ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (έκτο τμήμα)

της 7ης Δεκεμβρίου 2000 *

Στην υπόθεση C-324/98,

που έχει ως αντικείμενο αίτηση του Bundesvergabeamt (Αυστρία) προς το Δικαστήριο, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 234 ΕΚ), με την οποία ζητείται, στο πλαίσιο της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου μεταξύ

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

και

Telekom Austria AG, πρώην Post & Telekom Austria AG,

παρισταμένης της:

Herold Business Data AG,

η έκδοση προδικαστικής αποφάσεως ως προς την ερμηνεία των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), και 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84),

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (έκτο τμήμα),

συγκείμενο από τους B. Σκουρή (εισηγητή), πρόεδρο του δευτέρου τμήματος, προεδρεύοντα του έκτου τμήματος, J.-P. Puissochet και F. Macken, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: N. Fennelly
γραμματέας: L. Hewlett, υπάλληλος διοικήσεως,

λαμβάνοντας υπόψη τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

— η Telaustria Verlags GmbH, εκπροσωπουμένη από τον F. J. Heidinger, δικηγόρο Βιέννης,

— η Telekom Austria AG, εκπροσωπουμένη από τους C. Kerres και G. Diwok, δικηγόρους Βιέννης,

— η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπουμένη από τον W. Okresek, Sektionschef στην Καγκελαρία,

— η Δανική Κυβέρνηση, εκπροσωπουμένη από τον J. Molde, προϊστάμενο τμήματος στο Υπουργείο Εξωτερικών,

— η Γαλλική Κυβέρνηση, εκπροσωπουμένη από την K. Rispal-Bellanger, υποδιευθύντρια στη διεύθυνση νομικών υποθέσεων του Υπουργείου Εξωτερικών, και την A. Bréville-Viéville, chargé de mission στην ίδια διεύθυνση,

— η Κυβέρνηση των Κάτω Χωρών, εκπροσωπουμένη από τον M. A. Fierstra, βοηθό νομικό σύμβουλο στο Υπουργείο Εξωτερικών,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπουμένη από τους M. Nolin και J. Schiefer, μέλη της Νομικής Υπηρεσίας, επικουρούμενους από τον R. Roniger, δικηγόρο Βρυξελλών,

έχοντας υπόψη την έκθεση ακροατηρίου,

αφού άκουσε τις προφορικές παρατηρήσεις της Telaustria Verlags GmbH, εκπροσωπουμένης από τον δικηγόρο F. J. Heidinger, της Telekom Austria AG, εκπροσωπουμένης από τους C. Kerres, P. Asenbauer και την M. Gregory, Director of Commercial Law στο γραφείο νομικών υπηρεσιών της Telekom Austria AG, της Herold Business Data AG, εκπροσωπουμένης από τον T. Schirmer, δικηγόρο Βιέννης, της Αυστριακής Κυβερνήσεως, εκπροσωπουμένης από τον M. Fruhmann, της Καγκελαρίας, της Γαλλικής Κυβερνήσεως, εκπροσωπουμένης από τον S. Pailler, chargé de mission στη διεύθυνση νομικών υποθέσεων του Υπουργείου Εξωτερικών, και της Επιτροπής, εκπροσωπουμένης από τον M. Nolin, επικουρούμενο από τον δικηγόρο R. Roniger, κατά τη συνεδρίαση της 23ης Μαρτίου 2000,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 18ης Μαΐου 2000,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Με διάταξη της 23ης Απριλίου 1998, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 26 Αυγούστου 1998, το Bundesvergabeamt (ομοσπονδιακό γραφείο διαγωνισμών) υπέβαλε, δυνάμει του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 234 ΕΚ), επτά προδικαστικά ερωτήματα ως προς την ερμηνεία των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), και 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84).

2 Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της Telaustria Verlags GmbH, στο εξής: Telaustria) και Telefonadress GmbH (στο εξής: Telefonadress), αφενός, και της Telekom Austria AG (στο εξής: Telecom Austria), αφετέρου, ως προς τη σύναψη από την τελευταία συμβάσεως παραχωρήσεως με την Herold Business Data AG (στο εξής: Herold), αφορώσας την κατάρτιση και έκδοση εντύπων και ηλεκτρικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων συνδρομητών του τηλεφώνου (τηλεφωνικών καταλόγων).

