FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 24. februar 2000 *

1. Denne sag drejer sig om, hvordan værdien af en bygge- og anlægskontrakt skal beregnes for at fastslå, om den er omfattet af fællesskabsbestemmelserne om udbudsprocedurer. Spørgsmålet er, om alle eller nogle af en række kontrakter på elforsynings- og vejbelysningsarbejde, som skal udføres i en række lokalområder inden for det samme forvaltningsområde, skal lægges sammen ved anvendelsen af Rådets direktiv 93/98/EØF [1] (herefter »direktivet«), når de, om end de indgås af særskilte lokale myndigheder, kontrolleres og koordineres af ét enkelt organ, som er oprettet af disse myndigheder for at yde teknisk og administrativ bistand, når deres indhold i vidt omfang er identisk inden for samme netkategori og svarer til hinanden kategorierne imellem, når arbejdet skal udføres i det samme tidsrum, og når udbudsbekendtgørelserne offentliggøres på samme tid.

Relevante bestemmelser i direktivet

2. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2, artikel 14, stk. 1, 10 og 13, samt artikel 21, 24 og 25. En række af de i artikel 1 og 2 angivne definitioner er også relevante.

3. I artikel 1, nr. 1), defineres bl.a. »offentlige myndigheder« som »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer«. Ifølge artikel 2, stk. 1, gælder direktivet for »ordregivere: a) der er offentlige myndigheder... og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2...« Disse former for virksomhed omfatter tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af elektricitet eller forsyning af disse net med elektricitet.

* — Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

4. I artikel 4, stk. 2, bestemmes: »Ordregiverne drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.«

5. I artikel 14 hedder det:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på aftaler, hvis anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager:

...

c) 5 000 000 ECU for bygge- og anlægskontrakter.

...

10. Værdien af en bygge- og anlægskontrakt med henblik på anvendelse af stk. 1 skal beregnes ud fra arbejdets samlede værdi. Ved et arbejde forstås resultatet af et hele af bygge- og anlægsarbejder, der i sig selv skal opfylde en økonomisk og teknisk funktion.

Når en vareleverance, et arbejde eller en tjenesteydelse opdeles i flere delleverancer eller delarbejder, skal værdien af hver enkelt delleverance eller delarbejde tages i betragtning ved beregningen af den i stk. 1 nævnte værdi. Er den samlede værdi af delleverancerne eller delarbejderne lig med eller større end den i stk. 1 nævnte værdi, finder bestemmelserne i dette stykke anvendelse på samtlige delleverancer eller delarbejder. For så vidt angår bygge- og anlægskontrakter kan ordregiverne dog fravige bestemmelserne i stk. 1, når det drejer sig om delarbejder, hvis anslåede værdi eksklusive moms er på under 1 000 000 ECU, når den samlede værdi af disse delarbejder ikke derved overstiger 20% af arbejdernes samlede værdi.

...

13. Ordregiverne må ikke omgå dette direktiv ved at opdele kontrakterne eller ved at anvende særlige metoder til at beregne kontrakternes værdi.«

6. Direktivets artikel 21, 24 og 25 findes i afsnit IV, »Udbudsprocedurer«. I artikel 21, stk. 1, foreskrives, at udbud skal ske ved en bekendtgørelse, som er affattet i overensstemmelse med et af bilagene til direktivet, og som offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (herefter »EFT«) i overensstemmelse med artikel 21, stk. 5. Det for denne sag relevante bilag er bilag XII, hvor det detaljeret angives, hvilke oplysninger der skal gives. Ifølge artikel 24, stk. 1, skal ordregivere, der har indgået en kontrakt, senest to måneder

efter indgåelsen meddele Kommissionen resultatet af udbudsproceduren, ligeledes ved en bekendtgørelse affattet i overensstemmelse med et af bilagene (i dette tilfælde bilag XV), som offentliggøres i EFT i overensstemmelse med artikel 24, stk. 2. Ifølge artikel 25, stk. 1, skal ordregiverne kunne fremlægge bevis for, hvornår de har afsendt begge de ovenfor nævnte former for bekendtgørelse. Artikel 25, stk. 5, forbyder offentliggørelse på anden måde, før bekendtgørelserne er blevet sendt til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer.

Faktiske omstændigheder

7. I det franske departement Vendée har en række kommunale myndigheder oprettet *syndicats intercommunaux* (fælleskommunale sammenslutninger) til forvaltning af deres elnet[2]. I 1950 oprettede samtlige *syndicats intercommunaux* og to individuelle kommuner (herefter under ét »lokale sammenslutninger«) et *syndicat départemental*. Det har i dag navnet Syndicat Départemental d'Électrification de la Vendée og betegnes også med akronymet Sydev[3]. Dermed ophørte de lokale sammenslutninger ikke med at eksistere, men Sydev overtog ansvaret for nogle af deres opgaver. Det fremgår af dokumenter fremlagt af den franske regering, at Sydev's beføjelser i det for sagen relevante tidsrum (1994-1995) var reguleret i en *arrêté préfectoral* (præfektbekendtgørelse) af 3. oktober 1960, om end de relevante bestemmelser senere blev ændret (i 1997).

8. Ifølge artikel 1 i præfektbekendtgørelsen af 1960 skulle Sydev bl.a.:

»1. i fællesskab udøve de rettigheder med hensyn til produktion, transport, distribution og anvendelse af elektrisk energi, som ved lov eller anden form for forskrift er tillagt de lokale myndigheder, navnlig lov af 8. april 1946 om nationalisering af elektricitets- og gasforsyningen, og løse de opgaver, der påhviler sammenslutningens *syndicats* og kommuner

2. gennemføre en fælles tilrettelæggelse af de tjenesteydelser, som medlemmerne skal

2 — Skønt hverken Kommissionen eller den franske regering har givet Domstolen en nærmere redegørelse for de relevante retsforskrifter, forholder det sig tilsyneladende normalt således på dette område i Frankrig — som i det væsentlige reguleres i en lov af 15.6.1906 og en lov af 8.4.1946 — at det er de lokale myndigheder, som er ansvarlige for elforsyningen i deres respektive områder. De tildeler, på standardvilkår, koncessioner til det statslige selskab Électricité de France (EDF), der så godt som har monopol på at fremstille og levere elektricitet i dette land. Jf. f.eks. J. Bergougnoux og W. Varoquaux: »Caractéristiques du service public de l'électricité«, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (CJEG), 1987, Librairies Techniques, Paris, s. 811, P. Sablière: »Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribution publique d'électricité«, CJEG, 1993, s. 1, og P. Sablière: »Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique«, CJEG, 1995, s. 87.

3 — Denne måde at organisere sig på synes at være reglen i Frankrig, jf. commissaire du gouvernement Devillers' forslag til afgørelse i SIEP c/État et SDE, Cour administrative d'appel de Nantes, 17.9.1997, CJEG, 1998, s. 398.

stille til rådighed, for at sikre en effektiv drift og den bedst mulige distribution af elektriciteten

3. i almindelighed interessere sig for og deltage i enhver form for aktivitet, som vedrører elektricitet og anvendelsen heraf, inden for rammerne af gældende love og bestemmelser«.

9. Artikel 2 indeholder en ikke-udtømmende opregning af de opgaver, Sydev skulle løse for at gennemføre disse målsætninger. De består i: at repræsentere de deltagende myndigheder, at organisere administrative, juridiske og tekniske planlægnings- og forskningstjenester, at udarbejde en generel opgørelse over departementets behov og varetage de almindelige og periodiske bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med kommunernes elektricitetsinfrastruktur, at harmonisere elektricitetsafgifterne, at indgå aftaler med de koncessionerede elproducenter og at iværksætte tekniske og finansielle foranstaltninger.

