FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. MAZÁK
fremsat den 22. september 2009 [1]

1. Kommissionen har i denne sag, i medfør af artikel 226 EF, nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2, 28 og 31 i direktiv 2004/18/EF [2], idet den har vedtaget og opretholdt artikel 73 og 74-IV i code des marchés publics (lov om offentlige aftaler) [3] (herefter »de anfægtede bestemmelser«), i det omfang disse bestemmelser fastsætter en fremgangsmåde for *definitionsaftaler* [4], som giver en ordregivende myndighed mulighed for at tildele en senere *udførelsesaftale* (for tjenesteydelser, vareindkøb eller bygge- og anlægsarbejder) til en af indehaverne af de oprindelige definitionsaftaler, uden at foretage et nyt udbud, eller højst et udbud, der er begrænset til disse indehavere.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

2. Direktivets artikel 2 bestemmer under »Principper for indgåelse af kontrakter«, at »de ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

3. Direktivets artikel 28 bestemmer under »Anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog«:

»For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18 af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) (herefter »direktivet« eller »direktiv 2004/18«).

3 — Lov om offentlige aftaler vedtaget ved lovdekret nr. 2006-975 af 1.8.2006 (*Journal officiel de la République française* (Den Franske Republiks officielle tidende) nr. 179 af 4.8.2006, s. 11627), som trådte i kraft den 1.9.2006 (herefter »CMP 2006«).

4 — Disse vedrører offentlige kontrakter for tjenesteydelser, vareindkøb eller bygge- og anlægsarbejder og benævnes også »udbud for designløsninger« eller »kontrakter vedrørende projektdefinition«. Det bemærkes, at der i dette tilfælde kun er tale om en procedure med flere *definitionsaftaler* — der finder anvendelse, såfremt betingelserne i artikel 73, stk. 3, i CMP 2006 er opfyldt — og ikke en, hvor en enkelt definitionsaftale tildeles.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

4. Medlemsstaterne skulle inden den 31. januar 2006 sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet.

B — *Nationale bestemmelser*

5. CMP 2006, der trådte i kraft den 1. september 2006, fastsætter bl.a. følgende:

»Artikel 73

Såfremt den ordregivende myndighed ikke kan angive formålene med og de præstationer, en kontrakt skal opfylde, de teknikker, der kan anvendes, samt de menneskelige og materielle ressourcer, der er behov for, kan den anvende *definitionsaftaler*.

Formålet med disse kontrakter er at undersøge mulighederne og betingelserne for at indgå en kontrakt efterfølgende, i givet fald ved fremlæggelse af en model eller en demonstrator. Kontrakterne skal også give mulighed for at vurdere og beregne foranstaltningernes prisniveau og de forskellige etaper i gennemførelsesplanerne.

Inden for rammerne af en enkelt procedure tildeles opfyldelsen af kontrakten efter adskillige *definitionsaftaler*, som har samme formål og er tildelt samtidigt, efter at være blevet åbnet for konkurrence, der er begrænset til indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler*, i overensstemmelse med følgende bestemmelser:

1º Den offentlige bekendtgørelse definerer formålet med de *definitionsaftaler*, som tildeles samtidigt, og formålet med den efterfølgende *udførelsesaftale*.

2º Den offentlige bekendtgørelse definerer kriterierne for udvælgelsen af ansøgninger. De pågældende kriterier tager

hensyn til den kapacitet og kompetence, som kræves af ansøgerne, både hvad angår *definitionsaftalerne* og den efterfølgende *udførelsesaftale*.

3° Den offentlige bekendtgørelse definerer kriterierne for udvælgelsen af bud på de *definitionsaftaler*, som tildeles samtidigt, og udvælgelsen af bud på den efterfølgende *udførelsesaftale*.

4° Værdien af de foranstaltninger, der skal sammenholdes med tærskelværdierne, tager hensyn til omkostningerne i forbindelse med undersøgelserne af definitionen og den anslåede værdi af *udførelsesaftalen*.

5° Antallet af de *definitionsaftaler*, der tildeles samtidigt inden for rammerne af denne procedure, må ikke være mindre end tre, med forbehold af et tilstrækkeligt antal ansøgere.

