ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

7 december 2000 *

In zaak C-324/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Bundesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

en

Telekom Austria AG, voorheen Post & Telekom Austria AG,

in tegenwoordigheid van:

Herold Business Data AG,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de richtlijnen 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) en 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de

* Procestaal: Duits.

procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris (rapporteur), president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, J.-P. Puissochet en F. Macken, rechters,

advocaat-generaal: N. Fennelly

griffier: L. Hewlett, administrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Telaustria Verlags GmbH, vertegenwoordigd door F. J. Heidinger, advocaat te Wenen,

— Telekom Austria AG, vertegenwoordigd door C. Kerres en G. Diwok, advocaten te Wenen,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Sektionschef bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Molde, afdelingshoofd bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en A. Bréville-Viéville, chargé de mission bij die directie, als gemachtigden,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. A. Fierstra, adjunct-juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin en J. Schieferer, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, bijgestaan door R. Roniger, advocaat te Brussel,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Telaustria Verlags GmbH, vertegenwoordigd door F. J. Heidinger; Telekom Austria AG, vertegenwoordigd door C. Kerres, P. Asenbauer en M. Gregory, Director of Commercial Law bij de juridische dienst van Telekom Austria AG, als gemachtigde; Herold Business Data AG, vertegenwoordigd door T. Schirmer, advocaat te Wenen; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde; de Franse regering, vertegenwoordigd door S. Pailler, chargé de mission bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Nolin, bijgestaan door R. Roniger, ter terechtzitting van 23 maart 2000,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 mei 2000,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 23 april 1998, ingekomen bij het Hof op 26 augustus daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) zeven prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de richtlijnen 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) en 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

2 Die vragen zijn gerezen in een geding tussen Telaustria Verlags GmbH (hierna: „Telaustria") en Telefonadress GmbH (hierna: „Telefonadress") enerzijds en Telekom Austria AG (hierna: „Telekom Austria") anderzijds naar aanleiding van een door laatstgenoemde met Herold Business Data AG (hierna: „Herold") gesloten concessieovereenkomst over de vervaardiging en publicatie van gedrukte en elektronisch bruikbare telefoonabonneegidsen (telefoonboeken).

Het rechtskader

De gemeenschapsregeling

Richtlijn 92/50

3 Artikel 1 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening' verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van:

(...)"

4 In de achtste overweging van de considerans van richtlijn 92/50 wordt verklaard „dat alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht door deze richtlijn wordt bestreken" en „dat dienstverlening op andere grondslagen, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of arbeidsovereenkomsten, niet onder deze richtlijn valt".

5 Bovendien vermeldt de zeventiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50, dat „deze richtlijn de in richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1) vervatte bepalingen inzake opdrachten voor dienstverlening onverlet behoort te laten".

Richtlijn 93/38

6 Overeenkomstig artikel 45, lid 3, van richtlijn 93/38 sorteert richtlijn 90/531 geen rechtsgevolgen meer vanaf de datum van toepassing van richtlijn 93/38. In lid 4 van die bepaling wordt bovendien gepreciseerd, dat de verwijzingen naar richtlijn 90/531 gelden als verwijzingen naar richtlijn 93/38.

7 Volgens de vierentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 93/38 wordt „door deze richtlijn wel het verrichten van diensten op contractuele, doch niet op andere grondslag, zoals op die van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of van arbeidsovereenkomsten (...) bestreken".

8 Artikel 1, punt 2, van richtlijn 93/38 omschrijft „openbaar bedrijf" als „bedrijf waarover overheidsdiensten rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of het bedrijf betreffende voorschriften. Een dominerende invloed wordt geacht aanwezig te

zijn, wanneer de overheidsdiensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

— de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten

(...)"

9 Artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38 omschrijft „opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten" als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één van de in artikel 2 omschreven aanbestedende diensten en een leverancier, aannemer of dienstverrichter, die betrekking hebben op:

a) in het geval van opdrachten voor leveringen (...)

b) in het geval van opdrachten voor de uitvoering van werken (...)

c) in het geval van opdrachten voor het verrichten van diensten, andere opdrachten dan bedoeld onder a en b, maar met uitzondering van:

(...)"

