

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 20 oktober 2005 \*

I mål C-264/03,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 17 juni 2003,

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av B. Stromsky och K. Wiedner samt av F. Simonetti, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Republiken Frankrike**, företrädd av G. de Bergues och D. Petrausch, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

\* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas (referent) samt domarna J. Malenovský, J.-P. Puissochet, A. Borg Barthet och U. Lõhmus,

generaladvokat: M. Poiares Maduro,  
justitiesekreterare: byrådirektören K. Sztranc,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 oktober 2004,

och efter att den 24 november 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

**Dom**

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess ändrade lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 92/50), och särskilt artiklarna 8 och 9 i detsamma, samt artikel 49 EG, genom att i artikel 4 i lag nr 85-704 av den 12 juli 1985 om arbeten med offentliga byggherrar och om deras

förhållande till privata byggmästare (loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée) (JORF av den 13 juli 1985, s. 7914), i dess lydelse enligt lag nr 96-987 av den 14 november 1996, om genomförandet av pakten för rekonstruktion av staden (loi relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville) (JORF av den 15 november 1996, s. 16656) (nedan kallad lag nr 85-704), förbehålla de franska juridiska personer som finns upptagna i en uttömmande förteckning uppdraget som byggherre på delegation.

## **Tillämpliga bestämmelser**

### *Gemenskapsbestämmelser*

- 2 Enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 menas med "offentliga tjänsteavtal" skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av de avtal som är uppräknade i denna bestämmelse i i–ix. I enlighet med artikel 1 b i samma direktiv skall följande anses som "upphandlande myndigheter": "statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt". Artikel 1 c i nämnda direktiv anger att "tjänsteleverantör" är "varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster".
- 3 Enligt artikel 3.2 i direktiv 92/50 skall de upphandlande myndigheterna säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.
- 4 Enligt artikel 6 i nämnda direktiv skall detta "inte tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster som tilldelas ett organ som självt är en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b genom en ensamrätt som det åtnjuter enligt utfärdade lagar eller andra författningar som överensstämmer med fördraget".

- 5 I artikel 7.1 a i samma direktiv föreskrivs att direktivet skall tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till mins. 200 000 euro.
- 6 I enlighet med artikel 8 i direktiv 92/50 skall kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga I A upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI, i nämnda direktiv, nämligen vara föremål för anbudsinfordran och lämplig publicering.
- 7 Kategori 12 i bilaga I A till detta direktiv avser "[a]rkitektjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys".
- 8 I enlighet med artikel 9 i direktiv 92/50 skall kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga I B upphandlas enligt artiklarna 14 och 16 i samma direktiv. Artikel 14 innehåller gemensamma bestämmelser på det tekniska området och artikel 16 innehåller bestämmelser om meddelanden om resultatet av upphandlingen.
- 9 Kategorierna 21 och 27 i bilaga I B till direktiv 92/50 innehåller "[j]uridiska tjänster" respektive "[ö]vriga tjänster".
- 10 Enligt artikel 10 i samma direktiv skall "[k]ontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B ..., om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16."

*Den nationella lagstiftningen*

- 11 Bestämmelserna i lag nr 85-704 är enligt artikel 1 i samma lag tillämpliga vid genomförandet av samtliga byggnads- och infrastrukturarbeten samt på industrianläggningar för driften av desamma, där byggherrarna är:

”1. Staten och statliga allmännyttiga företag.

2. Regionala eller lokala förvaltningsenheter, sådana enheters allmännyttiga företag, offentliga allmännyttiga företag för anläggning av nya städer i enlighet med artikel L 321-1 i stadsplaneringslagen [Code de l’urbanisme], deras grupperingar samt blandade sammanslutningar, som avses i artikel L 166-1 i kommunallagen [Code des communes].

3. Sådana privata företag som anges i artikel L. 64 i lagen om social trygghet [Code de la sécurité sociale] och även deras föreningar eller förbund.

4. Privata företag för boende med låg hyra som avses i artikel L. 411-2 i byggnads- och bostadslagen [Code de la construction et de l’habitation] och även av delvis offentliga bolag, med avseende på hyresbostäder med statligt stöd som byggs av sådana företag.”

