FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JÁN MAZÁK

föredraget den 22 september 2009 [1]

1. Kommissionen har genom förevarande talan enligt artikel 226 EG yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 31 i direktiv 2004/18/EG [2] genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics [3] (lagen om offentlig upphandling, nedan kallade de omtvistade bestämmelserna), i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av så kallade *marchés de définition,* [4] enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela ett *marché d'exécution* (ett kontrakt avseende byggentreprenader, varor och tjänster) till en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de défintion* utan någon ny anbudsinfordran, eller på sin höjd efter en anbudsinfordran som är begränsad till de nyssnämnda innehavarna.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

2. I artikel 2 i direktivet, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

3. I artikel 28 i direktivet, med rubriken ”Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog”, föreskrivs följande:

”Vid offentlig upphandling skall en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — 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) (nedan kallat direktivet eller direktiv 2004/18).

3 — Lagen om offentlig upphandling som antogs genom dekret nr 2006-975 av den 1 augusti 2006 (*Republiken Frankrikes officiella tidning* nr 179 av den 4 augusti 2006, s. 11627) och som trädde i kraft den 1 september 2006 (nedan kallad CMP 2006).

4 — Det är fråga om offentliga kontrakt genom vilka ramarna, inbegripet syftet, för ett kontrakt avseende byggentreprenader, varor och tjänster fastställs. De brukar även kallas ”anbud avseende utformningen av projektet (design solutions tender)” eller ”kontrakt för att definiera projektet (project definition contracts)”. Jag noterar att i förevarande fall är det endast fråga om förfarandet avseende tilldelningen av flera *marchés de définition* – vilka är tillämpliga när rekvisiten i artikel 73.3 CMP 2006 är uppfyllda – och inte förfarandet avseende tilldelningen av ett enda *marché de définition*.

Den skall vid denna offentliga upphandling tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. Under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29 får en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa den konkurrenspräglade dialogen. I de särskilda fall och under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artiklarna 30 och 31, får den tillämpa det förhandlade förfarandet med eller utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.”

4. Medlemsstaterna skulle sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa direktivet senast den 31 januari 2006.

B — *Den nationella rätten*

5. I CMP 2006, som trädde i kraft den 1 september 2006, föreskrivs bland annat följande:

”Artikel 73

Om den upphandlande myndigheten inte kan fastställa de mål och resultat som ska uppnås med kontraktet, vilken teknik som ska användas, samt den personal och de materiella resurser som erfordras, får den använda sig av *marchés de définition.*

Syftet med ett sådant förfarande är att utforska möjligheterna och villkoren för att i ett senare skede upprätta ett kontrakt, om nödvändigt genom att en modell tillverkas eller genom förevisning av en demonstratör. Det ska vara möjligt att uppskatta och beräkna prisnivån för kontrakten enligt de villkor som uppställs, samt för de olika stegen i genomförandet av kontraktet.

De kontrakt som är nödvändiga för att genomföra ett eller flera *marchés de défintion* med samma föremål, vilka genomförs samtidigt, ska tilldelas inom ramen för ett enda förfarande under vilket endast innehavarna av *marchés de définition* ska bjudas in att lämna anbud. Följande bestämmelser gäller för detta förfarande:

1) I meddelandet om offentlig upphandling anges föremålet för de *marchés de définition* som tilldelats samtidigt och föremålet för det *marché d'exécution* som ska tilldelas därefter.

2) I meddelandet om offentlig upphandling anges urvalskriterierna för ansökning-

arna. I kriterierna ska det tas hänsyn till den kapacitet och det kunnande som krävs [av] anbudssökandena … avseende såväl *marchés de définition* som det *marché d'exécution* som ska tilldelas därefter.

3) I meddelandet om offentlig upphandling anges urvalskriterierna för anbuden avseende de *marchés de définition* som tilldelas samtidigt och urvalskriterierna för anbuden avseende det *marché d'exécution* som tilldelas därefter.

4) Vid fastställandet av det belopp för tjänsterna som ska jämföras med tröskelvärden ska det tas hänsyn till kostnaden för studier avseende utformningen och den uppskattade kostnaden för *marché d'exécution*.

