

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 december 2009 (*)

"Fördragsbrott – Direktiv 2004/18/EG – Förfarande vid offentlig upphandling – Nationell lagstiftning enligt vilken det föreskrivs ett enda förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt i vilket den upphandlande myndighetens behov fastställs och av det påföljande kontraktet för utförande eller tillhandahållande – Förenlighet med direktivet"

I mål C-299/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 4 juli 2008,

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av D. Kukovec och G. Rozet, därefter av G. Rozet och M. Konstantinidis, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues, J.-C. Gracia och J.-S. Pilczer, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på den andra avdelningen J.N. Cunha Rodrigues (referent), tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna P. Lindh, A. Rosas, U. Lohmus och A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: handläggaren R. Șereș,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 10 juni 2009,

och efter att den 22 september 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Frankrike, genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i lagen om offentlig upphandling (Code des marchés publics), i deras lydelse enligt dekret nr 2006-975 av den 1 augusti 2006 (JORF av den 4 augusti 2006, s. 11627), har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 31 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) i

den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av så kallade *marchés de définition* (offentliga kontrakt genom vilka ramarna, inbegripet syftet, för ett kontrakt avseende byggtreprenader, varor och tjänster fastställs), enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* ett *marché d'exécution* (ett kontrakt avseende byggtreprenader, varor och tjänster) utan någon ny anbudsinfordran, eller på sin höjd efter en anbudsinfordran som är begränsad till innehavarna av sistnämnda kontrakt.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

- 2 I skäl 3 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

"Bestämmelserna om samordning [av gemenskapsrättsliga och nationella förfaranden vid offentlig upphandling] bör i största möjliga utsträckning överensstämma med gällande förfaranden och praxis i de enskilda medlemsstaterna."

- 3 I artikel 2 i direktivet föreskrivs följande:

"Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt."

- 4 Artikel 28 i samma direktiv har följande lydelse:

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

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

- 5 I artikel 29 i direktiv 2004/18, som har rubriken "Konkurrenspräglad dialog", föreskrivs följande:

"1. Vid särskilt komplicerade kontrakt får medlemsstaterna föreskriva att den upphandlande myndigheten, om den anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt, får använda sig av en konkurrenspräglad dialog enligt denna artikel.

Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske enbart på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Den upphandlande myndigheten skall offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav, som den skall definiera i detta meddelande och/eller i ett beskrivande dokument.

3. Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52, där dialogens syfte skall vara att

identifiera och definiera hur dess behov bäst skall kunna tillgodoses. Under denna dialog får den diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.

Den upphandlande myndigheten skall under dialogen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. De skall i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

4. Den upphandlande myndigheten får föreskriva att förfarandet skall äga rum i successiva steg för att minska det antal lösningar som skall diskuteras under dialogen, på grundval av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet. Det skall anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

5. Den upphandlande myndigheten skall fortsätta denna dialog tills den kan identifiera lösningar som tillgodoser dess behov, vid behov efter att ha jämfört dessa lösningar.

6. Efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta skall den upphandlande myndigheten uppmana dem att lämna sitt slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

På begäran av den upphandlande myndigheten får dessa anbud klarläggas, preciseras och finjusteras. Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring riskerar att snedvrída konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt.

7. Den upphandlande myndigheten skall bedöma de inkomna anbuden på grundval av de i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet fastställda tilldelningskriterierna och välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53.

På den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

8. Den upphandlande myndigheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen."

6 I artikel 31 i direktivet föreskrivs följande:

"En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling i följande fall:

...

- 3) För offentliga tjänstekontrakt om kontraktet följer på en projekttävling och enligt tillämpliga regler skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av denna tävling. I det senare fallet skall samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingarna."

7 Artikel 80.1 första stycket i direktivet har följande lydelse:

"Medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006. De skall genast underrätta kommissionen om detta."

