FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 24 februari 2000 *

1. Frågan i detta mål är hur värdet av ett bygg- och anläggningskontrakt skall beräknas för att man skall kunna avgöra huruvida gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling skall tillämpas. När kontrakt beträffande arbeten på nät för eldistribution och offentlig belysning skall utföras på olika ställen inom ett och samma administrativa område, skall dessa kontrakt i så fall läggas ihop helt eller delvis med avseende på tillämpningen av rådets direktiv 93/38/EEG [1] (nedan kallat direktivet) när de, trots att de tilldelas av olika lokala myndigheter, leds och samordnas av ett enda organ som inrättats av dessa myndigheter för att ge tekniskt och administrativt stöd, när innehållet i kontrakten i stort sett är identiskt för varje slags nät och likartat sinsemellan, när arbetet skall utföras under samma tidsperiod och när meddelandena om upphandling offentliggörs samtidigt?

Aktuella bestämmelser i direktivet

2. Kommissionen har gjort gällande att de skyldigheter som föreskrivs i artiklarna 4.2, 14.1, 14.10, 14.13, 21, 24 och 25 i direktivet har åsidosatts. Vissa definitioner som anges i artiklarna 1 och 2 är också relevanta.

3. I artikel 1.1 definieras bland annat "offentliga myndigheter" som "staten, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt... eller sammanslutningar bestående av en eller flera myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt". Enligt artikel 2.1 gäller direktivet "upphandlande enheter som är a) offentliga myndigheter... och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,...". Dessa verksamheter inbegriper tillhandahållande eller drift av fasta nät som avser att ge service till allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av elektricitet eller leveransen av elektricitet till sådana nät.

* Originalspråk: engelska.

1 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84, svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

4. I artikel 4.2 föreskrivs att "[d]e upphandlande enheterna skall se till, att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter".

5. I artikel 14 anges följande:

"1. Detta direktiv skall gälla kontrakt vars uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst:

...

c) 5 miljoner ecu för bygg- och anläggningskontrakt.

...

10. Värdet av bygg- och anläggningskontrakt skall med tanke på punkt 1 beräknas utifrån arbetets totala värde. Med arbete avses här bygg- och anläggningsarbeten i deras helhet och som i sig själva skall fylla en ekonomisk och teknisk funktion.

I synnerhet när ett varukontrakt, bygg- och anläggningskontrakt eller tjänstekontrakt är uppdelat i flera delar, skall värdet av varje del tas med i beräkningen när man uppskattar det värde som avses i punkt 1. När delarnas samlade värde är lika med eller överstiger det värde som är fastställt i punkt 1, skall bestämmelserna i den punkten tillämpas på samtliga delar. Beträffande bygg- och anläggningskontrakt kan dock de upphandlande enheterna avvika från punkt 1 när det gäller delar av arbetet om det uppskattade värdet, exklusive mervärdesskatt, understiger 1 miljon ecu, under förutsättning att det samlade värdet av dessa delar inte överstiger 20 % av delarnas totala värde.

...

13. Upphandlande enheter får inte kringgå detta direktiv genom att dela upp kontrakten eller genom att använda särskilda metoder för att beräkna kontraktens värde."

6. Artiklarna 21, 24 och 25 i direktivet återfinns under avdelning IV med rubriken "Upphandlingsförfarande". I artikel 21.1 föreskrivs att uppmaning till anbudsgivning kan ske genom meddelande utfärdat i överensstämmelse med en av bilagorna till direktivet, ett meddelande som skall offentliggöras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT) enligt artikel 21.5. Den aktuella bilagan i detta mål är bilaga XII, vilken i detalj anger de uppgifter som skall tillhandahållas. Enligt artikel 24.1 skall upphandlande enheter som

har tecknat kontrakt inom två månader efter det att kontraktet tilldelats meddela kommissionen resultatet av anbudsförfarandet genom att lämna upplysningar i ett meddelande som upprättats i överensstämmelse med en av bilagorna (i detta mål bilaga XV) och som skall offentliggöras i EGT enligt artikel 24.2. Enligt artikel 25.1 skall de upphandlande enheterna kunna visa när de ovannämnda meddelandena har avsänts. I artikel 25.5 förbjuds offentliggörande på något annat sätt innan meddelandena sänts till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

Bakgrund

7. I det franska departementet Vendée har flera kommunala myndigheter bildat så kallade syndicats intercommunaux (kommunala sammanslutningar) för att administrera sina elförsörjningsnät.[2] År 1950 grundade dessa syndicats intercommunaux och två enskilda kommuner (alla tillsammans nedan kallade de lokala organen) ett så kallat syndicat départemental, numera känt som Syndicat départemental d'électrification de la Vendée eller genom sin akronym SYDEV.[3] De lokala organen upphörde inte att existera genom detta förfarande, men SYDEV övertog ansvaret för en del av deras uppgifter. Av de handlingar som den franska regeringen har gett in framgår det att SYDEV:s behörighet vid tidpunkten i fråga (åren 1994—1995) reglerades av ett beslut av prefekten (arrêté préfectoral) av den 3 oktober 1960, även om de relevanta bestämmelserna senare ändrades (år 1997).

8. Enligt artikel 1 i 1960 års beslut av prefekten skulle SYDEV ha följande uppgifter:

"1. SYDEV skall gemensamt utöva de rättigheter som tillerkänts lokala myndigheter enligt lag eller annan författning beträffande produktion, transport, distribution och användning av elektricitet, särskilt enligt lag av den 8 april 1946 om nationalisering av elektricitet och gas, och åta sig samtliga de skyldigheter i fråga om den offentliga nyttigheten elektricitet som åligger de sammanslutningar och kommuner som är medlemmar.

2. SYDEV skall ha gemensam organisation av de tjänster som de skall tillhandahålla

2 — Trots att det rättsliga systemet inte har beskrivits för domstolen vare sig av kommissionen eller av den franska regeringen, verkar det som om den normala situationen i Frankrike, vilken huvudsakligen regleras av lag av den 15 juni 1906 och av lag av den 8 april 1946, är att lokala myndigheter ansvarar för elleveransen inom sina respektive områden. Inom dessa områden beviljar de koncession enligt ett standardavtal till det nationella företaget Électricité de France (EDF), vilket innehar ett nästan fullständigt monopol på produktion och leverans av elektricitet i Frankrike. Se till exempel Bergougnoux, J., och Varoquaux, W., "Caractéristiques du service public de l'électriceté", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (CJEG), 1987, Librairies Techniques, Paris, s. 811, Sablière, P., "Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribution publique d'électricité", CJEG, 1993, s. 1, Sablière, P., "Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique", CJEG, 1995, s. 87.

3 — Denna typ av arrangemang verkar vara regel i Frankrike. Se Devillers, Commissaire du gouvernement, yttrande av den 17 september 1997 i målet SIEP c mot staten och SDE, Cour administrative d'appel de Nantes, CJEG 1998, s. 398.

för att kunna garantera en god funktion och bästa möjliga drift av deras distribution av elektricitet.

3. SYDEV skall vid behov rent allmänt intressera sig för och deltaga i alla verksamheter som rör elektricitet och dess användning inom ramen för gällande lagar och andra författningar."

