FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 14 mars 2000 *

I — Inledning

1. Kommissionen har i förevarande talan om fördragsbrott gjort gällande att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) samt enligt direktiv 71/305/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 89/440/EEG, särskilt artiklarna 12, 26 och 29, och direktiv 93/37/EEG, särskilt artiklarna 8, 11, 22 och 30, om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, genom att inte på föreskrivet sätt genomföra vissa förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten avseende uppförande och underhåll av skolbyggnader som Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord har låtit utföra. Kommissionens anmärkningar avser olika överträdelser av de regler som gäller för offentliggörande — bland annat förfarandet att lämna förhandsinformation och antalet anbudsgivare — och tillämpningen av ett rättsstridigt urvalskriterium för tilldelning av kontrakt. Kommissionen har dessutom framfört kritik mot att diskriminerande tekniska specifikationer har använts vid beskrivningen av delmoment och mot de diskriminerande beviskraven beträffande yrkeserfarenhet och teknisk förmåga. Kommissionen har vidare ifrågasatt underlåtenheten att informera i efterhand och underlåtenheten att delge den skriftliga rapporten.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten,* [1] *i dess lydelse enligt rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989,* [2] *och rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.* [3]

2. Efter att ha ändrats flera gånger på väsentliga punkter kodifierades direktiv 71/305 — enligt vad som anges i första övervägandet — "för tydlighetens och förståelsens skull" genom direktiv 93/37. De regler i direktiv 71/305 som är tillämpliga i förevarande mål är, förutom några redaktionella ändringar, identiska

* Originalspråk: tyska.

1 — EGT L 185, s. 5.

2 — EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3.

3 — EGT L 199, s. 54.

med dem i direktiv 93/37. Eftersom direktiv 93/37 började gälla den 14 januari 1993 och kommissionen har framfört kritik mot överträdelser som delvis har utförts före detta datum, är båda direktiven tillämpliga i förevarande mål. I artikel 36 i direktiv 93/37, genom vilken direktiv 71/305 upphävs, föreskrivs att hänvisningar till det upphävda direktivet skall anses avse det nya direktivet.

De artiklar som citeras nedan utan angivande av direktiv är tagna från direktiv 93/37.

a) Upphandlingsförfarandet

3. Artikel 8 — som motsvarar artikel 5 a i direktiv 71/305 — har följande lydelse:

"1. — 2....

För varje upphandling som genomförts skall de upphandlande myndigheterna upprätta en skriftlig rapport, vilken skall innehålla åtminstone följande:

— Namn och adress för den upphandlande myndigheten, föremålet för och värdet av kontraktet.

— Namnen på anbudssökande eller anbudsgivare som kommer i fråga och skälen för urvalet.

— Namnen på anbudssökande och anbudsgivare som förkastats och skälen till detta.

— Namnet på den anbudsgivare som valts och skälen till att hans anbud föredragits och, om detta är känt, uppgift om vilken andel av entreprenaden som den utsedda anbudsgivaren har för avsikt att lägga ut på underentreprenör.

— Vid förhandlat förfarande, vilka omständigheter enligt artikel 7 som motiverat valet av förfarande.

Denna rapport eller de väsentliga delarna av den skall på begäran tillställas kommissionen."

b) Förhandsinformationen och informationen i efterhand

4. Artikel 11 — som motsvarar artikel 12 i direktiv 71/305 — har följande lydelse:

"1. Upphandlande myndigheter skall genom ett meddelande i förhand ange de viktigaste upplysningarna om de bygg- och anläggningsarbeten de ämnar upphandla i de fall kontraktens uppskattade värde motsvarar minst vad som fastställs i artikel 6.1.[4]

2. — 4...

5. Upphandlande myndigheter som har avslutat en upphandling skall tillkännage sitt beslut i ett meddelande om avslutad upphandling...

6. ...

7. De upphandlande myndigheterna skall sända meddelandena enligt punkterna 1—5 så fort som möjligt och på lämpligaste sätt till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer...

8. — 13..."

c) Förhandsinformationens inverkan på fristen för mottagande av anbud

5. Artikel 12 — som motsvarar artikel 13 i direktiv 71/305 — har följande lydelse:

"1. Vid öppet upphandlingsförfarande skall fristen för mottagande av anbud bestämmas av de upphandlande myndigheterna till minst 52 dagar från det meddelandet avsänts.

2. Tidsfristen för mottagande av anbud enligt punkt 1 får förkortas till 36 dagar om den upphandlande myndigheten har publicerat anbudsmeddelandet, som föreskrivs i artikel 11.1 och som upprättats i enlighet med förlagorna i bilaga 4 A, i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

3. — 5..."

4 — Det tröskelvärde som nämns i artikel 6.1 är 5 miljoner ecu.

6. Artikel 13 — som motsvarar artikel 14 i direktiv 71/305 — har följande lydelse:

enligt direktiv 89/440 — föreskrivs följande:

"1. — 2...

"1...

3. Vid selektivt förfarande skall den av de upphandlande myndigheterna fastställda tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från avsändandet av den skriftliga uppmaningen att lämna anbud.

2. Då de upphandlande myndigheterna upphandlar genom selektivt förfarande, får de ange hur många som ungefärligen kommer att uppmanas till anbudslämnande. I så fall skall uppgiften finnas i meddelandet om upphandling. Antalet skall bestämmas mot bakgrund av entreprenadarbetets art. Antalet måste vara minst 5 och får uppgå till 20.

4. Fristen för mottagande av anbud enligt punkt 3 får förkortas till 26 dagar om den upphandlande myndigheten har publicerat anbudsmeddelandet, som föreskrivs i artikel 11.1 och som upprättats i enlighet med förlagorna i bilaga 4 A, i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

I alla händelser måste antalet uppmanade sökande vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens.

5. — 7..."

