantag från principen om ett föregående offentliggörande som föreskrivs i punkt 2.1.4 i meddelandet, har parlamentet gjort gällande att kommissionen har utsträckt tillämpningen av de undantag som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling beträffande förhandlat förfarande efter överenskommelse till att även omfatta kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena enligt direktiven. Det är uppenbart att kommissionen i detta fall i sitt meddelande har infört fristående bestämmelser om tilldelning av kontrakt, utan att ta hänsyn till att förhandsvillkoren för att göra en sådan analogisk tolkning, det vill säga en oavsiktlig underlåtenhet från

lagstiftarens sida utanför tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, inte är uppfyllda i detta fall.

137 Kommissionen har hävdat att den analogiska tolkning som förordas i meddelandet, som består i att låta de undantag från skyldigheten till offentliggörande som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling även omfatta kontrakt som inte avses med dessa direktiv, endast återger den tolkning av de grundläggande principerna i EG-fördraget som förordas av kommissionen men fastställer inte någon rättsregel. Kommissionen är dessutom av den uppfattningen att punkt 2.1.4 i meddelandet inte är restriktiv utan, tvärtom, endast anger de viktigaste undantagen på ett sätt som inte är uttömmande. Kommissionen har genom sitt ställningstagande, i den konkreta frågan om tillämpningen av de undantag från skyldigheten till föregående offentliggörande som anges i direktiven om offentlig upphandling på de kontrakt som avses med meddelandet, inte velat slå fast att något annat undantag från skyldigheten till föregående offentliggörande, som är förenligt med ovannämnda principer, inte kan tillåtas.

b) Tribunalens bedömning

138 Enligt dess rubrik gäller punkt 2.1.4 i meddelandet ”[f]örfaranden utan föregående offentliggörande”. Punkten har följande lydelse:

”Direktiven om offentlig upphandling tillåter speciella undantag, som gör det möjligt att under vissa omständigheter tillämpa ett förfarande utan föregående offentliggörande. De viktigaste fallen rör situationer som är extremt brådskande på grund av oförutsedda händelser och kontrakt som av tekniska eller konstnärliga skäl eller av skäl som rör skydd av exklusiva rättigheter, bara kan utföras av en speciell ekonomisk aktör.

Som kommissionen ser det, kan undantagen i fråga tillämpas vid tilldelningen av kontrakt som inte omfattas av direktiven. De upphandlande enheterna kan därför tilldela sådana kontrakt utan föregående offentliggörande, förutsatt att kontrakten uppfyller villkoren för något av de undantag som fastställs genom direktiven."

139 Tribunalen anser först att punkt 2.1.4 i meddelandet, till skillnad från vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande, inte alls utesluter möjligheten att det kan förekomma andra undantag från skyldigheten till föregående offentliggörande. Såsom det för övrigt erinras om i punkterna 1.1 och 1.2 i meddelandet är medlemsstaterna och deras upphandlande enheter skyldiga att följa de regler och principer som slås fast i EG-fördraget. I den mån dessa regler och principer utgör undantag från skyldigheten till föregående offentliggörande, har medlemsstaterna eller de upphandlande enheterna följaktligen rätt att åberopa sådana undantag, när de tilldelar offentliga kontrakt som avses med meddelandet.

140 Det ska i detta hänseende påpekas att principerna i EG-fördraget följaktligen inte berörs, om medlemsstaten eller den upphandlande enheten kan åberopa en bestämmelse i EG-fördraget som generellt utesluter tillämpning av primärrätten, såsom artikel 86.2 EG eller artiklarna 296 EG eller 297 EG, om en motivering som uttryckligen föreskrivs i fördraget är tillämplig (se exempelvis hänvisningarna till allmän ordning och hälsa enligt artiklarna 46 EG och 55 EG och till offentlig makt enligt artiklarna 45 EG och 55 EG) eller om villkoren för en motivering som har slagits fast i rättspraxis är uppfyllda (se, beträffande ett tvingande skäl av allmänintresse, domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-158/03, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 35 och där angiven rättspraxis). Den skyldighet till offentliggörande som anges i meddelandet och som följer av nämnda fördrag gäller följaktligen inte när ett offentligt kontrakt tilldelas i sådana fall.