10 De laatste alinea van dezelfde bepaling preciseert:

„Opdrachten die zowel diensten als leveringen omvatten, worden beschouwd als opdrachten voor leveringen wanneer de totale waarde van de leveringen meer bedraagt dan de waarde van de onder de opdracht vallende diensten."

11 Voorts omschrijft artikel 1, punt 15, van richtlijn 93/38 „openbare telecommunicatiediensten" en „telecommunicatiediensten" als volgt:

„‚openbare telecommunicatiediensten': telecommunicatiediensten waarvan de lidstaten het aanbod met name aan een of meer telecommunicatieorganisaties specifiek hebben opgedragen;

‚telecommunicatiediensten': diensten die geheel of gedeeltelijk bestaan in het overbrengen en doorgeven van signalen op het openbare telecommunicatienet door middel van telecommunicatieprocédés, met uitzondering van radio-omroep en van televisie".

12 Artikel 2, leden 1 en 2, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

(...)

2. Relevante activiteiten in de zin van deze richtlijn zijn:

(...)

d) de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek."

De nationale regeling

13 Het Telekommunikationsgesetz (BGBl I, 1997, nr. 100), dat op 1 augustus 1997 in werking is getreden, stelt onder meer de verplichtingen vast van dienstverleners, concessiehouders en exploitanten van een spraaktelefoondienst.

14 Ingevolge § 19 van het Telekommunikationsgesetz moet elke aanbieder van een openbare spraaktelefoondienst over een regelmatig bijgewerkte abonneegids beschikken, een inlichtingendienst betreffende abonneenummers onderhouden, noodhulpdiensten gratis bereikbaar maken en de abonneegids aan de reguleringsinstantie op haar verzoek gratis en aan andere dienstverleners tegen een passende vergoeding ten minste wekelijks in elektronisch leesbare vorm

beschikbaar stellen met het oog op de informatieverschaffing en de uitgave van gidsen.

15 Volgens § 26, lid 1, van het Telekommunikationsgesetz moet de reguleringsinstantie garanderen, dat een algemene gids van alle abonnees van spraaktelefoondiensten beschikbaar is. Concessiehouders die openbare spraaktelefoniediensten via een vast of een mobiel net aanbieden, zijn verplicht abonneegegevens tegen vergoeding aan de reguleringsinstantie door te geven, zodat zij haar taak kan vullen.

16 Ingevolge § 96, lid 1, van dezelfde wet moet de exploitant van een openbare telecommunicatiedienst een abonneegids vervaardigen. Die gids kan bestaan in gedrukte vorm, als telefonische inlichtingendienst, als beeldschermtekst, als elektronisch gegevensbestand of in een andere technische communicatievorm. Bovendien regelt die bepaling de minimumvereisten waaraan de gegevens en structuren in die gidsen moeten voldoen, evenals de beschikbaarstelling van abonneegegevens aan de reguleringsinstantie of aan derden.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

17 Telekom Austria, opgericht bij het Telekommunikationsgesetz, is een naamloze vennootschap waarvan alle aandelen in het bezit zijn van de Republiek Oostenrijk. Zij is de rechtsopvolgster van de Post & Telegraphenverwaltung wier taken zij heeft overgenomen, waaronder de verplichting om te waarborgen dat een gids van alle abonnees van openbare spraaktelefoniediensten beschikbaar is.

18 Tot 1992 voldeed de Post & Telegraphenverwaltung zelfstandig aan haar verplichting tot publicatie van abonneegidsen, onder meer het officiële telefoonboek, bekend onder de naam „witte bladzijden". Wegens de hoge druk- en verspreidingskosten van die gids besloot zij in 1992 een partner te zoeken, en liet zij de uitgave van die gids aan een particuliere onderneming over.