12 Enligt artikel 2 i samma lag menas med byggherre:

”... den juridiska person som nämns i artikel 1 för vilken byggnadsarbetena utförs. Som huvudansvarig för arbetet fyller denne en funktion som denne inte kan avsäga sig.

...

Byggherren definierar i planen målsättningarna för arbetena och de behov som de avser fylla, samt även sociala, stadsplaneringsmässiga, arkitektoniska, funktionella, tekniska och ekonomiska begränsningar och kvalitetskrav samt begränsningar och krav avseende anpassning till och skydd för miljön vad gäller genomförandet och användningen av arbetet.

...”

13 Artikel 3 i samma lag lyder:

”... byggherren kan, på de villkor som anges i artikel 5, överlåta till ett ombud att i sitt namn och för sin räkning utföra hela eller delar av följande av byggherrens uppgifter:

1. Angivande av de administrativa och tekniska villkoren för utredning och genomförande av arbetet.

2. Förberedelse av valet av byggmästare, undertecknande av byggmästaravtalet efter byggherrens godkännande av valet av byggmästare och hantering av byggmästaravtalet.
3. Godkännande av utkast och avtal om projektet.
4. Förberedelse av valet av entreprenör, undertecknande av bygg- och anläggningskontraktet efter byggherrens godkännande av valet av entreprenör och hantering av bygg- och anläggningskontraktet.
5. Utbetalning av ersättning för uppdraget som byggmästare och för bygg- och anläggningsarbetena.
6. Slutbesiktning av arbetet och upprättande av samtliga handlingar som följer av de ovan uppräknade befogenheterna.

Ombudet är gentemot byggherren endast skyldigt att utöva de befogenheter som denne personligen överlätit på ombudet.

Ombudet företräder ... byggherren i förhållande till tredjeman när han utövar de befogenheter som överlätits till honom till dess byggherren konstaterat att hans uppdrag enligt det i artikel 5 nämnda avtalet är slutfört. Han kan föra talan i domstol.”

14 Artikel 4 i lag nr 85-704 har följande lydelse:

”Endast följande kan, inom gränserna för sin behörighet, åta sig de uppgifter som nämns i ovanstående artikel:

- a) Sådana juridiska personer som anges i artikel 1.1 och 1.2 i förevarande lag, med undantag för offentliga allmännyttiga sanitära företag och företag för sociala ändamål, vilka endast får vara ombud för andra offentliga allmännyttiga sanitära företag och företag för sociala ändamål.
- b) Juridiska personer som till minst hälften ägs direkt eller genom ombud av sådana juridiska personer som anges i artikel 1.1 och 1.2 i förevarande lag och som får utföra tjänster åt byggherren på villkor att de inte bedriver verksamhet som byggmästare eller entreprenör för utomståendes räkning.
- c) Sådana privata företag för boende med låg hyra som anges i artikel L. 411-2 i byggnads- och bostadslagen, dock endast till förmån för andra företag för boende med låg hyra samt för arbeten knutna till ett projekt för stödbostäder.
- d) Lokala delvis offentliga bolag som regleras av lag nr 83-597 av den 7 juli 1983 om lokala delvis offentliga bolag.



- e) Offentliga allmännyttiga företag som har bildats enligt artikel L. 321-1 i stadsplaneringslagen samt föreningar för stadsfastigheter som är auktoriserade eller har bildats på eget initiativ enligt artikel L. 322-1 i stadsplaneringslagen.
  
- f) Bolag som har bildats enligt artikel 9 i lag nr 51-592 av den 24 maj 1951 om särskilda konton för statskassan år 1951, i dess lydelse enligt artikel 28 i lag nr 62-933 av den 8 augusti 1962 som kompletterar lagen om jordbrukets inriktning [Loi d'orientation agricole].
  
- g) Offentliga eller privata personer som har fått i uppdrag att genomföra ett område för gemensamma anläggningar eller en avstyckning ...
  
- h) Bolag som ingår sådana avtal som avses i artikel L. 222-1 i byggnads- och bostadslagen för genomförande av stadsrestruktureringar av stora enheter och kvarter med nedgångna bostäder ...