3. — 4..."

d) Antalet anbudsgivare

7. I artikel 22 — som motsvarar artikel 22 i direktiv 71/305 i dess lydelse

e) Bevis om teknisk förmåga

8. Artikel 27 — som motsvarar artikel 26 i direktiv 71/305 — har följande lydelse:

"1. Bevis om entreprenörens tekniska förmåga får lämnas enligt följande:

a) Entreprenörens utbildning och yrkeskvalifikationer och/eller motsvarande för företagets ledning och, i synnerhet, för den eller de personer, som är ansvariga för arbetenas utförande.

b) En förteckning över de arbeten som utförts under de fem senaste åren, tillsammans med intyg om att de viktigaste arbetena utförts på tillfredsställande sätt. Dessa intyg skall ange värde, tidpunkt och plats för entreprenaderna och huruvida arbetena utförts enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett riktigt sätt. Om det är nödvändigt skall behörig myndighet sända dessa intyg direkt till den upphandlande myndigheten.

c) Beskrivning av verktyg, anläggning och teknisk utrustning som entreprenören disponerar över för arbetenas utförande.

d) Uppgift om medelantalet anställda i företaget och antalet anställda med ledningsuppgifter för vart och ett av de tre senaste åren.

e) Uppgift om vilka tekniker eller tekniska organ som entreprenören kan disponera för arbetenas genomförande, oavsett om de tillhör företaget eller ej.

2. De upphandlande myndigheterna skall i meddelandet eller i uppmaningen till anbudslämnande ange vilka av dessa referenser som krävs."

f) Kriterier för prövning av anbud

9. I artikel 30 — som motsvarar artikel 29 i direktiv 71/305 — anges följande:

"1. De kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara

a) antingen enbart det lägsta priset,

b) eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet till exempel pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

2. I det fall som avses i punkt 1 b skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid prövningen, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.

3. — 4..."

III — Bakgrunden till förfarandet och omständigheterna i målet

10. Föremålet för förevarande talan om fördragsbrott är resultatet av två av varandra oberoende administrativa förfaranden.

11. I början av år 1993, väcktes kommissionens intresse genom ett klagomål från en anbudsgivare som uteslutits från ett öppet förfarande vid tilldelning av ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbete. Förfarandet avsåg uppförandet av en gymnasieskola med flera utbildningslinjer i Wingles (Région Nord-Pas-de-Calais). Meddelandet om upphandlingen offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 21 januari 1993. Kommissionen anförde viss kritik mot detta meddelande om upphandling. I sin formella underrättelse av den 27 september 1993 kritiserade kommissionen de franska myndigheterna för att ha fastställt en för kort tidsfrist för mottagande av anbud samt för att klassificeringen av delmoment var otillräcklig eftersom den hänvisade till tekniska specifikationer som endast används i Frankrike. Kommissionen påpekade vidare att det är rättsstridigt att kräva bevis rörande ett företags tekniska förmåga i form av intyg som endast används i Frankrike liksom att i anbudskriterierna hänvisa till en nationell lag. Slutligen ifrågasatte kommissionen de franska myndigheternas vägran att översända den skriftliga rapporten från det omtvistade förfarandet till kommissionen. Svaret från de franska myndigheterna av den 20 december 1993 var, enligt kommissionens åsikt, inte tillfredsställande. Kommissionen riktade därför den 8 september 1995 ett motiverat yttrande till Republiken Frankrike. Detta motiverade yttrande besvarades inte.

12. Under tiden offentliggjorde Région Nord-Pas-de-Calais i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 18 februari 1995 fjorton meddelanden inom ramen för programmet "Plan Lycée". Det totala värdet på upphandlingen uppgick till cirka 1,4 miljarder FRF. Det rörde sig om selektiva förfaranden för genomförande av renoverings- och underhållsarbeten under en tioårsperiod. I dessa annonser precise-

rades upphandlingskriterierna. Härvid hade det införts ett "tilläggskriterium" för att främja sysselsättningen. Detta kriterium grundades på ett regeringscirkulär av den 29 december 1993.

13. Genom skrivelse av den 21 november 1995 förelade kommissionen de franska myndigheterna att inkomma med yttrande avseende flera oegentligheter i anbudsinfordringarna, till exempel bristen på förhandsinformation, införandet av ett "tilläggskriterium" för att främja sysselsättningen, omständigheten att ett otillräckligt antal anbudsgivare uppmanats att lämna anbud samt användandet av diskriminerande kvalifikationskriterier.

14. Kommissionen granskade den praxis som följts av Région Nord-Pas-de-Calais vid tilldelning av kontrakt under en treårsperiod. Kommissionen riktade den 8 maj 1996 ytterligare ett föreläggande till de franska myndigheterna. Genom skrivelse av den 9 augusti 1996 svarade de franska myndigheterna att de hade för avsikt att förbättra förfarandet för tilldelning av kontrakt avseende nya kontrakt.

15. Kommissionen sände den 7 april 1997 ett motiverat yttrande med en sammanfattning av dess invändningar till Republiken Frankrike. Detta yttrande besvarades inte av de franska myndigheterna. Till följd härav har kommissionen den 18 juni 1998 väckt följande talan, vilken inskrevs i domstolens register den 22 juni 1998.

16. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— fastställa att Republiken Frankrike, vid olika förfaranden för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten avseende uppförande och underhåll av skolbyggnader som under en treårsperiod har genomförts av Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) samt enligt direktiv 71/305, i dess lydelse enligt direktiv 89/440, i synnerhet artiklarna 12, 26 och 29, och enligt direktiv 93/37, i synnerhet artiklarna 8, 11, 22 och 30.

Kommissionen har dessutom i sin replik yrkat att domstolen skall

— förplikta Republiken Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.