5) Antalet *marchés de définition* som tilldelas samtidigt enligt detta förfarande får inte understiga tre stycken, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal anbudssökande.

Kontraktet eller ramavtalet tilldelas av upphandlingskommittén för de lokala myndigheterna eller efter yttrande av den statliga upphandlingskommittén, hälso- och sjukvårdsmyndigheternas upphandlingskommitté och upphandlingskommittén för de offentliga organ som har sociala – eller medicinsk-sociala uppgifter.

Artikel 74

IV. Det kontrakt eller ramavtal avseende projektledning som följer på flera *marchés de définition* som har samma föremål och som genomförs samtidigt får tilldelas enligt ett enda förfarande efter det att innehavarna av *marchés de définition* inbjudits till anbudsgivning enligt de villkor som föreskrivs i artikel 73.3."

II — Förfarandet

6. Den 18 oktober 2004 sände kommissionen en formell underrättelse till Republiken Frankrike. Kommissionen sände sedan ytterligare en formell underrättelse den 12 december 2006. Eftersom kommissionen inte var nöjd med Republiken Frankrikes svar riktade den ett motiverat yttrande till staten den 27 juni 2007. Kommissionen ansåg att fördragsbrott fortfarande förelåg och var inte nöjd med de svar den erhållit. Kommissionen beslutade därför att väcka förevarande talan. Båda parter yttrade sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 10 juni 2009.

III — Bedömning

A — *Parternas huvudsakliga argument*

7. Kommissionen har gjort gällande att Frankrike har tillåtit att kontrakt tilldelas enligt ömsesidiga överenskommelser eller med begränsad konkurrensutsättning i fall som inte föreskrivs i direktivet. Enligt kommissionen är det per definition omöjligt att exakt fastställa föremålet och tilldelningskriterierna för ett offentligt kontrakt vid en tidpunkt när projektet ännu inte är bestämt och när *marchés de définition* ännu inte har genomförts. Ett *marché de définition* och ett *marché d'exécution* är två fullständigt olika typer av offentliga kontrakt. De kan inte tilldelas genom ett och samma förfarande. Enligt kommissionen omfattas *marchés de définition* varken av den konkurrenspräglade dialogen eller av ramavtalen enligt artiklarna 29 och 32 i direktivet. *Marchés de définition* kan inte heller anses vara härledda från den konkurrenspräglade dialogen.

8. Den franska regeringen har gjort gällande att de omtvistade bestämmelserna inte är oförenliga med direktivet, som endast är ett samordningsdirektiv. Enligt den franska regeringen är det möjligt att fastställa föremålet och kriterierna för det *marché d'exécution* som ska tilldelas senare redan då förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* inleds. Den franska regeringen har vidare gjort gällande att det i direktivet föreskrivs två förfaranden som har kännetecken som motsvarar det franska förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*, nämligen ramavtalet och den konkurrenspräglade dialogen. Gemenskapslagstiftaren själv har således inrättat komplicerade upphandlingsförfaranden i enlighet med vilka inbjudan till anbudsgivning sker i två steg, utan att för den skull vara uttömmande.

B — *Bedömning*

1. Allmänna överväganden

9. Kommissionen har hävdat att genom att göra en åtskillnad mellan *marchés de définition* och *marchés d'exécution* och genom att under vissa förutsättningar tillåta att de sistnämnda kontrakten tilldelas en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* utan någon ny anbudsinfordran, eller på sin höjd genom en anbudsinfordran som är begränsad till innehavarna av dessa kontrakt, åsidosätter de franska bestämmelserna de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet som följer av direktivet. Det ska härvid påpekas att argumentet att det inte sker någon anbudsinfordran vid tilldelningen av *marchés de définition* synes hänföra sig till ordalydelsen i bestämmelserna i CMP 2004. [5] Jag kommer därför att pröva kommissionens argument i den del som det hänför sig till de omtvistade bestämmelserna – det vill säga CMP 2006, genom vilken direktivet skulle införlivas med den nationella rätten. Argumentet avser således det förhållandet att de omtvistade bestämmelserna innebär att den anbudsinfordran som sker för tilldelningen av *marchés d'exécution* är begränsad till innehavarna av *marchés de définition* och att detta sker i fall som inte föreskrivs i direktivet.