Aftalen eller rammeaftalen tildeles af udbudsudvalgene hos de lokale myndigheder eller efter indhentelse af en udtalelse fra statens udbudsudvalg, de offentlige sundhedsinstitutioner og de offentlige social- eller medicinsociale institutioner.«

»Artikel 74

IV. Inden for rammerne af en enkelt procedure kan aftalen eller rammeaftalen vedrørende projektledelse efter adskillige *definitionsaftaler*, som har samme formål og er tildelt samtidigt, tildeles efter at være blevet åbnet for konkurrence, der er begrænset til indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler*, i overensstemmelse med betingelserne i artikel 73, stk. 3.«

II — Proceduren

6. Kommissionen fremsendte den 18. oktober 2004 en første åbningsskrivelse til Den Franske Republik og en yderligere åbningsskrivelse den 12. december 2006. Da de franske myndigheders svar ifølge Kommissionen ikke var fyldestgørende, fremsatte den en begrundet udtalelse den 27. juni 2007. Da Kommissionen fortsat fandt, at der forelå et traktatbrud, besluttede den at anlægge denne sag. Begge parter har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 10. juni 2009.

III — Bedømmelse

A — *Parternes hovedargumenter*

7. Kommissionen har anført, at Frankrig tillader indgåelse af underhåndsaftaler — med eller uden et begrænset udbud — i tilfælde, som ikke har hjemmel i direktivet. Det er efter Kommissionens opfattelse i sagens natur umuligt, at formålet med og kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt kan fastsættes nøjagtigt på et tidspunkt, hvor projektet endnu ikke er fastsat, og hvor *definitionsaftalerne* endnu ikke er blevet udført. *Definitionsaftalen* og *udførelsesaftalen* er to aftaler, som klart kan adskilles, og må ikke tildeles ved en enkelt procedure. Ifølge Kommissionen er fremgangsmåden for tildeling af *definitionsaftaler* ikke omfattet af hverken den konkurrenceprægede dialog eller rammeaftalen som omhandlet i direktivets artikel 29 og 32 og kan ikke betragtes som en afledning af den konkurrenceprægede dialog.

8. Den franske regering har gjort gældende, at de anfægtede bestemmelser ikke er uforenelige med direktivet, der blot er et samordningsdirektiv. Den er af den opfattelse, at det er muligt, at formålet med og kriterierne for tildeling af en efterfølgende *udførelsesaftale* kan fastsættes fra *definitionsaftalernes* igangsættelse. Den har endvidere gjort gældende, at direktivet har indført to fremgangsmåder med karakteristika svarende til dem i den franske fremgangsmåde for *definitionsaftaler* — rammeaftalen og konkurrenceprægeret dialog. Fællesskabslovgiver havde således selv indført indviklede procedurer, hvori kontrakter åbnes for konkurrence i to faser, uden dog at være udtømmende.

B — *Bedømmelse*

1. Almindelige bemærkninger

9. Kommissionen har gjort gældende, at den franske lovgivning ved at opstille en sondring mellem *definitionsaftaler* og *udførelsesaftaler*, og ved under visse betingelser at tillade, at tildelingen af sidstnævnte aftaler sker til en af indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler* uden at foretage et nyt udbud, eller i det mindste et udbud begrænset til disse indehavere, tilsidesætter de grundlæggende principper om lighed og gennemsigtighed, der er en del af indholdet af direktiv 2004/18. Jeg skal her påpege, at argumentet vedrørende de *definitionsaftaler*, som ikke åbnes for nogen konkurrence, tilsyneladende vedrører ordlyden af bestemmelserne i CMP 2004 [5]. Jeg skal derfor undersøge Kommissionens argument, idet det vedrører de anfægtede bestemmelser — det vil sige CMP 2006, som havde til formål at gennemføre direktivet i national ret — hvorefter bestemmelserne åbner *udførelsesaftalerne* for konkurrence, som er begrænset til kun at omfatte indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler*, i tilfælde, som ikke har hjemmel i direktivet.

5 — Lov om offentlige aftaler vedtaget ved lovdekret nr. 2004-15 af 7.1.2004 (*Journal officiel de la République française* (Den Franske Republiks officielle tidende) nr. 6 af 8.1.2004, s. 703) (»CMP 2004«), der i mellemtiden er blevet erstattet af CMP 2006.