17. Republiken Frankrike har yrkat att talan skall ogillas.

A — *Huruvida artikel 12 i direktiv 71/305, eller artikel 11 i direktiv 93/37 har överträtts på grund av underlåtenheten att lämna förhandsinformation* (angående lydelsen av dessa artiklar, se punkterna 4—6)

18. Parternas argument och övriga omständigheter i målet tas upp under redogörelsen för de olika anmärkningarna.

Parternas argument

19. Samma sak gäller för de frågor som domstolen har ställt till kommissionen om de rättsliga följderna av bristen på förhandsinformation och om gemenskapens upphandlande myndigheters praxis vad gäller förhandsinformation samt för den franska regeringens svar på de frågor som ställts av kommissionen.

21. Kommissionen anser att de franska myndigheterna har brutit mot artikel 12 i direktiv 71/305 eller artikel 11 i direktiv 93/37 genom att endast mycket sällan iaktta förfarandet att informera i förhand. Av ovan nämnda artiklar framgår att villkoret avseende förhandsinformation är tvingande vid varje upphandlingsförfarande som anordnas i enlighet med direktivet. Enligt kommissionen har de franska myndigheterna inte bestritt detta påstående i sak.

IV — De olika invändningarna

20. Kommissionen grundar sin talan på flera anmärkningar som kan grupperas enligt nedanstående. De prövas i den ordning de framställts i ansökan.

22. Région Nord-Pas-de-Calais offentliggjorde emellertid den 18 februari 1995 fjorton meddelanden om upphandling utan att lämna förhandsinformation i enlighet med bestämmelsen i fråga. Kommissionen har dessutom gjort gällande att förfarandet att informera på förhand endast mycket sällan har följts under åren 1993—1995. Vad gäller Département du Nord har kommissionen anfört att det inte offentliggjordes något förhandsmeddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* under den berörda perioden. Förhandsin-

formation har endast lämnats med avseende på gymnasiet i Wingles och ett utbildningscentrum för lärlingar.

24. Kommissionen anser att de franska myndigheternas argument att det är frivilligt att lämna förhandsinformation är oriktigt. Det har enligt kommissionen ingen betydelse att de upphandlande myndigheterna inte har haft för avsikt att utnyttja den förkortning av tidsfristen för mottagande av anbud som avses i artiklarna 12 och 13.

23. Den franska regeringen har inte bestritt att den genom artikel 11.1 i direktivet åläggs en skyldighet. Den har gjort gällande att skyldigheten att offentliggöra ett meddelande om förhandsinformation måste ses i samband med artiklarna 12 och 13 i direktivet. I artikel 12.1 och artikel 13.3 i direktivet föreskrivs i princip en tidsfrist på 52 dagar respektive 40 dagar för mottagande av anbud. Den upphandlande myndigheten kan, enligt den franska regeringen, med stöd av artikel 12.2 och artikel 13.4 förkorta denna tidsfrist om myndigheten offentliggör ett sådant meddelande som avses i artikel 11.1 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Regeringen har anfört att för det fall offentliggörandet av ett meddelande om förhandsinformation var obligatoriskt i alla fall, skulle alla förfaranden uppfylla villkoret avseende förkortning av tidsfristen. Enligt den franska regeringen medför detta en oförenlighet mellan å ena sidan artikel 11 och å andra sidan artiklarna 12 och 13. Olika tolkningar är följaktligen möjliga beroende på om man utgår från den obligatoriska karaktären av förfarandet att informera i förhand enligt artikel 11.1 eller från dess frivilliga karaktär vid tillämpning av artiklarna 12 och 13. De franska myndigheterna har angett att de valt denna andra tolkning. Région Nord-Pas-de-Calais offentliggjorde dessutom på nytt de omtvistade meddelandena om offentlig upphandling, varvid skyldigheten att lämna förhandsmeddelande följder.

Bedömning

25. På grund av att Région Nord-Pas-de-Calais beaktade de invändningar som framfördes av kommissionen i dess formella underrättelse innan den tidsfrist som fastställdes i det motiverade yttrandet hade löpt ut — dock utan att informera kommissionen härom — är det möjligt att denna del av talan inte kan tas upp till sakprövning.

26. Förfarandet avseende fördragsbrott har till syfte att få fastställt att den berörda medlemsstaten har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter och att den inte har upphört med denna överträdelse inom den tidsfrist som fastställts i det motiverade yttrandet. Enligt fast rättspraxis skall förekomsten av ett fördragsbrott bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet. Vid denna tidpunkt hade den franska regeringen redan offentliggjort förhandsmeddelanden i de fall detta ännu var möjligt. De franska myndigheterna har följaktligen uppfyllt de skyldigheter som ålagts dem av kommissionen innan den

tidsfrist som fastställdes i det motiverade yttrandet hade löpt ut. En väsentlig förutsättning för att ta upp talan om fördragsbrott till sakprövning brister således.

27. Republiken Frankrike har emellertid under förfarandet vid domstolen även gjort gällande att det inte föreligger en tvingande skyldighet att informera i förhand enligt artikel 11 i direktivet. Den har således inte fullt ut erkänt den överträdelse av fördraget som lagts den till last. Eftersom meningarna med avseende på tolkningen av artikel 11 jämförd med artiklarna 12 och 13 i direktivet går i sär, kvarstår ett fastställelseintresse, vilket medför att talan kan tas upp till prövning i denna del. Därtill kommer att de ifrågavarande ändringarna inte hade meddelats kommissionen.