141 Det ska dessutom understrykas att syftet med punkt 2.1.4 i meddelandet endast är att de upphandlande myndigheterna ska kunna åberopa de undantag från skyldigheten till offentliggörande vilka föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling, varvid villkoren för ett sådant åberopande enligt nämnda direktiv ska vara uppfyllda, även om direktiven inte är tillämpliga på offentliga kontrakt som omfattas av meddelandet.

Såsom generaladvokaten Jacobs har påpekat i förslaget till avgörande inför domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-9405, I-9407) punkterna 46–49, föreligger ingen skyldighet till offentliggörande, om ett undantag från direktiven om offentlig upphandling uttryckligen tillåts, om villkoren för undantaget är uppfyllda och om det därför är tillåtet att vidta ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av en inbjudan att lämna anbud. De principer som följer av EG-fördraget kan följaktligen inte medföra någon skyldighet till offentliggörande när det i direktiven uttryckligen föreskrivs ett undantag. Undantaget skulle annars vara betydelselöst (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Stix Hackls förslag till avgörande inför domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Coname, REG 2005, s. I-7289, punkt 93).

142 Av detta följer att punkt 2.1.4 i meddelandet, långt ifrån att innebära nya skyldigheter för medlemsstaterna, snarare är till deras fördel, eftersom de, om villkoren för dess tillämpning är uppfyllda, inte behöver iaktta skyldigheten till föregående offentliggörande.

143 Vad beträffar Förbundsrepubliken Tysklands argument avseende domen i de ovan i punkt 42 nämnda förenade målen SECAP (se ovan punkt 135), kan det konstateras att argumentet grundas på ett felaktigt antagande, eftersom punkt 2.1.4 i meddelandet inte innebär att andra möjligheter till undantag är uteslutna.

4. *Den fjärde anmärkningen: Fördragsbrottsförfarandet (punkt 1.3 i meddelandet)*

a) Parternas argument

144 Förbundsrepubliken Tyskland har, med stöd av intervenienterna, slutligen gjort gällande att kommissionens tillkännagivande i punkt 1.3 i meddelandet, att den kommer

att inleda ett överträdelseförfarande om det föreskrivna förfarandet inte iakttas, visar att dessa bestämmelser är avsedda att medföra skyldigheter för medlemsstaterna. Detta bekräftas av överträdelseförfarande nr 2005/4043 mot Förbundsrepubliken Tyskland angående tilldelningen av ett II b-kontrakt som inte var föremål för ett föregående offentliggörande: det hänvisas till meddelandet som om det rörde sig om en kompletterande rättslig grund. Kommissionen har dessutom redan genomfört överträdelseförfaranden mot några medlemsstater för att utverka att de principer som numera är formulerade i meddelandet tillämpas på kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling. I detta hänseende har Förbundsrepubliken Tyskland hänvisat till domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland och till domen av den 13 november 2007 i det ovan i punkt 57 nämnda målet kommissionen mot Irland. Meddelandet har följaktligen rättsverkningar till följd av punkt 1.3 i meddelandet och dess samband med fördragsbrottsförfarandet.

145 Enligt Förbundsrepubliken Tyskland är verkningarna av punkt 1.3 i meddelandet inte bara informativa utan också rättsliga, eftersom de även består i förhållningsregler. Detta har vitsordats av kommissionen, enligt vilken meddelandet har till verkan att förhållningsregler införs. En bindande verkan av meddelandet följer därför av kommissionens tillkännagivande att den ska lägga meddelandet till grund för sin praxis i fråga om fördragsbrottsförfarande.

146 Dessutom har parlamentet, såvitt avser punkt 1.3 i meddelandet, hävdat att kommissionen, såsom den som antagit meddelandet, har ställning som centralt verkställande organ i gemenskapen, samtidigt som den har ställning som fördragens väktare. De upphandlande myndigheterna i medlemsstaterna bör således rätta sig efter meddelandets innehåll för att undvika en talan om fördragsbrott, beträffande vilken kommissionen skulle grunda sig på de regler som har införts i dess eget meddelande.