10. I henhold til Sydev's vedtægter fra 1997, men ikke i henhold til præfektbekendtgørelsen af 1960, skal Sydev både fungere som *maître d'œuvre* (tilsynsførende/leder) og *maître d'ouvrage* (ordregivende myndighed) på sine medlemmers vegne.

11. Den 21. december 1994 sendte Sydev en række udbudsbekendtgørelser vedrørende bygge- og anlægskontrakter, hvoraf 37 er omhandlet i den foreliggende sag, til offentliggørelse i *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (den officielle franske tidende vedrørende kontrakter angående offentlige bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, herefter »BOAMP«)[4]. Kontrakterne vedrørte vedligeholdelses- og udvidelsesarbejder, der skulle gennemføres i en treårig periode på de eksisterende el- og/eller vejbelysningsnet, som Sydev's medlemmer havde ansvaret for. Alle udbudsbekendtgørelserne blev offentliggjort i BOAMP den 12. januar 1995.

12. De bekendtgørelser, som den foreliggende sag drejer sig om, vedrører 20 af Sydev's 23 medlemmer og omfatter i alle undtagen tre tilfælde såvel elforsyningssom vejbelysningsarbejder for hvert enkelt medlem. Udtrykt i tal dækker de således omkring 80% af el- og vejbelysningsnettene i departementet.

13. I samtlige bekendtgørelser vedrørende de omhandlede 37 kontrakter, som blev offentliggjort i BOAMP, var Sydev angivet som »ordregivende myndighed«, og bud skulle sendes til Sydev's afdeling for bygge- og anlægsarbejder på dennes adresse, idet den lokale sammenslutnings navn dog skulle tilføjes i hvert enkelt tilfælde. De arbejder, som skulle udføres på elnettene, var beskrevet enslydende i samtlige bekendtgørelser. De vedrørte »elforsynings-

4 — Kommissionen har under hele den administrative procedure og i sine skriftlige indlæg henvist til 36 kontrakter. Da antallet af kontrakter, som der blev givet meddelelse om i BOAMP, overstiger dette tal, har Domstolen anmodet om en præcisering. Kommissionen har svaret, at den har identificeret 37 kontrakter, som den mener er relevante for sagen, og den franske regering har ikke bestridt denne afgrænsning af sagens genstand.

arbejderne samt de heraf følgende arbejder, f.eks. anlæg af telefonnettet, kabel-tv-nettet og det offentlige højttalernet«. Også de arbejder, som skulle udføres på vejbelysningen, var beskrevet enslydende i samtlige bekendtgørelser, nemlig som »arbejde på vejbelysningen og de heraf følgende arbejder, som f.eks. det offentlige højttalernet«.

14. I størstedelen af de i BOAMP offentliggjorte bekendtgørelser var den anslåede værdi af hver enkelt treårig kontrakt lavere end den tærskelværdi på 5 000 000 ECU (som på tidspunktet for de faktiske omstændigheder svarede til 33 966 450 FRF) [5], som er afgørende for, om direktivet finder anvendelse på bygge- og anlægskontrakter. Kontrakternes samlede værdi udgjorde imidlertid 609 000 000 FRF (483 000 000 FRF for elforsyningskontrakternes og 126 000 000 FRF for vejbelysningskontrakternes vedkommende). Den anslåede værdi af én af elforsyningskontrakterne og af 13 af vejbelysningskontrakterne var lavere end den tærskelværdi på 1 000 0000 ECU (som på tidspunktet for de faktiske omstændigheder svarede til 6 793 308 FRF), som er afgørende for anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen i anden halvdel af artikel 14, stk. 10 ... andet afsnit finder anvendelse, for så vidt den samlede værdi af disse kontrakter heller ikke overstiger 20% af de pågældende delarbejders samlede værdi.

15. I fem tilfælde oversteg den anslåede værdi af elforsyningskontrakterne dog tærskelværdien på 5 000 000 ECU. Sydev fremsendte for disse kontrakter og for én kontrakt, hvis værdi var en smule lavere end tærskelværdien (30 000 000 FRF), bekendtgørelser til offentliggørelse i EFT. Skønt anmodningerne om offentliggørelse var udfærdiget på Sydev's brevpapir, var der på bekendtgørelserne først angivet navnet på den pågældende lokale sammenslutning og derefter en oplysning om, at Sydev ville føre tilsyn med arbejdet. Udbuddene skulle ligeledes sendes til Sydev på Sydev's adresse, idet den lokale sammenslutnings navn skulle tilføjes i hvert enkelt tilfælde. De seks bekendtgørelser blev offentliggjort i EFT den 6. januar 1995 [6]. De fremsendte oplysninger (som var identiske med de i BOAMP offentliggjorte) var imidlertid utilstrækkelige til, at samtlige rubrikker i bilag XII til direktivet kunne udfyldes. Sydev var i alle tilfælde angivet som ordregivende myndighed og i alle undtagen ét tilfælde ledsaget af navnet på den pågældende lokale sammenslutning.

16. Tildelingen af kontrakterne fandt sted efter en procedure, der bestod af tre trin. Det fremgår af det referat, som den franske regering har fremlagt af udbudsproceduren, at der først blev opstillet en liste over de af de bydende, som havde fremlagt samtlige attester for, at de opfyldte de administrative krav og havde kapacitet til at udføre de pågældende arbejder. Derefter udvalgtes en af de bydende, sandsynligvis den, som havde afgivet det mest fordelagtige bud. Buddene var udformet som en forskel i procent i forhold til de foreslåede prislister. Det bud, hvis pris var den laveste, blev accepteret i samtlige de tilfælde, for hvilke der er fremlagt dokumentation. Endelig ville den bydende, som opnåede tilslag, få

5 — Jf. Kommissionens meddelelse af 18.12.1993 (EFT C 340, s. 10).

6 — EFT S 3, s. 211, 212 og 213.

ordre på udførelse af de pågældende arbejder i løbet af den treårige periode.

17. Tilslagsbekendtgørelserne vedrørende de 37 kontrakter i denne sag, herunder de seks udbud, som blev offentliggjort i EFT, blev offentliggjort i BOAMP den 29. september 1995. I alle tilfælde var Sydev angivet som »ordregiver«. For ingen af kontrakterne blev der sendt en tilslagsbekendtgørelse til offentliggørelse i EFT. Det fremgår af tilslagsbekendtgørelserne, at det i samtlige tilfælde var en virksomhed med en lokal adresse, der var blevet tildelt kontrakten. Dog var i det mindste nogle af de bydende, som havde opnået tilslag, større virksomheder med filialer over hele Frankrig. Som Kommissionen har anført i stævningen, opnåede fire af disse også tilslag i forbindelse med tilsvarende kontrakter i Dordogne. I 10 af de 17 tilfælde, hvor der skulle udføres både elforsynings- og vejbelysningsarbejde for den samme lokale sammenslutning, blev den samme bydende tildelt begge kontrakter. I tre tilfælde deltes en af kontrakterne med en anden bydende, og i de resterende fire blev der tildelt forskellige bydende særskilte kontrakter. Sammenlagt var der for de 37 kontrakter 10 bydende, som opnåede tilslag, og deres »succesrate« varierede fra en enkelt delt kontrakt til otte fulde og to delte kontrakter og fra 6 000 000 FRF til 114 000 000 FRF plus en andel af 48 000 000 FRF.