28. Inom ramen för en materiell bedömning är parterna eniga om att artikel 11.1, om man betraktar den för sig, medför en skyldighet för den upphandlande myndigheten att på förhand offentliggöra de viktigaste upplysningarna avseende upphandlingen. Det kan emellertid ifrågasättas om det finns anledning att tona ned denna tolkning med beaktande av artiklarna 12.2 och 13.4. Formuleringen "om den upphandlande myndigheten har publicerat ett... upphandlingsmeddelande som föreskrivs" i artikel 12.2 och 13.4 skulle kunna tala för detta. Mot denna tolkning står emellertid den omständigheten att artikel 11 å ena sidan och artiklarna 12 och 13 å andra sidan reglerar två helt olika saker. Artikel 11 ålägger den upphandlande myndigheten att offentliggöra meddelandena om upphandling medan artiklarna 12 och 13 reglerar tidsfristerna för mottagande av anbud. Det skulle strida mot det föreskrivna systemet att anse att artiklarna 12.2 och 13.4 dessutom reglerar frågan om offentliggörande av förhandsinformation, då denna fråga reglerats på ett otvetydigt sätt redan tidigare.

29. Direktivets innebörd och syfte talar också för en allmän skyldighet att offentliggöra förhandsinformation. Direktivet skall införa en verklig konkurrens inom området för offentlig upphandling. Detta ändamål medför att det är nödvändigt att ge en obegränsad grupp anbudsgivare från alla medlemsstater möjlighet att i tid skaffa fullständig information om de offentliga upphandlingar som skall genomföras. Skyldigheten att sprida informationen vida omkring är emellertid inte uppfylld — även om det endast gäller förhandsinformation — om den upphandlande myndigheten själv kan råda över hur offentliggörandet skall ske.

30. Den franska regeringens argument att denna tolkning regelmässigt bör medföra en förkortning av tidsfristerna från 52 till 36 dagar eller från 37 till 26 är inte övertygande. Även om det finns en allmän skyldighet att offentliggöra förhandsinformationen är de regler som finns i artiklarna 12.1, 12.2, 13.1 och 13.4 inte överflödiga. Förkortandet av tidsfristerna kan endast tillämpas om det har förekommit sådan förhandsinformation som föreskrivs i direktivet. Förkortandet av tidsfristerna är emellertid endast en möjlighet, som den upphandlande myndigheten inte behöver utnyttja. Skillnaden i beräkning av tids-

fristerna utgör ett undantag som, i den mån det består i en förkortning av nämnda frister, är beroende av att villkoret om förhandsinformation har utförts på föreskrivet sätt.

31. Det är riktigt att man av direktivets ordalydelse, det vill säga att tidsfristerna endast kan förkortas om information har lämnats i förväg, kan utläsa att det trots en allmän skyldighet att meddela på förhand är möjligt att tänka sig fall där sådan information inte har lämnats. Kommissionen har även under det muntliga förfarandet påpekat att det av objektiva skäl inte alltid är möjligt att lämna förhandsinformation. Det kan finnas ekonomiska skäl till att förhandsinformation inte har kunnat lämnas tillräckligt tidigt, eftersom den offentliga upphandlingen är beroende av befintliga medel, vars tillgänglighet kan vara olika under olika perioder.

32. Kommissionen har under det muntliga förfarandet påpekat att detta problem beaktades när artikel 12 i direktiv 71/305 ändrades. Det föreslogs vid detta tillfälle att en begränsning av typen "förutom när detta inte är möjligt" skulle införas i direktivets text. Varken denna eller någon liknande formulering intogs emellertid i direktivet.

33. Det är följaktligen som regel obligatoriskt att informera i förväg. Om så inte har skett måste den upphandlande myndigheten kunna ange skälen till detta. Att en längre frist för anbudsgivning skall iakttas är en logisk följd av att villkoret att lämna förhandsmeddelande inte har iakttagits. Det är emellertid inte en automatisk följd, på så sätt att man kan avstå från att lämna förhandsinformation enligt artikel 11 i direktivet när längre tidsfrister för anbudsgivning har fastställts (vilket är huvudregeln), utan en förkortning av fristen är tvärtemot endast möjlig om förhandsinformation dessförinnan har lämnats.

34. Talan kan således tas upp till sakprövning på den första grunden och skall i denna del bifallas.

B — *Huruvida artikel 30 i direktiv 93/37 — vilken motsvarar artikel 29 i direktiv 71/305 — har överträtts genom tillämpning av ett rättsstridigt upphandlingskriterium* (angående lydelsen av denna artikel, se punkt 9)

35. Det framgår av de bilagor som bifogats akten att de franska upphandlingsmyndigheterna i sina meddelanden flera gånger uttryckligen, under rubriken "upphandlingskriterier", har nämnt kriteriet angående sysselsättning som ett "tilläggskriterium" utöver pris, tid för fullgörande etc.

Parternas argument

36. Kommissionen anser att Republiken Frankrike har åsidosatt artikel 30 genom att ange kriteriet att främja sysselsättningen som ett upphandlingskriterium. Enligt kommissionen kan denna aspekt endast beaktas som ett kriterium för genomförande. I detta hänseende stödjer sig kommissionen på domstolens dom i målet Beentjes. [5]

37. Kommissionen har påpekat att tilläggskriteriet att främja sysselsättningen i förevarande mål grundar sig på ett regeringscirkulär av den 29 december 1993. Enligt detta cirkulär är det möjligt att vidta lokala åtgärder för att bekämpa arbetslöshet och för att främja sysselsättningen inom ramen för offentliga upphandlingsförfaranden.

38. I artikel 30 i direktiv 93/37 föreskrivs dock endast två möjliga upphandlingskriterier, antingen det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De franska myndigheterna har följaktligen, enligt kommissionen, åsidosatt artikel 30 genom att uttryckligen beakta sysselsättningskriteriet när beslut har fattats om tilldelning av ett offentligt kontrakt.

5 — Dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635).