19 Aangezien de desbetreffende overeenkomst afliep op 31 december 1997, publiceerde Telekom Austria, die de plaats van de Post & Telegraphenverwaltung had ingenomen, op 15 mei 1997 in het *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* een oproep om bij haar „offertes in te dienen voor de verwerving van een concessie voor openbare diensten voor de vervaardiging en uitgave van gedrukte en elektronisch bruikbare abonneegidsen (telefoonboeken) vanaf de te verschijnen uitgave 1998/1999, en daarna voor onbeperkte duur".

20 Daar Telaustria en Telefonadress van mening waren, dat de communautaire en nationale aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van toepassing waren op de overeenkomst die na de offerteoproep gesloten zou worden, hebben zij op 12 respectievelijk 17 juni 1997 bij de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie van toezicht op overheidsaanbestedingen) verzocht om inleiding van een arbitrageprocedure overeenkomstig § 109 van het Bundesvergabegesetz 1997 (BGBl I, 1997, nr. 56; hierna: „BVerG").

21 Na voeging van deze verzoeken deed de Bundes-Vergabekontrollkommission op 20 juni 1997 een voor verzoeksters positieve gemotiveerde aanbeveling waarin werd bevestigd, dat de bepalingen van het BVerG op de bedoelde overeenkomst van toepassing waren.

22 Omdat Telekom Austria de onderhandelingen over de sluiting van de overeenkomst voortzette, diende Telaustria op 24 juni 1997 bij het Bundesvergabeamt een verzoek om inleiding van een beroepsprocedure in, gecombineerd met een verzoek in kort geding. Bij verzoekschrift van 4 juli 1997 voegde Telefonadress zich in de procedure. Op 8 juli 1997 interveniëerde Herold, waarmee Telekom Austria in onderhandeling was, ter ondersteuning van de conclusies van laatstgenoemde.

23 Voor het Bundesvergabeamt betoogde Telekom Austria, dat de te sluiten overeenkomst buiten de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening valt, omdat zij geen overeenkomst onder bezwarende titel is en omdat het in casu ging om een „concessie voor openbare diensten" waarop de richtlijnen 92/50 en 93/38 niet van toepassing zijn.

24 Nadat het Bundesvergabeamt aanvankelijk in kort geding ten gunste van verzoekster had beschikt, verving het die beschikking op 10 juli 1997 door een nieuwe beschikking, waarbij de sluiting van de overeenkomst tussen Telekom Austria en Herold voorlopig werd toegestaan, mits werd voorzien in de mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen ingeval de communautaire en nationale aanbestedingsregels toepasselijk zouden blijken, zodat de opdracht alsnog volgens de geschikte procedure kon worden aanbesteed.

25 Op 1 december 1997 werd Herold, waaraan de concessie kort daarop zou worden verleend, overgenomen door de onderneming GTE, die op 3 december 1997 Telekom Austria een deelneming van 26 % in het kapitaal van Herold overdroeg, waardoor Herold een gemeenschappelijke dochteronderneming van GTE en Telekom Austria werd. Op 15 december 1997 werd de in het hoofdgeding omstreden overeenkomst formeel tussen Herold en haar minderheidsaandeelhoudster, Telekom Austria, gesloten.

26 In de motivering van de verwijzingsbeschikking wijst het Bundesvergabeamt erop, dat die overeenkomst, die uit meerdere elkaar gedeeltelijk overlappende overeenkomsten bestaat, de vervaardiging van gedrukte telefoonboeken betreft en onder meer de volgende diensten van Herold omvat: verzameling, bewerking en structurering van abonneegegevens, vervaardiging van gedrukte telefoonboeken, en bepaalde reclamediensten. Ten aanzien van de tegenprestatie bepaalt de overeenkomst, dat Herold niet rechtstreeks voor haar diensten wordt beloond, maar haar diensten commercieel kan exploiteren.