2. Den udtømmende karakter af direktivets artikel 28

10. I denne henseende har parterne i deres indlæg indgående diskuteret spørgsmålet om, hvorvidt listen af udbudsprocedurer for tildelingen af offentlige kontrakter, som er anført i direktivets artikel 28, er af udtømmende karakter, eftersom den klart ikke henviser til *definitionsaftaler*.

11. Her har den franske regering gjort gældende, at direktivet — henset til dets tredje betragtning og artikel 28 — ikke havde til hensigt at afskaffe alle særlige nationale procedurer. Under henvisning til Domstolens dom i sagen CEI m.fl. [6] om Rådets direktiv 71/305/EØF [7] har den franske regering gjort gældende, at »medlemsstaterne [har] bevaret retten til at opretholde eller udstede materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåden i forbindelse med offentlige kontrakter, forudsat at de herved iagttager alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser og navnlig de begrænsninger, der følger af de i traktaten knæsatte principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser« [8].

12. Direktivets genstand og anden og tredje betragtning hertil viser nemlig klart, at direktivet har til formål at samordne de nationale fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter. Direktivet tilsigter således ikke at fastsætte en harmoniseret og udtømmende fællesskabsregulering på området. Medlemsstaterne har derfor inden for rammerne af de fælles bestemmelser, som de opstiller, bevaret retten til at opretholde eller udstede materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåden i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, forudsat at de herved iagttager alle de relevante fællesskabsretlige bestemmelser. Den omstændighed, at direktivet ikke har til formål at indføre en fuldstændig harmonisering af reglerne om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, indebærer ikke, at visse bestemmelser i direktivet ikke skal forstås således, at de indeholder en udtømmende regulering af visse punkter.

13. Jeg skal for det første alene bemærke, at den franske regering ikke kan påberåbe sig dommen i sagen CEI m.fl., fordi artikel 28 i direktiv 2004/18 er væsensforskellig fra artikel 2 i direktiv 71/305 — fællesskabslovgiver har suppleret direktivets artikel 28 med et helt nyt stk. 2, som spiller en afgørende rolle i denne sag.

14. For det andet er der visse forhold, som på overbevisende måde giver anledning til at antage, at fremgangsmåderne i direktivets artikel 28 må anses for udtømmende. I almindelighed udviser ordlyden af artikel 28, stk. 2, ingen af de særlige kendetegn, som skal findes i det, der i almindelighed betegnes som en åben liste. Tværtimod opregner dette

6 — Dom af 9.7.1987, forenede sager 27/86 — 29/86, SA Constructions et entreprises industrielles »CEI« m.fl. mod Société coopérative »Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes« m.fl., Sml. s. 3347.

7 — Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

8 — Dommen i sagen CEI m.fl., nævnt i fodnote 6, præmis 15. Jf. ligeledes dom af 20.9.1988, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 20. Den franske regering har gjort gældende, at denne retspraksis kan overføres på direktiv 2004/18, navnlig som følge af, at anden betragtning til direktiv 71/305 nu er tredje betragtning til direktiv 2004/18, og artikel 2 i direktiv 71/305 nu er artikel 28 i direktiv 2004/18.

stykke ikke alene de to standardfremgangsmåder, men ligeledes to særlige fremgangsmåder, således at der ikke er mulighed for en yderligere fortolkende supplering af listen af fremgangsmåder. Direktivet indeholder heller ikke i sin helhed nogen bestemmelser, som tillader en sådan supplering.

15. Som jeg skal redegøre for i det følgende, adskiller fremgangsmåden for *definitionsaftaler* sig klart fra de procedurer, der er fastsat i direktivet, og kan ikke sidestilles med nogen af direktivets bestemmelser. Den franske regering anerkendte således udtrykkeligt i svarskriftet og duplikken, at direktivet ikke indeholder hjemmel til *definitionsaftaler*.