39. Den franska regeringen anser tvärtemot att domen i målet Beentjes just tillåter ett ytterligare upphandlingskriterium. Den citerar i detta hänseende texten i punkterna 28 och 37 tredje strecksatsen i domen i målet Beentjes, vilka har följande lydelse:

"Vad gäller uteslutandet av en anbudsgivare med anledning av att denna inte kan sysselsätta långtidsarbetslösa, kan det inledningsvis påpekas, att ett sådant villkor inte har något att göra vare sig med kontrollen av entreprenörernas lämplighet... eller med de kriterier för tilldelning av kontrakt som anges i artikel 29 i direktivet."

"Villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa är förenligt med direktivet, om det inte direkt eller indirekt medför en diskriminering av anbudsgivare från andra medlemsstater i gemenskapen. Ett sådant särskilt tilläggsvillkor skall ovillkorligen anges i upphandlingsmeddelandet."

40. Den franska regeringen har dock fäst uppmärksamheten på att det i de mallar för upphandlingsmeddelanden som finns i bila-

ga IV till direktiv 93/37[6] inte finns något stöd för att domen i målet Beentjes skall tolkas på så sätt att kriteriet avseende sysselsättning uttryckligen skall anges i meddelandet om upphandling. I dessa mallar finns ingen rubrik för detta.

41. Den franska regeringen har dessutom påpekat att även om sysselsättningskriteriet skulle anses vara ett kriterium för genomförande är detta inte grundat på direktiv 93/37, utan på nationell rätt. Artikel 30 i direktivet är nämligen inte relevant och kommissionens kritik är oriktig. Den franska regeringen har slutligen påpekat att den har uppmanat de upphandlande myndigheterna att agera i enlighet med cirkuläret av den 29 december 1993. I detta cirkulär anges klart att tilläggskriteriet angående sysselsättningen inte skall behandlas på samma sätt som de kriterier som uttryckligen anges i artikel 30 i direktivet. Det är tvärtom fråga om ett extra tilläggskriterium.

42. För det fall domstolen skulle dela kommissionens uppfattning anser den franska regeringen likväl att dess agerande även i detta avseende var förenligt med direktivet.

Bedömning

43. Domstolen fastslog i domen i målet Beentjes att ett sysselsättningskriterium (i detta mål gällde det ett villkor om sysselsättning av långtidsarbetslösa) inte hade något samband med de kriterier som nämns i artikel 29 i direktiv 71/305 för tilldelning av ett kontrakt.[7]

44. Det bör följaktligen undersökas om de kriterier som har till syfte att främja sysselsättningen är uteslutna, inte endast som upphandlingskriterier enligt artikel 30.1 b i direktiv 93/37 utan även som tilläggskriterier.

45. Enligt den franska regeringens uppfattning kan sysselsättningen användas som tilläggskriterium för att kunna göra åtskillnad mellan likvärdiga anbud. Ett sådant tillvägagångssätt skulle emellertid få till följd att kriteriet rörande sysselsättning i slutändan skulle bli det enda bestämmande kriteriet för tilldelning av ett kontrakt, vilket är just det som är uteslutet enligt domen i målet Beentjes. Kriteriet angående sysselsättning används inte direkt för att bestämma vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt. I ett sådant fall skulle det ha en ännu större betydelse än de kriterier som anges i artikel 30.1 b i direktivet, eftersom aspekten avseende sysselsättning i detta fall skulle kunna vara ensamt avgörande.

6 — I bilaga IV uppräknas, allt efter typen av anbudsinfordran, mellan 7 och 18 rubriker som skall anges i meddelandet.

7 — Se punkt 28 i domen i målet Beentjes (ovan fotnot 5).

46. Eftersom de franska myndigheterna har betraktat sysselsättningskriteriet som ett ytterligare upphandlingskriterium har de åsidosatt artikel 30 i direktivet. Det saknar således betydelse att kriteriet avseende sysselsättning regleras i nationell rätt genom regeringscirkuläret av den 29 december 1993, eftersom artikel 30 i direktivet har företräde.

47. Det bör inte förbises att man ser helt annorlunda på aspekten avseende sysselsättning nu än vad som var fallet när direktivet antogs. Direktivet anses i dag ta mer hänsyn till ekonomiska än sociala aspekter. Det ankommer emellertid på lagstiftaren att ändra detta.

48. Det skulle inte inneburit en överträdelse av direktivet om kravet att främja sysselsättningen — liksom i målet Beentjes — hade formulerats som ett villkor och om det, såsom kommissionen hade angett, hade haft karaktären av ett kriterium för genomförande.

49. De franska myndigheterna har emellertid överträtt artikel 30 i direktivet, eftersom de har betraktat kriteriet avseende sysselsättning som ett särskilt upphandlingskriterium.

C — *Huruvida artikel 22 i direktiv 93/37 har överträtts till följd av begränsningen av antalet anbudsgivare som uppmanats att lämna anbud* (angående lydelsen av denna artikel, se punkt 7)

50. Om en upphandlande myndighet upphandlar ett kontrakt genom selektivt förfarande kan den, i enlighet med artikel 22.2 i direktivet, fastställa ett intervall inom vilket det antal företag den avser att uppmana att lämna anbud skall ligga. Den lägsta siffran i intervallet får inte vara lägre än fem, vilket uttryckligen föreskrivs i artikel 22.2 fjärde meningen.

51. De franska upphandlande myndigheterna har i sitt meddelande om offentlig upphandling som offentliggjordes i EGT av den 18 februari 1995 angett följande anvisning i punkt 13: "Begränsat antal anbudssökande som kan uppmanas att lämna anbud: 5."

Parternas argument

52. Kommissionen har anfört att anvisningen i ovannämnda meddelande låter antyda att antalet anbudsgivare även kan vare färre än fem. Detta utgör en överträdelse av artikel 22.2 fjärde meningen i direktivet.