5 — Lagen om offentlig upphandling, som antogs genom dekret nr 2004-15 av den 7 januari 2004 (*Republiken Frankrikes officiella tidning* nr 6 av den 8 januari 2004, s. 703) (nedan kallad CMP 2004). Lagen ersattes sedan av CMP 2006.

2. Huruvida artikel 28 i direktivet är uttömmande

10. I sina yttranden har parterna utförligt diskuterat huruvida förteckningen över förfaranden vid offentlig upphandling i artikel 28 i direktivet är uttömmande. *Marchés de définition* anges nämligen inte i förteckningen.

11. Den franska regeringen har i detta avseende framhållit att enligt skäl 3 i ingressen till direktivet och artikel 28 avser inte direktivet att upphäva samtliga särskilda nationella förfaranden. Frankrikes regering har med hänvisning till domstolens dom i målet CEI och Bellini, [6] som avsåg direktiv 71/305/EEG, [7] hävdat att ”medlemsstaterna … får behålla eller anta materiella och processuella regler om offentlig upphandling, under förutsättning att alla relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser iakttas, särskilt de förbud som följer av fördragets principer om etableringsrätt och friheten att tillhandahålla tjänster”. [8]

12. Det framgår tydligt av direktivets titel, samt av skälen 2 och 3 i inledningen till detsamma, att direktivets syfte är att samordna nationella förfaranden vid offentlig upphandling. I direktivet föreskrivs därför inte någon enhetlig eller uttömmande uppsättning regler på området. Medlemsstaterna får följaktligen, inom ramen för de gemensamma regler som direktivet innehåller, behålla eller anta materiella och processuella regler om offentlig upphandling, under förutsättning att alla relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser iakttas. Den omständigheten att direktivet inte har inneburit en fullständig harmonisering av bestämmelserna om förfarandena för offentlig upphandling betyder emellertid inte att inte vissa av direktivets bestämmelser ska förstås så, att de innehåller en uttömmande reglering av vissa frågor.

13. Det räcker att konstatera att den franska regeringen inte kan åberopa den rättspraxis som följer av domen i målet CEI och Bellini, eftersom artikel 28 i direktiv 2004/18 skiljer sig påtagligt från artikel 2 i direktiv 71/305. Gemenskapslagstiftaren har nämligen infört en helt ny andra punkt i artikel 28 i direktivet, vilken har stor betydelse i förevarande mål.

14. Vidare talar vissa omständigheter för att det görs en uttömmande uppräkning av förfarandena i artikel 28 i direktivet. Ordalydelsen i artikeln uppvisar inte några kännetecken på vad som kan liknas vid en icke uttömmande förteckning. I artikel 28 föreskrivs tvärtom såväl två allmänna förfarandena som två särskilda förfaranden. Det lämnas således inte något utrymme för att

6 — Dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, CEI och Bellini (REG 1987, s. 3347).

7 — Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

8 — -Se domen i målet CEI och Bellini (ovan fotnot 6), punkt 15. Se även dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 20. Frankrikes regering har gjort gällande att denna rättspraxis kan åberopas inom ramen för direktiv 2004/18 i synnerhet eftersom det andra skälet i inledningen till direktiv 71/305 har samma lydelse som skäl 3 i inledningen till direktiv 2004/18, och eftersom artikel 2 i direktiv 71/305 har samma lydelse som artikel 28 i direktiv 2004/18.

tolka bestämmelsen på så vis att även andra upphandlingsförfaranden omfattas. Direktivet som sådant innehåller inte heller någon annan bestämmelse som möjliggör en sådan tolkning.

15. Jag kommer nedan att redogöra för den omständigheten att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* tydligt avviker från de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktivet och att det inte omfattas av någon av direktivets bestämmelser. Den franska regeringen har dessutom i sitt svaromål och i sin duplik uttryckligen medgett att det inte finns några föreskrifter om *marchés de définition* i direktivet.