9. I artikel 2 görs en icke uttömmande uppräkning av uppgifter som SYDEV skall utföra för att uppnå dessa mål. Dessa uppgifter innebär att SYDEV skall representera de myndigheter som är medlemmar, organisera administrativa, rättsliga och tekniska planerings- och forskningstjänster, upprätta en allmän förteckning över behoven inom departementet och tillvarata de allmänna och periodiska bygg- och anläggningsprojekten rörande infrastrukturen för elektricitet i kommunerna, samordna eltaxorna, ingå överenskommelser med de eloperatörer som har koncession samt genomföra tekniska och finansiella åtgärder.

10. Enligt den stadga som SYDEV antog år 1997, men inte enligt 1960 års beslut av prefekten, skall SYDEV agera både som ledare/förvaltare (*maître d'œuvre*) och som upphandlande myndighet (*maître d'ouvrage*) å sina medlemmars vägnar.

11. Den 21 december 1994 sände SYDEV meddelanden om anbudsgivning på flera bygg- och anläggningskontrakt, av vilka 37 stycken är i fråga i detta mål, till *Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics* (den officiella franska kungörelsetidskriften för offentliga bygg- och anläggningskontrakt och tjänstekontrakt, nedan kallad BOAMP).[4] Kontrakten i fråga rörde utbyggnads- och underhållsarbeten under en treårsperiod på befintliga elnät och/eller offentlig belysning, för vilka SYDEV:s medlemmar ansvarade. Samtliga meddelandena om upphandling offentliggjordes i BOAMP den 12 januari 1995.

12. De meddelanden som är föremål för talan i detta mål berör 20 av SYDEV:s 23 medlemmar och i alla fall utom tre avser meddelandena såväl arbeten avseende elektrifiering som offentlig belysning för varje medlem. I siffertermer täcker de således omkring 80 procent av samtliga nät för elektricitet och offentlig belysning inom departementets område.

13. I samtliga meddelanden rörande de 37 kontrakten som offentliggjordes i BOAMP uppgavs att SYDEV var "det upphandlande organet" och att anbuden skulle ges in till arbetsledningen vid SYDEV, till dess adress, men att även namnet på det berörda lokala organet skulle anges i varje enskilt fall. Beskrivningen av innehållet av det arbete som skulle utföras på elnäten var densamma i samtliga fall, nämligen "arbeten avseende elektrifiering och därtill hörande arbeten, såsom till exempel anläggnings-

4 — Kommissionen har under det skriftliga förfarandet och i sina yttranden hänvisat till 36 kontrakt. Eftersom det antal kontrakt som offentliggjorts i BOAMP översteg detta antal, begärde domstolen att kommissionen skulle förklara detta förhållande. I sitt svar redovisade kommissionen de 37 kontrakt som den ansåg att målet angick. Den franska regeringen har inte bestridit talans omfattning i detta avseende.

arbeten på telefon- och kabelnät och det offentliga högtalarsystemet". Arbetet på näten för offentlig belysning beskrevs i samtliga fall som "arbete avseende offentlig belysning och därtill hörande arbete, såsom till exempel det offentliga högtalarsystemet".

14. I de flesta av de meddelanden som offentliggjordes i BOAMP understeg det uppskattade värdet av varje enskilt kontrakt som sträckte sig över tre år det tröskelvärde på 5 miljoner ecu (vid den aktuella tidpunkten var detta likvärdigt med 33 966 540 FRF) [5] som krävdes för att direktivet skulle tillämpas på bygg- och anläggningskontrakt. Deras sammanlagda värde uppgick dock till 609 miljoner FRF (483 miljoner FRF för kontrakten avseende elektrifiering och 126 miljoner för kontrakten avseende offentlig belysning). För ett av kontrakten avseende elektrifiering och 13 av kontrakten avseende offentlig belysning understeg det uppskattade värdet det tröskelvärde på 1 miljon ecu (vid den aktuella tidpunkten likvärdigt med 6 793 308 FRF), som gällde för möjligheten till avvikelse i artikel 14.10 andra stycket sista meningen i direktivet under förutsättning att det samlade värdet av dessa delar understeg 20 procent av delarnas totala värde.

15. Det uppskattade värdet av fem av kontrakten avseende elektrifiering översteg likväl tröskelvärdet på 5 miljoner ecu, och meddelanden beträffande dessa kontrakt och ett annat kontrakt som något understeg tröskelvärdet (30 miljoner FRF) översändes av SYDEV för offentliggörande i EGT. Trots att begäran om offentliggörande skickades med SYDEV:s brevpapper och logotyp var det första namn som stod på meddelandena det aktuella lokala organets och därefter en upplysning om att SYDEV skulle leda arbetet. Anbuden skulle vidare sändas till SYDEV på dess adress, och det lokala organets namn skulle även anges i varje enskilt fall. De sex meddelandena offentliggjordes i EGT den 6 januari 1995, [6] trots att de uppgifter som angavs (vilka var identiska med de som offentliggjordes i BOAMP) inte var tillräckliga för att kunna fylla samtliga de rubriker som anges i bilaga XII till direktivet. I varje enskilt fall offentliggjordes SYDEV som upphandlande enhet och i samtliga fall utom ett angavs även namnet på det aktuella lokala organet.

16. Tilldelningsförfarandet bestod i tre etapper. I den första etappen upprättades en kort lista på anbudsgivarna på grundval av, vilket framgår av de handlingar från tilldelningsförfarandet som den franska regeringen har inkommit med, om dessa hade inkommit med alla begärda intyg om att de uppfyllde de administrativa krav och hade den kapacitet som krävdes för att utföra arbetet i fråga. I den andra etappen utvaldes en av anbudsgivarna, till synes på grundval av det bästa anbudet. Anbuden redovisades i form av en procentuell skillnad från den föreslagna prislistan, där det anbud som redovisade det lägsta priset godtogs i samtliga fall för vilka handlingar har ingivits. I den sista etappen fick den framgångsrika anbudsgivaren instruktioner

5 — Se det meddelande som offentliggjordes av kommissionen den 18 december 1993, EGT C 340, s. 10.

6 — EGT S 3, s. 211—213.

om att utföra vissa arbetsuppgifter under en treårsperiod.

17. Meddelanden om att de 37 kontrakt som är i fråga i detta mål hade blivit tilldelade, inklusive de sex kontrakt som offentliggjordes i EGT, offentliggjordes i BOAMP den 29 september 1995 och SYDEV angavs i varje enskilt fall som "upphandlande organ". Inga meddelanden om att kontrakten hade blivit tilldelade sändes överhuvudtaget för offentliggörande i EGT. I samtliga fall utvisar meddelandena att ett lokalt beläget företag hade tilldelats kontraktet. Åtminstone några av de anbudsgivare som tilldelats kontrakt var dock stora företag med filialer över hela Frankrike. Fyra av dessa hade även tilldelats likartade kontrakt i Dordogne, vilket kommissionen angett i sin ansökan. I 10 av de 17 fall där såväl arbeten avseende elektrifiering som offentlig belysning skulle utföras för samma lokala organ, tilldelades samma anbudsgivare båda kontrakten. I tre av fallen delades kontraktet med en annan anbudsgivare och i de resterande fyra fallen tilldelades olika anbudsgivare kontrakten. Sammantaget tilldelades de 37 kontrakten 10 anbudsgivare och deras "framgång" varierade mellan ett enda delat kontrakt och åtta hela kontrakt och två delade kontrakt och från 6 miljoner FRF till 114 miljoner FRF plus en andel av 48 miljoner FRF.