53. Den franska regeringen delar inte denna åsikt. Den har gjort gällande att det för att uppfylla de förutsättningar som anges i artikel 22.2 fjärde meningen i direktivet är tillräckligt att begränsa antalet anbudsgivare till fem. Ingenting i artikel 22 tyder på att antalet anbudsgivare inte kan begränsas till fem. Detta antal är, enligt den franska regeringen, tillräckligt för att garantera verklig konkurrens. Kommissionen har inte kunnat bevisa motsatsen.

Bedömning

54. Den anvisning som valts av de franska upphandlande myndigheterna är problematisk i två hänseenden. Först talar artikel 22.2 om ett intervall. I det omtvistade meddelandet framställs emellertid inget intervall. Det kan endast vara tal om ett intervall om antalet fem antyder ett intervall från ett till fem, vilket i vart fall är oförenligt med artikel 22.2.

55. Om man anser att angivandet av siffran fem vad gäller det antal anbudsgivare som skall uppmanas att lämna anbud, utgör ett tvingande krav på så sätt att minst fem anbudsgivare skall uppmanas att lämna anbud, skulle denna anvisning kunna vara förenlig med kraven i direktivet. Den franska regeringen har emellertid tolkat den omtvistade anvisningen på så sätt att det "maximala" antalet anbudssökande som kan uppmanas att lämna anbud är fem. Den anser att det även under dessa omständigheter garanteras en verklig konkurrens. Denna tolkning är dock inte förenlig med kraven i direktivet, vari uttryckligen anges ett minsta antal om fem. Det är följaktligen den objektiva formuleringen av denna anvisning läst i förening med den tolkning som görs av den i meddelandena om upphandling som medför att den är oförenlig med artikel 22.2 i direktivet.

D — *Huruvida artikel 29.2 i direktiv 71/305 eller artikel 30.2 i direktiv 93/37 har överträtts genom att upphandlingskriterierna har angetts med hänvisning till en medlemsstats lag* (angående lydelsen av denna artikel, se punkt 9)

Parternas argument

56. I sin ansökan har kommissionen dessutom gjort gällande att artikel 29.2 i direktiv 71/305 liksom artikel 30.2 i direktiv 93/37 har åsidosatts. Detta på grund av att de upphandlande myndigheterna, när de har angett upphandlingskriterierna för kontraktet i fråga, i de flesta meddelanden om upphandling har tillämpat metoden att "upphandla med hänvisning till lagen om offentlig upphandling".

57. Kommissionen har åberopat domstolens rättspraxis till stöd för sin talan. Domstolen fastställde i punkt 35 i domen i målet Beentjes att de upphandlande myndigheterna enligt artikel 29.1—2 i direktivet måste ange dessa kriterier, antingen i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna. Enligt domstolen kan en allmän hänvisning till en bestämmelse i nationell lagstiftning inte uppfylla detta krav på offentliggörande.

58. Den franska regeringen har däremot gjort gällande att kommissionen har framställt denna invändning för sent och att den därför inte kan tas upp till sakprövning. Kommissionen framställde denna invändning för första gången i det motiverade yttrandet. Enligt domstolens rättspraxis, [8] utgör en utvidgning i det motiverade yttrandet av de anmärkningar som framställts i den formella underrättelsen en oegentlighet som inte kan rättas till.

59. För det fall domstolen ändå skulle anse att denna invändning kan tas upp till sakprövning har den franska regeringen påpekat att artikel 30.2 i direktiv 93/37 inte kräver att upphandlingskriterierna skall vara uppräknade i upphandlingsmeddelandet, utan att den ger den upphandlande myndigheten möjlighet att ange dem antingen i upphandlingsmeddelandet eller i kontraktshandlingarna. Den franska regeringen anser att denna anmärkning är felaktig, eftersom kriterierna i fråga förekommer i kontraktshandlingarna och eftersom de nationella bestämmelser som är tillämpliga enligt lagen om offentlig upphandling har ett innehåll som i huvudsak motsvarar direktiv 93/37.

60. Vad gäller huruvida ovannämnda anmärkning kan tas upp till sakprövning, har kommissionen påpekat att den i tillräcklig grad hade uppmärksammat de franska myndigheterna på denna fråga i sin formella underrättelse av den 8 maj 1996. Kommissionen hade i denna underrättelse erinrat om att informationen i meddelandena från de upphandlande myndigheterna, i enlighet med tionde övervägandet i direktiv 93/37/EEG, måste göra det möjligt för entreprenörer att avgöra om de utbjudna upphandlingarna är av intresse för dem. Därför är det nödvändigt att ge dem tillräcklig information om de arbeten som skall utföras och om därmed förknippade villkor. Kommissionen har dessutom angett att den redan vid tiden för den formella underrättelsen hade erinrat om domstolens rättspraxis, och i synnerhet om domen i målet Beentjes.

61. Kommissionen har vidhållit att detta tillvägagångssätt följaktligen var förenligt med domstolens rättspraxis, sådan den framgår av domen av den 28 mars 1985 i mål 274/83. [9] Kommissionen har för övrigt

8 — Dom av den 11 juli 1984 i mål 51/83, kommissionen mot Italien (REG 1984, s. 2793).

9 — REG 1985, s. 1077.

uppgett att de franska myndigheterna inte vid något tillfälle har lämnat ut de kontraktshandlingar på vilka de grundar sin argumentation.

Bedömning

62. Först bör bedömas huruvida kommissionen har haft fog för att göra gällande ovannämnda anmärkning inom ramen för förevarande talan om fördragsbrott. Domstolen har förvisso i sin dom av den 11 juli 1984 i mål 51/83 fastställt att en utvidgning i det motiverade yttrandet av de invändningar som tagits upp i den formella underrättelsen utgör en oegentlighet som inte kan rättas till.[10] Talan skall således avvisas till den del den går utöver de invändningar som tagits med i den formella underrättelsen. Domstolen har därefter i sin dom i mål 274/83 preciserat sin rättspraxis så att det är tillåtet för kommissionen att i det motiverade yttrandet mer utförligt redogöra för de invändningar den redan på ett mera övergripande sätt har gjort gällande i den formella underrättelsen.

