DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

7. december 2000 *

I sag C-324/98,

angående en anmodning, som Bundesvergabeamt (Østrig) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Telaustria Verlags GesmbH,
Telefonadress GmbH

mod

Telekom Austria AG, tidligere Post & Telekom Austria AG,

procesdeltager:

Herold Business Data AG,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbuds-

* Processprog: tysk.

givning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, V. Skouris (refererende dommer), som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne J.-P. Puissochet og F. Macken,

generaladvokat: N. Fennelly
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Telaustria Verlags GesmbH ved advokat F.J. Heidinger, Wien

— Telekom Austria AG ved advokaterne C. Kerres og G. Diwok, Wien

— den østrigske regering ved kontorchef W. Okresek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget

— den danske regering ved kontorchef J. Molde, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— den franske regering ved kontorchef K. Rispal-Bellanger og fuldmægtig A. Bréville-Viéville, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

— den nederlandske regering ved konsulent M.A. Fierstra, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin og J. Schieferer, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, bistået af advokat R. Roniger, Bruxelles,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 23. marts 2000 er afgivet mundtlige indlæg af Telaustria Verlags GesmbH ved advokat F.J. Heidinger, af Telekom Austria AG ved advokat C. Kerres, P. Asenbauer og chef for Kontoret for Erhvervsret, Juridisk Afdeling, Telekom Austria AG, M. Gregory, som befuldmægtiget, af Herold Business Data AG ved advokat T. Schirmer, Wien, af den østrigske regering ved M. Fruhmann, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget, af den franske regering ved fuldmægtig S. Pailler, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved M. Nolin, bistået af advokat R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 18. maj 2000,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 23. april 1998, indgået til Domstolen den 26. august 1998, har Bundesvergabeamt (det østrigske klagenævn for udbud) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt syv præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Telaustria Verlags GesmbH (herefter »Telaustria«) og Telefonadress GmbH (herefter »Telefonadress«) på den ene side og Telekom Austria AG (herefter »Telekom Austria«) på den anden side angående sidstnævntes indgåelse af en koncessionskontrakt med Herold Business Data AG (herefter »Herold«) vedrørende fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger).

Relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

Direktiv 92/50

3 Artikel 1 i direktiv 92/50 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) offentlige tjenesteydelsesaftaler gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af

...«

4 Ottende betragtning til direktiv 92/50 præciserer:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet.«

5 Endvidere angiver syttende betragtning til direktiv 92/50 følgende:

»Reglerne for tjenesteydelsesaftaler i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1) bør uanset dette direktiv finde uændret anvendelse.«

Direktiv 93/38

6 I overensstemmelse med artikel 45, stk. 3, i direktiv 93/38 ophører direktiv 90/531 med at have virkning fra det tidspunkt, hvor direktiv 93/38 gennemføres. Endvidere præciserer den nævnte bestemmelses stk. 4, at henvisningerne til direktiv 90/531 skal forstås som henvisninger til direktiv 93/38.

7 Fireogtyvende betragtning til direktiv 93/38 lyder således:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres i henhold til en aftale; tjenesteydelser, der udføres på andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdskontrakter, er ikke omfattet.«

8 Artikel 1, nr. 2, i direktiv 93/38 definerer »offentlig virksomhed« som »enhver virksomhed, som de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for

virksomheden gældende regler. Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

— besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital

...«.

9 Artikel 1, nr. 4, i direktiv 93/38 definerer »indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler« som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, og en leverandør, entreprenør eller tjenesteyder, og som har til formål:

a) for indkøbsaftaler ...

b) for bygge- og anlægskontrakter ...

c) for tjenesteydelsesaftaler: ethvert andet formål end de i litra a) og b) nævnte med undtagelse af:

...«.