Το κανονιστικό πλαίσιο

Η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση

Η οδηγία 92/50

3 Το άρθρο 1 της οδηγίας 92/50 ορίζει:

«Κατά την έννοια της οδηγίας:

α) οι *δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών*: είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής, με εξαίρεση

(...)».

4 Η όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50 έχει ως εξής:

«(...) η παροχή υπηρεσιών καλύπτεται από την παρούσα οδηγία μόνον εφόσον βασίζεται σε συμβάσεις· (...) η παροχή υπηρεσιών επί άλλων βάσεων, όπως νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή συμβάσεις εργασίας, δεν καλύπτεται».

5 Επιπλέον, η δέκατη έβδομη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50 ορίζει:

«(...) οι κανόνες που αφορούν τις συμβάσεις υπηρεσιών και περιλαμβάνονται στην οδηγία 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς των υδάτων, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 297, σ. 1), δεν πρέπει να επηρεαστούν από την παρούσα οδηγία».

Η οδηγία 93/38

6 Σύμφωνα με το άρθρο 45, παράγραφος 3, της οδηγίας 93/38, η οδηγία 90/531 δεν παράγει πλέον αποτελέσματα από την ημερομηνία θέσης σε εφαρμογή της οδηγίας 93/38. Η εν λόγω διάταξη διευκρινίζει επιπλέον, στην παράγραφό της 4, ότι οι αναφορές στην οδηγία 90/531 θεωρούνται ότι γίνονται στην οδηγία 93/38.

7 Κατά την εικοστή τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 93/38:

«(...) η παροχή υπηρεσιών καλύπτεται από την παρούσα οδηγία μόνο στο βαθμό που βασίζεται σε συμβάσεις· (...) δεν καλύπτεται η παροχή υπηρεσιών η απορρέουσα από νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις ή συμβάσεις εργασίας».

8 Το άρθρο 1, σημείο 2, της οδηγίας 93/38 ορίζει τις «δημόσιες επιχειρήσεις» ως τις «επιχειρήσεις στις οποίες οι δημόσιες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, καθοριστική επιρροή είτε επειδή έχουν κυριότητα ή χρηματοδοτική συμμετοχή, είτε

λόγω των κανόνων που διέπουν τις επιχειρήσεις αυτές. Η καθοριστική αυτή επιρροή εκ μέρους των δημοσίων αρχών τεκμαίρεται όταν οι εν λόγω αρχές, έμμεσα ή άμεσα:

— κατέχουν το μεγαλύτερο μέρος του καλυφθέντος κεφαλαίου μιας επιχείρησης

(...)».

9 Το άρθρο 1, σημείο 4, της οδηγίας 93/38 ορίζει τις «συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών» ως «τις συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός από τους αναθέτοντες φορείς που αναφέρονται στο άρθρο 2 και ενός προμηθευτή ή εργολήπτη ή παρέχοντος υπηρεσίες και έχουν ως αντικείμενο:

α) στην περίπτωση των συμβάσεων προμηθειών (...)

β) στην περίπτωση των συμβάσεων έργων (...)

γ) στην περίπτωση των συμβάσεων υπηρεσιών, κάθε άλλο αντικείμενο που δεν αναφέρεται στα στοιχεία α) και β) ενώ εξαιρούνται:

(...)».

10 Το τελευταίο εδάφιο της ίδιας διατάξεως ορίζει:

«Οι συμβάσεις που περιλαμβάνουν υπηρεσίες και προμήθειες θεωρούνται ως συμβάσεις προμηθειών όταν η συνολική αξία των προμηθειών είναι ανώτερη της αξίας των άλλων υπηρεσιών που καλύπτονται από τη σύμβαση».

11 Επιπλέον, το άρθρο 1, σημείο 15, της οδηγίας 93/38 ορίζει τις «δημόσιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες» και τις «τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες» ως εξής:

«"δημόσιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες": την παροχή των οποίων έχουν αναθέσει ειδικά τα κράτη μέλη σε έναν ή περισσότερους τηλεπικοινωνιακούς φορείς·

"τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες": οι υπηρεσίες οι οποίες συνίστανται, εν όλω ή εν μέρει, στη διαβίβαση και τη διακίνηση σημάτων μέσω του δημοσίου τηλεπικοινωνιακού δικτύου με τη βοήθεια τηλεπικοινωνιακών μεθόδων, πλην της ραδιοφωνίας και της τηλεόρασης».