Förfarande

18. Den franska regeringen har inkommit med protokoll från upphandlingsförfarandet för kontrakten avseende elektrifiering och offentlig belysning för tre av de lokala organ beträffande vilka ett meddelande om upphandling (för kontrakten avseende elektrifiering) offentliggjordes i EGT. I dessa protokoll anges inte närmare om några "icke-lokala" företag inkommit med anbud (inga adresser har angetts), men det framgår att i) samtliga protokoll har upprättats i identiska format med namnet SYDEV angivet högst upp, ii) det i de allmänna villkoren för anbudsgivningen anges att "arbetena skall utföras på sammanslutningens område och att den exakta beskrivningen av de arbeten som skall utföras ['des ouvrages à construire'] kommer att meddelas den utvalda entreprenören av SYDEV i god tid", iii) de styrelseledamöter som öppnade och fattade beslut beträffande anbuden var olika för de olika lokala organen (en representant för SYDEV var närvarande vid vissa tillfällen, men inte alla) och anbuden öppnades på olika dagar eller vid olika tidpunkter, iv) listorna på anbudsgivare är likartade, dock inte identiska, för de tre lokala organen och för envar av de två typerna av kontrakt, samt att v) anbuden från varje anbudsgivare för samma typ av arbete på olika områden inte alltid var identiska.

19. Efter att kommissionen hade uppmärksammats på möjligheten att de ovan angivna förfarandena stod i strid med gemenskapsrätten, skickade kommissionen den 17 januari 1996 en formell underrät-

telse till den franska regeringen, i vilken den gjorde gällande att enskilda entreprenader hade behandlats som olika kontrakt, att två tredjedelar av dessa kontrakt inte hade offentliggjorts i EGT och att ett olämpligt förfarande hade använts. Till följd av att den franska regeringen förnekade detta, skickade kommissionen den 7 april 1997 ett motiverat yttrande enligt artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) och gjorde gällande att i) otillräcklig information om omfattningen av arbetet hade getts, vilket hade medfört att anbudsgivare från andra medlemsstater hade diskriminerats, ii) ett enda arbetsprojekt hade delats upp av geografiska och tekniska skäl för att undvika ett offentliggörande i EGT av ett visst antal delar av arbetet, iii) begreppen upphandlande enhet, sammanslutning av upphandlande enheter, delar av ett arbete samt kontrakt hade tillämpats felaktigt, och att iv) det förfarande som använts inte stod i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

20. Den 22 januari 1998 väckte kommissionen förevarande talan för att få fastställt att "Republiken Frankrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 4.2, artikel 14.1, 14.10 och 14.13 samt artiklarna 21, 24 och 25 i direktiv 93/38/EEG i samband med det upphandlingsförfarande som anordnades av Syndicat départemental d'électrification de la Vendée (SYDEV) i december 1994 för att tilldela kontrakt för arbeten avseende elektrifiering och offentlig belysning". Kommissionen och Republiken Frankrike framförde muntliga argument vid förhandlingen den 16 november 1999.

Bedömning

Direktivets tillämplighet

21. Kontrakten i fråga offentliggjordes och tilldelades i början av år 1995. Det framgår klart av domstolens dom i mål C-311/96, kommissionen mot Frankrike,[7] att Republiken Frankrike ännu inte hade införlivat direktivet. Det har dock inte bestridits att de behöriga myndigheterna borde ha följt detta direktiv eller att kommissionen kan väcka talan rörande underlåtenhet att tillämpa ett ännu inte införlivat direktiv i ett konkret fall.[8]

Åsidosättanden som har gjorts gällande

22. Kommissionen har framfört i huvudsak två anmärkningar. För det första har den gjort gällande att SYDEV, under såväl tekniska som geografiska förevändningar, delade upp vad som enligt direktivet utgjorde ett enda kontrakt i flera mindre kontrakt. Genom detta förfarande undantogs de flesta kontrakten från villkoret att de skulle offentliggöras i EGT, vilket medförde att möjliga anbudsgivare blev vilseledda om arbetets verkliga omfattning. Vidare framstod det som betydligt mindre attraktivt för andra företag än lokala att

7 — Dom av den 29 maj 1997 i mål C-311/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-2939).

8 — Se domstolens dom av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2189), punkterna 19—23.

lämna ett anbud. Detta förfarande var till nackdel särskilt för anbudsgivare från andra medlemsstater. För det andra har kommissionen påstått att de meddelanden om upphandling som offentliggjordes i EGT var ofullständiga och att inga meddelanden om de tilldelade kontrakten hade offentliggjorts överhuvudtaget.

Underlåtenhet att tillhandahålla vissa förtydliganden och att offentliggöra meddelanden om tilldelade kontrakt

23. Den franska regeringen har inte i grunden bestridit den andra anmärkningen avseende underlåtenheten att uppfylla artiklarna 21 (vad gäller den information som saknades som skulle ha tillhandahållits i de meddelanden som sändes till EGT), 24 och 25 i direktivet.[9] Den har medgett att den information som avsändes var ofullständig och att inga meddelanden om tilldelade kontrakt avsändes. Det är således ostridigt att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 21.1, 24.1 och 24.2 i direktivet, genom att inte tillhandahålla samtliga uppgifter som krävs enligt bilaga XII beträffande de sex uppmaningar till anbudsgivning som offentliggjordes i EGT och genom att inte tillhandahålla uppgifter om att dessa kontrakt hade tilldelats.

24. Mot bakgrund av medgivandet att inga meddelanden, förutom de sex uppmaningar till anbudsgivning som offentliggjordes, hade avsänts, anser jag det emellertid varken nödvändigt eller lämpligt att domstolen uttalar sig angående underlåtenheten att visa när meddelandena avsänts enligt artikel 25.1 i direktivet. Inte heller har artikel 25.5 åsidosatts beträffande de meddelanden som avsändes, eftersom de handlingar som inkommit till domstolen visar att de avsändes till EGT och BOAMP samma dag.

Omfattningen av anmärkningen rörande den separata behandlingen av kontrakten

25. Den huvudsakliga frågan som skall besvaras är om kontrakten skulle ha lagts ihop enligt artikel 14.10 och/eller om den separata behandlingen av kontrakten utgjorde en olaglig uppdelning som står i strid med artikel 14.13. I endera fallet innebär detta närmare bestämt att det föreligger en underlåtelse att offentliggöra meddelanden i EGT, där sådana meddelanden skulle ha offentliggjorts enligt artikel 21.

26. Enligt den franska regeringens uppfattning var det riktigt att behandla samtliga kontrakt som olika kontrakt för olika arbeten.

27. Kommissionen anser att enligt direktivet skulle kontrakten ha behandlats som delar av ett och samma bygg- och anläggningskontrakt och inte som olika kontrakt,

9 — Se ovan punkt 6.

oavsett om grunden härför var geografisk (olika kontrakt för varje lokalt organ) eller teknisk (olika kontrakt för elektrifiering och för offentlig belysning).

28. Kommissionens påstående kan uppdelas i tre olika varianter: Kontrakten avseende elektrifiering och offentlig belysning skulle ha behandlats som en helhet för varje lokalt organ, men inte för departementet. Samtliga kontrakt avseende elektrifiering och offentlig belysning skulle ha behandlats som två åtskilda helheter för hela departementet. Samtliga arbeten av båda slag skulle ha behandlats som en och samma helhet för hela departementet. Den återstående möjligheten är naturligtvis den som den franska regeringen har argumenterat för.

29. Av de 37 meddelanden som är föremål för denna talan hade fem stycken ett uppskattat värde överstigande 5 miljoner ecu. Dessa fem meddelanden och ett annat (samtliga rörande arbeten avseende elektrifiering) offentliggjordes faktiskt i EGT, och 14 stycken (varav alla utom ett rörde kontrakt avseende offentlig belysning) uppgick till belopp understigande 1 miljon ecu.