10 Artikel 1, nr. 4, sidste afsnit, præciserer:

»Aftaler, der omfatter både tjenesteydelser og varer, betragtes som indkøbsaftaler, såfremt varernes samlede værdi overstiger værdien af de tjenesteydelser, aftalen vedrører.«

11 Endvidere definerer artikel 1, nr. 15, i direktiv 93/38 »offentlige teletjenester« og »teletjenester« som følger:

»*offentlige teletjenester*: teletjenester, som medlemsstaterne udtrykkeligt har overdraget til især et eller flere teleselskaber at udbyde

teletjenester: de tjenesteydelser, der helt eller delvis består i transmission og rutning af signaler gennem et offentligt telenet ved hjælp af telekommunikationsteknik, med undtagelse af radio- og tv-spredning«.

12 Artikel 2, stk. 1 og 2, i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

...

2. Dette direktiv gælder for følgende former for virksomhed:

...

d) tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester.«

Nationale bestemmelser

13 Telekommunikationsgesetz (lov om telekommunikation, BGBl 1997 I, nr. 100), som trådte i kraft den 1. august 1997, fastsætter bl.a. de forpligtelser, der påhviler dem, der leverer, har koncession på eller driver en taletelefonitjeneste.

14 Ifølge Telekommunikationsgesetz' § 19 er enhver tjenesteyder af en offentlig taletelefonitjeneste forpligtet til at føre en abonnentfortegnelse på grundlag af et register, der opdateres, at have en oplysningstjeneste vedrørende abonnenter, at give mulighed for foretagelse af gratis opkald til nødtjenester og til på anmodning at stille abonnentfortegnelsen gratis til rådighed for reguleringsmyndigheden; for så vidt angår de andre tjenesteydere skal dette ske mod en rimelig betaling mindst

én gang ugentligt i en elektronisk læsbar form med henblik på videregivelse af oplysninger eller udgivelse af telefonbøger.

15 I henhold til Telekommunikationsgesetz' § 26, stk. 1, skal reguleringsmyndigheden sikre, at der står en samlet fortegnelse over samtlige abonnenter på offentlige taletelefonitjenester til rådighed. Koncessionshavere, der tilbyder en offentlig taletelefonitjeneste via et fast net eller et mobilnet, har pligt til mod betaling at tilstille reguleringsmyndigheden abonnentdata til opfyldelse af denne opgave.

16 Endvidere følger det af den samme lovs § 96, stk. 1, at den, der driver en offentlig telekommunikationstjeneste, skal udarbejde en abonnentfortegnelse. Denne kan foreligge i trykt form, som en telefonisk oplysningstjeneste, som »Bildschirmtext« (skærmbilledtekst), som elektronisk databærer eller i enhver anden teknisk kommunikationsform. Den nævnte bestemmelse regulerer også mindstekravene til de pågældende data i og opbygningen af disse fortegnelser samt betingelsen for at oversende abonnentdata til reguleringsmyndigheden eller tredjemand.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

17 Telekom Austria, der blev stiftet ved Telekommunikationsgesetz, er et aktieselskab, hvori Republikken Østrig er indehaver af den fulde aktiekapital. Telekom Austria er den retlige efterfølger for det tidligere Post & Telegraphenverwaltung (Post- og Telegrafvæsenet), og det overtog sidstnævntes tidligere opgaver, herunder forpligtelsen til at sikre, at der står en samlet fortegnelse over samtlige abonnenter på offentlige taletelefonitjenester til rådighed.

18 Mens Post & Telegraphenverwaltung før 1992 selv opfyldte sin pligt til bl.a. at udgive en officiel telefonbog, som var kendt under betegnelsen »de hvide sider«, besluttede den som følge af de høje omkostninger, der var forbundet med trykning og distribution af denne telefonbog, med virkning fra 1992 at finde en samarbejdspartner og indgik en kontrakt med en privat virksomhed med henblik på udgivelsen af den nævnte telefonbog.