16. I direktivet föreskrivs följande förfaranden. Som huvudregel har gemenskapslagstiftaren, såsom tydligt framgår av artikel 28.2 i direktivet, föreskrivit två upphandlingsförfaranden som de upphandlande myndigheterna ska följa. Det är fråga om öppna eller selektiva förfaranden, även kallade allmänna eller normala förfaranden. Den konkurrenspräglade dialogen kan anses utgöra ett särskilt förfarande eller ett förfarande som tillämpas i undantagsfall. I artikel 29 i direktivet föreskrivs genomförandet av och villkoren för det sistnämnda förfarandet. [9] Likaså kan det förhandlade förfarandet, oavsett om ett meddelande om upphandling har offentliggjorts eller inte, anses utgöra ett särskilt förfarande eller ett förfarande som tillämpas i undantagsfall enligt de villkor som föreskrivs i artiklarna 30 och 31 i direktivet. [10]

17. Den franska regeringen har emellertid gjort gällande att det i kapitel V, med rubriken ”Förfaranden”, föreskrivs vissa upphandlingsförfaranden som inte nämns i artikel 28 i direktivet. Den franska regeringen har härvid hänvisat till ramavtal, dynamiska inköpssystem och offentliga byggentreprenadkontrakt, som avser särskilda regler för socialt betingade bostadsprojekt. Dessa förfaranden föreskrivs i artiklarna 32, 33 respektive 34 i direktivet.

18. Ramavtal och dynamiska inköpssystem utgör särskilda former av kontrakt eller varianter av de föreliggande förfarandena. De utgör inte nya former av upphandlingsförfaranden, vilka skiljer sig från de i artikel 28 i direktivet föreskrivna förfarandena. Det framgår dessutom av ordalydelsen i artiklarna 32.2 och 33.2 i direktivet att upphandlande myndigheter ska följa de förfarandebestämmelser som anges i artikel 28 i direktivet. Vad avser regler för socialt betingade bostadsprojekt gäller följande. Det framgår tydligt av rubriken till artikel 34 att de avser ”särskilda

9 — Se Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, andra upplagan, Oxford 2007, s. 427, fotnot 187.

10 — Denna tolkning finner stöd i förarbetena till direktivet. I förslaget till direktivet anges, som motivering till ordalydelsen i artikel 28 i direktivet, att ”[p]unkt 2 har tillkommit. I den förklaras principen om att en upphandlande myndighet skall använda det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. Punkt 3 har tillkommit [som sedermera slogs ihop med punkt 2]. I den anges undantaget att offentliga upphandlare endast får använda förhandlat förfarande under de omständigheter som anges i artiklarna 29, 30 och 31.”

regler” och inte förfarandebestämmelser som sådana. Detta förfarande utgör snarare ett undantag till bestämmelserna om det allmänna förfarandet. Den omständigheten att artikel 34 i direktivet och de särskilda regler som föreskrivs däri överhuvudtaget förekommer talar för att förteckningen över upphandlingsförfaranden i kapitel V i direktivet ska anses vara uttömmande.

19. Det ska därvid noteras att den franska regeringen i sina yttranden även har framhållit fördelarna med och anledningen till att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* har inrättats, i synnerhet med avseende på komplicerade upphandlingar där de upphandlande myndigheterna ”inte kan fastställa de mål och de resultat som kontraktet ska uppnå, vilken teknik som ska användas, samt … de … resurser som erfordras”. [11] Det framgår av förarbetena till direktivet att gemenskapslagstiftaren hade kännedom om dessa problem. [12] Till följd av detta införde gemenskapslagstiftaren ett nytt upphandlingsförfarande i form av den konkurrenspräglade dialogen. Gemenskapslagstiftaren beslutade däremot inte att införa förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*. [13]

20. Den franska regeringen har därutöver försvarat sin ståndpunkt genom att framhålla att *marchés de définition* är att likställa med de två förfaranden som föreskrivs i direktivet, det vill säga ramavtalet och den konkurrenspräglade dialogen. Inbjudan till anbudsgivning kan delas upp i två steg även vad avser ramavtalet. Den inbjudan till anbudsgivning som sker i det andra steget är begränsad till innehavarna av det första kontraktet, vilket gör det möjligt att närmare precisera villkoren för det andra kontraktet. Enligt förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* får den upphandlande myndigheten, i likhet med vad som gäller för den konkurrenspräglade dialogen, uppställa villkor för ett kontrakt vars urvalskriterier redan har fastställts. Enligt den franska regeringen har gemenskapslagstiftaren följaktligen inrättat komplicerade upphandlingsförfaranden i enlighet med vilka inbjudan till anbudsgivning sker i två steg, utan att för den skull vara uttömmande.