Den nationella lagstiftningen

8 I Code des marchés publics, i dess lydelse enligt dekret nr 2004-15 av den 7 januari 2004 (JORF av den 8 januari 2004, s. 703), som trädde i kraft den 10 januari 2004, föreskrivs följande i artikel 73 tredje stycket:

"De kontrakt som är nödvändiga för att genomföra ett eller flera *marchés de définition* med samma föremål, vilka ingås efter ett enda förfarande och genomförs samtidigt, kan tilldelas den anbudsgivare som valts utan någon ny anbudsinfordran. Vid fastställandet av det belopp för tjänsterna som ska jämföras med tröskelvärden ska det i detta fall tas hänsyn till kostnaden för studier avseende utformningen och den uppskattade kostnaden för *marché d'exécution*."

9 Code des marchés publics ändrades genom dekret nr 2006-975. Den ändrade lydelsen trädde i kraft den 1 september 2006. I den ändrade Code des marchés publics föreskrivs bland annat följande:

"Artikel 73

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

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

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

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

2) I meddelandet om offentlig upphandling anges urvalskriterierna för ansökningarna. I kriterierna ska det tas hänsyn till den kapacitet och det kunnande som krävs [av] anbudssökandena ... avseende såväl *marchés de définition* som det *marché d'exécution* som ska tilldelas därefter.

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

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

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

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

Artikel 74

...

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

..."

Det administrativa förfarandet

10. Genom skrivelse av den 18 oktober 2004 skickade kommissionen en första formell underrättelse till Republiken Frankrike avseende artiklarna 73 och 74-III i Code des marchés publics, i dess lydelse enligt dekret nr 2004-15. Eftersom dessa bestämmelser ändrades genom dekret nr 2006-975 skickade kommissionen, den 15 december 2006, ytterligare en formell underrättelse till medlemsstaten.
11. Kommissionen ansåg inte att de svar den mottog av Republiken Frankrike var tillfredsställande och skickade därför den 29 juni 2007 ett motiverat yttrande till medlemsstaten, varigenom den uppmanades att inom två månader från delgivningen av yttrandet vidta de åtgärder som krävdes för att rätta sig efter detsamma.
12. Kommissionen ansåg inte att Republiken Frankrikes svar på det motiverade yttrandet var tillfredsställande och beslutade därför att väcka förevarande talan.

Talan

Parternas argument

13. Kommissionen har gjort gällande att enligt artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, i deras lydelse enligt dekret nr 2006-975, får den upphandlande myndigheten tilldela ett *marché d'exécution* (ett kontrakt avseende byggentreprenader, varor och tjänster) till en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* utan någon ny anbudsinfordran, eller på sin höjd efter en anbudsinfordran som är