19 Idet denne kontrakt udløb den 31. december 1997 offentliggjorde Telekom Austria, som var indtrådt i stedet for Post & Telegraphenverwaltung, den 15. maj 1997 i *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* en opfordring til, »at indgive bud til Telekom Austria med henblik på at opnå en offentlig tjenesteydelseskoncession på fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger) med virkning fra den kommende udgave 1998/1999 og herefter på ubestemt tid«.

20 Telaustria og Telefonadress, der fandt, at de i fællesskabsretten og national ret fastsatte fremgangsmåder for tildeling af offentlige kontrakter skulle have været fulgt i forbindelse med den kontrakt, der blev indgået på grundlag af den ovenfor nævnte opfordring til at indgive bud, indleverede henholdsvis den 12. og 17. juni 1997 begæringer til Bundes-Vergabekontrollkommission (den østrigske myndighed for kontrol med indgåelse af offentlige kontrakter) om indledning af en forligsprocedure i henhold til § 109 i Bundesvergabegesetz 1997 (østrigsk lov om indgåelse af offentlige kontrakter, BGBl 1997 I, nr. 56, herefter »BVergG«).

21 Efter at have forenet de to begæringer fremsatte Bundes-Vergabekontrollkommission den 20. juni 1997 en begrundet henstilling til fordel for klagerne, idet det blev konkluderet, at bestemmelserne i BVerG fandt anvendelse på den omhandlede kontrakt.

22 Som følge af, at Telekom Austria fortsatte forhandlingerne vedrørende indgåelsen af den nævnte kontrakt, fremsatte Telaustria den 24. juni 1997 en begæring til Bundesvergabeamt om indledning af en klageprocedure, hvorved der samtidig blev fremsat begæring om anordning af foreløbige forholdsregler. Ved klageskrift af 4. juli 1997 indtrådte Telefonadress i sagen. Den 8. juli 1997 intervenerede Herold, som er det selskab, Telekom Austria forhandlede med, til støtte for Telekom Austria's påstande.

23 Telekom Austria gjorde for Bundesvergabeamt gældende, at kontrakten falder uden for anvendelsesområdet for direktiverne om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, da den for det første ikke er gensidigt bebyrdende, og da der for det andet i denne sag er tale om en »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50 og direktiv 93/38.

24 Efter i første omgang ved kendelse at have vedtaget foreløbige forholdsregler til fordel for klagerne besluttede Bundesvergabeamt den 10. juli 1997 at erstatte denne kendelse med en ny kendelse, der gav Telekom Austria og Herold lov til midlertidigt at indgå kontrakten på det vilkår, at der blev fastsat en mulighed for at afslutte kontrakten med henblik på senere at gennemføre en adækvat udbudsprocedure, såfremt det måtte vise sig, at den omhandlede kontrakt er omfattet af anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne og de nationale bestemmelser på udbudsområdet.

25 Den 1. december 1997 var Herold, som koncessionen kort tid herefter skulle have være tildelt, blevet overtaget af virksomheden GTE, som den 3. december 1997 tildelte Telekom Austria en andel på 26% af aktierne i Herold, der således blev et fælles datterselskab tilhørende GTE og Telekom Austria. Den 15. december 1997 blev den i hovedsagen omtvistede kontrakt formelt indgået mellem Herold og dets minoritetsaktionær, dvs. Telekom Austria.

26 Bundesvergabeamt påpeger i forelæggelseskendelsens præmisser, at denne kontrakt, der består af flere delvis indbyrdes sammenhængende kontrakter, vedrører fremstilling af trykte telefonbøger og bl.a. omfatter levering af de følgende tjenesteydelser fra Herold's side: indsamling, bearbejdning og strukturering af data vedrørende abonnenterne, udarbejdelse af telefonbøger og visse reklametjenesteydelser. Kontrakten bestemmer for så vidt angår medkontrahentens vederlag, at Herold ikke skal betales direkte for sine tjenesteydelser, men at selskabet kan udnytte dem forretningsmæssigt.