18. Den franske regering har for tre af de lokale sammenslutninger, på hvis vegne der (for så vidt angår elforsyningskontrakten) blev offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EFT, fremlagt referater af tilslagsprocedurerne vedrørende elforsynings- og vejbelysningskontrakterne. Det fremgår ikke heraf, om nogen virksomheder uden for det lokale område afgav bud (der angives ikke nogen adresser), men det kan konstateres: i) at samtlige referater har det samme format med navnet Sydev angivet foroven, ii) at det i de almindelige betingelser i udbudsbekendtgørelserne er anført, at »arbejdet skal udføres på sammenslutningens område. Sydev giver senere den udvalgte entreprenør en nøjagtig beskrivelse af det arbejde, der skal udføres ['des ouvrages à construire']«, iii) at medlemmerne af det organ, som åbnede og traf afgørelse om buddene, varierede, alt efter hvilken lokal sammenslutning der var tale om (en repræsentant for Sydev var til stede i nogle, men ikke i alle tilfælde), og at buddene blev åbnet på forskellige dage eller tidspunkter, iv) at listerne over bydende inden for de tre lokale sammenslutninger og de to kontraktkategorier inden for hver enkelt af disse indbyrdes svarer til hinanden, men ikke er identiske, samt v) at hver enkelt bydendes bud på den samme form for arbejde i forskellige områder ikke var identiske i alle tilfælde.

Den administrative procedure og retsforhandlingerne

19. Efter at være blevet gjort opmærksom på, at ovennævnte procedure kunne være i strid med fællesskabsretten, tilstillede Kommissionen den 17. januar 1996 Den Franske Republik en åbningsskrivelse, hvori den gjorde gældende, at der for særskilte del-

arbejder var blevet udfærdiget særskilte kontrakter, at to tredjedele af disse kontrakter ikke var blevet bekendtgjort i EFT, og at der var blevet fulgt en forkert procedure. Den franske regering benægtede dette, hvorefter Kommissionen den 7. april 1997 i henhold til EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF) fremsatte en begrundet udtalelse, hvori den påstod: i) at der var blevet givet ukorrekte oplysninger om arbejdets omfang og dermed sket en forskelsbehandling af bydende fra andre medlemsstater, ii) at ét enkelt arbejde var blevet opdelt under påskud af geografiske og tekniske årsager for at undgå offentliggørelse af en række delarbejder i EFT, iii) at begreberne »ordregiver«, »sammenslutning af ordregivere«, »delarbejder« og »kontrakter« var blevet anvendt forkert, og iv) at den fulgte procedure ikke var i overensstemmelse med direktivet.

20. Den 22. januar 1998 anlagde Kommissionen den foreliggende sag, hvori den har nedlagt påstand om, at det fastslås, at »Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 2, artikel 14, stk. 1, 10 og 13, samt artikel 21, 24 og 25 i Rådets direktiv 93/38/EØF i forbindelse med den udbudsprocedure med henblik på tildeling af kontrakter på elforsynings- og vejbelysningsarbejder, som blev indledt af Syndicat départemental d'électrification de la Vendée i december 1994«. Kommissionen og den franske regering afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 16. november 1999.

Vurdering

Spørgsmålet om, hvorvidt direktivet finder anvendelse

21. De kontrakter, som det drejer sig om, blev bekendtgjort og tildelt i begyndelsen af 1995. Det fremgår klart af Domstolens dom i sag C-311/96, Kommissionen mod Frankrig [7], at direktivet på det tidspunkt endnu ikke var blevet gennemført i Frankrig. Der er enighed om, at de relevante myndigheder skulle have efterkommet det, og at Kommissionen er berettiget til at anlægge sag vedrørende et konkret tilfælde af manglende overholdelse af et direktiv, som endnu ikke er blevet gennemført [8].

De påtalte overtrædelser

22. Kommissionen har i det væsentlige fremsat to påstande. Den har først og fremmest hævdet, at Sydev under påskud af såvel geografiske som tekniske årsager opdelte, hvad der i direktivets forstand var én enkelt bygge- og anlægskontrakt, i et antal mindre kontrakter. Dermed omgik Sydev for størstepartens vedkommende forpligtelsen til at bekendtgøre kontrakten i EFT, vildledte potentielle bydende med

7 — Dom af 29.5.1997, Sml. I, s. 2939.

8 — Jf. dom af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 19-23.

hensyn til arbejdets virkelige omfang og fik, navnlig til ugunst for bydende fra andre medlemsstater, det til at fremstå væsentligt mindre interessant for andre end lokale virksomheder at afgive bud. For det andet har Kommissionen hævdet, at de udbudsbekendtgørelser, der blev sendt til offentliggørelse i EFT, var ufuldstændige, og at der ikke blev fremsendt nogen tilslagsbekendtgørelser.

Manglende meddelelse af visse oplysninger og manglende fremsendelse af tilslagsbekendtgørelser

23. Den franske regering har stort set ikke bestridt den sidstnævnte påstand, hvorefter der foreligger en tilsidesættelse af direktivets artikel 21 (med hensyn til, at der manglede en række oplysninger, som skulle have været indeholdt i de bekendtgørelser, der blev sendt til EFT) og artikel 24 og 25 [9]. Den har medgivet, at de fremsendte oplysninger var ufuldstændige, og at der ikke blev fremsendt nogle tilslagsbekendtgørelser. Det er således ubestridt, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 21, stk. 1, og artikel 24, stk. 1 og 2, idet den for de seks i EFT bekendtgjorte udbud ikke har meddelt samtlige de oplysninger, som skal gives i henhold til bilag XII, og idet den ikke har givet oplysning om tildelingen af de pågældende kontrakter.

24. På baggrund af indrømmelsen af, at der ikke blev fremsendt andre bekendtgørelser end de seks offentliggjorte udbud, finder jeg det imidlertid ikke nødvendigt eller hensigtsmæssigt, at Domstolen konstaterer, at der i strid med direktivets artikel 25, stk. 1, ikke er blevet fremlagt bevis for, hvornår bekendtgørelserne er blevet afsendt. Artikel 25, stk. 5, er heller ikke blevet tilsidesat for så vidt angår de fremsendte bekendtgørelser, idet de for Domstolen fremlagte dokumenter godtgør, at dokumenterne blev afsendt til EFT og BOAMP den samme dag.

Rækkevidden af påstanden om den særskilte behandling af kontrakterne

25. Hovedspørgsmålet går på, om kontrakterne skulle have været lagt sammen i henhold til artikel 14, stk. 10, og/eller om opdelingen af dem var ulovlig i henhold til artikel 14, stk. 13, idet det i alle tilfælde konkret medførte, at der ikke blev offentliggjort bekendtgørelser i EFT i en situation, hvor dette ifølge artikel 21 skal ske.

26. Den franske regering er af den opfattelse, at alle kontrakterne med rette er blevet behandlet som særskilte kontrakter, der vedrører særskilte arbejder.

27. Kommissionen finder, at kontrakterne ifølge direktivet skulle have været behandlet som dele af én og samme bygge- og anlægskontrakt. De skulle ikke have været behandlet særskilt, uanset om dette skete

9 — Jf. punkt 6 ovenfor.

på geografisk grundlag (særskilte kontrakter for hver enkelt lokal sammenslutning) eller på teknisk grundlag (særskilte kontrakter for henholdsvis elforsyning og vejbelysning).

28. Kommissionens påstand har tre mulige varianter: a) elforsynings- og vejbelysningsarbejdet skulle have været behandlet som en helhed inden for hver enkelt lokal sammenslutning, men ikke inden for departementet, b) samtlige elforsyningsarbejder og samtlige vejbelysningsarbejder skulle have været behandlet som to særskilte helheder inden for hele departementet, og c) samtlige arbejder, uanset arten, skulle have været behandlet som én helhed inden for hele departementet. Derudover er der, naturligvis, den mulighed, som den franske regering har argumenteret for.

29. Af de 37 bekendtgørelser, som er omhandlet i denne sag, repræsenterede fem en anslået værdi af over 5 000 000 ECU. Disse fem og yderligere én (som alle vedrørte elforsyningskontrakter) blev rent faktisk offentliggjort i EFT. 14 bekendtgørelser (som alle undtagen én vedrørte vejbelysningskontrakter) repræsenterede beløb på under 1 000 000 ECU.