16. De udbudsprocedurer, som der er hjemmel til, er som følger. Som det fremgår af direktivets artikel 28, stk. 2, har fællesskabslovgiver anført to udbudsprocedurer, der som hovedregel bør følges af ordregivende myndigheder. Der er tale om offentligt udbud og begrænset udbud, og disse kan betegnes som ordinære eller normale udbudsprocedurer. Dernæst kan den konkurrenceprægede dialog anses for at udgøre en særlig eller exceptionel udbudsprocedure, hvis gennemførelse og betingelser er fastsat i direktivets artikel 29 [9]. Ligeledes kan udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, betragtes som særlig eller exceptionel af karakter under de betingelser, der er nævnt i direktivets artikel 30 og 31 [10].

17. Den franske regering har imidlertid anført, at direktivet faktisk i kapitel V med overskriften »Udbudsprocedurer« indeholder bestemmelser vedrørende særlige udbudsprocedurer, som ikke er nævnt i direktivets artikel 28. Den franske regering henviser til rammeaftaler, dynamiske indkøbssystemer og offentlige bygge- og anlægskontrakter: særlige regler vedrørende socialt boligbyggeri. Der er fastsat bestemmelser herom i henholdsvis direktivets artikel 32, 33 og 34.

18. I den forbindelse udgør rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer for det første særlige former for kontrakter eller variationer af eksisterende udbudsprocedurer. De udgør ikke særskilte nye former for procedurer om tildeling af offentlige kontrakter, der som sådan er fastsat bestemmelser for i direktivets artikel 28. Endvidere følger det af ordlyden af direktivets artikel 32, stk. 2, og artikel 33, stk. 2, at de ordregivende myndigheder skal følge de procedureregler, der er omhandlet i direktivets artikel 28. For det andet viser overskriften til artikel 34, med hensyn til reglerne vedrørende socialt boligbyggeri, klart, at bestemmelsen vedrører »særlige regler« og ikke procedureregler som sådan.

9 — Jf. P. Trepte, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, anden udg., Oxford, 2007, s. 427, fodnote 187.

10 — Denne fortolkning bekræftes af de *forberedende* retsakter til direktivet. Det forklares i direktivforslaget, med henblik på at begrunde ordlyden af direktivets artikel 28, at »[d]er er indføjet et nyt stk. 2, der udtrykkeligt nævner princippet om, at de ordinære udbudsprocedurer er offentlige udbud og begrænsede udbud. Et nyt stk. 3 [, der til sidst blev slået sammen med stk. 2,] præciserer undtagelsen, nemlig at de ordregivende myndigheder kun kan anvende udbud med forhandling i de særlige tilfælde og under de særlige omstændigheder, der er nævnt i artikel 29, 30 og 31«.

Artikel 34 udgør snarere en undtagelse fra bestemmelserne om den generelle udbudsprocedure. Selve eksistensen af direktivets artikel 34 og de i bestemmelsen fastsatte særlige regler peger da også i retning af, at listen af udbudsprocedurer i direktivets kapitel V må anses for udtømmende.

19. Jeg skal herved bemærke, at den franske regering i sine anbringender også har henvist til berettigelsen og begrundelsen for fremgangsmåden for *definitionsaftaler*, særligt i relation til komplekse kontrakter, hvor ordregivende myndigheder »ikke kan angive formålene med og de præstationer, en kontrakt skal opfylde, de teknikker, der kan anvendes, samt de menneskelige og materielle ressourcer, der er behov for« [11]. Som det fremgår af forarbejderne til dette direktiv, var fællesskabslovgiver klar over dette problem [12]. Som følge heraf inddrog fællesskabslovgiver blandt procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter en ny procedure i form af konkurrencepræget dialog, men den traf ikke beslutning om at medtage proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* [13].

20. Desuden forsøger den franske regering også at forsvare sin sag ved at gøre gældende, at *definitionsaftaler* skal anses for at svare til to procedurer, som findes i direktivet — rammeaftalen og den konkurrenceprægede dialog. Hvad angår førstnævnte, kan dens åbning for konkurrence opdeles i to faser, hvor den sidste fase åbnes for konkurrence for indehaverne af den første kontrakt, og som giver den mulighed for at præcisere indholdet af den anden kontrakt. Hvad angår sidstnævnte giver proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* en kontraherende myndighed mulighed for at fastlægge betingelserne i en kontrakt, hvis udvælgelseskriterier var blevet fastlagt. Ifølge den franske regering indførte fællesskabslovgiver således komplekse procedurer, hvor kontrakter åbnes for konkurrence i to faser, uden dog at være udtømmende.