21. Det argumentet kan inte godtas. Det räcker här att påpeka att den franska regeringen inte har bestritt att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* varken omfattas av den konkurrenspräglade dialogen eller av ramavtalet i den mening som avses i artiklarna 29 och 32 i direktivet. Den konkurrenspräglade dialogen och ramavtalet är former av kontrakt som är föremål för särskilda bestämmelser. Gemenskapslagstiftaren var medveten om deras speciella karaktär och föreskrev bestämmelser vilka säkerställer att de principer som anges i artikel 2 i direktivet även fortsättningsvis kommer att iakttas.

22. Den franska regeringen har i andra hand gjort gällande, för det fall förteckningen

11 — Se artikel 73 CMP 2006.

12 — I förslaget till direktivet, sidan 6, konstateras att ”inköpare – framför allt inom särskilt komplexa sektorer … vet vilka deras behov är men [vet] ej på förhand … vilken teknisk lösning som bäst svarar mot behoven. Inköpare och leverantörer har därför i sådana fall behov av att kunna diskutera kontraktet och i övrigt föra en dialog. De allmänna upphandlingsförfarandena enligt de ’klassiska’ direktiven … medger emellertid bara ett mycket begränsat utrymme för diskussioner under upphandlingens gång och uppfattas därmed som alltför rigida i dessa situationer.”

13 — Ett av skälen till detta skulle kunna vara att det inte ansågs vara nödvändigt att inbegripa *marchés de définition*, eftersom detta upphandlingsförfarande liknar det nya förfarandet avseende den konkurrenspräglade dialogen, som införlivats i fransk rätt genom artikel 67 CMP 2006 som ett självständigt upphandlingsförfarande. Syftet med den konkurrenspräglade dialogen förefaller vara att lösa samma problem.

i artikel 28 i direktivet ska anses vara uttömmande, att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* ska anses vara härlett från förfarandet för den konkurrenspräglade dialogen. Det förefaller som om den franska regeringen anförde detta andrahandsargument för första gången i sitt svaromål. Dessförinnan argumenterade den franska regeringen snarare för den motsatta ståndpunkten, nämligen att *marchés de définition* inte omfattas av förfarandet för den konkurrenspräglade dialogen och att de inte föreskrivs i direktivet. I yttrandena har flera skillnader avseende de två förfarandena påtalats. Jag anser att i vilket fall stöder inte detta argument den franska regeringens ståndpunkt. Det räcker att påpeka att de två förfarandena skiljer sig från varandra i viktiga avseenden, inte minst därför att den konkurrenspräglade dialogen utgör ett upphandlingsförfarande där ett enda kontrakt tilldelas, medan förfarandet för tilldelningen av *marchés de définition* avser tilldelningen av två kontrakt, varav det andra tilldelas efter en inbjudan till anbudsgivning, vilken är begränsad till innehavarna av kontraktet i det inledande förfarandet.

3. Principen om likvärdig och icke-diskriminerande behandling av ekonomiska aktörer och öppenhetsprincipen.

23. Frankrikes regering har argumenterat för att förteckningen över förfaranden i artikel 28 i direktivet kan avpassas under vissa förutsättningar, med hänsyn till beskaffenheten och det sätt på vilket förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* fungerar. Även om detta argument skulle godtas, omfattas inte detta förfarande av artikel 28 i direktivet, och det strider dessutom mot de principer som det hänvisas till i skäl 2 i ingressen till direktivet och i artikel 2 i direktivet. [14]

24. Jag anser, i motsats till vad den franska regeringen har anfört, att kommissionen med rätta har gjort gällande att det i praktiken är omöjligt att exakt fastställa föremålet och tilldelningskriterierna för ett offentligt kontrakt *(marché d'exécution)* vid en tidpunkt då projektet ännu inte är bestämt och då *marchés de définition* ännu inte har genomförts. Ett *marché de définition* och ett *marché d'exécution* är två mycket olika offentliga kontrakt, vilket inte har bestritts av den franska regeringen. De har var sitt föremål och var sina tilldelningskriterier, vilket innebär att båda kontrakten måste vara förenliga med bestämmelserna i direktivet. De kan därmed inte tilldelas genom ett enda förfarande. Det borde med andra ord göras en anbudsinfordran *avseende marché d'exécution.* Anbudsinfordran bör inte vara begränsad till innehavarna av *marchés de définition*, eftersom ett *marché d'exécution* har ett eget föremål och egna tilldelningskriterier.