30. Hvis elforsynings- og vejbelysningskontrakterne var blevet lagt sammen inden for hver enkelt lokal sammenslutning (for så vidt en sådan opdeling var berettiget af geografiske, men ikke af tekniske grunde), ville værdien kun i ét tilfælde være nået over tærsklen på 5 000 000 ECU — og i det pågældende tilfælde blev der rent faktisk offentliggjort en bekendtgørelse i EFT vedrørende elforsyningskontrakten (30 000 000 FRF), idet vejbelysningskontrakten repræsenterede under 1 000 000 ECU og 20% af det samlede beløb inden for den pågældende lokale sammenslutning. Hvis det derfor blev fastslået, at opdelingen i særskilte kontrakter for hver enkelt lokal sammenslutning var berettiget, men at opdelingen i elforsynings- og vejbelysningsarbejde ikke var berettiget, ville overtrædelsen således begrænse sig til, at der ikke var blevet offentliggjort en indkaldelse af bud på vejbelysningsarbejdet for de resterende fem lokale sammenslutninger, for hvilke der var blevet offentliggjort bekendtgørelser vedrørende elforsyningskontrakterne, og hvor værdien af vejbelysningskontrakterne oversteg 1 000 000 ECU.

31. Hvis samtlige kontrakter inden for departementet derimod blev lagt sammen inden for hver enkelt kategori (hvis en opdeling var berettiget af tekniske, men ikke af geografiske grunde), ville begge kategorier klart overskride tærsklen på 5 000 000 ECU. Én elforsyningskontrakt (til en værdi af 6 000 000 FRF) ville i så fald ikke have været omfattet af kravet om offentliggørelse, da den ville have ligget under tærskelværdien på 1 000 000 ECU og 20% af elforsyningskontrakternes samlede beløb. De af vejbelysningskontrakterne, som ligger under tærskelværdien, repræsenterer tilsammen over 20% af vejbelysningskontrakternes samlede beløb, men indtil seks af disse kunne have været undtaget fra offentliggørelseskravet, inden man havde nået denne procentdel (ca. 25 000 000 FRF). Hvis en opdeling var berettiget af tekniske, men ikke af geografiske grunde, ville overtrædelsen derfor vedrøre 12 elforsyningskontrakter og 12 vejbelysningskontrakter.

32. Endelig ville ingen af de 14 kontrakter under tærskelværdien på 1 000 000 ECU være omfattet af offentliggørelseskravet, hvis samtlige kontrakter i begge kategorier blev lagt sammen inden for departementet (for så vidt en opdeling var uberettiget af såvel tekniske som geografiske grunde), idet de tilsammen ville beløbe sig til mindre end 20% af den samlede værdi. Overtrædelsen ville i så fald vedrøre 12 elforsyningskontrakter, men kun fem vejbelysningskontrakter.

33. Da de tre muligheder for sammenlægning fører til forskellige resultater, må begge former for opdeling undersøges.

Artikel 14, stk. 10, og artikel 14, stk. 13: sammenlægning og opdeling

34. Jeg erindrer om, at direktivet ifølge artikel 14, stk. 1, finder anvendelse på bygge- og anlægskontrakter til en anslået værdi af mindst 5 000 000 ECU. Når et arbejde er opdelt i flere delarbejder, er det ifølge artikel 14, stk. 10, den samlede værdi af samtlige delarbejder, der skal tages i betragtning ved anvendelsen af artikel 14, stk. 1. Artikel 14, stk. 13, foreskriver, at ordregiverne ikke kan omgå direktivet ved at opdele kontrakterne.

35. Det kunne tænkes, at disse bestemmelser i artikel 14, stk. 10, og artikel 14, stk. 13, udtrykker den samme regel med forskelligt ordvalg. Jeg mener imidlertid, at der skal sondres imellem dem.

36. I artikel 14, stk. 10, angives en række rent objektive kriterier, på grundlag af hvilke det kan fastslås, om direktivet finder anvendelse. Begrebet »et arbejde« defineres, og det er den samlede værdi af dette arbejde, der i givet fald skal beregnes ved at sammenlægge værdien af de enkelte delarbejder, som det eventuelt er opdelt i, der afgør, om direktivets bestemmelser skal overholdes.

37. Derimod indfører artikel 14, stk. 13, et subjektivt element. Her anvendes udtrykket at »omgå« direktivet gennem bestemte former for adfærd, nemlig ved at opdele kontrakterne eller anvende særlige metoder til at beregne deres værdi. Det ligger i dette ordvalg, at den valgte adfærd indebærer en vis grad af forsæt. Omgåelse, og de tilsvarende udtryk i andre sprogudgaver, indebærer en bevidst adfærd, ikke en tilfældig måde at undgå direktivet på. Både opdeling af kontrakterne og anvendelse af særlige beregningsmetoder kræver en vis hensigt fra den persons side, der foretager opdelingen eller beregningen.

38. Det forholder sig imidlertid også således, at artikel 14, stk. 13, i direktiv 93/38 synes at stå i modsætning til den tilsvarende bestemmelse (artikel 6, stk. 4) i direktiv

93/37/EØF [10], som blev vedtaget samme dag. Heri bestemmes: »Intet bygge- og anlægsarbejde og ingen kontrakt må opdeles *med henblik på at undgå*, at arbejdet eller kontrakten omfattes af dette direktiv« (min fremhævelse). Jeg mener dog, at denne forskel er uvæsentlig. Betydningen er den samme, og intet tyder på, at lovgiver har ønsket at fjerne elementet af forsæt i relation til forbuddet. Havde dette været tilfældet, ville man givet have anvendt et mere neutralt ordvalg. Det kan i denne forbindelse bemærkes, at det i Kommissionens »Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af bygge- og anlægsopgaver«, som er blevet fremlagt på Domstolens anmodning, anføres om forbuddet i direktiv 93/37, at det »tager sigte på enhver form for opdeling, der ikke er objektivt begrundet, og hvis eneste formål altså er at omgå direktivets bestemmelser«.

39. Jeg er derfor af den opfattelse, at der ikke kan konstateres en tilsidesættelse af artikel 14, stk. 13, når der ikke foreligger forsæt.

40. Endvidere er det ifølge artikel 14, stk. 13, ikke tilladt at »opdele« kontrakterne. Dette begreb fremhæver ikke blot kravet om forsæt, men forudsætter, at der foreligger en kontrakt, som under normale forhold ville være blevet behandlet som en helhed, men som — på unormal måde — er blevet opdelt i særskilte kontrakter.

10 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

41. Har Kommissionen godtgjort, at de omhandlede kontrakter normalt ville være blevet behandlet som en helhed af de pågældende sammenslutninger, men at de bevidst blev opdelt for at undgå, at direktivet fandt anvendelse?

42. Det mener jeg ikke.

43. Der er tværtimod ikke blevet fremlagt noget bevis for, at Sydev's eller de forskellige lokale sammenslutningers praksis i relation til de i sagen omhandlede kontrakter på nogen måde var anderledes, end den ellers ville have været. De dokumenter, som den franske regering har fremlagt, stemmer overens med dens påstand om, at den fulgte fremgangsmåde var den normale i Vendée, og Kommissionen har ikke fremlagt bevis for det modsatte. Under retsmødet pegede den franske regering på, at en mere diskret måde ville være blevet tilstræbt, hvis det havde været hensigten at omgå direktivet.

44. Kommissionens henvisninger til den praksis, som er blevet fulgt i to andre departementer, er ikke særlig relevante i denne forbindelse, da det ikke er blevet påvist, at der findes en fast praksis, som

følges konsekvent i hele Frankrig [11]. Det er heller ikke relevant, om, som påstået af Kommissionen, sund fornuft dikterer, at elforsyning og vejbelysning behandles samlet — dette behandler jeg mere indgående i forbindelse med artikel 14, stk. 10 — medmindre det godtgøres, at de bevidst blev adskilt stik imod et sådant princip. Desuden er sund fornuft ofte en vanskelig rettesnor.