Dessa förvaltningsenheter, organisationer och företag omfattas av bestämmelserna i denna lag vid utövandet av de befogenheter som de getts av byggherren i enlighet med denna artikel.

Samma bestämmelser om upphandling av kontrakt som gäller för byggherren gäller också för ombudet med undantag för eventuella nödvändiga anpassningar genom dekret för att beakta ombudets roll.”

15 I artikel 5 i lag nr 85-704 föreskrivs följande:

”Förhållandet mellan byggherren och de juridiska personer som nämns i artikel 4 skall definieras i ett avtal i vilket följande måste anges för att avtalet skall vara giltigt:

- a) Det arbete som avtalet avser, vilka befogenheter det befullmäktigade ombudet får, villkoren för att byggherren skall förklara ombudets uppdrag slutfört, sättet för erläggande av ersättning till det sistnämnda, vilka sanktionsåtgärder som skall vidtas gentemot ombudet om detta inte fullgör sina skyldigheter och villkoren för hävning ...”

#### **Det administrativa förfarandet**

16 Då kommissionen ansåg att vissa bestämmelser i lag nr 85-704, särskilt de avseende de villkor enligt vilka en byggherre kan använda sig av ett ombud för ledningen av arbetena och anförtro vissa av sina befogenheter åt en byggherre på delegation, stred mot dels bestämmelserna i direktiv 92/50, dels artikel 49 EG, tillsände kommissionen, den 25 juli 2001, Republiken Frankrike en formell underrättelse.

- 17 Genom skrivelse av den 8 mars 2002 bestred de franska myndigheterna kommissionens anmärkningar med undantag av dem som rörde sättet på vilket arbetet leds enligt artikel 6 i lag nr 85-704. De medgav att uppdraget som arbetsledare är att anse som ett tillhandahållande av tjänster enligt gemenskapsrätten och angav att den framdeles skulle omfattas av den nya franska lagen om offentlig upphandling.
  
- 18 Då kommissionen inte var nöjd med detta svar sände den, den 27 juni 2002, ett motiverat yttrande till Republiken Frankrike, i vilket staten anmodades att inom två månader från delgivningen av yttrandet vidta de åtgärder som krävdes för att rätta sig efter detsamma.
  
- 19 Genom skrivelse av den 14 oktober 2002 tillkännagav Republiken Frankrike för kommissionen att den vidhöll den ståndpunkt som utvecklades i skrivelsen av den 8 mars 2002.
  
- 20 Då kommissionen ansåg att fördragsbrott fortfarande förelåg vad gällde bestämmelserna om fullmakt som byggherre på delegation, beslöt kommissionen att väcka förevarande talan.
  
- 21 Efter det att kommissionen hade väckt talan om fördragsbrott har de franska myndigheterna antagit förordning nr 2004-566 av den 17 juni 2004 om ändring av lag nr 85-704 (JORF av den 19 juni 2004, s. 11020), vilken ändrar nämnda lag på så sätt att fullmakt som byggherre på delegation framdeles skall kunna ges till såväl offentliga som privata juridiska personer, och därmed avskaffat kravet på att det måste vara en fransk juridisk person. Vissa regler om uppdragets oförenlighet finns emellertid kvar för att undvika intressekonflikter. Enligt den franska regeringen är denna ändring inte ett resultat av förevarande talan och ändrar inte i något avseende den franska regeringens ståndpunkt avseende den rättsfråga som är aktuell i förevarande mål.