147 Republiken Polen har tillagt att man kan utgå från att meddelandets riktlinjer tjänar som referenspunkt när kommissionens revisorer kontrollerar de förfaranden vid offentlig upphandling som samfinansieras genom Europeiska unionens budget och

som omfattar strukturåtgärder. Om det i de förfaranden som genomförs förekommer oegentligheter i förhållande till meddelandets riktlinjer kommer revisorerna inte att anse att utgifter kan ersättas med gemenskapsmedel. Trots förklaringen i början av meddelandet tillämpas således de där angivna rekommendationerna som ”rättsregler”. Med hänsyn till den betydelse som det finansiella stödet från Europeiska unionens budget har i Polen, är denna hållning hos revisorerna tillräcklig för att rekommendationerna ska anses vara bindande.

148 Till skillnad från Förbundsrepubliken Tysklands argumentering, enligt vilken en rättsverkan följer av punkt 1.3 i meddelandet, har kommissionen gjort gällande att den betydelse som meddelandet kan ha för kommissionens praxis vid fördragsbrott inte består i att det uppkommer rättsverkningar för tredje man, utan endast i att meddelandet får följder för kommissionen själv. Kommissionen har nämligen ingen behörighet att bestämma vilka skyldigheter medlemsstaterna ska åläggas genom dess praxis i fördragsbrottsförfaranden. Det är först i samband med ett fördragsbrottsförfarande vid domstolen som omfattningen av de rättigheter och skyldigheter som medlemsstaterna har fastställs på ett sätt som är rättsligt bindande.

b) Tribunalens bedömning

149 I sista stycket i punkt 1.3 i meddelandet anges följande:

”När kommissionen får kännedom om att de grundläggande principerna för tilldelning av offentliga kontrakt som inte omfattas av direktiven om offentlig upphandling kan ha åsidosatts, kommer den att bedöma vilken betydelse kontraktet i fråga har för den inre marknaden med hänsyn till de särskilda omständigheterna det enskilda

fallet. Överträdelseförfaranden enligt artikel 226 [EG] kommer bara att inledas i de fall det kan anses lämpligt med tanke på hur allvarlig överträdelsen är och hur den påverkar den inre marknaden.”

150 Det ska i detta hänseende påpekas att kommissionen mycket väl kan inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG mot en medlemsstat som inte iakttar de skyldigheter som – för de upphandlande enheterna i medlemsstaterna, vid tilldelning av offentliga kontrakt – följer av de regler och principer som slås fast i EG-fördraget Den enda omständigheten att det i punkt 1.3 i meddelandet hänvisas till möjligheten att inleda ett sådant förfarande visar följaktligen inte alls, till skillnad från vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande, att det genom meddelandet införs nya skyldigheter för medlemsstaterna vid tilldelning av offentliga kontrakt och att det därför är en rättsakt som har bindande rättsverkningar.

151 Även om det säkert är riktigt att denna punkt i meddelandet kan göra en medlemsstat uppmärksam på att den faktiskt riskerar att bli föremål för ett fördragsbrottsförfarande för det fall att den inte iakttar sina skyldigheter enligt den primära gemenskapsrätten, skyldigheter som det erinras om i meddelandet, utgör detta bara en faktisk följd och ingen bindande rättsverkan (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 6, s. 225, och av den 1 december 2005 i mål C-301/03, Italien mot kommissionen, REG 2005, s. I-10217, punkt 30).

152 Att Förbundsrepubliken Tysklands argumentering saknar all verkan framgår i än högre grad av det förhållandet att den åtgärd genom vilken ett fördragsbrottsförfarande inleds enligt artikel 226 EG inte utgör en handling som har bindande eller tvingande rättsverkningar. Den del av nämnda förfarande som föregår anhängiggörandet vid domstolen utgör en administrativ fas som är ämnad att ge medlemsstaten tillfälle att uppfylla sina skyldigheter. Kommissionen avger inte sitt yttrande förrän medlemsstaten har getts tillfälle att inkomma med sina synpunkter. Ingen av de åtgärder kommissionen vidtar inom ramen för denna administrativa fas har någon

bindande verkan (domstolens dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke m.fl. mot kommissionen, REG 1966, s. 27, 39; svensk specialutgåva, volym 1, s. 237).