45. For at det kunne konstateres, at artikel 14, stk. 13, er blevet tilsidesat, ville det skulle godtgøres, at der forelå forsæt til at omgå direktivets bestemmelser, eventuelt på grundlag af, at der var sket en afvigelse fra den praksis, som ellers ville været blevet fulgt. Kommissionen har ikke fremlagt noget konkret bevis herfor, og jeg mener heller ikke, at en sådan konklusion kan udledes af omstændighederne som helhed, hvilket jeg behandler mere udførligt nedenfor. Jeg mener derfor ikke, at Domstolen i denne sag bør fastslå, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 14, stk. 13.

46. Ovenstående udelukker imidlertid ikke, at direktivets bestemmelser i henhold til direktivets artikel 14, stk. 10, af objektive grunde burde have fundet anvendelse, og at Den Franske Republik muligvis har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til denne artikel. Derfor spiller undersøgelsen af denne bestemmelse en afgørende rolle i min vurdering.

Den ordregivende myndigheds identitet

47. Først er det imidlertid nødvendigt at afklare et spørgsmål, som var genstand for en indgående debat mellem parterne. Er det i forhold til fællesskabsretten af betydning, om der var tale om én enkelt ordregivende myndighed (Sydev) eller flere særskilte ordregivende myndigheder (Sydev's medlemmer, de lokale sammenslutninger)?

48. Den franske regering har i det væsentlige gjort gældende, at det er umuligt at adskille spørgsmålet om, hvorvidt der kun var tale om ét enkelt arbejde, fra spørgsmålet om, hvorvidt der kun var tale om én enkelt ordregivende myndighed. Der kan ikke være tale om ét enkelt arbejde, når der er flere ordregivende myndigheder. Derfor har den franske regering argumenteret kraftigt for, at hver enkelt lokal sammenslutning var en særskilt ordregivende myndighed (*maître d'ouvrage* i fransk ret), hvorimod Sydev på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder ikke kunne optræde som andet end teknisk tilsynsførende, leder og koordinator for de forskellige arbejder (dvs. som *maître d'œuvre*).

49. Kommissionen, der tilsyneladende først prøvede at tilbagevise dette argument, idet den gjorde gældende, at Sydev i samtlige tilfælde var den egentlige ordregivende myndighed, anførte som svar på et spørgs-

11 — Det kan bemærkes, at de tilslagsbekendtgørelser for departementet Dordogne, som blev fremlagt sammen med stævningen, faktisk viser, at der ud over den procedure, som Kommissionen har henvist til, på det samme tidspunkt blev gennemført særskilte procedurer i den nordlige, den nordøstlige og den sydvestlige del af dette departement.

mål under retsmødet, at den ordregivende myndigheds identitet efter dens opfattelse ikke var en afgørende faktor i relation til direktivets artikel 14, stk. 10, hvorefter kravet om sammenlægning også kunne gælde for kontrakter tildelt af flere forskellige ordregivende myndigheder, for så vidt de vedrørte ét enkelt »arbejde« i den i denne bestemmelse omhandlede betydning.

50. Denne opfattelse er jeg enig i.

51. I definitionen af »et arbejde« i artikel 14, stk. 10, henvises der ikke til den ordregivende myndigheds identitet, hvilket er logisk. Det fremgår af betragtningerne til direktivet, dets bestemmelser og det kompleks af fællesskabsbestemmelser om offentlige indkøb, som det indgår i, at direktivet har til formål at åbne markedet for konkurrence på fællesskabsplan i de sektorer, det vedrører. De væsentligste midler, som det anvender i dette øjemed, er kravene om, at der anvendes standardprocedurer, at udbud offentliggøres på fællesskabsplan, og at bydende ikke forskelsbehandles. Det ville imidlertid ikke tjene noget formål, og føre til en stor mængde unødvendigt administrativt arbejde, hvis disse krav skulle gælde for enhver kontrakt uanset dens værdi og sandsynligheden for, at den ville interessere potentielle bydende fra andre medlemsstater. Tærskelværdierne (på 5 000 000 ECU og 1 000 000 ECU for bygge- og anlægskontrakter) har klart til formål at løse dette problem. For at sikre, at tærskelværdierne overholdes i praksis, er der dog bestemmelser, som forbyder bevidst omgåelse (artikel 14, stk. 13), og som skal imødegå faren for, at de ikke overholdes, hvis et enkelt samlet bygge- og anlægsarbejde opdeles af andre i øvrigt lovlige grunde (i artikel 14, stk. 10).

52. Formålet med direktivet er således at sikre, at virksomheder i andre medlemsstater kan byde på kontrakter eller grupper af kontrakter, som af objektive grunde, der har relation til deres anslåede værdi, kan være af interesse for dem. Om sådanne kontrakter skal tildeles af én eller af flere ordregivende myndigheder, er i den forbindelse uden betydning. Der kan udmærket være berettigede, eksempelvis administrative, grunde til, at kontrakter vedrørende dele af ét enkelt bygge- og anlægsprojekt skal tildeles særskilt af forskellige myndigheder, og det vil ikke mærkbart mindske den interesse, som projektet som helhed kan have for en passende kvalificeret virksomhed i en anden medlemsstat. Man kan f.eks. forestille sig et arbejde, der skal udføres på en vej, som går gennem områder, der hører under forskellige lokale myndigheder, som hver især er administrativt ansvarlige for en del af vejen. Direktivets formål ville ikke kunne opfyldes, hvis det ikke kunne finde anvendelse, fordi den anslåede værdi af hver enkelt sektion kun var 3 000 000 ECU.

53. Det angives ganske vist i definitionen af bygge- og anlægskontrakter i direktivets artikel 1, nr. 4), at sådanne kontrakter er

aftaler, som indgås af »*en* af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2« (min fremhævelse). Dette kunne tyde på, at hver enkelt bygge- og anlægskontrakt ifølge artikel 14 skal indgås med en særskilt myndighed. Imidlertid henvises der i artikel 2 til »ordregivere« i flertal, idet disse inddeles i to grundkategorier, nemlig ordregivere, der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og ordregivere, der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder. Det virker derfor mere sandsynligt, at definitionen i artikel 1, nr. 4, skal henvise til ordregivere af *en af de kategorier*, som angives i artikel 2. Som påpeget af Kommissionen, omfatter definitionen af »offentlige myndigheder« »sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder«. Det betyder, at en ordregiver ikke behøver at være én enkelt offentlig myndighed eller det organ, der rent faktisk indgår kontrakten. Det fremgår ligeledes, at kriteriet »arbejdets samlede værdi« i artikel 14, stk. 10, ikke betegner værdien af én enkelt kontrakt. I modsat fald ville denne bestemmelse være meningsløs. På baggrund af disse betragtninger mener jeg ikke, at den omstændighed, at der benyttes singularis i artikel 1, nr. 4, bør tillægges for stor betydning ved anvendelsen af artikel 14.

54. Jeg mener derfor ikke, at det med hensyn til den mulige tilsidesættelse af direktivets artikel 14, stk. 10, i det foreliggende tilfælde er nødvendigt at bestemme, om der var tale om flere særskilte ordregivende myndigheder eller kun én enkelt ordregivende myndighed, nemlig Sydev.

Artikel 14, stk. 10: ét »arbejde« eller flere?

55. Det afgørende spørgsmål er, om de kontrakter vedrørende elforsynings- og vejbelysningsarbejde, som hver enkelt lokal sammenslutning tildelte særskilt, vedrører ét enkelt »arbejde« i direktivets forstand — eller flere større »arbejder«, som enten geografisk eller teknisk hører sammen — og derfor skulle have været behandlet under ét.