**Talan***Parternas argument*

- 22 Kommissionen har hävdat att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50 och särskilt artiklarna 8 och 9 i detsamma, samt artikel 49 EG, genom att i artikel 4 i lag nr 85-704 förbehålla ett begränsat antal franska juridiska personer uppdraget som byggherre på delegation.
- 23 Enligt kommissionen är uppdraget som byggherre på delegation ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50. De delegerade uppgifterna omfattas av kategori 12 i bilaga I A till detta direktiv, med undantag av uppgiften att företräda byggherren, varför bestämmelserna i lag nr 85-704 står i strid med artikel 8 i nämnda direktiv. Vad gäller uppdrag som enbart eller huvudsakligen avser företrädande av byggherren omfattas dessa av bilaga I B till direktiv 92/50, varför nämnda lag står i strid med artikel 9 i nämnda direktiv.
- 24 Kommissionen har hävdat att för de fullmakter som byggherre vars värde understiger de tröskelvärden som fastlagts i direktiv 92/50 samt de fullmakter som enbart eller huvudsakligen gäller tjänster som avses i bilaga I B till detta, utgör artikel 4 i lag nr 85-704 en begränsning av principen om frihet att tillhandhålla tjänster i artikel 49 EG. En sådan begränsning kan varken legitimeras av artiklarna 45 EG och 55 EG, eftersom de uppgifter som avses inte, ens tillfälligt, innefattar myndighetsutövning, eller av artiklarna 46 EG och 55 EG, då skälen gällande allmän ordning, säkerhet och hälsa inte kan tillämpas vid omständigheterna i det aktuella fallet.

- 25 Den franska regeringen har hävdad att avtalet om fullmakt som byggherre på delegation som föreskrivs i lag nr 85-704 inte är ett affärsavtal och att det inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Ombudet deltar i ett uppdrag av allmänintresse och skall inte anses vara tjänsteleverantör. Det huvudsakliga syftet med fullmakten är att ombudet skall företräda byggherren. I detta sammanhang får ombudet befogenheter och beslutsmyndighet överförda till sig. Uppgiften att företräda byggherren kan inte särskiljas från de övriga handlingar som ombudet vidtar för huvudmannens räkning. När ombudet handlar enligt sin befogenhet enligt fullmakten är dessa nämligen samma som en upphandlande myndighets, och ombudet är underkastat gemenskapsdirektiven avseende offentlig upphandling.
- 26 Den franska regeringen har vidare åberopat dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.*, (REG 2001, s. I-5409), om tillämpningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av procedurerna för upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54). Det följer av domstolens resonemang i denna dom, vilken kan tillämpas analogt på omständigheterna i förevarande fall, att ett oneröst avtal, när det innebär att ett fullmaktsförhållande uppkommer, kan falla utanför tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling. Det är tillräckligt att ombudet självt är skyldigt att följa nämnda direktiv. Enligt lag nr 85-704 omfattas emellertid avtal som sluts av ombudet av samma skyldigheter som om det slutits av byggherren.
- 27 Enligt den franska regeringen uppvisar avtalet om fullmakt som byggherre på delegation sådana egenskaper att det inte kan jämföras med ett tjänsteavtal, och artikel 4 i lag nr 85-704 kan därför inte vara oförenlig med artikel 49 EG.

*Domstolens bedömning*

## Inledande synpunkter

- 28 I artikel 3 i lag nr 85-704 föreskrivs att byggherren, på de villkor som anges i det avtal som nämns i artikel 5, kan överlåta till ett ombud att i sitt namn och för sin räkning, utöva hela eller delar av vissa av byggherrens befogenheter. Enligt artikel 4 i samma lag förbehålls uppgiften som byggherre på delegation en begränsad grupp uppräknade juridiska personer. Den franska regeringen har inte bestridit att dessa, som kommissionen hävdar, måste vara franska juridiska personer.
- 29 De franska myndigheterna har visserligen sedan denna talan väcktes ändrat lag nr 85-704 på så sätt att fullmakt som byggherre på delegation framdeles skall kunna ges till alla offentliga och privata juridiska personer, och de har därmed avskaffat kravet på att det måste vara en fransk juridisk person. Förekomsten av ett fördragsbrott skall emellertid bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet (se bland annat dom av den 16 januari 2003 i mål C-63/02, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-821, punkt 11, och av den 16 december 2004 i mål C-313/03, kommissionen mot Italien, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 9). Förändringar som skett därefter kan inte beaktas av domstolen (se bland annat dom av den 18 november 2004 i mål C-482/03, kommissionen mot Irland, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 11, och av den 14 april 2005 i mål C-341/02, kommissionen mot Tyskland, REG 2005, s. I-2733, punkt 33).
- 30 Under dessa omständigheter skall det undersökas om artikel 4 i lag nr 85-704 är förenlig med dels bestämmelserna i direktiv 92/50, dels principen om frihet att tillhandahålla tjänster som slås fast i artikel 49 EG.