27 Gelet op al deze omstandigheden, en met name op de wijze waarop de beloning van de dienstverrichter is geregeld, op grond waarvan de overeenkomst als „concessie voor het verrichten van diensten" is aangemerkt, besloot het Bundesvergabeamt, twijfelend over de uitlegging van de richtlijnen 92/50 en 93/38, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„Hoofdvraag:

Kan uit de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 92/50/EEG, in het bijzonder uit het voorstel van de Commissie [COM(90) 372, PB C 23 van 31 januari 1991] of uit de omschrijving van het begrip ‚overheidsopdracht voor het verrichten van diensten' in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50/EEG worden afgeleid, dat bepaalde categorieën van overeenkomsten die met dienstverlenende ondernemingen worden gesloten door onder deze richtlijn vallende aanbestedende diensten, bij voorbaat van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten enkel op grond van bepaalde gemeenschappelijke kenmerken, zoals genoemd in het voorstel van de Commissie COM(90) 372, en zonder dat artikel 1, sub a, punten i-vii, of de artikelen 4 tot en met 6 van richtlijn 92/50/EEG zouden moeten worden toegepast?

In geval van een bevestigend antwoord op de hoofdvraag:

Bestaan dergelijke categorieën van overeenkomsten ook binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG, met name gelet op de vierentwintigste overweging van de considerans van die richtlijn?

In geval van een bevestigend antwoord op de tweede vraag:

Zijn deze van de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG uitgesloten categorieën overeenkomsten voldoende bepaalbaar naar analogie van het voorstel COM(90) 372, in dier voege, dat hun belangrijkste kenmerk erin bestaat dat een aanbestedende dienst die onder de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG valt, een onder zijn bevoegdheid vallende dienstverrichting aan een onderneming van zijn keuze overdraagt en haar als tegenprestatie het recht verleent om de betrokken dienstverrichting economisch te exploiteren?

In aanvulling op de eerste drie vragen:

Moet een aanbestedende dienst die onder de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG valt, ingeval een door hem gesloten overeenkomst elementen van een overheidsopdracht voor het verrichten van diensten in de zin van artikel 1, punt 4, sub a, van richtlijn 93/38/EEG bevat en tevens elementen van andere contractuele aard, die niet onder de werkingssfeer van die richtlijn vallen, het onder richtlijn 93/38/EEG vallende gedeelte van de gehele overeenkomst daarvan scheiden voor zover dat technisch mogelijk en economisch verantwoord is, en aanbesteden volgens de procedure van artikel 1, punt 7, van die richtlijn, zoals het Hof in zaak C-3/88 vóór de inwerkingtreding van richtlijn 92/50/EEG heeft

bepaald met betrekking tot een niet volledig onder richtlijn 77/62/EEG vallende opdracht?

In geval van een bevestigend antwoord op deze vraag:

Is de verlening, bij overeenkomst, van het recht op de uitsluitende economische exploitatie van het resultaat van een dienstverrichting, die de dienstverrichter een weliswaar niet bepaalbare, doch naar algemene ervaringsregels niet onaanzienlijke en naar verwachting boven de kosten van de dienstverrichting uitstijgende opbrengst oplevert, aan te merken als beloning voor de dienstverrichting, zoals het Hof in zaak C-272/91 heeft beslist in verband met een leveringsopdracht die in plaats van een beloning een door de overheid verleend recht omvatte?

In aanvulling op deze vragen:

Moeten de bepalingen van artikel 1, punt 4, sub a en c, van richtlijn 93/38/EEG aldus worden uitgelegd, dat een opdracht voor het verrichten van diensten in de zin van bijlage XVI, deel A, categorie 15, geen opdracht voor het verrichten van diensten meer is en een opdracht tot levering wordt, wanneer de dienstverrichting de vervaardiging van een groot aantal gelijksoortige roerende zaken met een economische waarde als resultaat heeft en het dus gaat om goederen in de zin van de artikelen 9 en 30 EG-Verdrag?

In geval van een bevestigend antwoord op die vraag:

Moet het arrest van het Hof in zaak C-3/88 aldus worden uitgelegd, dat een dergelijke opdracht tot levering, voor zover dat technisch mogelijk en economisch verantwoord is, van de overige onderdelen van de dienstverleningsovereenkomst moet worden gescheiden en moet worden aanbesteed volgens een procedure in de zin van artikel 1, punt 7, van richtlijn 93/38/EEG?"