56. Et »arbejde« defineres i artikel 14, stk. 10, som »resultatet af et hele af bygge- og anlægsarbejder, der i sig selv skal opfylde en økonomisk og teknisk funktion«. Det er ikke nogen særlig præcis definition, og der er heller ikke megen hjælp at finde i de retningslinjer, som Kommissionen har fremlagt. Som det er blevet udtrykt: »at fastslå, hvad ét enkelt arbejde vil sige, burde være som at definere en elefant på samme måde som i ordsproget: de ordregivende myndigheder genkender det, når de støder på det« [12]. I den foreliggende sag er Domstolen imidlertid blevet foranlediget til at give nogle retningslinjer for, hvordan man genkender en elefant.

57. Én mulighed er at tage udgangspunkt i formålet med bestemmelserne i direktivet. Dette formål består som nævnt i det

12 — Adrian Brown: »Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules« i *Public Procurement Law Review* 1993, s. 69, på s. 72.

væsentlige i at sikre, at virksomheder i hele Fællesskabet kan konkurrere om kontrakter, som ligger over en bestemt fastsat tærskelværdi, over hvilken dette sandsynligvis er økonomisk rentabelt. Da kontrakterne for både elforsynings- og vejbelysningsarbejdet i flere tilfælde blev tildelt den samme bydende i forskellige områder — hvoraf det kan udledes, at én enkelt entreprenør i teorien kunne have udført alt arbejde af begge kategorier i hele departementet — og da syv af de ti bydende blev tildelt kontrakter, hvis værdi sammenlagt udgjorde væsentligt mere end 5 000 000 ECU, virker det logisk, at bydende fra andre medlemsstater også skulle have haft mulighed for at deltage i konkurrencen. Under retsmødet anførte Kommissionen, at kravet om at behandle flere kontrakter, som om de vedrører udførelsen af ét enkelt »arbejde«, og offentliggøre dem i EFT, opstår, når der — sådan som den har påstået, at det er tilfældet i den foreliggende sag — eksisterer en sådan forbindelse mellem dem, at en virksomhed i Fællesskabet kan betragte dem som én enkelt transaktion og ønske at byde på helheden.

58. Denne opfattelse mener jeg imidlertid ikke er den rigtige. I artikel 14, stk. 10, henvises til den økonomiske og tekniske funktion, som de af kontrakten omfattede aktiviteter skal opfylde i sig selv, ikke til den interesse, som en potentiel bydende kan have i at blive fuldt informeret, om end et af direktivets overordnede formål er at beskytte og fremme denne interesse. Direktivets bestemmelser bør ganske vist fortolkes i lyset af dets formål, men i dette tilfælde er der tale om et specifikt kriterium. Det er den tilsigtede økonomiske og tekniske funktion, der skal lægges vægt på, ikke den måde, hvorpå arbejdet kan opfattes af potentielle bydende.

59. Jeg mener, at kriteriet i artikel 14, stk. 10, betyder, at skillelinjen mellem arbejde, der skal lægges sammen ved anvendelsen af direktivet, og arbejde, der lovligt kan behandles særskilt, går imellem grupper af kontrakter, som med hensyn til deres formål tager sigte på den samme økonomiske og tekniske funktion, og kontrakter, som ikke gør det.

60. Kommissionen mener i det væsentlige, at det arbejde, som skulle udføres i det foreliggende tilfælde, udgjorde et flerårigt arbejdsprogram vedrørende elforsyning, som omfattede hele Vendée, og som derfor tilsigtede én enkelt økonomisk og teknisk funktion. Den har fremhævet, at arbejdsbeskrivelserne er enslydende inden for hver kategori og sammenlignelige fra kategori til kategori, og at samtlige arbejder skal udføres i det samme tidsrum i det samme geografiske og administrative område. Begrebet »arbejde« kan i et tilfælde som det foreliggende ikke begrænses til kun at omfatte en bestemt bygning eller et bestemt anlæg.

61. Den franske regering har gjort gældende, at enkeltstående forbedringer og udvidelser af en række uafhængige net ikke kan betragtes som ét enkelt »arbejde«, der

skal opfylde én enkelt økonomisk og teknisk funktion. Den mener, at når der ikke er tale om en bestemt bygning eller et bestemt anlæg tilkommer det den ordregivende myndighed at definere sine behov, og dermed fastlægge »arbejdet«. I det foreliggende tilfælde har hver enkelt lokal sammenslutning defineret sine egne behov i relation til sine egne net uden hensyn til, om der kunne siges at være tale om et samlet »arbejde«.

62. Ingen af parterne har givet Domstolen en særlig fuldstændig beskrivelse af de pågældende net. Det fremgår imidlertid af den franske regerings bemærkninger, som Kommissionen ikke har bestridt på dette tidspunkt at de lokale sammenslutninger er ansvarlige for individuelle lavspændingsnet, som udgår fra transformatorerne og forsyner forbrugerne med elektricitet i deres område, at disse net kan forbindes indbyrdes, og at vejbelysningsnettene, der kontrolleres af de enkelte lokale sammenslutninger, forsynes fra disse elnet.

— Elforsyning og gadebelysning: tekniske betragtninger

63. Kommissionen har fremhævet, at beskrivelserne af begge former for arbejde (elforsyning og vejbelysning) omfatter arbejde på det offentlige højttalernet, og at én og samme udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort af organer svarende til Sydev i to andre franske departementer (Calvados og Dordogne) i 1995, omfattede begge former for arbejde. Den franske regering har fremhævet, at arbejdet vedrørende elnettet i det væsentlige finder sted under jorden, hvorimod vejbelysningsarbejdet hovedsagelig foregår over jorden, og at de to former for arbejde er opført i forskellige rubrikker (henholdsvis »Anlægsvirksomhed« og »Installationsvirksomhed«) i NACE-klassificeringen i bilag XI til direktivet. Den franske regering nævnte under retsmødet, at arbejdet på vejbelysningsnettene muligvis slet ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, eftersom disse net ikke vedrører produktion, forsyning, transport eller distribution af elektricitet [13], men snarere forbrug af elektricitet til gavn for offentligheden.

64. Af disse bemærkninger er det efter min mening kun den sidstnævnte, som er relevant. Den fremhæver den skillelinje, som lovligt kan drages mellem de to former for net med hensyn til deres tilsigtede økonomiske og tekniske funktion — endog uden at det er nødvendigt at vurdere, om vejbelysning helt falder uden for direktivets anvendelsesområde. Set fra et teknisk synspunkt er et elnet bestemt til at transportere elektricitet fra en leverandør til individuelle endelige forbrugere, som på det økonomiske plan er forpligtet til at betale leverandøren i forhold til deres forbrug. Et vejbelysningsnet sørger for belysning på offentlige steder. Det er i sig selv en endelig forbruger af den elektricitet, som elnettet leverer til det. Den myndighed, som varetager denne opgave, må selv påtage sig

13 — Jf. direktivets artikel 2, stk. 2, der omtales i punkt 3 ovenfor.

udgifterne — og opnår antagelig dækning for disse fra den befolkning, som har gavn heraf, gennem f.eks. lokale skatter og ikke på grundlag af den nytte, som den enkelte borger kan drage af den.

65. Jeg mener således, at det er klart, at et elnet og et vejbelysningsnet har til formål at opfylde forskellige økonomiske og tekniske funktioner. Dette taget i betragtning mener jeg ikke, at arbejde, der udføres for at vedligeholde, forbedre og/eller udvide de to forskellige former for net, hvad enten det sker i det samme område eller ej, kan betragtes som ét enkelt »arbejde« ved anvendelsen af direktivets artikel 14, stk. 10.