12 Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 93/38 ορίζει:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς οι οποίοι:

α) είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν δραστηριότητα που αναφέρεται στην παράγραφο 2·

(...)

2. Οι δραστηριότητες που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας είναι οι ακόλουθες:

(...)

δ) η διάθεση ή εκμετάλλευση δημοσίων τηλεπικοινωνιακών δικτύων ή η παροχή μιας ή περισσοτέρων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς το κοινό.»

Η εθνική κανονιστική ρύθμιση

13 Ο Telekommunikationsgesetz (νόμος περί των τηλεπικοινωνιών, *BGBl.* I, 1997, αριθ. 100), ο οποίος άρχισε να ισχύει την 1η Αυγούστου 1997, καθορίζει, μεταξύ άλλων, τις υποχρεώσεις των παρεχόντων, των δικαιούχων παραχωρήσεως ή των εκμεταλλευομένων υπηρεσία φωνητικής τηλεφωνίας.

14 Σύμφωνα με το άρθρο 19 του Telekommunikationsgesetz, όλοι οι παρέχοντες δημόσια υπηρεσία φωνητικής τηλεφωνίας οφείλουν να τηρούν ένα μονίμως ενημερωμένο τηλεφωνικό κατάλογο, να εξασφαλίζουν υπηρεσία πληροφοριών για τους αριθμούς συνδρομητών, να διαθέτουν δωρεάν χρησιμοποίηση υπηρεσιών όσον αφορά τις κλήσεις επείγοντος χαρακτήρα και να θέτουν δωρεάν τους τηλεφωνικούς καταλόγους στη διάθεση της έχουσας ρυθμιστικές αρμοδιότητες αρχής, κατόπιν αιτήματός της, σε άλλους δε παρέχοντες υπηρεσίες έναντι εύλογης αντιπαροχής

τουλάχιστον εβδομαδιαίως υπό μορφή καθιστώσα δυνατή την ανάγνωση με ηλεκτρονικά μέσα, με σκοπό την ανακοίνωση πληροφοριών ή την έκδοση καταλόγων.

15 Δυνάμει του άρθρου 26, παράγραφος 1, του Telekommunikationsgesetz, η έχουσα ρυθμιστικές αρμοδιότητες αρχή οφείλει να διασφαλίζει ότι είναι διαθέσιμος ένας ενιαίος συνολικός κατάλογος όλων των συνδρομητών των δημοσίων υπηρεσιών φωνητικής τηλεφωνίας. Οι δικαιούχοι της παραχωρήσεως, οι οποίοι προσφέρουν δημόσιες υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας μέσω σταθερού ή κινητού δικτύου, υποχρεούνται να διαβιβάζουν έναντι αμοιβής στην έχουσα ρυθμιστικές αρμοδιότητες αρχή τα στοιχεία των συνδρομητών τους για την εκ μέρους της εκπλήρωση της υποχρεώσεως αυτής.

16 Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 96, παράγραφος 1, του ιδίου νόμου, ο εκμεταλλευόμενος δημόσια υπηρεσία τηλεπικοινωνιών οφείλει να καταρτίσει τηλεφωνικό κατάλογο. Ο κατάλογος αυτός μπορεί να έχει τη μορφή εντύπου ή υπηρεσίας τηλεφωνικών πληροφοριών, ενός Bildschirmtext (κειμένου οθόνης υπολογιστή, συστήματος vidéotex), ενός φορέα ηλεκτρονικών στοιχείων ή οποιαδήποτε άλλη τεχνική μορφή επικοινωνίας. Η εν λόγω διάταξη διέπει επίσης τις ελάχιστες απαιτήσεις ως προς τα στοιχεία, τη δομή των καταλόγων αυτών, καθώς και την προϋπόθεση της ανακοινώσεως των σχετικών με τους συνδρομητές στοιχείων στην έχουσα ρυθμιστικές αρμοδιότητες αρχή ή σε τρίτον.