27 Henset til samtlige disse forhold, og navnlig til den måde, som tjenesteyderen betales på, der indebærer, at kontrakten kan betegnes som en »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«, såvel som på grundlag af sine egne overvejelser, har Bundesvergabeamt, der er i tvivl om fortolkningen af direktiv 92/50 og 93/38, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Hovedspørgsmål:

Kan det udledes af forarbejderne til direktiv 92/50/EØF, navnlig af Kommissionens forslag (KOM(90) 372, EFT C 23 af 31.1.1991) eller af definitionen af begrebet 'offentlig tjenesteydelsesaftale' i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50/EØF, at bestemte kategorier af kontrakter på forhånd må anses for at være udelukket fra direktivets anvendelsesområde, hvorved der er tale om kontrakter, som ordregivere omfattet af direktivet indgår med virksomheder, der leverer tjenesteydelser, alene på grund af visse fælles egenskaber, som nævnt i Kommissionens forslag KOM(90) 372, og uden at artikel 1, litra a), nr. i)-viii), eller artikel 4, 5 og 6 i direktiv 92/50/EØF skal anvendes?

Såfremt hovedspørgsmålet besvares bekræftende, spørges:

Falder sådanne kategorier af kontrakter, navnlig henset til 24. betragtning til direktiv 93/38/EØF, også ind under anvendelsesområdet for direktiv 93/38/EØF?

Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, spørges:

Kan disse kategorier, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38/EØF, i analogi med forslag KOM(90) 372 tilstrækkeligt beskrives på den måde, at de har den egenskab, at en ordregiver, som er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/38/EØF, overfører en tjenesteydelse under ordregiverens kompetence til en virksomhed efter ordregiverens valg og samtidig indrømmer virksomheden ret til økonomisk at udnytte den pågældende tjenesteydelse?

Som tillæg til de første tre spørgsmål spørges:

Er en ordregiver, der er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/38/EØF — i det tilfælde, at en af ham indgået kontrakt udviser træk af en tjenesteydelsesaftale efter betydningen i artikel 1, nr. 4, litra a), i direktiv 93/38/EØF sammen med træk af andre aftaler af kontraktmæssig art, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde — forpligtet til at udsondre den del af hele kontrakten, som omfattes af direktiv 93/38/EØF, for så vidt dette er teknisk muligt og økonomisk forsvarligt, og undergive kontrakten en udbudsprocedure som forudsat i dette direktivs artikel 1, nr. 7, således som EF-Domstolen har

krævet i sag C-3/88 før ikrafttrædelsen af direktiv 92/50/EØF i forbindelse med en aftale, der ikke i sin helhed var omfattet af direktiv 77/62/EØF?

Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, spørges:

Skal den kontraktlige indrømmelse af retten til eksklusiv økonomisk udnyttelse af resultatet af en tjenesteydelse, der indbringer tjenesteyderen en indtægt, som ganske vist ikke kan bestemmes konkret, men som efter almindelig erfaring ikke er ubetydelig og kan forventes at overstige omkostningerne ved tjenesteydelsen, anses for modydelsen for levering af tjenesteydelsen, således som EF-Domstolen i sag C-272/91 udtalte i forbindelse med en indkøbsaftale og myndighedsmæssigt indrømmet ret, der trådte i stedet for en modydelse?

Som tillæg til de ovenstående spørgsmål spørges:

Skal bestemmelserne i artikel 1, nr. 4, litra a) og c), i direktiv 93/38/EØF fortolkes således, at en aftale, hvorefter der skal leveres tjenesteydelser som forudsat i bilag XVI A, kategori 15, mister sin karakter af tjenesteydelsesaftale og bliver til en indkøbsaftale, såfremt tjenesteydelsen går ud på at fremstille et stort antal ensartede rørlige ting med økonomisk værdi og dermed varer i den betydning, som forudsættes i EF-traktatens artikel 9 og 30?