30. Om kontrakten avseende elektrifiering och belysning läggs ihop för varje enskilt lokalt organ (om uppdelningen var berättigad av geografiska men inte tekniska skäl), överstiger värdet tröskelvärdet på 5 miljoner ecu endast i ett fall — där ett meddelande faktiskt offentliggjordes i EGT beträffande kontraktet avseende elektrifiering (30 miljoner FRF) — medan värdet av kontraktet avseende offentlig belysning understeg 1 miljon ecu och 20 procent av det samlade värdet för det lokala organet i fråga. Om det sålunda konstateras att det fanns fog att dela upp kontrakten mellan olika lokala organ, men inte för att göra en uppdelning mellan elektrifiering och offentlig belysning, inskränker sig åsidosättandet till enbart en underlåtenhet att offentliggöra uppmaningarna till anbudsgivning för arbeten avseende offentlig belysning beträffande de fem återstående lokala organ där meddelanden om kontrakten avseende elektrifiering offentliggjordes och där värdet av kontrakten avseende offentlig belysning översteg 1 miljon ecu.

31. Om däremot departementets samtliga kontrakt läggs ihop efter varje typ av kontrakt (om det fanns fog för en uppdelning av tekniska men inte geografiska skäl), överstiger de båda kontraktstyperna med bred marginal tröskelvärdet på 5 miljoner ecu. I sådant fall skulle ett kontrakt avseende elektrifiering (på ett belopp om 6 miljoner FRF) inte ha behövt offentliggöras, eftersom detta hade ett värde som understeg tröskelvärdet på 1 miljon ecu och 20 procent av det totala värdet av kontrakten avseende elektrifiering. De kontrakt avseende offentlig belysning som understiger tröskelvärdet uppgår till mer än 20 procent av det totala värdet för kontrakten avseende offentlig belysning, men sex av dem skulle kunna undantas innan denna procentandel (omkring 25 miljoner FRF) uppnåtts. Om det således fanns fog för en uppdelning av tekniska, men inte geografiska, skäl berör åsidosättandet 12 kontrakt avseende elektrifiering och 12 kontrakt avseende offentlig belysning.

32. Om slutligen samtliga kontrakt av båda typer läggs ihop för departementet (om det varken fanns fog för en uppdelning av tekniska eller geografiska skäl) skulle samtliga 14 kontrakt som understiger tröskelvärdet på 1 miljon ecu vara undantagna från kravet på offentliggörande. Detta beror på att de inte överstiger 20 procent av det totala värdet. Åsidosättandet skulle således beröra 12 kontrakt avseende elektrifiering, men endast fem kontrakt avseende offentlig belysning.

33. Det är därför nödvändigt att undersöka båda typerna av uppdelning, eftersom verkningarna av de tre olika möjligheterna att slå ihop kontrakt är olika.

Artikel 14.10 och 14.13; sammanläggning eller uppdelning

34. Det skall erinras om att det i artikel 14.1 anges att direktivet skall gälla kontrakt vars uppskattade värde uppgår till minst 5 miljoner ecu. Enligt artikel 14.10 skall värdet av varje del av ett byggkontrakt som är uppdelat i flera delar tas med i beräkningen när man uppskattar det värde som anges i artikel 14.1. I artikel 14.13 föreskrivs att upphandlande enheter inte får kringgå detta direktiv genom att dela upp kontrakten.

35. Man skulle kunna tro att bestämmelserna i artikel 14.10 och 14.13 ger uttryck för samma regel fast i olika ordalag. Jag anser däremot att man bör skilja dem åt.

36. I artikel 14.10 uppställs rent objektiva kriterier på grundval av vilka det kan fastställas om direktivet blir tillämpligt. Begreppet "arbete" definieras och det är det totala värdet av detta arbete, vilket i förekommande fall uppnås genom att lägga samman värdet av varje del som kontraktet kan uppdelas i, som avgör om det föreligger en skyldighet att följa bestämmelserna i direktivet.

37. I artikel 14.13 anges däremot ett subjektivt rekvisit. Det talas om att "kringgå" direktivet genom särskilt angivna förfaranden, nämligen genom att dela upp kontrakten eller genom att använda särskilda metoder för att beräkna kontraktens värde. Denna ordalydelse antyder en viss grad av avsikt beträffande det förfarande som följts. Ordet kringgå anger, i likhet med motsvarande begrepp i andra språkversioner, snarare ett avsiktligt förfarande än ett slumpartat agerande. Både att dela upp kontrakt och använda särskilda beräkningsmetoder kräver en viss avsikt från den som gör uppdelningen eller beräkningen.

38. Det är dock även riktigt att artikel 14.13 i direktiv 93/38 verkar skilja sig från motsvarande bestämmelse (artikel 6.4)

i direktiv 93/37,[10] vilket antogs samma dag. I den sistnämnda artikeln föreskrivs följande: "Inget arbete eller kontrakt får delas upp *i syfte att undgå* en tillämpning av detta direktiv" (min kursivering). Jag anser emellertid att skillnaden inte är av någon betydelse, eftersom räckvidden är densamma och ingenting antyder att lagstiftaren avsett att ta bort rekvisitet om avsikt från förbudet. Om så var fallet skulle med all säkerhet en mer neutral ordalydelse ha valts. Det kan i detta avseende påpekas att det i kommissionens "Handbok för tillämpliga gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten", som getts in på domstolens begäran, anges beträffande förbudet i direktiv 93/37 att "detta omfattar varje uppdelning som det inte finns fog för på objektiva grunder och som således har som enda mål att undgå bestämmelserna i direktivet".

39. Jag är således av den uppfattningen att det inte kan konstateras att artikel 14.13 har åsidosatts om det inte fanns någon avsikt.

40. I artikel 14.13 förbjuds vidare en "uppdelning" av kontrakt. Detta begrepp förutsätter, förutom att det betonar rekvisitet om avsikt, att det finns ett kontrakt som i vanliga fall skulle ha behandlats som en enda helhet, men som — på ett onormalt sätt — har delats upp i flera olika kontrakt.

10 — Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54).

41. Har kommissionen visat att kontrakten i fråga i normala fall skulle ha behandlats som en enda helhet av de aktuella organen, men att de avsiktligen delades upp för att kringgå en tillämpning av direktivet?

42. Jag anser att kommissionen inte har visat att så är fallet.

43. Det har tvärtom inte framkommit någon bevisning som visar att SYDEV:s eller de olika lokala organens agerande var annorlunda beträffande kontrakten i fråga i detta mål än vad som annars skulle ha varit fallet. Den bevisning som ingetts av den franska regeringen överensstämmer med dess påstående att det förfarande som följts är det normala i Vendée och kommissionen har inte inkommit med någon bevisning som motsäger detta. Vid den muntliga förhandlingen framförde den franska regeringen argumentet att om det hade funnits en avsikt att kringgå direktivet skulle man bemödat sig att göra detta mer diskret.

44. Kommissionens hänvisningar till de förfaranden som följts i de två andra departementen är inte relevanta i detta avseende, eftersom det inte bevisats att det finns ett fastslaget förfarande som till-

lämpas systematiskt runt om i Frankrike. [11] Det är inte heller relevant huruvida, som kommissionen gjort gällande, sunt förnuft ger vid handen att arbeten avseende elektricitet och offentlig belysning skall behandlas tillsammans — ett argument som jag skall undersöka utförligare vid behandlingen av artikel 14.10 — om det inte konstateras att kontrakten avsiktligen delades upp stick i stäv med en sådan inställning. Sunt förnuft är vidare ett rättesnöre som är svårt att följa.