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

17 Η Telekom Austria, συσταθείσα με τον Telekommunikationsgesetz, είναι ανώνυμη εταιρία της οποίας όλες οι μετοχές ανήκουν στη Δημοκρατία της Αυστρίας. Διαδέχθηκε την πρώην Post & Telegraphenverwaltung (Διοίκηση Ταχυδρομείων και Τηλεγραφείων) και ανέλαβε τα πρώην καθήκοντα της τελευταίας, μεταξύ των οποίων την υποχρέωση να υπάρχει διαθέσιμος κατάλογος περιλαμβάνων όλους τους συνδρομητές των δημοσίων υπηρεσιών φωνητικής τηλεφωνίας.

18 Ενώ, πριν από το 1992, η Post & Telegraphenverwaltung εξασφάλιζε με δικά της μέσα την υποχρέωση εκδόσεως κυρίως ενός επισήμου καταλόγου, γνωστού με την ονομασία «λευκές σελίδες», αποφάσισε, από το 1992, λόγω του υψηλού κόστους εκτυπώσεως και διανομής του εν λόγω καταλόγου, να αναζητήσει εταίρο και συνήψε σύμβαση με ιδιωτική επιχείρηση για την έκδοση του εν λόγω καταλόγου.

19 Επειδή η ισχύς της σύμβασης αυτής επρόκειτο να λήξει στις 31 Δεκεμβρίου 1997, η Telekom Austria, η οποία διαδέχθηκε την Post & Telegraphenverwaltung, δημοσίευσε, στις 15 Μαΐου 1997, στην *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (δελτίο επισυναπτόμενο στην Αυστριακή Επίσημη Εφημερίδα), πρόσκληση για «την υποβολή προσφορών [στην Telekom Austria] για την παραχώρηση παροχής δημοσίων υπηρεσιών για την κατάρτιση και έκδοση εντύπων και ηλεκτρονικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων συνδρομητών (τηλεφωνικών καταλόγων), με ισχύ από τον χρόνο κυκλοφορίας της εκδόσεως 1998/99 και για αόριστο χρόνο».

20 Επειδή η Telaustria και η Telefonadress έκριναν ότι οι προβλεπόμενες από το κοινοτικό και το εθνικό δίκαιο διαδικασίες διαγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έπρεπε να εφαρμοστούν στη σύμβαση που επρόκειτο να συναφθεί μετά την πρόσκληση για την υποβολή των προαναφερθεισών προσφορών, υπέβαλαν, αντίστοιχα στις 12 και 17 Ιουνίου 1997, ενώπιον της Bundes-Vergabekontrollkommission (ομοσπονδιακής επιτροπής για τον έλεγχο των διαγωνισμών), αιτήσεις για την διεξαγωγή διαδικασίας επιλύσεως διαφορών σύμφωνα με το άρθρο 109 του Bundesvergabegesetz 1997 (ομοσπονδιακού νόμου περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, *BGBl.* I, 1997, αριθ. 56, στο εξής: BVerG).

21 Αφού προέβη στην εξέταση από κοινού των αιτήσεων αυτών, η Bundes-Vergabekontrollkommission εξέδωσε αιτιολογημένη σύσταση υπέρ των αιτουσών καταλήγοντας, στις 20 Ιουνίου 1997, στο συμπέρασμα ότι οι διατάξεις του BVerG είχαν εφαρμογή στην εξεταζομένη σύμβαση.

22 Επειδή η Telekom Austria εξακολούθησε τις σχετικές με τη σύναψη της εν λόγω συμβάσεως διαπραγματεύσεις, η Telaustria υπέβαλε αίτηση, στις 24 Ιουνίου 1997, ενώπιον του Bundesvergabeamt για να κινηθεί η διαδικασία προσφυγής, συνοδευόμενη από αίτηση για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων. Με δικόγραφο της 4ης Ιουλίου 1997, η Telefonadress μετέσχε στη διαδικασία. Στις 8 Ιουλίου 1997, η Herold, η οποία είναι η εταιρία με την οποία η Telekom Austria βρισκόταν σε διαπραγματεύσεις, παρενέβη προς στήριξη των αιτημάτων της τελευταίας.

23 Ενώπιον του Bundesvergabeamt, η Telekom Austria υποστήριξε ότι η σύμβαση που επρόκειτο να συναφθεί δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, αφενός, διότι η σύμβαση δεν είχε επαχθή χαρακτήρα και, αφετέρου, διότι επρόκειτο στη συγκεκριμένη περίπτωση για «παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας» αποκλειομένη του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών 92/50 και 93/38.