Såfremt der svares bekræftende på dette spørgsmål, spørges:

Skal EF-Domstolens dom i sag C-3/88 fortolkes således, at en sådan indkøbsaftale skal udsondres fra de øvrige bestanddele af leveringskontrakten og derpå undergives en udbudsprocedure efter betydningen i artikel 1, nr. 7, i direktiv 93/38/EØF, så vidt dette er teknisk muligt og økonomisk forsvarligt?«

Første og andet spørgsmål

28 Med det første og andet spørgsmål, som skal behandles samlet, rejser den forelæggende ret nærmere bestemt to problemer.

29 Det første problem er, om en gensidigt bebyrdende aftale på grund af de kontraherende parter og dens særlige genstand er omfattet af direktiv 92/50 og 93/38, når aftalen, der indgås skriftligt mellem på den ene side en virksomhed, der i medfør af lovgivningen i en medlemsstat særligt er gjort ansvarlig for driften af en teletjeneste, og hvis kapital ejes 100% af de offentlige myndigheder i denne medlemsstat, og på den anden side en privat virksomhed, indebærer, at den førstnævnte virksomhed overlader fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger) med henblik på udsendelse til offentligheden til den sidstnævnte virksomhed.

30 Som det andet problem, der rejses, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om forholdet er det, at selv om en sådan aftale, hvis særlige genstand er de ydelser, der er nævnt i den foregående præmis, er omfattet af et af de nævnte direktiver, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for det direktiv, som den er omfattet af, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at

sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.

31 I relation til det første problem skal det indledningsvis bemærkes, at bestemmelserne i direktiv 92/50, som det fremgår af syttende betragtning til direktiv 92/50, ikke skal berøre bestemmelserne i direktiv 90/531, som gik forud for direktiv 93/38, og ligesom dette også fandt anvendelse på fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

32 Da direktiv 90/531 blev erstattet af direktiv 93/38, som det fremgår af sidstnævnte direktivs artikel 45, stk. 3, og da henvisningerne til direktiv 90/531 ifølge artikel 45, stk. 4, skal forstås som henvisninger til direktiv 93/38, må det konkluderes, at bestemmelserne i direktiv 92/50 ikke skal berøre bestemmelserne i direktiv 93/38, i lighed med den ordning, der gjaldt, da sektordirektiv 90/531 var i kraft.

33 Dette er ensbetydende med, at når en aftale er omfattet af direktiv 93/38, der regulerer en særlig tjenesteydelsessektor, er bestemmelserne i direktiv 92/50, der finder anvendelse på tjenesteydelser i almindelighed, ikke anvendelige.

34 Det skal under disse omstændigheder kun undersøges, om den i hovedsagen omtvistede aftale på grund af de kontraherende parter og dens særlige genstand kan være omfattet af direktiv 93/38.

35 Det skal med hensyn hertil dels afgøres, om en virksomhed som Telekom Austria er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/38, dels om en aftale, hvis genstand er de i denne doms præmis 26 nævnte ydelser, falder inden for dette direktivs materielle anvendelsesområde.

36 Vedrørende det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/38 er det, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, ubestridt, at Telekom Austria, hvis aktiekapital ejes 100% af de østrigske offentlige myndigheder, er en offentlig virksomhed, som disse myndigheder kan have bestemmende indflydelse på, eftersom hele dens kapital ejes af Republikken Østrig. Det følger heraf, at Telekom Austria skal betragtes som en offentlig virksomhed i det nævnte direktivs artikel 1, nr. 2's forstand.

37 Endvidere er det ubestridt, at denne offentlige virksomhed i henhold til Telekommunikationsgesetz, hvorved den blev stiftet, udøver virksomhed i form af ydelse af offentlige teletjenester. Det følger heraf, at Telekom Austria er en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38 sammenholdt med denne artikels stk. 2, litra d).