- begränsad till innehavare av sistnämnda kontrakt så snart som villkoren i tredje stycket i artikel 73 är uppfyllda. Dessa artiklar i Code des marchés publics innebär att bestämmelserna i direktiv 2004/18 åsidosätts genom att kontrakt tilldelas genom ömsesidig överenskommelse, eller med begränsad konkurrensutsättning, i fall som inte föreskrivs i direktivet.
- 14 Kommissionen har vidhållit att det som huvudregel inte är möjligt vid användningen av *marchés de définition*, såsom dessa kontrakt anges i de ovannämnda nationella bestämmelserna, att i det inledande skedet med tillräcklig precision vare sig fastställa föremålet för *marché d'exécution*, urvalskriterierna för anbudsgivarna eller tilldelningskriterierna för de aktuella kontrakten. Det följer härav att det förfarande för tilldelning av *marchés de définition* som föreskrivs i dessa bestämmelser står i strid med öppenhetsprincipen i artikel 2 i direktivet. Detta förfarande skapar rättsosäkerhet för såväl de upphandlande myndigheterna som aktörerna.
 - 15 Enligt kommissionen utgör förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* varken en konkurrenspräglad dialog eller ett ramavtal, i den mening som avses i artiklarna 29 och 32 i direktiv 2004/18. Ett sådant förfarande utgör inte heller en projekttävling vid vilken det under vissa förutsättningar är tillåtet att tilldela det därpå följande tjänstekontraktet genom ömsesidig överenskommelse, i enlighet med artikel 31.3 i direktivet.
 - 16 Republiken Frankrike har gjort gällande att de aktuella nationella bestämmelserna inte är oförenliga med artiklarna 2, 28 eller 31 i direktiv 2004/18. Det är fråga om ett samordningsdirektiv i vilket det inte föreskrivs någon enhetlig eller uttömmande uppsättning gemenskapsrättsliga regler. Den omständigheten att tilldelning av *marchés d'exécution* kan ske med begränsad konkurrensutsättning är följaktligen förenlig med detta direktiv. Eftersom medlemsstaterna får behålla eller anta materiella och processuella regler, om offentlig upphandling iaktas de principer om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som föreskrivs i EG-fördraget, och som återgetts i artikel 2 i direktivet, vid förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*.
 - 17 Republiken Frankrike har anfört att det är möjligt att fastställa föremålet och kriterierna för det *marché d'exécution* som ska tilldelas senare redan då förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* inleds. I många fall, såsom för vissa kontrakt avseende stadsplanering, är nämligen föremålet och tilldelningskriterierna för *marché d'exécution* tillräckligt oberoende av *marchés de définition* för att de ska kunna fastställas redan i samband med tilldelningen av sistnämnda kontrakt.
 - 18 Republiken Frankrike har vidare anfört att det i direktiv 2004/18 föreskrivs två förfaranden, nämligen ramavtalet och den konkurrenspräglade dialogen, som har kännetecken som motsvarar det förfarande för tilldelning av *marchés de définition* som föreskrivs i Code des marchés publics, i dess lydelse enligt dekret nr 2006-975. Genom dessa två förfaranden har således gemenskapslagstiftaren själv inrättat komplicerade upphandlingsförfaranden, i enlighet med vilka inbjudan till anbudsgivning sker i två steg. Eftersom det i direktiv 2004/18 inte föreskrivs någon enhetlig eller uttömmande uppsättning gemenskapsrättsliga regler, kan även den nationella lagstiftaren inrätta särskilda bestämmelser vari föreskrivs att inbjudan till anbudsgivning ska ske i två steg, såvitt den öppenhetsprincip som föreskrivs i artikel 2 i samma direktiv iaktas genom dessa bestämmelser.
 - 19 Republiken Frankrike har i andra hand hävdats, för det fall domstolen finner att bestämmelserna i direktivet är uttömmande, att det förfarande för tilldelning av

marchés de définition som föreskrivs i Code des marchés publics ska anses vara en variant av den konkurrenspräglade dialogen.

Domstolens bedömning

- 20 Kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Frankrike, genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, som antogs genom dekret nr 2006-975, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 31 i direktiv 2004/18 i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av *marchés de définition*, enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela ett *marché d'exécution* till en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* "utan någon ny anbudsinfordran", eller på sin höjd efter en anbudsinfordran som är begränsad till dessa innehavare
- 21 Domstolen kommer nu att pröva det påstådda åsidosättandet av artikel 31 i direktivet. Enligt kommissionen följer detta åsidosättande av att det vid förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* är tillåtet att genom ömsesidig överenskommelse tilldela kontrakt i fall som inte föreskrivs i punkt 3 i samma artikel.
- 22 Förekomsten av ett fördragsbrott ska emellertid enligt fast rättspraxis bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet (se, bland annat, dom av den 7 mars 2002 i mål C-64/01, kommissionen mot Grekland, REG 2002, s. I-2523, punkt 7, och av den 6 december 2007 i mål C-456/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-10517, punkt 15).
- 23 Det är utrett att den lydelse av artikel 73 i Code des marchés publics som följer av dekret nr 2004-15, enligt vilken det var tillåtet att tilldela *marchés d'exécution* "utan någon ny anbudsinfordran", inte längre var i kraft vid utgången av den frist om två månader som angavs i det motiverade yttrandet. Vid denna tidpunkt hade denna lydelse av artikel 73 ersatts av den nya lydelse som följer av dekret nr 2006-975.
- 24 Det framgår av lydelsen i artikel 73 tredje stycket i Code des marchés publics enligt dekret nr 2006-975 att tilldelningen av *marchés d'exécution* sker "efter ett förfarande under vilket endast innehavarna av *marchés de définition* ska bjudas". Tilldelningen av *marchés d'exécution* skedde således inte genom ett förhandlat förfarande, i den mening som avses i artikel 31 punkt 3 i direktiv 2004/18, vid utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet.
- 25 Det följer härav att kommissionens talan ska ogillas i den del den avser att domstolen ska fastställa att en upphandlande myndigheten, inom ramen för förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*, får tilldela ett *marché d'exécution* till en av innehavarna av *marchés de définition* "utan någon ny anbudsinfordran" och i den del som talan avser ett åsidosättande av artikel 31 i direktivet.
- 26 Talan har emellertid fortfarande ett föremål, eftersom kommissionen har lagt Republiken Frankrike till last att medlemsstaten har åsidosatt artiklarna 2 och 28 i direktiv 2004/18 genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, som antogs genom dekret nr 2006-975, i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av *marchés de définition*, enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela ett *marché d'exécution* till en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* efter en anbudsinfordran som är begränsad till innehavarna av sistnämnda kontrakt.