De eerste en de tweede vraag

28 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, stelt de nationale rechter in wezen twee problemen aan de orde.

29 Het eerste betreft de vraag, of een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel vanwege de daarbij betrokken contractspartijen en het specifieke voorwerp ervan onder richtlijn 92/50 of richtlijn 93/38 valt, wanneer bij die overeenkomst een onderneming die door de wetgeving van de lidstaat specifiek is belast met de exploitatie van een telecommunicatiedienst en waarvan het kapitaal geheel wordt gehouden door de overheidsinstanties van die lidstaat, de vervaardiging van gedrukte en elektronisch bruikbare telefoonabonneegidsen (telefoonboeken) alsmede de publicatie ervan met het oog op verspreiding onder het publiek overdraagt aan een particuliere onderneming.

30 Het tweede probleem houdt in, of een dergelijke overeenkomst met de in het vorige punt vermelde prestaties als specifiek voorwerp, ofschoon door één van de genoemde richtlijnen bestreken, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht is uitgesloten van de werkingssfeer van de desbetreffende richtlijn, met name omdat de tegenprestatie van de eerstgenoemde onderneming aan de laatstgenoemde

inhoudt, dat die laatstgenoemde bij wijze van beloning het recht verkrijgt om haar eigen prestatie te exploiteren.

31 Met betrekking tot het eerste probleem moet er vooraf op worden gewezen, dat richtlijn 92/50, zoals volgt uit de zeventiende overweging van de considerans ervan, de bepalingen van richtlijn 90/531, die vóór richtlijn 93/38 evenals deze van toepassing was op de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sector water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, onverlet behoren te laten.

32 Aangezien richtlijn 90/531 is vervangen door richtlijn 93/38, zoals uit artikel 45, lid 3, van die richtlijn blijkt, en volgens lid 4 van dezelfde bepaling de verwijzingen naar richtlijn 90/531 gelden als verwijzingen naar richtlijn 93/38, behoren de bepalingen van richtlijn 92/50, evenals de sectoriële richtlijn 90/531 toen die van kracht was, de bepalingen van richtlijn 93/38 onverlet te laten.

33 Wanneer een opdracht wordt bestreken door richtlijn 93/38, die een specifieke dienstensector regelt, is richtlijn 92/50, die is bedoeld voor diensten in het algemeen, dus niet van toepassing.

34 In die omstandigheden hoeft dus enkel te worden onderzocht, of de in het hoofdgeding ter discussie staande overeenkomst wegens de daarbij betrokken contractspartijen en het specifieke voorwerp ervan onder richtlijn 93/38 kan vallen.

35 Daartoe moet worden vastgesteld, of een onderneming als Telekom Austria onder de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38 valt en of een overeenkomst die de in punt 26 van dit arrest genoemde prestaties omvat, onder de materiële werkingssfeer daarvan valt.

36 Met betrekking tot de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38 staat op grond van de verwijzingsbeschikking vast, dat Telekom Austria, waarvan het kapitaal volledig door de Oostenrijkse overheidsinstanties wordt gehouden, een openbaar bedrijf is waarover de Oostenrijkse overheid door deze eigendomsverhoudingen een dominerende invloed kan uitoefenen. Daaruit volgt, dat Telekom Austria moet worden beschouwd als openbaar bedrijf in de zin van artikel 1, punt 2, van deze richtlijn.

37 Verder staat vast, dat dit openbaar bedrijf zich krachtens het Telekommunikationsgesetz waarbij het is opgericht, bezighoudt met het verschaffen van openbare telecommunicatiediensten. Daaruit volgt, dat Telekom Austria een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, juncto lid 2, sub d, van richtlijn 93/38.

38 Aangezien eveneens vaststaat, dat de genoemde overeenkomst voorziet in het verrichten van prestaties die krachtens het Telekommunikationsgesetz tot de taak van Telekom Austria behoren en die bestaan in het verschaffen van openbare telecommunicatiediensten, behoeft, teneinde te bepalen of die overeenkomst onder de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/38 valt, enkel te worden nagegaan, of het specifieke voorwerp van die overeenkomst door richtlijn 93/38 wordt bestreken.