- 31 Vad gäller den påstådda överträdelsen av direktiv 92/50 skall det undersökas i första hand om och i vilken omfattning avtalet om fullmakt som byggherre på delegation, såsom det definieras i lag nr 85-704, omfattas av detta direktivs tillämpningsområde. Domstolen erinrar i detta avseende om att nämnda direktiv inte är tillämpligt på upphandlingar av kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som fastställts i direktivet.
- 32 Vad gäller anmärkningen om överträdelse av artikel 49 EG, kan det konstateras att fördragets bestämmelser om fri rörlighet kan tillämpas på offentliga upphandlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Även om vissa kontrakt nämligen inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana kontrakt ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler och i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Teleustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 47, samt beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505, punkt 20)
- 33 Detta är bland annat fallet när det gäller offentliga tjänsteavtal vars värde understiger tröskelvärdena i direktiv 92/50. Den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i dessa direktiv inte är lämpade för offentliga upphandlingar av mindre värde innebär i sig inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde (se beslutet i det ovannämnda målet Vestergaard, punkt 19). På samma sätt omfattas avtal som ligger utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/50, såsom koncessionsavtal, av fördragets allmänna bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 16).
- 34 Slutligen skall det påminnas om att i enlighet med artikel 45 första stycket EG och artikel 55 EG omfattas inte, vad gäller den berörda medlemsstaten, den verksamhet som hos medlemstaten, om än tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt av tillämpningsområdet för artikel 49 EG.

Anmärkningen avseende överträdelse av direktiv 92/50

- 35 Begreppet offentliga tjänsteavtal definieras i artikel 1 a i direktiv 92/50. I denna bestämmelse föreskrivs att dessa avtal är skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.
- 36 För att fastställa om fullmaktsavtalet om byggherre på delegation i den mening som avses i lag nr 85-704 omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 skall det undersökas om kriterierna i artikel 1 a i nämnda direktiv är uppfyllda. Då denna bestämmelse inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma dess betydelse och räckvidd är det inte nödvändigt att undersöka vilken betydelse nämnda avtal har enligt fransk rätt.
- 37 I förevarande fall förefaller det som om dessa kriterier är uppfyllda.
- 38 För det första föreskrivs i artikel 5 i lag nr 85-704 att förhållandet mellan byggherren och byggherren på delegation skall regleras i ett skriftligt avtal. Det följer vidare av samma bestämmelse att byggherren på delegation erhåller ekonomisk ersättning. Följaktligen kan detta avtal anses som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor.
- 39 Vidare definieras begreppet upphandlande myndighet i artikel 1 b i direktiv 92/50 som "statliga, regionala eller lokala myndigheter; organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt".



- 40 I artikel 1 i lag nr 85-704 föreskrivs emellertid att de juridiska personer som kan vara byggherrar är staten och statliga allmännyttiga företag, regionala eller lokala förvaltningsenheter, sådana enheters allmännyttiga företag, offentliga allmännyttiga företag för anläggning av nya städer, deras grupperingar samt blandade sammanlutningar. Även sådana privata företag som anges i artikel L.64 i lagen om social trygghet och deras föreningar eller förbund, likaså privata företag för boende med låg hyra och delvis offentliga bolag, med avseende på hyresbostäder med statligt stöd som byggs av sådana företag, kan ingå avtal om fullmakt som byggherre på delegation enligt denna lag.
- 41 I förevarande fall är det ostridigt att dessa juridiska personer kan vara upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50.
- 42 I artikel 1 c i detta direktiv definieras slutligen begreppet tjänsteleverantör som ”varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster. Enligt artikel 50 EG menas med tjänster ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”. Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga I A i direktiv 92/50 upphandlas enligt bestämmelserna i avdelningarna III–VI i detta direktiv, och de som återfinns i förteckningen i bilaga I B upphandlas enligt artiklarna 14 och 16 i samma direktiv.
- 43 De juridiska personer som kan ges befogenheter som byggherre på delegation räknas upp i artikel 4 i lag nr 85-704. Det kan konstateras att en del av dessa juridiska personer kan själva vara upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50. Tjänsteupphandlingar som tilldelas en aktör som själv är upphandlande myndighet på grundval av en ensamrätt som denna åtnjuter enligt lagar och andra författningar är visserligen uteslutna från tillämpningsområdet för artikel 6 i nämnda direktiv. Dessa förutsättningar är emellertid inte uppfyllda i förevarande fall.