63. I förevarande mål framställde kommissionen först i den formella underrättelsen anmärkningar mot meddelandena om upphandling i fråga på ett övergripande sätt. Den gjorde därvid gällande konkreta anmärkningar. Härvid tog den även ställning till upphandlingskriterierna. Den påpekade att meddelandena måste göra det möjligt för entreprenörer att avgöra om uppdragen är av intresse för dem. Detta förutsätter att de fått tillräcklig information. Kommissionen erinrade dessutom om domstolens rättspraxis, i synnerhet domen i målet Beentjes, i vilken domstolen uttryckligen prövat upphandlingskriterierna. Kommissionens efterföljande kritik mot upphandlingskriterierna i dess motiverade yttrande är en tillåten precisering av de anmärkningar som åberopats i den formella underrättelsen. Eftersom kommissionen inte åberopade någon helt ny anmärkning, utgör anmärkningen mot att hänvisa till en medlemsstats lagstiftning inte någon otillåten utvidgning av anmärkningarna. Kommissionen definierade tvärtom närmare sin anmärkning. Den gav således de franska myndigheterna möjlighet att rätta till denna oegentlighet i upphandlingsförfarandet. Kommissionen tog därför i tillräcklig grad hänsyn till föremålet och syftet med det administrativa skedet i förfarandet om fördragsbrott. Genom den formella underrättelsen hade tvistens föremål avgränsats på ett sådant sätt att de franska myndigheterna skulle ha haft möjlighet att vidta åtgärder.

64. Kommissionens anmärkning kan därför tas upp till sakprövning.

65. Redan lydelsen av artikel 30.2 i direktiv 93/37 visar att "den upphandlande

10 — Se mål 51/83 (ovan fotnot 8), punkterna 6 och 7.

myndigheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling skall ange *alla*... kriterier".[11] Domstolen har för övrigt i målet Beentjes beträffande upphandlingskriterierna uttryckligen konstaterat att kravet på offentliggörande inte kan anses uppfyllt genom en allmän hänvisning till en bestämmelse i nationell rätt.[12] Det är följaktligen uteslutet att reglera vissa upphandlingskriterier i en nationell lag till vilken meddelandet om upphandling hänvisar.

66. Den franska regeringens argument att de nationella reglerna ofta har ett innehåll som motsvarar direktiv 93/37 saknar betydelse. Den allmänna hänvisningen strider mot principen om offentliggörande oberoende av att den nationella lagen har ett innehåll som motsvarar direktivet. En eventuell anbudsgivare kan nämligen inte genom att läsa meddelandet om upphandling uppfatta en eventuell överensstämmelse mellan innehållet i bestämmelserna i den nationella lagen och i direktivet.

67. Det skall därför konstateras att anmärkningen om att det är otillåtet att hänvisa till en bestämmelse i nationell lagstiftning för att fastställa upphandlingskriterier kan tas upp till sakprövning och att den är välgrundad.

11 — Min kursivering.

12 — Se domen i målet Beentjes (ovan fotnot 5), punkt 35.

E — *Huruvida artikel 59 i EG-fördraget har överträtts genom tillämpning av diskriminerande tekniska specifikationer vid beskrivningen av upphandlingens delmoment och genom de bevis som krävs för att visa företagens tekniska förmåga*

Parternas argument

68. I förevarande mål har kommissionen anfört att den franska regeringen har begränsat friheten att tillhandahålla tjänster, i den mening som avses i artikel 59 i EG-fördraget. Vad gäller de förutsättningar som skall uppfyllas av anbudsgivarna, använder de upphandlande myndigheterna för att beskriva delmomenten sådana tekniska specifikationer som används av franska yrkesorganisationer. Man finner således i meddelandena krav som "Mandataire EFF6 CA 11...". Kommissionen är av den uppfattningen att de tekniska specifikationer som uppställts av de upphandlande myndigheterna skulle kunna medföra att nationella företag gynnas. De har nämligen kännedom om detta system för kvalitetscertifiering och är vana att beskriva produkter eller tjänster i enlighet med de hänvisningar som gjorts i meddelandet om upphandling. Dessa krav kan däremot avhålla företag i andra medlemsstater från att lämna anbud. De skulle inte a priori kunna avgöra om deras kvalifikationer överensstämmer med nämnda tekniska uppgifter eftersom meddelandet inte innehåller någon uppgift om likvärdiga kvalifikationer. Det förhållandet att de franska myndigheterna endast har angett att det är önskvärt att dessa tekniska kvalifikationer

överensstämmer med de nationella specifikationerna kan inte ändra denna bedömning.

Bedömning

69. Den franska regeringen anser däremot att de tekniska specifikationer från yrkesorganisationer som de upphandlande myndigheterna angett endast är hållpunkter och att de därför inte har någon diskriminerande verkan. Det är inte meningen att urvals- eller tilldelningskriterier skall preciseras i meddelandet, utan sådana uppgifter lämnas i kontraktshandlingarna. Meddelandena skall tvärtemot endast lämna uppgifter om delmomentens art.

72. Först måste avgöras om denna grund kan tas upp till sakprövning. Eftersom de franska myndigheterna efter utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet inte längre har använt sig av de omtvistade specifikationerna, och det till följd härav kan anses att överträdelsen har upphört, kan intresset av att fastställa denna överträdelse ha förfallit.

73. Den franska regeringen har dock fortfarande i förevarande mål gjort gällande att de kritiserade hänvisningarna inte är av sådan art att de har diskriminerande verkan.

70. Den franska regeringen har för övrigt angett att de nya meddelanden om upphandling av kontrakt som offentliggjordes under år 1996 och år 1997 inte längre innehöll någon hänvisning till klassificeringar som uppställts av franska yrkesorganisationer.