21. En sådan argumentation kan ikke tiltrædes. Det er tilstrækkeligt at minde om, at den franske regering ikke har bestridt, at proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* hverken er omfattet af den konkurrenceprægede dialog eller rammeaftalen som omhandlet i direktivets artikel 29 og 32. Konkurrencepræget dialog og rammeaftaler udgør former for kontrakter, som er underlagt særlige bestemmelser. Fællesskabslovgiver har ved at anerkende disses specifikke karakter fastsat regler, som sikrer, at principperne i direktivets artikel 2 fortsat overholdes.

22. Såfremt listen i direktivets artikel 28 anses for udtømmende, har den franske regering subsidiært gjort gældende, at proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* skal betragtes som en afledning af proceduren med konkur-

11 — Jf. artikel 73 i CMP 2006.

12 — Det anføres på side 6 i direktivforslaget, at »i forbindelse med særligt komplekse indkøb […] [kender] indkøberne […] deres behov, men ikke på forhånd […] den mest velegnede tekniske løsning, der kan tilfredsstille behovene. I sådanne tilfælde er en diskussion om kontrakten og en dialog mellem køber og leverandør derfor nødvendig. Imidlertid giver de almindelige udbudsprocedurer i de »klassiske« direktiver […] kun ringe spillerum for en diskussion i hele forløbet med kontraktildelingen, og de betragtes derfor som utilstrækkeligt fleksible i sådanne situationer«.

13 — En af årsagerne hertil kan være, at medtagelsen af *definitionsaftaler* ikke blev fundet nødvendig, eftersom den pågældende procedure kan minde noget om den nye konkurrenceprægede dialog — gennemført i fransk ret i artikel 67 i CMP 2006 som en fuldstændigt selvstændig procedure — som tilsyneladende skal løse dette problem.

rencepræget dialog. Det fremgår, at den franske regering først i svarskriftet til Domstolen gjorde dette anbringende »subsidiært« gældende. Indtil da havde den pågældende regering forsvaret den modsatte opfattelse, hvorefter *definitionsaftaler* ikke var omfattet af proceduren med konkurrencepræget dialog eller reguleret i direktivet. De selv samme anbringender har således givet anledning til adskillige forskelle mellem de to procedurer. Under alle omstændigheder mener jeg, at det pågældende argument ikke hjælper den franske regerings sag. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at de to procedurer adskiller sig fra hinanden på mange vigtige punkter, ikke mindst fordi den konkurrenceprægede dialog er en procedure for tildeling af en enkelt kontrakt, hvorimod proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* har til formål at tildele to kontrakter, hvor den anden kontrakt tildeles efter at være blevet åbnet for konkurrence, der er begrænset til indehaverne af den oprindelige kontrakt.

3. Ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og på en gennemsigtig måde

23. Under alle omstændigheder skal jeg bemærke, at denne procedure, selv om man accepterer den betragtning, at man under visse betingelser kan tilpasse de i direktivets artikel 28 nævnte udbudsprocedurer, i kraft af arten og den måde, proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* fungerer på, ikke alene ikke kan klassificeres under direktivets artikel 28, men er i strid med principperne i direktivets anden betragtning og artikel 2 [14].

24. I modsætning til det, den franske regering har anført, har Kommissionen efter min opfattelse med rette anført, at det næsten pr. definition er umuligt, at formålet med og kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt (*udførelsesaftale*) kan fastsættes nøjagtigt på et tidspunkt, hvor selve projektet endnu ikke er fastsat, og hvor *definitionsaftalerne* endnu ikke er blevet udført. *Definitionsaftalen* og *udførelsesaftalen* er to former for offentlige kontrakter, som klart kan adskilles, hvilket tilsyneladende aldrig er blevet anfægtet af den franske regering. Hver aftale har sit eget formål og sine egne tildelingskriterier, og af disse grunde bør de derfor hver især overholde direktivet og må ikke tildeles ved en enkelt procedure. Med andre ord bør *udførelsesaftalen*, eftersom den har et selvstændigt formål og tildelingskriterier, undergives konkurrence og ikke blot forbeholdes indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler*.