- 44 De juridiska personer som kan ges befogenheter som byggherre på delegation kan anses som tjänsteleverantörer eftersom de befogenheter som tilldelas genom avtalet om fullmakt som byggherre på delegation enligt artikel 3 i lag nr 85-704 utgör tillhandahållande av tjänster i gemenskapsrättslig mening.
- 45 Den franska regeringens argument att ombudet inte tillhandahåller tjänster saknar således fog.
- 46 Det följer av artikel 3 i lag nr 85-704, i vilken de befogenheter som byggherren kan överlåta till ett ombud uppräknas, att avtalet om fullmakt som byggherre på delegation inte enbart är ett avtal genom vilket ombudet åtar sig att företräda byggherren. Nämnade befogenheter innefattar olika uppgifter vilka dels innebär att biträda med administrativt och tekniskt stöd, dels att företräda byggherren.
- 47 Vad för det första gäller frågan huruvida uppgiften att företräda byggherren inte kan skiljas från de uppgifter som ombudet fullgör för dennes räkning, vilket den franska regeringen har hävdad, konstaterar domstolen att dessa två uppgifter mycket väl kan särskiljas. Byggherren kan nämligen, med tillämpning av artikel 3 i lag nr 85-704, överlåta på ett ombud att utöva alla eller en del av de befogenheter som uppräknas i denna bestämmelse. Det kan även konstateras, såsom generaladvokaten med rätta har hävdad i punkt 37 i sitt förslag till avgörande, att det inte finns något som hindrar att dessa två kategorier omfattas av olika bestämmelser.
- 48 Vidare konstaterar domstolen, i fråga om karaktären av dessa befogenheter, att frågan huruvida ombudet medverkar i en uppgift av allmänintresse inte är

avgörande för att bestämma om det är fråga om tillhandhållande av tjänster. Det är nämligen inte ovanligt inom området för offentlig upphandling att den upphandlande myndigheten ger en tredje part ett uppdrag för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse. Detta bekräftas bland annat av att direktiv 92/50 tillämpas, med vissa undantag, på offentliga tjänsteavtal som tilldelas av upphandlande myndigheter inom försvarssektorn.

- 49 Det skall slutligen avgöras om avtalet om fullmakt som byggherre på delegation innebär en överföring av offentlig makt, vilket den franska regeringen har påstått. En förutsättning för granskningen av denna fråga är att överlåtaren av befogenheterna i fråga direkt kan utöva offentlig makt.
- 50 Den franska regeringen har inte gjort gällande några omständigheter enligt vilka den upphandlande myndigheten har en organisation för "intern" administration av en offentlig tjänst i den mening som avses i domstolens rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 50, och domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 26). Det finns nämligen inga skäl att anta att den fullmaktsgivande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet eller att huvuddelen av ombudets verksamhet avser den eller de offentliga myndigheter som äger ombudet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 49).
- 51 Vad gäller de administrativa och tekniska uppgifterna, som angivande av de administrativa och tekniska villkoren för utredning och genomförande av arbetet, förefaller dessa vara tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i artikel 8 och i bilaga I A till direktiv 92/50, och ombudet förefaller inte utöva offentlig makt.