66. De øvrige betragtninger, som Kommissionen har fremført, svækker ikke denne konklusion. Den omstændighed, at der i udbudsbekendtgørelserne for begge former for arbejde omtales et højttalernet som et »heraf følgende« arbejde, indebærer ikke, at der er tale om én enkelt økonomisk eller teknisk funktion. Forskellige dele af et offentligt højttalernet kan passere gennem elnettets kabler og vejbelysningens master, således at arbejder på hvert af disse net indebærer udførelse af arbejdsopgaver på højttalernettet, uden at det berører el- og vejbelysningsnettenes økonomiske eller tekniske funktion. At andre ordregivende myndigheder måtte have valgt at tilbyde kun én kontrakt på arbejde på begge nettyper, kan heller ikke være afgørende for, om sådanne bygge- og anlægsarbejder, når de betragtes som et hele, principielt har til formål at opfylde én enkelt økonomisk og teknisk funktion.

67. Derfor er det i denne sag ufornødent at afgøre, om vejbelysning er omfattet af direktivets anvendelsesområde, og det er under alle omstændigheder et spørgsmål, som ikke er blevet tilstrækkeligt debatteret for Domstolen. Hvis vejbelysning ikke er omfattet af anvendelsesområdet, kan der naturligvis ikke være tale om, at vejbelysningsarbejde og elforsyningsarbejde skal betragtes under ét ved anvendelsen af direktivet.

68. Jeg konkluderer, at det ikke var påkrævet at lægge værdien af elforsynings- og vejbelysningskontrakterne sammen ved anvendelsen af direktivet, hverken inden for departementet som helhed eller inden for hver enkelt lokal sammenslutning. Tilbage står dog spørgsmålet, om kontrakterne skulle have været lagt sammen inden for hele departementet for hver enkelt særskilt kategoris vedkommende.

— Elforsyning: tekniske og geografiske betragtninger

69. Det er fremgået [14], at hver enkelt lokal sammenslutning er ansvarlig for elnettet i sit område, selv om nettene er forbundet

14 — Jf. fodnote 2 og punkt 62 ovenfor.

indbyrdes, og elektriciteten leveres af det nationale selskab EDF. Kommissionen har lagt vægt på, at nettene er geografisk sammenhængende, at arbejderne skal udføres samtidigt, at beskrivelsen af arbejderne er enslydende i de pågældende udbudsbekendtgørelser, og at Sydev har haft ansvaret for den overordnede koordination. Den franske regering har først og fremmest understreget, at hver enkelt lokal sammenslutning indgik en særskilt kontrakt for sit eget net.

70. Jeg har konkluderet [15], at den sidstnævnte betragtning ikke er relevant for afgørelsen af, om der var tale om ét enkelt »arbejde« ved anvendelsen af direktivet. Den foreliggende situation synes faktisk at kunne sammenlignes med det eksempel, som jeg nævnte, med en offentlig vej, der går gennem flere lokale sammenslutningers område. Skønt de forskellige lokale sammenslutninger af administrative grunde er ansvarlige for lavspændingsnettene i deres respektive områder, har disse indbyrdes forbundne net samlet betragtet til formål at opfylde én enkelt økonomisk og teknisk funktion, nemlig transport og salg til forbrugerne af elektricitet, som produceres og leveres af EDF.

71. Som påpeget af den franske regering, er det rigtigt, at dette ræsonnement kan anvendes på hele det franske elnet. Jeg deler imidlertid Kommissionens opfattelse, hvorefter »arbejdet« i det foreliggende tilfælde klart afgrænses af, hvad kunne betegnes som de tre enheder — sted, tid og handling. Alle de pågældende elforsyningskontrakter vedrørte arbejde, som skulle udføres i det samme departement i det samme tidsrum ifølge de samme generelle beskrivelser, og var undergivet den samme tekniske kontrol. Der foreligger intet om, at der skulle udføres arbejde af samme art på det samme tidspunkt i et større område — som omfattede tilgrænsende departementer eller regioner eller endog hele det franske net. Navnlig er det usandsynligt, at et sådant arbejde ville være undergivet Sydev's ledelse. Havde dette imidlertid været tilfældet, kunne man rent faktisk have gjort gældende, at alle de pågældende arbejder udgjorde ét enkelt »arbejde« ved anvendelsen af direktivet. Og i så fald ville konklusionen ikke være en *reductio ad absurdum*, som den franske regering har argumenteret for, men snarere at alle udbuddene skulle have været bekendtgjort i EFT.

72. Den omstændighed, at et antal kontrakter vedrører en række særskilte arbejdsopgaver, som skal udføres på forskellige tidspunkter og på forskellige steder (i det samme tidsrum og i det samme geografiske område), betyder ikke, at de ikke skal betragtes som vedrørende ét enkelt »arbejde«. Hvis man fulgte dette ræsonnement, ville hver enkelt arbejdsopgave udgøre et særskilt »arbejde«, og selv ikke den franske regering har hævdet, at dette burde være tilfældet. Tværtimod må en række arbejdsopgaver, der skal udføres i et fastsat tidsrum på en gruppe net, som har den samme økonomiske og tekniske funktion, selv anses for at være bestemt til at opfylde den samme økonomiske og tekniske funktion. Der kan i denne forbindelse

15 — Jf. punkt 51-54 ovenfor.

erindres om, at der i præfektbekendtgørelsen fra 1960[16] henvises til »en generel opgørelse over departementets behov« — en ordlyd, som synes at bekræfte denne konklusion.

73. Jeg vil derfor konkludere, at alle de pågældende elforsyningskontrakter vedrørte ét enkelt arbejde i den i direktivets artikel 14, stk. 10, anvendte betydning. Deres respektive værdi skulle have været lagt sammen for at fastslå, om udbuddene skulle have været offentliggjort i EFT. Der blev faktisk offentliggjort seks sådanne udbud, og én anden kontrakt repræsenterede en anslået værdi, der var mindre end 1 000 000 ECU og 20% af arbejdets samlede værdi, hvorfor den opfyldte betingelserne for at være undtaget i overensstemmelse med artikel 14, stk. 10, andet afsnit. Men at der ikke blev offentliggjort meddelelser om de øvrige 12 kontrakter, som alle repræsenterede en anslået værdi, der lå over denne tærskelværdi, og som tilsammen repræsenterede over 26 000 000 ECU, udgjorde en overtrædelse af direktivet.

74. Denne overtrædelse omfattede ikke alene en tilsidesættelse af de forpligtelser, der følger af direktivets artikel 14, stk. 1 og 10, for så vidt angår beregningen af arbejdets værdi, men også af artikel 21, stk. 1 og 5, da der ikke blev udarbejdet bekendtgørelser, der blev sendt til offentliggørelse i EFT, og af artikel 25, stk. 5, eftersom meddelelserne blev offentliggjort i BOAMP.

16 — Jf. punkt 9 ovenfor.

— Vejbelysning: tekniske og geografiske betragtninger

75. Jeg finder det vanskeligere at anvende det samme ræsonnement på det arbejde, der skal udføres på vejbelysningsnettene. Det er rigtigt, at hvert enkelt net har samme økonomiske og tekniske funktion som alle de øvrige net, men jeg mener ikke, at de af den grund har den samme funktion.

76. Selv om der ikke er blevet gjort nærmere rede for, hvordan vejbelysningen er tilrettelagt i Vendée, mener jeg, at det er rimeligt at antage, at nettene er indbyrdes uafhængige, således som den franske regering har anført. Da vejbelysning er en aktivitet, der forbruger elektricitet, som hver enkelt ansvarlig lokal sammenslutning må betale for, synes der ikke at være nogen mening i at sammenkoble nettene i modsætning til, hvad der er tilfældet med elnettet, som er et forsyningssystem med kun én leverandør. De enkelte net forsynes formentlig fra separate forgreninger på elnettet. Det gør det muligt at fastslå den enkelte lokale sammenslutnings forbrug. Desuden er offentlig belysning i almindelighed begrænset til bebyggede områder. Når sådanne områder adskilles af åbent land, sådan som det meget vel kan være tilfældet i et overvejende landligt departement som Vendée, er det ikke sandsynligt, at de forskellige net er sammenhængende. Ydermere kan forskellige lokale organer have meget forskellige holdninger til, hvor-

dan vejbelysningen skal være. Nogle søger måske at yde en så omfattende tjeneste som muligt, mens andre ønsker at spare de lokale skatteydernes penge ved kun at stille det strengt nødvendige minimum til rådighed.