153 Enligt systemet i artiklarna 226 EG–228 EG kan fastställandet av medlemsstaternas rättigheter och skyldigheter samt bedömningen av deras handlingssätt dessutom endast ske i en av domstolen avkunnad dom (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 27 maj 1981 i de förenade målen 142/80 och 143/80, Essevi och Salengo, REG 1981, s. 1413, punkterna 15 och 16, svensk specialutgåva, volym 6, s. 113, och av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland, REG 1998, s. I-5449, punkt 45). Av detta följer, till skillnad från Förbundsrepubliken Tysklands argumentering, att endast en dom från domstolen kan ha tvingande rättsverkningar i detta avseende.

154 Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna kan följaktligen inte vinna framgång med sin argumentering, enligt vilken bindande verkan följer av att ett fördragsbrottsförfarande inleds när det förfarande som föreskrivs i meddelandet inte har iakttagits.

155 Denna slutsats påverkas inte av det argument som Förbundsrepubliken Tyskland har anfört med hänvisning till punkt 6 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande inför domen av den 16 juni 1993 i det ovan i punkt 28 nämnda målet Frankrike mot kommissionen (REG 1993, s. I-3292), i vilken det uttryckligen skulle slås fast att bindande rättsverkningar följer av risken att det inleds ett överträdelseförfarande.

156 Till skillnad från i förevarande fall hade kommissionen emellertid inte någon gång under hela det förfarande som låg till grund för domen av den 16 juni 1993 i det ovan i punkt 28 nämnda målet Frankrike mot kommissionen ifrågasatt att rättsakten i fråga hade bindande verkan. Det var mot den bakgrunden som generaladvokaten Tesauro tolkade inledandet av ett fördragsbrottsförfarande som ett ytterligare indicium, för att föreslå domstolen att inte ex officio avvisa talan, utan pröva den i sak (generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande inför domen av den 16 juni 1993 i det ovan i

punkt 28 nämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 6). Det kan dessutom konstateras att domstolen i nämnda dom inte har återgett detta resonemang, på vilket Förbundsrepubliken Tyskland har grundat sitt argument.

157 Mot bakgrund av konstaterandena i punkterna 150–153 ovan kan Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Nederländerna och Republiken Polen inte heller vinna framgång med det argument som är avsett att visa att kommissionen genom meddelandet har förbundit sig att iaktta begränsningar, eftersom argumentet i vart fall saknar verkan. Av ordalydelsen i punkt 1.3 i meddelandet framgår för övrigt att kommissionen inte avser att inleda ett fördragsbrottsförfarande i samtliga fall där den får kännedom om en underlåtenhet. Den kommer emellertid att inleda ett sådant förfarande med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet och då låta sig vägledas av två avgörande kriterier, nämligen hur allvarlig överträdelsen är och hur den påverkar den inre marknaden.

158 Det kan slutligen konstateras att Förbundsrepubliken Tyskland inte kan vinna framgång med sitt argument att kommissionen hänför sig till meddelandet såsom utgörande en rättsakt och redan har genomfört flera överträdelseförfaranden för att utverka att principerna i meddelandet tillämpas.

159 Vad beträffar överträdelseförfarande nr 2005/4043, som har åberopats av Förbundsrepubliken Tyskland, noterar tribunalen att kommissionen visserligen hänför sig till meddelandet i punkt 7 i det motiverade yttrandet. Till skillnad från vad Förbundsrepubliken Tyskland har påstått anges meddelandet emellertid inte där såsom rättslig grund, utan det omnämns endast i en parentes i slutet av nämnda punkt. Det är artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet som har lagts till grund för beslutet i det motiverade yttrandet.