- 52 Vad gäller avtal om fullmakt som byggherre på delegation som innefattar uppgifter som innebär att företräda byggherren erinras det om att den omständigheten att det är ett sådant avtal inte räcker för att det skall falla utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Detta påstående styrks av att, liksom i kommissionens exempel, fullmaktsavtalen mellan en upphandlande myndighet och dess advokat omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 14 och 16 i nämnda direktiv med stöd av artikel 9 och punkt 21 i bilaga I B till detta direktiv.
- 53 Med stöd av artikel 3 i lag nr 85-704 kan ombudet anförtros uppgifter som innebär att företräda byggherren. Det gäller särskilt undertecknandet av byggmästaravtal och entreprenadkontrakt samt när ombudet utbetalar ersättning till leverantörer och entreprenörer.
- 54 Som generaladvokaten med rätta har påpekat i punkt 41 i sitt förslag till avgörande får ombudet visserligen byggmästareavtalen och entreprenadkontrakten i byggherrens namn, men ombudet är likväl inte tillräckligt självständigt i utförandet av dessa handlingar för att kunna anses ha fått offentlig makt överförd till sig. Enligt artikel 2 i lag nr 85-704 fyller nämligen byggherren som huvudansvarig för arbetet en funktion i det allmännas intresse som denne inte kan avsäga sig. Ombudet kan vidare inte agera utan att först ha fått byggherrens samtycke. Vad utbetalning av ersättning till leverantörer och entreprenörer beträffar är byggherren ansvarig för finansieringen varför ombudet inte har något nämnvärt handlingsutrymme inom detta område. Ombudet har endast att utbetala medel som sedan återbetalas av byggherren.
- 55 Under sådana omständigheter omfattas avtal om fullmakt för byggherre på delegation som innefattar uppgifter som innebär att företräda byggherren av artikel 9 och bilaga I B till direktiv 92/50.

- 56 Domstolens resonemang om tillämpningen av direktiv 93/37 i punkt 100 i den ovannämnda domen i målet *Ordine degli Architetti m.fl.* påverkar inte denna bedömning. Domstolen påpekade där, vad avser iakttagandet av nämnda direktiv vid genomförandet av ett anläggningsarbete under sådana omständigheter som i det aktuella fallet, att de kommunala myndigheterna inte med nödvändighet själva måste tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv. Den ändamålsenliga verkan av direktivet garanteras i lika hög grad om de kommunala myndigheterna enligt nationell lagstiftning kan förplikta markexploatörer som beviljats bygglov att utföra avtalade arbeten genom att använda dessa förfaranden.
- 57 Denna bedömning avsåg en särskild lagstiftning angående stadsplanering, enligt vilken beviljandet av bygglov innefattade att innehavaren betalade en avgift för att täcka en del av anläggningskostnaderna. Emellertid kunde tillståndsinnehavaren åta sig att direkt uppföra tätbebyggelseanläggningarna mot att hela eller delar av kostnaderna härför avräknades mot den avgift som skulle betalas. Beträffande det senare fallet ansåg domstolen att det var fråga om en upphandling av byggtreprenad i den mening som avses i direktiv 93/37. Då kommunen emellertid inte hade möjlighet att välja vem som skulle utföra anläggningsarbetet eftersom det enligt lagen var den som var ägare till den mark som skulle bebyggas och som hade bygglov som var ansvarig för detta, kunde förfarandena för offentlig upphandling tillämpas av tillståndsinnehavaren i stället för av kommunen eftersom denne var den ende som kunde genomföra arbetena, som alternativ till att betala kommunen för dessa. Denna situation skiljer sig från den som avses i lag nr 85-704, där valet av ombud faller på byggherren och inte innefattar några ytterligare skyldigheter eller förutsätter någon ersättning som motprestation.
- 58 I beaktande av vad som sagts ovan erinrar domstolen om att fullmaktsavtalet, som det definieras i lag nr 85-704, är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50 och omfattas av direktivets tillämpningsområde.