77. Ovenstående betragtninger beror selvfølgelig i vid udstrækning på formodninger om de specifikke omstændigheder i den foreliggende sag. Den franske regering har imidlertid fremhævet, at de enkelte net er gensidigt uafhængige, og Kommissionen har ikke fremlagt bevis for det modsatte. Navnlig er der ikke noget bevis for, at der foreligger en samlende økonomisk faktor såsom et ensartet lokalbeskatningssystem til dækning af belysningsudgifterne for hele departementet.

78. Jeg mener derfor ikke, at Kommissionen har godtgjort, at der er tale om en fælles økonomisk og teknisk funktion som omhandlet i direktivets artikel 14, stk. 10, omhandlede betydning, og at det ikke var nødvendigt at lægge værdien af alle vejbelysningskontrakterne sammen for at fastslå, om direktivet fandt anvendelse, heller ikke selv om det forudsættes, at vejbelysning er omfattet af direktivets anvendelsesområde.

Artikel 4, stk. 2: forskelsbehandling af entreprenører

79. Kommissionens argument på dette punkt går i det væsentlige ud på, at de franske myndigheder ved med urette kun at offentliggøre et udvalg af udbudsbekendtgørelserne i EFT stillede bydende fra andre medlemsstater ringere, idet disse bydende, som ikke var klar over arbejdets samlede værdi, og i hvilken udstrækning det kunne være interessant for dem, enten ville beslutte sig til ikke at deltage i konkurrencen eller regne med forholdsmæssigt større faste omkostninger og derfor afgive mindre fordelagtige bud end virksomheder, der havde indhentet mere fuldstændige oplysninger om arbejdets omfang i BOAMP. Den franske regering har — om end den hovedsagelig har støttet sig på sin benægtelse af, at der blev foretaget en kunstig opdeling — hævdet, at der ikke skete nogen forskelsbehandling af de bydende. De skulle alle udforme deres bud som en forskel i procent i forhold til den anslåede værdi af forskellige former for arbejde med henblik på udførelsen af specifikke arbejdsopgaver, der skulle fastsættes senere.

80. Eftersom artikel 4, stk. 2, udtrykkeligt forbyder forskelsbehandling af »leverandører, entreprenører eller tjenesteydere«, kan der rejses spørgsmål om, hvorvidt dette også omfatter forskelsbehandling af bydende eller endog potentielle bydende (eftersom jeg ikke har oplysning om, at en virksomhed fra en anden medlemsstat rent faktisk har afgivet bud i det foreliggende tilfælde).

81. Det mener jeg, at det gør. Dels defineres begreberne »leverandør«, »entreprenør« og »tjenesteyder« ikke i direktivet, hvorimod »bydende« i artikel 1, nr. 6, defineres som »en leverandør, entreprenør eller tjenesteyder, som afgiver et bud«. Begrebet »entreprenør« anvendes således ikke i direktivet i betydningen den, der har fået tildelt kontrakten, men i en bredere betydning som én, der søger at få tildelt en kontrakt.

82. Ifølge artikel 4, stk. 1 — og det er værd at bemærke, at artikel 4 er den første materielle bestemmelse i direktivet og dermed til en vis grad definerer rækkevidden af, hvad der følger — skal ordregiverne handle i overensstemmelse med direktivet »ved indgåelse af... bygge- og anlægskontrakter og... ved afholdelse af projektkonkurrencer«. Den samtidige anvendelse af udtrykkene »indgåelse« og »afholdelse« antyder, at udtrykket »indgåelse« skal opfattes som omfattende hele proceduren og ikke kun dens afsluttende trin. Jeg mener, at artikel 4, stk. 2, må have den samme rækkevidde.

83. Desuden har Domstolen fastslået, at princippet om ligebehandling indgår i det oprindelige fællesskabsdirektiv om offentlige bygge- og anlægskontrakter [17] og kommer til udtryk i artikel 4, stk. 2, i direktiv 90/531/EØF [18], som er den næsten enslydende forgænger for artikel 4, stk. 2, i det nugældende direktiv. Domstolen beskrev ganske vist princippet som vedrørende ligebehandling af bydende, men jeg mener, at det i sagens natur også må gælde for virksomheder, som måtte afholde sig fra at afgive bud, fordi de er blevet stillet ringere.

84. Dette taget i betragtning og i lyset af den konklusion, som jeg nåede frem til vedrørende den manglende sammenlægning af elforsyningskontrakterne, mener jeg, at Kommissionen har godtgjort, at direktivets artikel 4, stk. 2, er blevet tilsidesat. Uanset om bydende fra andre medlemsstater rent faktisk ville have været interesserede i det foreliggende tilfælde — i betragtning af det åbenbart ønskelige i at benytte en lokal virksomhed og faren for, at de bydende kun ville blive betroet en del af det samlede arbejde, hvilket ville have forrykket deres beregninger af de faste omkostninger — blev de hindret i at træffe beslutning på et tilstrækkeligt grundlag, fordi der i EFT ikke blev offentliggjort fuldstændige oplysninger om hele »arbejdet«, således som det skulle være sket. Bydende, som læste BOAMP, og som over-

17 — 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, beriget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46), som ændret ved artikel 1, nr. 6, i Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 (EFT L 210, s. 1). Jf. dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 33.

18 — Rådets direktiv 90/531/EØF af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1). Jf. dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 51 og 52.

vejende vil have været franske, rådede over mere fuldstændige oplysninger.

85. Med hensyn til de seks udbud, som rent faktisk blev bekendtgjort i EFT, var de oplysninger, som blev offentliggjort heri, imidlertid de samme som dem, der blev offentliggjort i BOAMP. Den omstændighed, at samtlige de oplysninger, der er foreskrevet i direktivets artikel 21, stk. 1, læst i sammenhæng med bilag XII til direktivet, ikke blev givet, medførte derfor ikke nogen forskelsbehandling.

Sagens omkostninger

86. Da Kommissionen efter min opfattelse har godtgjort, at direktivet er tilsidesat som følge af, at ikke alle de foreskrevne oplysninger om elforsyningskontrakterne blev offentliggjort i EFT, men ikke har godtgjort, at artikel 14, stk. 13, er blevet overtrådt, eller at der foreligger nogen overtrædelse med hensyn til de omhandlede vejbelysningskontrakter, mener jeg i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 3, at det bør bestemmes, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

Forslag til afgørelse

87. På baggrund af de foranstående betragtninger mener jeg, at Domstolen bør træffe følgende afgørelse:

1) Det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 2, artikel 14, stk. 1 og 10, artikel 21, stk. 1 og 5, artikel 24, stk. 1 og 2, samt artikel 25, stk. 5, i Rådets direktiv 93/38/EØF, i forbindelse med den udbudsprocedure, der i december 1994 blev indledt af Syndicat départemental d'électrification de la Vendée med henblik på tildeling af kontrakter vedrørende elforsyningsarbejde, idet den

   — ikke har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende 12 kontrakter, som hver repræsenterede en anslået værdi, der oversteg 1 000 000 ECU, og som udgjorde en del af ét

enkelt arbejde i den i direktivets artikel 14, stk. 10, anvendte betydning

— i seks udbudsbekendtgørelser, som er blevet offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, ikke har givet fuldstændige oplysninger i overensstemmelse med bilag XII til direktivet

— ikke har givet oplysning om tildelingen af alle kontrakterne.

2) I øvrigt frifindes Den Franske Republik.

3) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Den Franske Republik bærer deres egne omkostninger.