45. För att det skall kunna konstateras att artikel 14.13 har åsidosatts måste det fastställas att det fanns en avsikt att kringgå bestämmelserna i direktivet, möjligen på den grunden att en avvikelse gjorts från vad som annars skulle ha varit normalt. Kommissionen har inte inkommit med någon utförligare bevisning i detta avseende och sådan bevisning kan enligt min mening inte heller härledas från omständigheterna i sin helhet, vilket jag närmare kommer att behandla nedan. Jag anser således att domstolen i detta mål inte kan komma fram till att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 14.13 i direktivet.

46. Det ovanstående utesluter emellertid inte att bestämmelserna i direktivet var tillämpliga av objektiva skäl enligt artikel 14.10 i detta och att Republiken Frankrike kan ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt denna artikel. Undersökningen av denna bestämmelse kommer därför enligt min mening att vara av avgörande betydelse.

Den upphandlande enhetens identitet

47. Det är emellertid nödvändigt att först undersöka en fråga som har varit föremål för en omfattande diskussion mellan parterna. Är det relevant huruvida det ur gemenskapsrättssynpunkt fanns en enda upphandlande enhet (SYDEV) eller flera olika upphandlande enheter (SYDEV:s medlemmar, de lokala organen)?

48. Den franska regeringens uppfattning är huvudsakligen att det inte är möjligt att dela upp frågan om det aktuella arbetet utgör en helhet från frågan om den upphandlande enheten utgör en helhet. Det kan nämligen inte finnas ett enda arbete där det finns olika upphandlande enheter. Det har således med tyngd argumenterats att varje lokalt organ utgjorde en separat upphandlande enhet (maître d'ouvrage enligt fransk rätt), medan SYDEV var rättsligen obehörigt att vid den aktuella tidpunkten agera i någon annan egenskap än som teknisk ledare, förvaltare och samordnare för de olika bygg- och anläggningsarbetena (såsom maître d'œuvre).

49. Efter att synbarligen ha försökt motbevisa detta argument genom att påstå att SYDEV under alla förhållanden var den

11 — Det skall faktiskt påpekas att de meddelanden om tilldelade kontrakt för departementet Dordogne som bifogats ansökan i realiteten visar att olika förfaranden genomfördes samtidigt i de norra, nordöstra och sydvästra delarna i departementet, utöver det förfarande som kommissionen hänvisat till.

verkliga upphandlande enheten har kommissionen, som svar på en fråga som ställdes vid den muntliga förhandlingen, uppgett att den upphandlande enhetens identitet inte, enligt dess uppfattning, utgjorde en viktig faktor vid tillämpningen av artikel 14.10 i direktivet. Kravet på att kontrakten skall läggas ihop kan även tillämpas på kontrakt som tilldelats av flera olika upphandlande enheter, under förutsättning att dessa kontrakt utgör ett enda "arbete" i den mening som avses i denna bestämmelse.

50. Jag delar den sistnämnda uppfattningen.

51. I definitionen av arbete i artikel 14.10 görs ingen hänvisning till den upphandlande enhetens identitet och det är logiskt att så inte heller sker. Som framgår av direktivets ingress, bestämmelser och det rättsliga innehållet i annan gemenskapsrättslig lagstiftning om offentlig upphandling syftar direktivet till att öppna marknaden för konkurrens inom gemenskapen på de områden som direktivet omfattar. De huvudsakliga medel som används för att detta syfte skall uppnås utgörs av villkor om att ett standardiserat förfarande skall användas, att uppmaningar till anbudsgivning skall offentliggöras på gemenskapsnivå och att det inte får förekomma någon diskriminering mellan anbudsgivare. Det skulle dock inte tjäna något syfte och även medföra en hel del onödigt administrativt arbete om dessa villkor tillämpades på alla kontrakt, oavsett värde och sannolikheten för att de skulle väcka intresse från möjliga anbudsgivare från andra medlemsstater. Tröskelnivåerna (på 5 miljoner ecu och 1 miljon ecu för bygg- och anläggningskontrakt) har helt klart tillkommit för att bemöta detta problem. För att kunna garantera att dessa tröskelnivåer faktiskt beaktas finns det emellertid bestämmelser för att förbjuda ett avsiktligt kringgående (artikel 14.13) och för att undvika risken för att dessa inte tillämpas för det fall ett enda heltäckande bygg- och anläggningsprojekt delas upp av andra skäl, som kan vara giltiga i ett annat sammanhang (i artikel 14.10).

52. Målsättningen är således att garantera att entreprenörer i andra medlemsstater har möjlighet att lämna anbud på enstaka kontrakt eller på kontrakt som har lagts ihop, vilka det är troligt att de, på objektiva grunder med hänsyn till kontraktens uppskattade värde, är intresserade av. Frågan om sådana kontrakt skall tilldelas av en upphandlande enhet eller flera är inte en betydelsefull omständighet i detta sammanhang. Det kan mycket väl finnas godtagbara skäl, såväl administrativa som andra, som motiverar att olika enheter separat tilldelar olika delar av ett kontrakt som utgör ett enda bygg- och anläggningsprojekt. Detta förfarande inskränker emellertid inte märkbart det intresse som hela arbetet troligen representerar för ett företag i en annan medlemsstat med lämpliga kvalifikationer. Ponera till exempel att det skall utföras arbete på en väg som korsar områden där olika lokala organ har det administrativa ansvaret för olika sträckor av vägen. Direktivets syfte kan inte uppnås om detta inte kan tillämpas av det skälet att det uppskattade värdet för varje delsträcka endast uppgår till 3 miljoner ecu.

53. Det är riktigt att den definition av ett bygg- och anläggningskontrakt som görs i

artikel 1.4 i direktivet närmare anger att detta är ett kontrakt som ingås av "*en* av de i artikel 2 nämnda upphandlande enheterna" (min kursivering). Detta tyder möjligen på att varje sådant kontrakt enligt artikel 14 skall ingås med en separat enhet. I artikel 2 görs emellertid en hänvisning till "upphandlande enheter" i pluralis, varvid de klassificeras i två huvudgrupper, nämligen offentliga myndigheter eller företag och övriga. Det verkar således som om definitionen i artikel 1.4 avser att hänvisa till *en av de grupper* upphandlande enheter som anges i artikel 2. Definitionen av "offentliga myndigheter" omfattar vidare, vilket kommissionen har framhållit, "sammanslutningar som bildats av en eller flera dylika myndigheter", vilket betyder att en upphandlande enhet varken behöver vara en enstaka offentlig myndighet eller det organ som faktiskt ingår avtalet. Det är även klart att kriteriet "arbetets totala värde" som anges i artikel 14.10 inte är värdet av ett enda kontrakt, eftersom bestämmelsen i så fall skulle sakna mening. Mot bakgrund härav föreslår jag att det vid tillämpningen av artikel 14 inte skall läggas alltför stor betydelse vid användningen av singularformen i artikel 1.4.

54. Jag är därför av den uppfattningen beträffande det möjliga åsidosättandet av artikel 14.10 i direktivet i detta mål, att det inte är nödvändigt att fastställa om det förelåg flera separata upphandlande enheter eller en enda upphandlande enhet i form av SYDEV.

Artikel 14.10: ett "arbete" eller flera?