- 59 Följaktligen skall det undersökas om artikel 4 i lag nr 85-704, enligt vilken uppgiften som ombud förebehålls en begränsad grupp franska juridiska personer, är förenlig med bestämmelserna i direktiv 92/50.
- 60 Domstolen erinrar om att syftet med nämnda direktiv är att förbättra tjänsteleverantörernas tillträde till anbudsförfarandena genom att undanröja sådan praxis som är allmänt konkurrensbegränsande och i synnerhet begränsar möjligheten för medborgare i andra medlemsstater att delta i upphandlingsförfaranden. Dessa principer anges i artikel 3.2 i detta direktiv, i vilken diskriminering av tjänsteleverantörer förbjuds.
- 61 Artikel 4 i lag nr 85-704 är inte förenlig med principen om likabehandling av tjänsteleverantörer genom att uppdraget som byggherre på delegation förbehålls en begränsad grupp uppräknade franska juridiska personer.
- 62 Vidare står det klart att det i lag nr 85-704 inte föreskrivs något förfarande för konkurrensutsättning av ombudet. Anledning saknas härvid att avgöra vilka tjänster som omfattas av bilaga I A till direktiv 92/50 och vilka som omfattas av bilaga I B till samma direktiv samt, i detta sammanhang, effekten av att artikel 10 i detta tillämpas.
- 63 Anmärkningen angående en överträdelse av direktiv 92/50 är således välgrundad.

Anmärkningen angående en överträdelse av artikel 49 EG

- 64 Vad gäller de offentliga tjänsteavtal som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 återstår att avgöra om artikel 4 i lag nr 85-704 är förenlig med principen om frihet att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG.
- 65 Det skall inledningsvis påpekas att, såsom framgår av artiklarna 49–55 i förevarande dom, avtalet om fullmakt för byggherre på delegation, såsom det definieras i lag nr 85-704, inte innebär att ombudet ges uppgifter som är förenade med utövande av offentlig makt, vare sig det gäller administrativa eller tekniska uppgifter eller att företräda byggherren. Följaktligen är inte undantagen i artiklarna 45 EG och 55 EG tillämpliga i förevarande fall.
- 66 I artikel 49 EG förbjuds inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen beträffande sådana medborgare i medlemsstater som är etablerade i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten. Det följer vidare av fast rättspraxis att enligt denna bestämmelse krävs att medlemsstaterna avskaffar alla begränsningar, även om de tillämpas utan åtskillnad mellan dem som tillhandahåller tjänster från det egna landet eller från en annan medlemsstat, som innebär att den verksamhet som bedrivs av personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i en annan medlemsstat, där de lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv (se bland annat dom av den 13 juli 2004 i mål C-262/02, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-6569, punkt 22, och i mål C-429/02, Bacardi France, REG 2004, s. I-6613, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

- 67 En medlemsstat kan i synnerhet inte göra tillhandahållandet av tjänster inom dess territorium avhängigt av att alla de villkor som krävs för etablering har uppfyllts, eftersom de bestämmelser i fördraget som är avsedda att säkerställa friheten att tillhandahålla tjänster då skulle förlora sin ändamålsenliga verkan (se dom av den 26 februari 1991 i mål C-180/89, kommissionen mot Italien, REG 1991, s. I-709, punkt 15).
- 68 I förevarande fall kan det konstateras att artikel 4 i lag nr 85-704 utgör ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG genom att förbehålla de franska juridiska personer som finns upptagna i en uttömmande förteckning uppdraget som byggherre på delegation.
- 69 Emellertid tillåter artikel 46 EG, jämförd med artikel 55 EG, inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Av handlingarna i målet framgår emellertid inte att ett sådant undantag föreligger.
- 70 Således skall anmärkningen angående en överträdelse av artikel 49 EG anses välgrundad.
- 71 Av vad som anförts följer att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50 och artikel 49 EG genom att i artikel 4 i lag nr 85-704 förbehålla de franska juridiska personer som finns upptagna i en uttömmande förteckning uppdraget som byggherre på delegation.



## Rättegångskostnader

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

På dessa skäl beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande dom:

**Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, och artikel 49 EG genom att i artikel 4 i lag nr 85-704 av den 12 juli 1985 om arbeten med offentliga byggherrar och om deras förhållande till privata byggmästare, i dess lydelse enligt lag nr 96-987 av den 14 november 1996, om genomförandet av pakten för rekonstruktion av staden förbehålla de franska juridiska personer som finns upptagna i en uttömmande förteckning uppdraget som byggherre på delegation.**

Underskrifter