39 Zoals ook uit de verwijzingsbeschikking blijkt, omvatten de taken van Herold:

— de verzameling, bewerking en structurering van abonneegegevens alsmede de technische exploitateerbaarheid ervan, handelingen die gegevensregistraties, computerbewerkingen en databanken noodzakelijk maken en behoren tot categorie 7 „Computer- en aanverwante diensten" van bijlage XVI A van richtlijn 93/38;

— het drukken van telefoonboeken, hetgeen valt onder categorie 15 van bijlage XVI A van die richtlijn, „Uitgeverij- en drukkerijdiensten, in regie of op contractbasis";

— reclamediensten, die vallen onder categorie 13 van bijlage XVI A van richtlijn 93/38.

40 Aangezien deze diensten rechtstreeks verband houden met een activiteit die het verschaffen van openbare telecommunicatiediensten betreft, wordt de in het hoofdgeding ter discussie staande overeenkomst, die de in het vorige punt genoemde prestaties als specifiek voorwerp heeft, door richtlijn 93/38 bestreken.

41 Met betrekking tot het tweede door de verwijzende rechter opgeworpen probleem moet vooraf worden vastgesteld, dat hij zijn vragen in verband brengt met het voorstel voor een richtlijn van de Raad van 13 december 1990 betreffende de

coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten (91/C 23/01, PB 1991, C 23, blz. 1; hierna: „voorstel van 13 december 1990") en daarbij de in dat document door de Commissie voorgestelde definitie van de concessie voor openbare diensten overneemt.

42 Het tweede probleem kan door het Hof worden behandeld zonder dat aansluiting hoeft te worden gezocht bij de in artikel 1, sub h, van het voorstel van 13 december 1990 genoemde definitie van de concessie voor openbare diensten.

43 Artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38 verwijst immers naar schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel en bevat enkel aanwijzingen over de daarbij betrokken contractspartijen en over het voorwerp van de overeenkomst, zonder uitdrukkelijk concessies voor openbare diensten, met name gedefinieerd naar de wijze van beloning van de dienstverrichter, te vermelden en zonder enig onderscheid te maken tussen de overeenkomsten met vaste tegenprestatie en die waarbij de tegenprestatie bestaat in een recht op exploitatie.

44 Telaustria geeft in overweging om richtlijn 93/38 aldus uit te leggen, dat ook een overeenkomst waarbij de tegenprestatie bestaat in een recht op exploitatie, onder de werkingssfeer ervan valt. Haars inziens is het voor de toepassing van richtlijn 93/38 op een dergelijke overeenkomst voldoende, dat het in overeenstemming met artikel 1, punt 4, van deze richtlijn gaat om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Het feit dat richtlijn 93/38 zwijgt over de wijze van beloning van de dienstverrichter, zou dus geen grond zijn om dergelijke overeenkomsten van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten. Telaustria voegt daaraan toe, dat het feit dat de Commissie niet heeft voorgesteld om bepalingen met betrekking tot dit soort overeenkomsten in de richtlijn op te nemen, betekent dat de richtlijn in haar opvatting elke overeenkomst tot het verrichten van diensten dekt, ongeacht de wijze van beloning van de dienstverrichter.

45 Telekom Austria, de lidstaten en de Commissie hebben die uitlegging bestreden, zodat in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van de relevante richtlijnen, met name op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moet worden onderzocht, of zij juist is.

46 De Commissie heeft zowel in haar voorstel van 13 december 1990 als in haar gewijzigde voorstel van 28 augustus 1991 voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (91/C 250/05, PB 1991, C 250, blz. 4; hierna: „voorstel van 28 augustus 1991"), die hebben geleid tot richtlijn 92/50 die overheidsopdrachten voor dienstverlening in het algemeen betreft, uitdrukkelijk bepleit om de „concessie voor openbare diensten" binnen de werkingssfeer van die richtlijn te brengen.