- 27 Republiken Frankrike har i sitt svaromål hävdad att direktiv 2004/18 endast är ett samordningsdirektiv, vilket ger medlemsstaterna möjlighet att behålla eller anta andra regler om offentlig upphandling än dem som föreskrivs i direktivet.
- 28 Detta argument kan inte godtas. Även om det är riktigt att syftet med direktiv 2004/18 inte är att fullständigt harmonisera medlemsstaternas regelverk för offentlig upphandling, är det likväl så att det görs en uttömmande uppräknings i artikel 28 i direktivet av de upphandlingsförfaranden som medlemsstaterna får tillämpa.
- 29 Enligt artikel 28 ska nämligen de upphandlande myndigheterna vid offentlig upphandling tillämpa antingen det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. De upphandlande myndigheterna får även, under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29 i direktiv 2004/18, tillämpa den konkurrenspräglade dialogen, eller, under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artiklarna 30 och 31 i direktivet, det förhandlade förfarandet. Några andra förfaranden är inte tillåtna vid offentlig upphandling enligt detta direktiv.
- 30 Domen av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, CEI och Bellini (REG 1987, s. 3347), föranleder inte någon annan slutsats.
- 31 Domstolen konstaterade förvisso, i första meningen i punkt 15 i domen i det ovannämnda målet, att det i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGTL 185, s. 5) inte föreskrivs någon enhetlig eller uttömmande uppsättning gemenskapsrättsliga regler. I nästföljande mening i samma punkt 15 slog emellertid domstolen fast att medlemsstaterna endast får behålla eller anta materiella och processuella regler om offentlig upphandling inom ramen för de gemensamma regler som direktiven innehåller.
- 32 Domstolen påpekade dessutom, i punkt 17 i domen i det ovannämnda målet CEI och Bellini, att prövningen avsåg den harmoniseringsnivå som gemenskapsrätten uppnått den dag då domen meddelades. I artikel 28 andra stycket i direktiv 2004/18, som saknade motsvarighet i direktiv 71/305, finns emellertid en uppräknings av de förfaranden som de upphandlande ska tillämpa vid offentlig upphandling.
- 33 Det följer härav att inom ramen för de gemensamma bestämmelser som för närvarande är i kraft får medlemsstaterna inte längre anta andra upphandlingsförfaranden än dem som föreskrivs i direktiv 2004/18.
- 34 Republiken Frankrikes argument avseende en medlemsstats påstådda möjlighet att anta upphandlingsförfaranden som inte föreskrivs i direktivet, men som har kännetecknen som motsvarar vissa av de förfaranden som nämns däri, kan följaktligen inte godtas.
- 35 Däremot ska det argument som Republiken Frankrike har anfört i andra hand prövas, vilket avser att det förfarande för tilldelning av *marchés de définition* som föreskrivs i Code des marchés publics utgör en form av den konkurrenspräglade dialog som föreskrivs i artikel 29 i direktiv 2004/18.
- 36 Det föreligger en viss likhet mellan de mål som eftersträvas med förfarandet för den konkurrenspräglade dialogen och förfarandet för tilldelning av *marchés de définition*. Båda förfarandena är utformade så att den upphandlande myndigheten i det inledande skedet kan fastställa ett kontraktsspecifika föremål och den teknik som ska användas vid fullgörandet av kontraktet.