14 — Min opfattelse har tilsyneladende støtte i den franske juridiske litteratur. Jf. senest f.eks. P.-Y. Monjal, »Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude«, *Revue du Droit de l'Union européenne*, nr. 4, 2008, s. 729-738. Jf. ligeledes, i en sag, som vedrører *definitionsaftaler*, f.eks. Conseil d'État dom af 3.3.2004, nr. 258272, »Société Mak System«.

25. Domstolen fastslog i sagen Kommissionen mod Frankrig (»Le Mans«) [15], at »den franske regering har […] gjort gældende, at den mulighed, der er fastsat i bekendtgørelsen […], for at tildele kontrakten for anden fase til vinderen af projektkonkurrencen, fritager den ordregivende myndighed for pligten til at offentliggøre en ny bekendtgørelse ved indgåelsen af denne kontrakt«. Domstolen fastslog derefter, at »dette argument kan ikke tiltrædes. Princippet om ligebehandling af de forskellige tjenesteydere […] og det princip om gennemsigtighed, der følger heraf […] *kræver således, at hver kontrakts genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart*« [16].

26. Domstolen fortsatte i samme dom: »Der må opstilles et sådant krav, eftersom en kontrakts genstand og de kriterier, der vælges til brug for tildelingen af kontrakten, skal anses for at være forhold, der er afgørende, når det skal bestemmes, hvilken af de i direktivet fastsatte fremgangsmåder der skal anvendes, og vurderes, om de krav, der gælder særskilt for den således valgte procedure, er overholdt.« Domstolen konkluderede herefter, at »i den foreliggende sag følger det af det anførte, at den blotte mulighed for, at kontrakten vedrørende den anden fase tildeles på grundlag af kriterier, der er fastsat for en anden kontrakt, nemlig den, der omhandles i den første fase, ikke kan sidestilles med en indgåelse af førstnævnte kontrakt i overensstemmelse med en af fremgangsmåderne i direktivet«.

15 — Dom af 14.10.2004, sag C-340/02, Sml. I, s. 9845, også benævnt »*La Chauvinière*«-sagen, præmis 33-36 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Min fremhævelse.

27. I den foreliggende sag har den franske regering i svarskriftet til Domstolen selv erkendt, at Domstolen i ovennævnte dom »gav en negativ bedømmelse vedrørende en procedure, som svarer til »den for *definitionsaftaler*««. Efter min mening er det klart, at *definitionsaftaler* som hovedregel ikke tillader, at den anden kontrakts (dvs. *udførelsesaftalen*) formål, udvælgelseskriterier og tildeling fastsættes oprindeligt med tilstrækkelig præcision for at opfylde kravene i ovennævnte dom. Grunden hertil er den omstændighed, at formålet med de oprindelige *definitionsaftaler* netop er at afgrænse formålet med og udbudsbetingelserne i den efterfølgende *udførelsesaftale*.

28. Følgelig er proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* i henhold til de anfægtede bestemmelser i strid med det princip om gennemsigtighed, der er knæsat i direktivets artikel 2. Denne procedure skaber en retsusikkerhed for såvel ordregivende myndigheder som økonomiske aktører på grund af den risiko for retstvister, som er iboende heri.

29. Den franske regering har anfægtet argumentet i punkt 27 ovenfor og anført, at formålet med *definitionsaftaler* kun er at fastlægge alle de tekniske specifikationer i den efterfølgende kontrakt og ikke dens formål. Jeg skal hertil imidlertid blot bemærke, at selve ordlyden af artikel 73 i CMP 2006 ikke støtter dette: Artikel 73, stk. 2,

bestemmer, at »formålet med disse kontrakter er at undersøge mulighederne og betingelserne for at indgå en kontrakt efterfølgende, i givet fald ved fremlæggelse af en model eller en demonstrator«. Hertil kommer, at selv om det i visse tilfælde kan tænkes, at *definitionsaftaler* blot fastlægger de tekniske specifikationer, giver den pågældende procedure reelt mulighed for at supplere udbudsbetingelserne i *udførelsesaftalen* eller endog udarbejde dem fuldt ud.