47 Zij baseerde dit op „het waarborgen van coherentie bij de aanbestedingsprocedures", daarbij preciserend in de tiende overweging van de considerans van het voorstel van 13 december 1990, dat „deze richtlijn op concessies voor openbare diensten van toepassing behoort te zijn zoals richtlijn 71/305/EEG op concessies voor openbare werken van toepassing is". Hoewel de verwijzing naar richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5) in de tiende overweging van de considerans van het voorstel van 28 augustus 1991 is geschrapt, staat het doel van „coherentie bij de aanbestedingsprocedures" nog wel uitdrukkelijk in de considerans ervan.

48 Tijdens de wetgevingsprocedure heeft de Raad echter elke verwijzing naar concessies voor openbare diensten geschrapt, met name wegens de tussen de lidstaten bestaande verschillen met betrekking tot de delegatie van het beheer van openbare diensten en de wijze van die delegatie, die een zeer onevenwichtige

situatie zouden kunnen doen ontstaan bij het openstellen van de markten in deze sector (zie document nr. 4444/92 ADD 1 van 25 februari 1992, punt 6, getiteld „Motivering van de Raad" en gevoegd bij het gemeenschappelijk standpunt van dezelfde datum).

49 Een soortgelijk lot was beschoren aan het standpunt van de Commissie in haar gewijzigd voorstel van 18 juli 1989 voor een richtlijn van de Raad betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (89/C 264/02, PB 1989, C 264, blz. 22), dat heeft geleid tot richtlijn 90/531, de eerste aanbestedingsrichtlijn in deze sector en voorgangster van richtlijn 93/38; in dit voorstel had de Commissie voor die sectoren eveneens enkele bepalingen over concessies voor openbare diensten opgenomen.

50 Blijkens punt 10 van document nr. 5250/90 ADD 1 van 22 maart 1990, getiteld „Motivering van de Raad" en gevoegd bij het gemeenschappelijk standpunt van dezelfde datum over het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, heeft de Raad het voorstel van de Commissie om in richtlijn 90/531 regels met betrekking tot concessies voor openbare diensten op te nemen, echter niet gevolgd, omdat dergelijke concessies slechts in één enkele lidstaat bekend waren en het zonder diepgaande studie van de verschillende vormen van concessies voor openbare diensten in de lidstaten niet zinvol was tot regeling ervan over te gaan.

51 Tegen deze achtergrond moet worden vastgesteld, dat de Commissie niet heeft voorgesteld om de concessies voor openbare diensten op te nemen in haar voorstel van 27 september 1991 voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van

richtlijn 90/531 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (91/C 337/01, PB 1991, C 337, blz. 1), dat uiteindelijk tot richtlijn 93/38 heeft geleid.

52 Deze vaststelling wordt bevestigd door de geleidelijke ontwikkeling van de werkingssfeer van de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten voor werken.

53 In artikel 3, lid 1, van richtlijn 71/305, de eerste richtlijn op dit gebied, waren de concessieovereenkomsten immers uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten.

54 Bij richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305 (PB L 210, blz. 1) is in richtlijn 71/305 evenwel artikel 1 ter ingelast, waarin de concessieovereenkomsten voor openbare werken uitdrukkelijk in aanmerking worden genomen, aangezien daarop de in artikel 12, leden 3, 6, 7 en 9 tot en met 13, en in artikel 15 bis vastgestelde bekendmakingsregels van toepassing zijn verklaard.

55 In de latere richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), die in de plaats is gekomen van richtlijn 71/305, zoals gewijzigd, worden de concessieovereenkomsten voor openbare werken uitdrukkelijk genoemd onder de overeenkomsten waarop de richtlijn toepasselijk is.

56 Richtlijn 93/38, vastgesteld op dezelfde dag als richtlijn 93/37, bevat daarentegen geen bepaling met betrekking tot de concessieovereenkomsten voor openbare

diensten. Daaruit volgt, dat de gemeenschapswetgever heeft besloten die overeenkomsten niet onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38 te brengen. Anders zou hij dat uitdrukkelijk hebben vermeld zoals bij de vaststelling van richtlijn 93/37.