14 — Min ståndpunkt finner stöd i fransk doktrin. Se bland annat, nyligen, Monjal, P.-Y., "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, sidorna 729–738. Se även, bland annat, avseende ett mål om *marchés de définition*, dom av franska Conseil d'État av den 3 mars 2004, nr 258272, i målet Société Mak System.

25. I domen i målet kommissionen mot Frankrike (Le Mans) [15] slog domstolen fast att ”[d]en franska regeringen har … hävdat att möjligheten att tilldela vinnaren i idétävlingen kontraktet för den andra etappen, såsom angetts i meddelandet … undantog den upphandlande myndigheten från skyldigheten att publicera ett nytt meddelande före tecknandet av det kontraktet”. Domstolen slog vidare fast att ”[d]et argumentet kan inte godtas. Principen om likabehandling av de olika tjänsteleverantörerna … och principen om öppenhet som följer därav … *medför krav på att föremålet för varje kontrakt liksom kriterierna för dess tilldelning är klart definierade.*” [16]

26. Domstolen konstaterade därefter i samma dom att ”[e]tt sådant krav gäller eftersom föremålet för ett kontrakt, liksom de kriterier som fastställts för dess tilldelning, måste betraktas som avgörande faktorer för att bestämma vilket av de förfaranden som föreskrivs i direktivet som skall tillämpas och för att bedöma om de krav som gäller för det aktuella förfarandet är uppfyllda”. Av detta drog domstolen slutsatsen att ”i det här fallet [är inte] enbart möjligheten att tilldela kontraktet för den andra etappen enligt kriterier som ställts upp för ett annat kontrakt – det som avsåg den första etappen … att jämställa med att ingå kontraktet enligt ettdera av de förfaranden som föreskrivs i direktivet”.

15 — Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-340/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-9845) (även kallat Chauvinièremålet), punkterna 33–36 och där angiven rättspraxis.

16 — Min kursivering.

27. Frankrikes regering har i förevarande fall i sitt svaromål till domstolen själv medgett att i domen i det ovannämnda målet ”biföll inte domstolen talan avseende ett förfarande som liknar [förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*]”. Det är enligt min uppfattning tydligt att som huvudregel gäller att *marchés de définition* inte gör det möjligt att i det inledande skedet med tillräcklig klarhet fastställa föremålet samt urvals- och tilldelningskriterierna för det andra kontraktet *(marché d'exécution)* på så sätt att kraven i den ovannämnda domen är uppfyllda. Anledningen till detta är att syftet med det inledande förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* i själva verket är att definiera föremålet och villkoren för anbuden avseende det *marché d'exécution* som tilldelas därefter.

28. Förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* enligt de omtvistade bestämmelserna står följaktligen i strid med den öppenhetsprincip som föreskrivs i artikel 2 i direktivet. Genom detta förfarande skapas det rättsosäkerhet för både de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska operatörerna, på grund av att det föreligger risk för rättsliga tvister.

29. Den franska regeringen har bestritt argumentet i punkt 27 ovan och gjort gällande att syftet med förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* endast är att fastställa samtliga tekniska specifikationer med avseende på det senare kontraktet och inte dess föremål. Det räcker i detta avseende att konstatera att själva ordalydelsen i artikel 73 CMP 2006 inte ger stöd för den ståndpunkten.