38 Idet det også er ubestridt, at den nævnte aftale bestemmer, at der skal udføres ydelser, som det i henhold til Telekommunikationsgesetz påhviler Telekom Austria at udføre, og som består i ydelse af offentlige teletjenester, er det for at afgøre, om den i hovedsagen omtvistede aftale falder inden for det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38, tilstrækkeligt at undersøge, om aftalens særlige genstand er omfattet af bestemmelserne i direktiv 93/38.

39 Det skal med hensyn hertil bemærkes, at de ydelser, der påhviler Herold, i henhold til forelæggelseskendelsen omfatter:

— indsamling, bearbejdning og strukturering af abonnentdata med henblik på at gøre dem teknisk brugbare, dispositioner, som forudsætter dataindsamling, forarbejdning af data og tjenesteydelser fra databanker, hvilke ydelser hører under kategori 7, »Edb-tjenesteydelser og hermed beslægtede tjenesteydelser«, i bilag XVI A til direktiv 93/38

— selve trykningen af telefonbøgerne, hvilket henhører under kategori 15 i bilag XVI A til det nævnte direktiv, som omfatter »Forlags- og trykkerivirksomhed på honorar- eller kontraktbasis«

— reklamevirksomhed, som henhører under kategori 13 i bilag XVI A til direktiv 93/38.

40 Eftersom disse ydelser er direkte forbundet med en virksomhed vedrørende ydelse af offentlige teletjenester, må det fastslås, at den i hovedsagen omtvistede aftale, hvis særlige genstand er de ydelser, der er nævnt i den foregående præmis, er omfattet af direktiv 93/38.

41 For så vidt angår det andet problem, som den nationale ret har rejst, skal det indledningsvis bemærkes, at retten dels knytter sine spørgsmål til forslaget af 13. december 1990 til Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved

indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter (KOM(90) 372 endelig udg., EFT 1991 C 23, s. 1, herefter »forslaget af 13. december 1990«), dels tilslutter sig den af Kommissionen i dette dokument foreslåede definition af en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser.

42 Det er med hensyn hertil vigtigt at præcisere, at Domstolen kan tage stilling til det andet problem uden at behøve at bekræfte den definition af en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser, der er nævnt i artikel 1, litra h), i forslaget af 13. december 1990.

43 Det skal således straks bemærkes, at artikel 1, nr. 4, i direktiv 93/38 henviser til gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt, og kun giver oplysninger om de kontraherende parter og om aftalens genstand, uden at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, der navnlig defineres under henvisning til, hvordan tjenesteyderen betales, udtrykkeligt nævnes, og uden at der sondres mellem aftaler, hvor modydelsen er fastsat, og aftaler, hvor modydelsen består i en udnyttelsesret.

44 Telaustria har foreslået, at direktiv 93/38 skal fortolkes således, at en aftale, hvor modydelsen består i en udnyttelsesret, ligeledes skal omfattes af dets anvendelsesområde. Ifølge Telaustria er det, for at direktivet finder anvendelse på en sådan aftale, tilstrækkeligt, at aftalen i overensstemmelse med direktivets artikel 1, nr. 4, er gensidigt bebyrdende og indgået skriftligt. Det vil derfor være ubegrundet at antage, at sådanne aftaler falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 93/38, fordi direktivet ikke nævner noget om den måde, som tjenesteyderen skal betales på. Telaustria har tilføjet, at det forhold, at Kommissionen ikke foreslog, at der skulle medtages bestemmelser om denne type aftaler i direktivets anvendelsesområde, betyder, at den fandt, at anvendelsesområdet omfatter alle tjenesteydelsesaftaler, uafhængigt af hvordan tjenesteyderen betales.

45 Eftersom Telekom Austria og de medlemsstater, der har afgivet indlæg, samt Kommissionen har bestridt denne fortolkning, skal det undersøges, om den er begrundet i lyset af de relevante direktivers tilblivelseshistorie, navnlig på området for offentlige tjenesteydelsesaftaler.