55. Den avgörande frågan är om de kontrakt avseende elektrifiering och offentlig belysning som tilldelades separat av varje lokalt organ utgjorde ett enda "arbete" — eller flera större "arbeten" som hörde ihop av antingen geografiska eller tekniska skäl — i den mening som avses i direktivet och därför skulle ha behandlats tillsammans.

56. I artikel 14.10 anges att med "arbete" avses här "bygg- och anläggningsarbeten i deras helhet och som i sig själva skall fylla en ekonomisk och teknisk funktion". Denna definition är inte särskilt preciserad och någon närmare ledning finns inte heller att hämta i den handbok som kommissionen har inkommit med. Såsom en kommentator har uttryckt det: "att identifiera ett enda arbete kan liknas vid ordspråksdefinitionen av en elefant; de upphandlande myndigheterna känner igen det när de stöter på det". [12] I detta mål har domstolen emellertid blivit ombedd att ge riktlinjer för hur en elefant skall kännas igen.

57. En möjlighet är att utgå från syftet med de regler som anges i direktivet. Målsättningen är huvudsakligen, vilket jag angett,

12 — Brown, A., Getting to grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules, *Public Procurement Law Review*, 1993, s. 69, s. 72.

att garantera att företag i hela gemenskapen har möjlighet att delta i anbudsgivning beträffande kontrakt som överstiger ett visst fastställt tröskelvärde, över vilket det troligen är ekonomiskt lönsamt att lämna anbud. Eftersom kontrakt för både elektrifiering och offentlig belysning i flera fall har tilldelats samma anbudsgivare i olika kommuner — av vilket slutsatsen kan dras att en enstaka entreprenör i teorin hade kunnat utföra samtliga arbeten av båda slagen i hela departementet — och eftersom sju av tio anbudsgivare har tilldelats kontrakt som var värda betydligt mer än 5 miljoner ecu, verkar det logiskt att anbudsgivare från andra medlemsstater borde ha fått möjlighet att delta i anbudsgivningen. Vid den muntliga förhandlingen framförde kommissionen argumentet att det är nödvändigt att behandla ett visst antal kontrakt som ett enda "arbete" och offentliggöra dessa i EGT när kontrakten hänger samman på ett sådant sätt att ett gemenskapsföretag troligen betraktar dem som en enda ekonomisk transaktion och har för avsikt att lämna anbud på hela transaktionen, vilket enligt kommissionen var fallet i detta mål.

58. Jag anser dock att detta inte är ett riktig sätt att angripa problemet. I artikel 14.10 görs en hänvisning till den ekonomiska och tekniska funktion som arbetena i sig själva skall fylla och inte till det intresse som en möjlig anbudsgivare kan ha av att bli fullständigt informerad, trots att en av de övergripande målsättningarna i direktivet är att skydda och gynna detta intresse. Trots att bestämmelserna i direktivet bör tolkas mot bakgrund av dess syfte, är kriteriet i detta fall specifikt. Det är snarare mot den ekonomiska och tekniska funktionen än mot hur arbetets värde kan uppfattas av möjliga anbudsgivare som uppmärksamheten skall riktas.

59. Jag anser att det kriterium som anges i artikel 14.10 innebär att gränsen mellan arbete som skall läggas ihop enligt direktivet och arbete som lagligen kan behandlas var för sig ligger mellan flera kontrakt som, med hänsyn till deras syfte, har en gemensam ekonomisk och teknisk funktion och de som inte har en sådan funktion.

60. Kommissionen anser i huvudsak att det arbete som skall utföras i detta fall består i ett flerårigt elektrifieringsprogram i hela Vendée och därför har en enda ekonomisk och teknisk funktion. Den har understrukit att arbetsbeskrivningarna var identiska inom varje grupp och likartade grupperna sinsemellan samt att samtliga arbeten skulle utföras under samma tidsperiod inom samma geografiska och administrativa område. Begreppet "arbete" kan, enligt kommissionen, i ett fall som detta inte inskränka sig till en bestämd struktur eller konstruktion.

61. Den franska regeringen har gjort gällande att enskilda arbeten avseende förbättringar och utökningar som utförs på obe-

roende nät inte kan anses som ett enda arbete som avser att fylla en enda ekonomisk och teknisk funktion. Den anser att det är upp till den upphandlande enheten att i brist på en bestämd struktur eller konstruktion närmare ange sina behov och därigenom bestämma vari "arbetet" består. I förevarande fall definierade varje lokalt organ sina egna behov i förhållande till sina egna nät, oberoende av varje hypotetiskt övergripande "arbete".

62. Ingen av parterna har inkommit med en fullständig beskrivning av de aktuella näten till domstolen. Det framgår emellertid av den franska regeringens yttrande, vilket inte har bestridits av kommissionen, att de lokala organen är ansvariga för enskilda nät för lågspänningsel som utgår från transformatorer och som tillhandahålls konsumenter inom deras områden, att dessa nät kan kopplas ihop och att näten för offentlig belysning som kontrolleras av enskilda lokala organ tar ström från dessa nät.

Elektrifiering och offentlig belysning: tekniska överväganden

63. Kommissionen har understrukit att arbeten på det offentliga högtalarsystemet nämndes i beskrivningen över de båda grupperna av arbete (elektrifiering och offentlig belysning) och att båda grupperna inkluderades i samma meddelande om anbudsgivning som motsvarande organ till SYDEV i två andra franska departement (Calvados och Dordogne) offentliggjorde år 1995. Den franska regeringen har understrukit att arbetet på elnätet huvudsakligen sker under jord, medan arbetet med offentlig belysning huvudsakligen sker ovan jord och att de två grupperna av arbete delas upp under olika rubriker (anläggningsarbete respektive installationsarbete) enligt NACE-klassificeringen i bilaga XI till direktivet. Vid den muntliga förhandlingen antydde den franska regeringen att arbetet på näten för offentlig belysning möjligen inte omfattades av direktivets tillämpningsområde överhuvudtaget, eftersom sådana nät inte avser att producera, leverera, transportera eller distribuera elektricitet, [13] utan snarare att konsumera elektricitet till förmån för allmänheten.

64. Bland dessa överväganden anser jag att endast det sistnämnda är av betydelse. Detta övervägande lägger — trots att det inte finns något behov av att bedöma huruvida offentlig belysning helt faller utanför direktivets tillämpningsområde — vikt vid den skillnad som rätteligen kan göras, uttryckt i en avsedd ekonomisk och teknisk funktion, mellan de två typerna av nät. Ett elnät är ur teknisk synvinkel avsett att transportera elektricitet från en leverantör till en enskild slutkonsument, som ur ekonomisk synvinkel måste betala leverantören för det som konsumerats. Ett nät för offentlig belysning tillhandahåller belysning på offentliga platser. Detta nät utgör i sig självt en slutkonsument av den elektricitet som levereras från elnätet. Den myndighet som tillhandahåller tjänsten

13 — Se artikel 2.2 i direktivet, ovan punkt 3.

måste själv stå för kostnaden härför — varefter den troligen återfår vad som betalats från de människor som drar nytta av tjänsten genom till exempel lokal beskattning snarare än på grundval av den enskilda nytta som var och en kan dra av denna tjänst.

65. Det är enligt min uppfattning därför klart att ett elnät och ett nät för offentlig belysning är avsedda att fylla olika ekonomiska och tekniska funktioner. Eftersom så är fallet anser jag att arbete som utförs för att bibehålla, förbättra och/eller utöka nät av de två olika slagen, oaktat om detta sker inom samma område eller ej, inte kan anses som ett enda "arbete" i den mening som avses i artikel 14.10 i direktivet.