- 37 Det föreligger emellertid en grundläggande skillnad mellan dessa två förfaranden. Skillnaden består i att den konkurrenspräglade dialogen utgör ett förfarande där ett och samma kontrakt tilldelas, medan förfarandet för tilldelningen av *marchés de définition* avser tilldelning av flera olika kontrakt, nämligen dels *marchés de définition*, dels ett eller flera *marchés d'exécution*.
- 38 Denna skillnad utesluter i sig att förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* kan anses utgöra en form av den konkurrenspräglade dialogen.
- 39 Kommissionen har för övrigt påstått att artikel 2 i direktiv 2004/18 åsidosatts. I den artikeln föreskrivs att de upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.
- 40 Det ska härvid påpekas att det förfarande för tilldelning av *marchés de définition* som föreskrivs i Code des marchés publics, i dess lydelse enligt dekret nr 2006-975, har till syfte att tilldela två typer av kontrakt, nämligen *marchés de définition* och *marchés d'exécution*, varav de sistnämnda kontrakten tilldelas efter anbudsinfordran som är begränsad till innehavarna av de förstnämnda kontrakten. De ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta vid tilldelningen av *marchés d'exécution* men inte är innehavare av ett *marchés de définition* utsätts därmed för diskriminerande behandling i förhållande till sistnämnda innehavare, vilket strider mot principen om likabehandling, som är en princip som ska tillämpas vid offentlig upphandling enligt artikel 2 i direktivet.
- 41 Både principen om likabehandling och principen om öppenhet, som följer av den förstnämnda principen, medför dessutom krav på att föremålet för varje kontrakt liksom dess tilldelningskriterier är klart definierade (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2004 i mål C-340/02, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-9845, punkt 34).
- 42 Republiken Frankrike har åberopat vissa exempel på förfaranden för tilldelning av *marchés de définition*, där det enligt den medlemsstaten varit möjligt att med viss precision fastställa föremålet för *marché d'exécution* redan då förfarandet för tilldelning av *marchés de définition* inleds.
- 43 Det synes emellertid vara så att *marchés de définition* och *marchés d'exécution* har olika föremål. De förra avser studier, utformning och preciseringar av den upphandlande myndighetens behov. De senare avser det faktiska tillhandahållandet av de dessförinnan definierade varorna, tjänsterna och byggtreprenaderna. De nationella bestämmelser som har kritiserats kan emellertid inte säkerställa att föremålet och tilldelningskriterierna för såväl *marchés de définition* som *marché d'exécution* under alla omständigheter kan fastställas redan då förfarandet inleds.
- 44 Det följer härav att det förfarande för tilldelning av *marchés de définition* som föreskrivs i artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, i deras lydelse enligt dekret nr 2006-975, inte är förenliga med artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 45 Republiken Frankrike har följaktligen underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 28 i direktiv 2004/18 genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, i deras lydelse enligt dekret nr 2006-975 av den 1 augusti 2006, i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av så kallade *marchés de définition*, enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela ett *marché d'exécution* (ett kontrakt avseende byggtreprenader, varor och tjänster) till en av innehavarna av de inledningsvis

tilldelade *marchés de définition* efter en anbudsinfordran som är begränsad till sistnämnda innehavare.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 28 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster genom att anta och bibehålla artiklarna 73 och 74-IV i Code des marchés publics, i deras lydelse enligt dekret nr 2006-975 av den 1 augusti 2006, i den mån som det i dessa bestämmelser föreskrivs ett förfarande för tilldelning av så kallade *marchés de définition*, enligt vilket den upphandlande myndigheten får tilldela ett *marché d'exécution* (ett kontrakt avseende byggtreprenader, varor och tjänster) till en av innehavarna av de inledningsvis tilldelade *marchés de définition* efter en anbudsinfordran som är begränsad till sistnämnda innehavare.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Republiken Frankrike ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter

* Rättegångsspråk: franska.