46 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen både i forslaget af 13. december 1990 og i sit ændrede forslag af 28. august 1991 til Rådets direktiv 91/C 250/05 om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT C 250, s. 4, herefter »forslaget af 28. august 1991«), der førte til vedtagelsen af direktiv 92/50, som omfatter offentlige tjenesteydelsesaftaler i almindelighed, udtrykkeligt havde foreslået, at medtage »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« i dette direktivs anvendelsesområde.

47 Idet denne medtagelse var begrundet i ønsket om, at »skabe ensartede udbudsprocedurer« præciserede Kommissionen i tiende betragtning til forslaget af 13. december 1990, at »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser [bør] være omfattet af dette direktiv på samme måde, som direktiv 71/305/EØF finder anvendelse på koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder«. Selv om henvisningen til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613) blev fjernet fra tiende betragtning til forslaget af 28. august 1991, har dette forslag alligevel udtrykkeligt fastholdt formålet om »ensartede udbudsprocedurer« i den nævnte betragtning.

48 Rådet fjernede imidlertid i løbet af lovgivningsproceduren enhver henvisning til koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, navnlig på grund af de forskelle, der findes mellem medlemsstaterne for så vidt angår delegation af den offentlige tjenesteydelses forvaltning samt de nærmere bestemmelser for denne delegation, som vil kunne give anledning til en stor uligevægt i liberaliseringen af

koncessionskontrakter (jf. punkt 6 i dokument nr. 4444/92 ADD 1 af 25.2.1992 med overskriften »Rådets begrundelse«, som var vedlagt den fælles holdning af samme dato).

49 Det samme var også sket med den holdning, som Kommissionen gav udtryk for i sit ændrede forslag af 18. juli 1989 til Rådets direktiv 89/C 264/02 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT C 264, s. 22), som førte til vedtagelsen af direktiv 90/531, der var det første direktiv inden for denne sektor med hensyn til tildeling af offentlige kontrakter og gik forud for direktiv 93/38, hvori Kommissionen ligeledes havde foreslået visse bestemmelser til regulering af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser for de nævnte sektorer.

50 Som det fremgår af punkt 10 i dokument nr. 5250/90 ADD 1 af 22. marts 1990 med overskriften »Rådets begrundelse«, der var vedlagt Rådets fælles holdning af samme dato til det ændrede forslag til Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, fulgte Rådet imidlertid ikke Kommissionens forslag om at medtage regler vedrørende koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i direktiv 90/531. Rådets begrundelse var, at der kun fandtes sådanne koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i én medlemsstat, hvorfor der — i mangel af en indgående undersøgelse af de forskellige former for koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som medlemsstaterne tildeler inden for de nævnte sektorer — ikke var anledning til fastsætte regler for disse kontrakter.

51 Det må i lyset af disse forhold konstateres, at Kommissionen ikke foreslog at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i sit forslag af 27. september 1991 til Rådets direktiv 91/C 337/01 om ændring af direktiv

90/531 (EFT C 337, s. 1), som efterfølgende førte til vedtagelsen af direktiv 93/38.

52 Denne konstatering støttes også af udviklingen af anvendelsesområdet for direktiverne på området for offentlige bygge- og anlægskontrakter.

53 Artikel 3, stk. 1, i direktiv 71/305, som var det første direktiv på området, udelukkede således udtrykkeligt koncessionskontrakter fra dets anvendelsesområde.

54 Ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305 (EFT L 210, s. 1) blev artikel 1b imidlertid indsat i direktiv 71/305, som udtrykkeligt tog hensyn til koncessionskontrakter om bygge- eller anlægsarbejder og lod bestemmelserne om offentliggørelse i artikel 12, stk. 3, 6, 7 og 9 til 13, samt i artikel 15a finde anvendelse på disse kontrakter.