66. Denna slutsats motsägs inte av de andra överväganden som framförts av kommissionen. Den omständigheten att ett offentligt högtalarsystem omnämns i båda typerna av meddelande om anbudsgivning såsom "därtill hörande arbete", betyder inte att det rör sig om en enda ekonomisk eller teknisk funktion. Det kan förekomma att olika delar av ett offentligt högtalarsystem leds via elledningar och lyktstolpar, så att arbete på ett av dessa nät medför arbete på det systemet utan att nätens ekonomiska och tekniska funktioner berörs i sig. Inte heller innebär den omständigheten att någon annan upphandlande enhet har valt att erbjuda ett enda kontrakt för arbete på båda typerna av nät att frågan huruvida sådana anläggningsarbeten i sin helhet principiellt är avsedda att fylla en enda ekonomisk och teknisk funktion är besvarad.

67. Det är således inte nödvändigt att i detta mål uttala sig om huruvida offentlig belysning omfattas av direktivets tillämpningsområde eller ej, en fråga som i vilket fall som helst inte har diskuterats tillräckligt noga inför domstolen. Om offentlig belysning inte omfattas av direktivets tillämpningsområde är det emellertid klart att sådant arbete inte kan läggas ihop med arbete avseende elektrifiering med avseende på direktivet.

68. Jag drar slutsatsen att det inte var nödvändigt att lägga ihop värdena för kontrakten avseende elektrifiering och offentlig belysning enligt direktivet, vare sig för hela departementet eller för varje lokalt organ. Frågan återstår emellertid huruvida kontrakten skulle ha lagts ihop för hela departementet inom vardera gruppen.

Elektrifiering: tekniska och geografiska överväganden

69. Det har framgått[14] att varje lokalt organ är ansvarigt för elnäten inom sitt

14 — Se ovan fotnot 2 och punkt 62.

område trots att näten är sammankopplade och elektriciteten levereras av det nationella företaget EDF. Kommissionen har framhållit nätens geografiska närhet till varandra, arbetsprogrammens samtidighet, den identiska karaktären av arbetsbeskrivningarna och SYDEV:s övergripande samordning. Den franska regeringen har framför allt lagt tonvikten vid att varje lokal enhet ingick separata kontrakt för sitt eget nät.

70. Jag har kommit fram till [15] att det sistnämnda övervägandet inte är relevant för att bedöma huruvida det förelåg ett enda arbete i den mening som avses i direktivet. Den föreliggande situationen verkar vara jämförbar med det exempel som jag har angett ovan om en offentlig väg som korsar flera lokala myndigheters områden. Även om de olika lokala organen av administrativa skäl ansvarar för näten för lågspänningsel inom sina respektive områden, avser dessa sammankopplade nät i sin helhet att fylla en enda ekonomisk och teknisk funktion, nämligen att överföra och sälja elektricitet som produceras och levereras av EDF till konsumenter.

71. Som den franska regeringen har framhållit är det riktigt att detta resonemang kan tillämpas på hela det franska elsystemet. Jag delar dock kommissionens uppfattning att begreppet arbete i detta mål helt klart begränsas av vad som kan kallas de tre enheterna — plats, tid och handling. Samtliga berörda kontrakt avseende elektrifiering syftade till att arbete skulle utföras inom samma departement under samma tidsperiod enligt samma allmänna beskrivning och vara föremål för samma tekniska kontroll. Ingenting ger vid handen att det skulle utföras arbeten av samma natur vid samma tidpunkt inom ett ännu större område — inom angränsande departement eller regioner eller till och med på hela det franska nätet. Det är vidare föga sannolikt att sådana arbeten skulle ha letts av SYDEV. Om så hade varit fallet skulle det emellertid ha kunnat argumenteras att alla dessa arbeten utgjorde ett enda arbete enligt direktivet. I ett sådant fall anser jag att den slutsats som kan dras inte är den som den franska regeringen har dragit genom sitt resonemang *reductio ad absurdum*, utan snarare att samtliga meddelanden om anbudsgivning skulle ha offentliggjorts i EGT.

72. Den omständigheten att kontrakten avser en rad olika arbeten som skall utföras vid olika tillfällen i tid och rum (inom samma tidsperiod och samma geografiska område), innebär inte att de inte skall anses utgöra ett enda "arbete". Om detta resonemang följdes skulle varje arbete utgöra ett separat arbete, och inte ens den franska regeringen har påstått att så är fallet. Tvärtom bör en rad arbeten som utförs inom en viss tidsperiod på en grupp nät som delar en ekonomisk och teknisk funktion i sig själva anses som att de avser att fylla en delad ekonomisk och teknisk funktion. Det skall i detta avseende erinras

15 — Se ovan punkterna 51—54.

om att innehållet i 1960 års arrêté préfectoral [16] hänvisar till en "allmän förteckning över behoven inom departementet" — en ordalydelse som verkar bekräfta denna slutsats.

73. Jag drar därför den slutsatsen att kontrakten avseende elektrifiering i fråga utgör ett enda arbete i den mening som avses i artikel 14.10 i direktivet. Värdet på dessa kontrakt skulle därför ha lagts ihop för att avgöra om uppmaningar till anbudsgivning skulle offentliggöras i EGT. Sex sådana uppmaningar offentliggjordes faktiskt och för ett annat kontrakt understeg det uppskattade värdet 1 miljon ecu och 20 procent av arbetets totala värde, vilket gjorde det möjligt att göra en avvikelse enligt artikel 14.10 andra stycket. Underlåtenheten att inte offentliggöra meddelanden för de återstående 12 kontrakten, vilka samtliga översteg tröskelvärdet och sammanlagt uppgick till 26 miljoner ecu, utgör dock ett åsidosättande av direktivet.

74. Detta åsidosättande innefattade en underlåtenhet att följa artikel 14.1 och 14.10 i direktivet beträffande beräkningen av värdet på arbetet, artikel 21.1 och 21.5 eftersom meddelanden inte upprättades och avsändes till EGT för att bli offentliggjorda och artikel 25.5 eftersom meddelanden blev offentliggjorda i BOAMP.

16 — Se ovan punkt 9.

Offentlig belysning: tekniska och geografiska överväganden

75. Jag anser att det är svårare att tillämpa samma resonemang på arbeten som skall utföras på näten för offentlig belysning. Det är säkert riktigt att den ekonomiska och tekniska funktionen för varje enskilt nät är densamma som för övriga, men jag anser inte att de härigenom har en gemensam funktion.

76. Även om det inte närmare har redogjorts för hur den offentliga belysningen organiserats i Vendée, anser jag det inte orimligt att anta att nätverken är oberoende av varandra såsom den franska regeringen har gjort gällande. Eftersom offentlig belysning är en aktivitet som konsumerar elektricitet, för vilken varje ansvarigt lokalt organ betalar, tjänar det, till skillnad från förhållandet med elnäten, som är ett system med endast en leverantör, inte något syfte att koppla dem samman sinsemellan. Varje nät erhåller troligtvis elektricitet från en separat förgrening i systemet, vilket gör det möjligt att bestämma vad varje lokalt organ konsumerar. Offentlig belysning återfinns vidare i allmänhet i bebyggda områden. När sådana områden är åtskilda av ett öppet obebyggt landskap, vilket mycket väl kan vara fallet i ett huvudsakligen lantligt departement som Vendée, är det inte troligt att de olika nätverken gränsar till varandra. Olika lokala organ kan vidare ha helt olika

inställning till hur den offentliga belysningen skall vara anordnad. En del söker att tillhandahålla så omfattande tjänster som möjligt, medan andra vill hushålla med skattebetalarnas pengar genom att tillhandahålla minsta möjliga offentliga belysning.