74. Det kvarstår således ett behov av ett rättsligt klargörande på denna punkt.

71. Vad gäller detta sista argument har kommissionen påpekat att inget tyder på att det fördragsbrott som har gjorts gällande inte längre förelåg vid utgången av den frist som hade fastställts i det motiverade yttrandet.

75. Det är emellertid möjligt att denna grund skall avvisas av en annan orsak. Kommissionen har i detta hänseende grundat sin talan endast på artikel 59 i EG-fördraget, medan artikel 26 i direktiv 71/305 uttryckligen reglerar bevisningen för ett företags tekniska förmåga. Därmed uppkommer frågan huruvida bestämmelser

inom detta område i direktivet kan grunda sig på primärrättsliga bestämmelser i fördraget.

76. Artikel 26 i direktiv 71/305 innehåller en uppräkning av handlingar som kan användas för att påvisa teknisk förmåga. Det rör sig om ett antal handlingar som anses visa ett företags tekniska förmåga. Den upphandlande myndigheten har rätt att välja vilka av dessa handlingar som skall företes. I direktivet föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna skall i uppmaningen till anbudslämnande ange vilka av dessa referenser som krävs."

Fastställandet av vissa tekniska specifikationer regleras under alla omständigheter indirekt genom artikel 26 i direktiv 71/305, vilken, i likhet med varje bestämmelse i ett direktiv, dessutom skall tolkas i enlighet med fördraget. När det gäller tekniska specifikationer med diskriminerande verkan, finns det därför speciella skäl för att tillämpa artikel 59 i EG-fördraget.

77. Vad gäller innehållet kan man utgå från att de angivna tekniska specifikationerna är så speciella och abstrakta att det i princip endast är franska anbudssökande som omedelbart kan förstå deras betydelse. Det var följaktligen lättare för franska företag att erbjuda produkter eller tjänster som överensstämde med de kortfattade hänvisningarna i meddelandet om upphandling. Det var däremot mycket svårare för anbudsgivare från andra medlemsstater att lämna anbud inom den korta tid som utsatts, eftersom de först måste kontakta de upphandlande myndigheterna för att få närmare information om krav och kvalifikationer. Detta innebar, i vissa fall, en väsentligt högre kostnad och arbetsbörda än den som åvilade de franska konkurrenterna. De franska myndigheterna underlät att framställa de grundläggande kraven i en klar och allmänt lättförståelig form eller genom att hänvisa till tillämpliga gemenskapsrättsliga regler. Den omtvistade beskrivningen av delmoment utgör följaktligen en dold diskriminering.

78. Den franska regeringens argument att de angivna tekniska kraven endast utgör upplysningar, trots att det i praktiken endast är franska anbudsgivare som utan någon som helst hjälp kan förstå kraven, saknar betydelse. För anbudsgivare från andra medlemsstater rör det sig nämligen inte om upplysningar utan om kvalifikationskrav som har en avskräckande verkan. Den upphandlande myndighetens målsättning att endast ange upplysningar kan även genomföras på ett icke diskriminerande sätt.

79. Den grund kommissionen har åberopat till stöd för att de franska myndigheterna har åsidosatt artikel 59 i fördraget är i sak välgrundad.

F — *Huruvida artikel 59 i fördraget har överträtts genom att det som "minimikrav för deltagande" har uppställts ett krav på inskrivning i ett franskt arkitektsamfund*

80. Kommissionen har gjort gällande att Département du Nord har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 59 i EG-fördraget även genom att i ett visst antal meddelanden om upphandling begränsa den fria rörligheten för tjänster för arkitekter inom gemenskapen, i synnerhet genom att kräva bevis på inskrivning i det franska arkitektsamfundet.

81. Den franska regeringen har inte bestritt kommissionens argument. Den har endast hänvisat till de upphandlande myndigheternas bristande oerfarenhet vad gäller tillämpningen av de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.

82. Det finns ingen anledning att pröva denna anmärkning i sak, eftersom den franska regeringen uttryckligen medgivit den. De franska myndigheterna har åsidosatt artikel 59 i EG-fördraget genom att på ett rättsstridigt sätt begränsa möjligheten för arkitekter från andra medlemsstater att tillhandahålla tjänster. Denna överträdelse kan inte motiveras av de upphandlande myndigheternas bristande erfarenhet. Kommissionens talan bör bifallas även i den del den avser denna anmärkning.

G — *Övriga anmärkningar med anledning av underlåtenheten att enligt artikel 8.3 i direktiv 93/37 tillställa kommissionen den skriftliga rapporten samt underlåtenheten att enligt artikel 11.5 i direktiv 93/37 informera i efterhand* (vad gäller lydelsen av artiklarna i fråga, se punkterna 3 och 4)

83. Kommissionens övriga anmärkningar med anledning av underlåtenheten att offentliggöra ett meddelande i efterhand när kontrakten väl tilldelats har i princip inte bestritts av den franska regeringen och har också förklarats med de upphandlande myndigheternas bristande erfarenhet. Eftersom dessa anmärkningar uttryckligen har medgetts, kan fördragsbrottet konstateras utan någon djupare prövning i sak av anmärkningarna.

V — Rättegångskostnader

84. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Sökanden har tappat målet och skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

VI — Förslag till avgörande

85. Med beaktande av ovanstående föreslår jag domstolen att döma enligt följande:

1. Republiken Frankrike har vid offentliga upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten avseende uppförande och underhåll av skolbyggnader som under en treårsperiod har genomförts av Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) samt enligt direktiv 71/305, i dess lydelse enligt direktiv 89/440, i synnerhet artiklarna 12, 26 och 29 och direktiv 93/37, i synnerhet artiklarna 8, 11, 22 och 30.

2. Republiken Frankrike skall ersätta rättegångskostnaderna.