I artikel 73.2 föreskrivs att ”syftet med ett sådant förfarande är att utforska möjligheterna och villkoren för att i ett senare skede upprätta ett kontrakt, om nödvändigt genom att en modell tillverkas eller genom förevisining av en demonstratör”. Det kan i vissa fall förhålla sig så, att det i *marchés de définition* endast anges vilka tekniska specifikationer som gäller. Det aktuella förfarandet gör det emellertid möjligt att komplettera eller fullständigt upprätta upphandlingsvillkoren för *marché d'exécution.*

30. Den franska regeringen har vidare gjort gällande att det är möjligt att fastställa föremålet och kriterierna för det *marché d'exécution* som ska tilldelas senare redan när förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* inleds. I många fall är nämligen urvalskriterierna för ansökningarna avseende *marché d'exécution* tillräckligt oberoende från *marchés de définition* för att det förstnämnda kontraktet ska kunna fastställas redan under skedet med *marchés de définition.* I sina yttranden till domstolen har den franska regeringen lämnat tre exempel på sådana fall.

31. Jag vill påpeka att vid förhandlingen har den franska regeringen medgett att det uppkommer problem. Det finns visserligen fall där förfarandet för tilldelningen av *marchés de définition* inte endast har till syfte att fastställa de tekniska specifikationerna, utan att komplettera eller fullständigt upprätta upphandlingsvillkoren för *marché d'exécution*. Kommissionen har vid domstolen anfört tre exempel på sådana fall. Jag anser inte att den franska regeringen har styrkt att de omtvistade bestämmelserna gör det möjligt att i alla fall förfara på ett öppet och tillräckligt tydligt sätt så att det säkerställs att ”föremål[et] [för *marché d'exécution*] liksom kriterierna för dess tilldelning är klart definierade”. [17] En allmän definition såsom ”utveckling av stadsdelen X”, vilket oftast tycks vara den enda möjliga definition som kan ges vid anbudsinfordran under förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*, uppfyller i vart fall inte de krav som domstolen uppställt i domen i målet kommissionen mot Frankrike (Le Mans). [18]

32. Det är slutligen av vikt att framhålla att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* grundar sig på en inbyggd partiskhet. Direktivets andemening är att säkerställa att konkurrensen mellan ekonomiska aktörer främjas. Det definierade förfarandet riktar sig emellertid endast till en viss kategori av ekonomiska aktörer, nämligen till dem som både har möjlighet att utforma projektet och att genomföra det. Vid förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* görs ett förhandsurval bland de potentiella ekonomiska aktörerna. Jag anser att detta står i strid med syftet med gemenskapsbestäm-

17 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 15), punkt 34.

18 — Se Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, sidan. 448: ”i dessa direktiv … föreskrivs inte uttryckligen krav på att det ska fastställas exakta specifikationer i öppna eller selektiva förfaranden. Sådana krav kan emellertid anses följa av öppenhetsprincipen. Det är till exempel troligtvis inte godtagbart att endast fastställa upphandlingsvillkor avseende ’en skola’ utan att tydligt ange, bland annat, antalet elever och vilken typ av anläggningar som erfordras. Upphandlingsvillkoren ska ha definierats på ett tillfredsställande sätt senast vid inbjudan till anbudsgivning.”

melserna om offentlig upphandling. Det är uppenbart att oavsett hur förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* förlöper i ett visst fall, leder förfarandet alltid till ett begränsat upphandlingsförfarande.

33. Det följer av det ovan anförda att enligt de omtvistade bestämmelserna är det tillåtet att tilldela kontrakt med begränsad konkurrensutsättning i fall som inte föreskrivs i direktivet. De omtvistade bestämmelserna omfattas inte heller av någon av de undantag som föreskrivs i direktivet.

IV — Rättegångskostnader

34. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Frankrike ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Frankrike i huvudsak har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

V — Förslag till avgörande

35. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen

— fastställer att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 31 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics (lagen om offentlig upphandling), som antogs genom dekret nr 2006-975 av den 1 augusti 2006, i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av *marchés de définition* (offentliga kontrakt genom vilka ramarna, inbegripet syftet, för kontrakten

avseende byggentreprenader, varor och tjänster fastställs), enligt vilket den upphandlande myndigheten genom en anbudsinfordran som är begränsad till dem som tilldelats *marchés de définition* får tilldela ett kontrakt avseende byggentreprenader, varor och tjänster till innehavarna av sådana kontrakt, och

— förpliktar Republiken Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.