160 Detsamma gäller de två rättsfall som har åberopats av Förbundsrepubliken Tyskland och som avser domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland och domen av den 13 november 2007 i det ovan i punkt 57 nämnda målet kommissionen mot Irland. I detta hänseende kan det noteras att domstolen, i det mål i vilket dom meddelats i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, hade förklarat att talan skulle avvisas, eftersom kommissionen, som hade grundat talan på vissa grundläggande regler i EG-fördraget, i synnerhet principen om icke-diskriminering, som innebär en skyldighet att lämna insyn, inte hade lämnat tillräckliga uppgifter för att domstolen skulle kunna bedöma omfattningen av den överträdelse av gemenskapsrätten som lades medlemsstaten till last (domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet kommissionen mot Finland, punkt 32). Beträffande det fall i vilket dom meddelades den 13 november 2007 i det ovan i punkt 57 nämnda målet kommissionen mot Irland, kan det konstateras att det av denna dom följer att ett offentliggörande i efterhand inte kan säkerställa ett tillfredsställande offentliggörande och att det genom domen bekräftas att det föreligger en skyldighet till föregående offentliggörande, vilket Förbundsrepubliken Tyskland medgav vid förhandlingen.

161 Vad beträffar Republiken Polens argument att meddelandet kan göra medlemsstaterna uppmärksamma på att de riskerar att vissa utgifter undantas från gemenskapsfinansiering, konstaterar tribunalen att det, än en gång, bara rör sig om en faktisk följd och inte om att meddelandet har en bindande rättsverkan (se ovan punkt 151).

162 Av det anförda följer att meddelandet inte innehåller nya regler om tilldelning av offentliga kontrakt som går längre än de skyldigheter som följer av gällande gemenskapsrätt. Det kan under dessa omständigheter inte anses att meddelandet har bindande rättsverkningar som är ägnade att påverka den rättsliga situation som Förbundsrepubliken Tyskland och intervenienterna befinner sig i. Talan ska följaktligen avvisas.

**Rättegångskostnader**

163 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

164 Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna ska medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. I detta fall ska de parter som har intervenerat till stöd för Förbundsrepubliken Tyskland bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

**1) Talan avvisas.**

**2) Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.**

3) **Republiken Frankrike, Republiken Österrike, Republiken Polen, Konungariket Nederländerna, Europaparlamentet, Republiken Grekland samt Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.**

Vilaras Prek Ciucă

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 20 maj 2010.

Underskrifter

# Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 2036

Förfarandet ..... II - 2039

Parternas yrkanden ..... II - 2041

Upptagande till sakprövning ..... II - 2042

A — Inledande synpunkter ..... II - 2042

B — Meddelandets innehåll ..... II - 2045

1. Den första anmärkningen: Huruvida det föreligger en skyldighet till föregående offentliggörande (punkt 2.1.1 i meddelandet) ..... II - 2046

a) Parternas argument ..... II - 2046

Förbundsrepubliken Tyskland ..... II - 2046

Intervenienterna ..... II - 2050

Kommissionen ..... II - 2055

b) Tribunalens bedömning ..... II - 2056

2. Den andra anmärkningen: Specificering av skyldigheterna avseende offentliggörande (punkt 2.2 i meddelandet) ..... II - 2069

a) Parternas argument ..... II - 2069

Förbundsrepubliken Tyskland ..... II - 2069

Intervenienterna ..... II - 2071

Kommissionen ..... II - 2072

b) Tribunalens bedömning ..... II - 2072

Inledande synpunkter ..... II - 2075

Punkt 2.2.1 i meddelandet ..... II - 2076

— Första strecksatsen i punkt 2.2.1. i meddelandet ..... II - 2076

— Andra strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet ..... II - 2077

— Tredje strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet ..... II - 2078

— Fjärde strecksatsen i punkt 2.2.1 i meddelandet ..... II - 2079

— Femte strecksatsen i punkt 2.2.1. i meddelandet ..... II - 2080

Punkt 2.2.2 i meddelandet ..... II - 2081

Punkt 2.2.3 i meddelandet ..... II - 2083

3. Den tredje anmärkningen: Undantag från föregående offentliggörande (punkt 2.1.4 i meddelandet) ..... II - 2084

a) Parternas argument ..... II - 2084

b) Tribunalens bedömning ..... II - 2086

4. Den fjärde anmärkningen: Fördragsbrottsförfarandet (punkt 1.3 i meddelandet) ..... II - 2088

a) Parternas argument ..... II - 2088

b) Tribunalens bedömning ..... II - 2090

Rättegångskostnader ..... II - 2095