57 Aangezien concessieovereenkomsten voor openbare diensten dus niet onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen, zijn dergelijke overeenkomsten dus niet, zoals door Telaustria gesteld, mede begrepen onder „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel" in artikel 1, punt 4, van die richtlijn.

58 Op de eerste en de tweede vraag moet dus worden geantwoord:

— een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een onderneming die door de wetgeving van een lidstaat specifiek is belast met de exploitatie van een telecommunicatiedienst en waarvan het kapitaal volledig wordt gehouden door de overheidsinstanties van die lidstaat, de vervaardiging van gedrukte en elektronisch bruikbare telefoonabonneegidsen (telefoonboeken) alsmede de publicatie ervan met het oog op verspreiding onder het publiek overdraagt aan een particuliere onderneming, valt onder richtlijn 93/38;

— hoewel een dergelijke overeenkomst onder richtlijn 93/38 valt, is zij bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer ervan uitgesloten, met name omdat de tegenprestatie van de eerstgenoemde onderneming aan de laatstgenoemde inhoudt, dat de laatstgenoemde als beloning het recht verkrijgt om haar eigen prestatie te exploiteren.

59 Het feit dat een dergelijke overeenkomst niet onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38 valt, is echter geen beletsel voor het Hof om een nuttig antwoord op de reeks vragen van de verwijzende rechter te geven. Daarbij kan het Hof andere voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding nuttig lijkende uitleggingselementen in aanmerking nemen.

60 In dat verband moet worden opgemerkt dat, ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 uitgesloten, de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen.

61 Immers, zoals het Hof in zijn arrest van 18 november 1999, Unitron Scandinavia en 3-S (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31), heeft verklaard, houdt dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie in, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd.

62 Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

63 De nationale rechter dient te beslissen, of die verplichting in het hoofdgeding in acht is genomen en of het daartoe overgelegde bewijs overtuigend is.

De derde en de vijfde vraag

64 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag behoeft de derde vraag niet te worden beantwoord, omdat deze is gesteld voor het geval het Hof de tweede vraag bevestigend zou beantwoorden.

65 De vijfde vraag, die een verduidelijking van de derde vraag betreft, behoeft evenmin beantwoord te worden.

De vierde, de zesde en de zevende vraag

66 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag behoeven ook de vierde, de zesde en de zevende vraag niet meer te worden beantwoord, omdat zij zijn gesteld voor het geval het Hof zou vaststellen, dat richtlijn 93/38 van toepassing is op de in het hoofdgeding omstreden overeenkomst.

Kosten

67 De kosten door de Oostenrijkse, de Deense, de Franse en de Nederlandse regering alsmede door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesvergabeamt bij beschikking van 23 april 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) — Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een onderneming die door de wetgeving van een lidstaat specifiek is belast met de exploitatie van een telecommunicatiedienst en waarvan het kapitaal volledig wordt gehouden door de overheidsinstanties van die lidstaat, de vervaardiging van gedrukte en elektronisch bruikbare telefoonabonneegidsen (telefoonboeken) alsmede de publicatie ervan met het oog op verspreiding onder het publiek overdraagt aan een particuliere onderneming, valt onder richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sector water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie;

— hoewel een dergelijke overeenkomst onder richtlijn 93/38 valt, is zij bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer ervan uitgesloten, met name omdat de tegenprestatie van de eerstgenoemde onderneming aan de laatstgenoemde inhoudt, dat de laatstgenoemde als beloning het recht verkrijgt om haar eigen prestatie te exploiteren.

2) Ook al zijn dergelijke overeenkomsten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 uitgesloten,

moeten de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht nemen, dat met name een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd.

3) Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

4) De nationale rechter dient te beslissen, of die verplichting in het hoofdgeding in acht is genomen en of het daartoe overgelegde bewijs overtuigend is.

Skouris Puissochet Macken

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 december 2000.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

C. Gulmann