30. Den franske regering understreger endvidere, at det er muligt at fastlægge formålet med og kriterierne i den efterfølgende *udførelsesaftale* fra *definitionsaftalernes* igangsættelse. Argumentet lyder, at der er mange tilfælde, hvor udvælgelseskriterierne for ansøgninger til *udførelsesaftaler* er tilstrækkeligt selvstændige i forhold til *definitionsaftalerne* til, at førstnævnte allerede kan fastlægges på tidspunktet for *definitionsaftalerne*. Den franske regering har i sit indlæg for Domstolen givet tre eksempler herpå.

31. Jeg skal under alle omstændigheder for det første bemærke, at den franske regering under retsmødet har indrømmet, at der i realiteten opstår problemer — der er utvivlsomt tilfælde, hvor *definitionsaftalerne* ikke udelukkende har til formål at fastlægge de tekniske specifikationer, men i stedet bruges til at udarbejde udbudsbetingelserne i *udførelsesaftalen*. Tre eksempler herpå blev fremlagt af Kommissionen for Domstolen. Den franske regering har efter min opfattelse ikke ført bevis for, at de anfægtede bestemmelser altid og under alle omstændigheder giver mulighed for at sikre tilstrækkelig gennemsigtighed og klarhed, således at »[*udførelsesaftalens*] genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart« [17]. Under alle omstændigheder opfylder en ren generel definition, såsom »byfornyelse af byområde X« — hvilket meget ofte tilsyneladende er den eneste mulige definition, som kan gives på tidspunktet for licitationen af *definitionsaftalerne* — på ingen måde Domstolens krav i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig (»Le Mans«) [18].

32. Sidst, men ikke mindst skal jeg understrege, at proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* bygger på en skævhed. Mens det samlede indhold af direktivet er rettet mod at fremme, at konkurrencen mellem økonomiske aktører beskyttes, retter *definitionsaftalerne* sig kun mod en bestemt form for økonomisk aktør — nemlig kun dem, der udelukkende har evner til både konstruktions- og fremstillingsmåde. Proceduren for tildeling af *definitionsaftaler* indebærer efter sin art en sådan foreløbig udvælgelse blandt de potentielle økonomiske aktører. Jeg anser dette for at være i strid med formålet med EF-

17 — Nævnt i fodnote 15, præmis 34.

18 — Nævnt i fodnote 15. Jf. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 448: »De nuværende direktiver indeholder ikke noget udtrykkeligt krav om præcise specifikationer i offentlige eller begrænsede udbud. Gennemsigtighedsprincippet kan imidlertid medføre et sådant krav. Det er f.eks. formodentligt ikke tilstrækkeligt blot at angive et krav i en udbudsprocedure om »en skole« uden at give klare oplysninger om f.eks. antallet af elever eller den vigtigste type faciliteter, som er nødvendige. Der skal foreligge rimelig præcision, senest på tidspunktet for udbydelsen i licitation.«

reglerne om offentlige aftaler. Jeg skal fastslå, at uanset hvordan *definitionsaftaler* udformes i en bestemt sag, vil den i proceduren angivne løsning altid føre til et udbud af begrænset art.

33. Det følger af det ovenfor anførte, at de anfægtede bestemmelser tillader indgåelse af aftaler med et begrænset udbud i tilfælde, som ikke har hjemmel i direktivet, og at de ikke er begrundet ifølge de i direktivet hjemlede undtagelser.

IV — Sagens omkostninger

34. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand herom, og da Den Franske Republik har tabt sagen, mener jeg, at sidstnævnte bør pålægges at betale sagens omkostninger.

V — Forslag til afgørelse

35. Henset til ovennævnte betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2, 28 og 31 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet den har vedtaget og opretholdt artikel 73 og 74-IV i code des marchés

publics (lov om offentlige aftaler), vedtaget ved lovdekret nr. 2006-975 af 1. august 2006, i det omfang disse bestemmelser fastsætter en fremgangsmåde for *definitionsaftaler* (offentlige kontrakter om udformning af parametrene for, herunder formålet med, tjenesteydelser, vareindkøb eller bygge- og anlægsarbejder), som giver en ordregivende myndighed mulighed for at tildele en aftale om tjenesteydelser, vareindkøb eller bygge- og anlægsarbejder til en af indehaverne af de oprindelige *definitionsaftaler* ved et udbud, der er begrænset til disse indehavere.

2) Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.«