77. Det är riktigt att de ovannämnda övervägandena i stor utsträckning grundar sig på gissningar beträffande de särskilda förutsättningarna i detta mål. Den franska regeringen har emellertid framhållit det ömsesidiga oberoendet mellan de olika näten, och kommissionen har inte inkommit med någon bevisning som motsäger detta. Det förekommer vidare ingen bevisning om någon förenande ekonomisk faktor, som till exempel ett enhetligt system med lokala skatter i departementet för att täcka kostnaden för belysningen.

78. Jag anser således att kommissionen inte har visat att det finns en delad ekonomisk funktion i den mening som avses i artikel 14.10 i direktivet. Vidare anser jag att det inte var nödvändigt att lägga ihop värdena av samtliga kontrakt om offentlig belysning för att kunna bestämma om direktivet var tillämpligt, även om det antas att offentlig belysning omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Artikel 4.2: diskriminering mellan entreprenörer

79. Kommissionens argument i detta hänseende går i huvudsak ut på att de franska myndigheterna, genom att felaktigt offentliggöra endast ett urval av meddelandena om upphandling i EGT, försatte anbudsgivare från andra medlemsstater i en ofördelaktig ställning. Eftersom dessa anbudsgivare inte var medvetna om arbetets totala värde och i vilken mån arbetet kunde intressera dem, skulle de kunna besluta sig för att antingen inte lämna anbud eller lämna ett anbud där de beaktat proportionellt högre fasta kostnader. De skulle således lämna mindre konkurrenskraftiga anbud än de företag som fick ett fullständigare underlag om omfattningen av arbetet genom BOAMP. Den franska regeringen har, trots att den i huvudsak stöder sig på ett bestridande av varje konstlad uppdelning, påstått att det inte förekom någon diskriminering mellan anbudsgivare. Samtliga anbudsgivare var tvungna att avge sitt bud i form av en procentuell avvikelse från det uppskattade värdet av olika typer av arbete, i avsikt att utföra vissa arbeten som skulle fastställas senare.

80. Eftersom artikel 4.2 uttryckligen förbjuder diskriminering mellan "leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter", kan man fråga sig om denna artikel även omfattar diskriminering mellan anbudsgivare eller *a fortiori* möjliga anbudsgivare (eftersom jag inte har erhållit några upplysningar om att något företag från en annan medlemsstat faktiskt lämnade in ett anbud i detta fall).

81. Jag anser att den gör det. Termerna "leverantörer", "entreprenörer" eller "tjänsteproducenter" definieras inte i direktivet, medan "anbudsgivare" definieras i artikel 1.6 såsom en "leverantör eller entreprenör som har lämnat anbud". I direktivet används således termen "entreprenör" inte enbart för någon som har tilldelats ett kontrakt, utan i en vidare bemärkelse för någon som strävar efter att få sig tilldelat ett kontrakt.

82. Enligt artikel 4.1 krävs — och det är värt att påpeka att artikel 4 är den första materiella bestämmelsen i direktivet som till viss del definierar räckvidden av det som följer — att de upphandlande enheterna följer direktivet "vid offentlig upphandling... eller [vid] anordnande av formgivningstävling". Den samtida användningen av termerna "offentlig upphandling" och "anordnande av" antyder att även termen "offentlig upphandling" skall anses omfatta hela förfarandet och inte enbart det slutliga stadiet. Jag anser att artikel 4.2 har samma räckvidd.

83. Domstolen har vidare konstaterat att principen om likabehandling ingår i det ursprungliga gemenskapsdirektivet om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten,[17] och att denna kommer till uttryck i artikel 4.2 i direktiv 90/531,[18] vilken är den direkta och nästan likalydande föregångaren till artikel 4.2 i det nuvarande direktivet. Trots att domstolen har beskrivit principen som att den avser lika behandling mellan anbudsgivare, anser jag att den är av sådan art att den skall tillämpas även på dem som kan avhållas från att lämna anbud på grund av att de har försatts i en ofördelaktig ställning.

84. Med hänsyn härtill och till den slutsats som jag har kommit fram till beträffande underlåtenheten att lägga ihop kontrakten avseende elektrifiering, anser jag att kommissionen har visat att artikel 4.2 i direktivet har åsidosatts. Oaktat huruvida anbudsgivare från andra medlemsstater i detta fall faktiskt skulle ha kunnat bli intresserade — mot bakgrund av att det var en uppenbar fördel att ha ett lokalt driftsställe och med beaktande av risken att de endast skulle tilldelas en del av det samlade arbetet, vilket kunde inverka på deras beräkningar av fasta kostnader — hindrades de från att fatta beslut på grundval av fullständig information, eftersom en sådan information om hela "arbetet" inte offentliggjordes i EGT såsom skulle ha skett. Anbudsgivare som följde informationen i BOAMP, vilka till största del torde ha

17 — Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5, i dess lydelse enligt artikel 1.6 i rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989, EGT L 210, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3). Se domstolens dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353, svensk specialutgåva, volym 14, s. 229), punkt 33.

18 — Rådets direktiv av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Se domstolens dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkterna 51 och 52.

varit franska anbudsgivare, förfogade dock över en fullständigare information.

85. Vad avser de sex uppmaningar till anbudsgivning som faktiskt offentliggjordes i EGT, var dock den information som offentliggjordes i EGT exakt samma som den som offentliggjordes i BOAMP, vilket medför att underlåtenheten att meddela all den information som erfordras enligt artikel 21.1 i direktivet, jämförd bilaga XII till detta direktiv, inte utgör någon diskriminering.

Rättegångskostnader

86. Eftersom kommissionen enligt min mening har visat att direktivet har åsidosatts genom en underlåtenhet att i EGT offentliggöra alla de uppgifter rörande kontrakten avseende elektrifiering som krävdes, men inte visat att artikel 14.13 har åsidosatts eller att det förekommit något åsidosättande i fråga om kontrakten avseende offentlig belysning, anser jag att domstolen skall besluta att parterna skall bära sina egna rättegångskostnader enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna.

Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av de ovannämnda övervägandena anser jag att domstolen skall besluta följande:

1) Republiken Frankrike har, under det upphandlingsförfarande som anordnades av Syndicat départemental d'électrification de la Vendée i december 1994, för att tilldela kontrakt avseende elektrifiering, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter

— enligt artiklarna 4.2, 14.1, 14.10, 21.1, 21.5 och 25.5 i rådets direktiv 93/38/EEG, genom att inte offentliggöra uppmaningar till anbudsgivning i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* för 12 kon-

trakt, för vilka det uppskattade värdet av vart och ett översteg 1 miljon ecu och vilka utgjorde del av ett enda arbete i den mening som avses i artikel 14.10 i detta direktiv,

— enligt artikel 21.1 i direktiv 93/38/EEG, genom att inte tillhandahålla samtliga uppgifter enligt bilaga XII till detta direktiv beträffande de sex uppmaningar till anbudsgivning som offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, samt

— enligt artikel 24.1 och 24.2 i direktiv 93/38/EEG, genom att inte meddela uppgifter om tilldelningen av samtliga kontrakt.

2) Talan i övrigt ogillas.

3) Vardera parten skall bära sin kostnad.