55 Efterfølgende nævner Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som erstattede direktiv 71/305, som ændret, udtrykkeligt koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder blandt de kontrakter, som er omfattet af dets anvendelsesområde.

56 Derimod blev der ikke i direktiv 93/38, der blev vedtaget samme dag som direktiv 93/37, fastsat nogen bestemmelse vedrørende koncessionskontrakter om offent-

lige tjenesteydelser. Det følger heraf, at fællesskabslovgiver besluttede ikke at lade disse kontrakter være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38. Såfremt det forholdt sig anderledes, ville fællesskabslovgiver have angivet dette udtrykkeligt, som det skete i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 93/37.

57 Da koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser således ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/38, skal det, i modsætning til den af Telaustria foreslåede fortolkning, fastslås, at sådanne kontrakter ikke er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt«, i det nævnte direktivs artikel 1, nr. 4.

58 Derfor skal første og andet spørgsmål besvares som følger:

— En gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem på den ene side en virksomhed, der i medfør af lovgivningen i en medlemsstat særligt er gjort ansvarlig for driften af en teletjeneste, og hvis kapital ejes 100% af de offentlige myndigheder i denne medlemsstat, og på den anden side en privat virksomhed, og som indebærer, at den førstnævnte virksomhed overlader fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger) med henblik på udsendelse til offentligheden til den sidstnævnte virksomhed, er omfattet af direktiv 93/38.

— Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.

59 Den kendsgerning, at en sådan aftale ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er imidlertid ikke til hinder for, at Domstolen giver den nationale ret, som har forelagt den en række præjudicielle spørgsmål, en besvarelse, der kan være nyttig. Domstolen kan med henblik herpå tage hensyn til andre fortolkningselementer, der kan være nyttige for løsningen af tvisten i hovedsagen.

60 Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.

61 Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

62 Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.

63 Det tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt denne forpligtelse blev overholdt i hovedsagen, og at bedømme relevansen af de bevismidler, der er fremlagt i relation hertil.

Tredje og femte spørgsmål

64 Som følge af besvarelsen af det første og andet spørgsmål er der ikke grund til at besvare det tredje, idet dette sidstnævnte spørgsmål blev stillet Domstolen i tilfælde af en bekræftende besvarelse af det andet spørgsmål.

65 Der er heller ikke grund til at besvare det femte spørgsmål, eftersom det blev forelagt Domstolen med henblik på en afklaring, der vedrører det tredje spørgsmål.

Fjerde, sjette og syvende spørgsmål

66 Som følge af besvarelsen af det første og andet spørgsmål er der heller ikke grund til at besvare det fjerde, sjette og syvende spørgsmål, idet disse søgsmål blev stillet for det tilfælde, at Domstolen skulle fastslå, at direktiv 93/38 er anvendelig på den i hovedsagen omhandlede aftale.

Sagens omkostninger

67 De udgifter, der er afholdt af den østrigske, den danske, den franske og den nederlandske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 23. april 1998, for ret:

1) — En gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem på den ene side en virksomhed, der i medfør af lovgivningen i en medlemsstat særligt er gjort ansvarlig for driften af en teletjeneste, og hvis kapital ejes 100% af de offentlige myndigheder i denne medlemsstat, og på den anden side en privat virksomhed, og som indebærer, at den førstnævnte virksomhed overlader fremstilling og udgivelse af trykte og elektronisk brugbare abonnentfortegnelser (telefonbøger) med henblik på udsendelse til offentligheden til den sidstnævnte virksomhed, er omfattet af Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

— Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.

2) Selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordre-

givende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

3) Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.

4) Det tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt denne forpligtelse blev overholdt i hovedsagen, og at bedømme relevansen af de bevismidler, der er fremlagt i relation hertil.

Skouris Puissochet Macken

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. december 2000.

R. Grass

Justitssekretær

C. Gulmann

Formand for Sjette Afdeling