24 Αφού αρχικά εξέδωσε διάταξη για τη λήψη προσωρινών μέτρων υπέρ των αιτουσών, το Bundesvergabeamt την αντικατέστησε, στις 10 Ιουλίου 1997, με νέα διάταξη επιτρέπουσα προσωρινώς τη σύναψη της συμβάσεως μεταξύ της Telekom Austria και της Herold, υπό τον όρο να προβλέπεται η δυνατότητα τερματισμού της εν λόγω συμβάσεως προκειμένου να επαναληφθεί κατάλληλη διαδικασία διαγωνισμού, στην περίπτωση που θα προέκυπτε ότι η υπό εξέταση σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών και εθνικών κανόνων περί διαγωνισμών.

25 Την 1η Δεκεμβρίου 1997 η Herold, στην οποία επρόκειτο να γίνει η παραχώρηση λίγο αργότερα, περιήλθε στην επιχείρηση GTE η οποία, στις 3 Δεκεμβρίου 1997, χορήγησε στην Telekom Austria συμμετοχή 26 % στο κεφάλαιο της Herold, η οποία με τον τρόπο αυτό κατέστη κοινή θυγατρική εταιρία της GTE και της Telekom Austria. Στις 15 Δεκεμβρίου 1997, η υπό εξέταση στην κύρια δίκη σύμβαση συνήφθη τυπικώς μεταξύ της Herold και του μειοψηφούντος μετόχου της, δηλαδή της Telekom Austria.

26 Στο σκεπτικό της διατάξεως περί παραπομπής, το Bundesvergabeamt παρατηρεί ότι η σύμβαση αυτή, αποτελούμενη από πολλές συμβάσεις που επικαλύπτονται εν μέρει, αφορά τη δημιουργία εντύπων τηλεφωνικών καταλόγων και περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τις ακόλουθες παροχές υπηρεσιών εκ μέρους της Herold: τη συγκέντρωση, την επεξεργασία και τη σύνθεση των στοιχείων των συνδρομητών, τη δημιουργία τηλεφωνικών καταλόγων και ορισμένες διαφημιστικές υπηρεσίες. Όσον αφορά την ανταμοιβή του αντισυμβαλλομένου, η εν λόγω σύμβαση προβλέπει ότι η Herold δεν λαμβάνει απ' ευθείας αμοιβή για τις παροχές υπηρεσιών της αλλ' ότι μπορεί να τις εκμεταλλεύεται εμπορικώς.

27 Ενόψει όλων αυτών των στοιχείων, και κυρίως του τρόπου ανταμοιβής του παρέχοντος υπηρεσίες, δυναμένου να οδηγήσει στον χαρακτηρισμό της εν λόγω συμβάσεως ως συμβάσεως «παραχωρήσεως υπηρεσιών», καθώς και των δικών του εκτιμήσεων, το Bundesvergabeamt, έχοντας αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία των οδηγιών 92/50 και 93/38, αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα.

«Κύριο ερώτημα:

Μπορεί να συναχθεί από το ιστορικό της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, ιδίως από την πρόταση της Επιτροπής [COM(90) 372, ΕΕ C 23, της 31ης Ιανουαρίου 1991], ή από τον ορισμό της εννοίας "δημόσια σύμβαση υπηρεσιών" στο άρθρο 1, στοιχείο α', της ίδιας οδηγίας ότι ορισμένες κατηγορίες συμβάσεων — οι οποίες συνήφθησαν μεταξύ αναθετόντων φορέων που διέπονται από την οδηγία αυτή και επιχειρήσεων που παρέχουν υπηρεσίες — αποκλείονται εξ αρχής από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας μόνο λόγω ορισμένων κοινών χαρακτηριστικών, όπως αυτά αναφέρονται στην πρόταση της Επιτροπής COM (90) 372, και χωρίς να συντρέχει λόγος εφαρμογής των άρθρων 1, στοιχείο α', περιπτώσεις i έως viii, ή των άρθρων 4 έως 6 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ;

Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο κύριο ερώτημα:

Εμπίπτουν τέτοιες κατηγορίες συμβάσεων, ιδίως αν ληφθεί υπόψη η 24η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, και στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ;

Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα:

Μπορούν οι αποκλειόμενες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ κατηγορίες, ανάλογα προς την πρόταση COM(90) 372 να περιγραφούν επαρκώς κατά τέτοιον τρόπο ώστε το κύριο χαρακτηριστικό τους να έγκειται στο ότι ένας αναθέτων φορέας, που εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, αναθέτει μια στη δική του αρμοδιότητα υπαγομένη παροχή υπηρεσίας σε επιχείρηση της εκλογής του, σ' αυτήν δε ταυτόχρονα παρέχει το δικαίωμα για οικονομική εκμετάλλευση της οικείας παροχής υπηρεσίας;

Επικουρικώς ως προς τα τρία πρώτα ερωτήματα:

Υποχρεούται ένας αναθέτων φορέας, ο οποίος εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, στην περίπτωση κατά την οποία σύμβαση συναφθείσα απ' αυτόν περιέχει στοιχεία συμβάσεως παροχής υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 1, σημείο 4, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ μαζί με στοιχεία συμβάσεων άλλης φύσεως, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής, να αποσυνδέσει το διεπόμενο από την οδηγία 93/38/ΕΟΚ τμήμα της συνολικής συμβάσεως από αυτήν, καθόσον αυτό είναι τεχνικώς δυνατόν και οικονομικώς εύλογο, και να το υποβάλει σε διαδικασία συνάψεως υπό την έννοια του άρθρου 1, σημείο 7, της οδηγίας αυτής, όπως διέταξε το Δικαστήριο στην υπόθεση C-3/88, πριν

από την έναρξη ισχύος της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, στην περίπτωση συμβάσεως που δεν ενέπιπτε ως σύνολο στην οδηγία 77/62/ΕΟΚ;

Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα αυτό:

Πρέπει η συμβατική παραχώρηση του δικαιώματος για αποκλειστική οικονομική αξιοποίηση του αποτελέσματος παροχής υπηρεσιών, η οποία αποφέρει στον παρέχοντα την υπηρεσία έσοδα, τα οποία δεν μπορούν μεν να καθοριστούν αλλά σύμφωνα με την εν γένει πείρα δεν είναι ασήμαντα και τα οποία μπορεί να αναμένεται ότι θα υπερβούν τα έξοδα της παροχής της υπηρεσίας, να θεωρείται ως αντιπαροχή για την πραγματοποίηση της παροχής υπηρεσίας, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην υπόθεση C-272/91 σε σχέση με σύμβαση προμήθειας που προέβλεπε, αντί αμοιβής, ένα κυριαρχικώς αναγνωρισθέν δικαίωμα;

Επικουρικώς ως προς τα προηγούμενα ερωτήματα:

Πρέπει οι διατάξεις του άρθρου 1, σημείο 4, στοιχεία α' και γ', της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι μια σύμβαση, η οποία προβλέπει την παροχή υπηρεσιών υπό την έννοια του παραρτήματος XVI Α, κατηγορία 15, χάνει τον χαρακτήρα της ως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών και μετατρέπεται σε σύμβαση προμηθειών, αν η παροχή υπηρεσίας έχει ως αποτέλεσμα την κατασκευή μεγάλου αριθμού ομοειδών υλικών πραγμάτων, τα οποία έχουν μια οικονομική αξία και, επομένως, αποτελούν προϊόντα υπό την έννοια των άρθρων 9 και 30 της Συνθήκης ΕΚ;

Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα αυτό:

Έχει η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση C-3/88 την έννοια ότι σύμβαση προμηθειών αυτού του είδους πρέπει να χωριστεί από τα λοιπά τμήματα της συμβάσεως παροχής υπηρεσιών και να υποβληθεί σε διαδικασία συνάψεως κατά την έννοια του άρθρου 1, σημείο 7, της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, καθόσον αυτό είναι τεχνικώς δυνατόν και οικονομικώς εύλογον;»

Επί του πρώτου και του δευτέρου ερωτήματος

28 Με το πρώτο και το δεύτερο ερώτημα, τα οποία πρέπει να εξεταστούν μαζί, το εθνικό δικαστήριο εγείρει κατ' ουσίαν δύο ζητήματα.

29 Το πρώτο συνίσταται στο ερώτημα αν οι οδηγίες 92/50 ή 93/38 αφορούν επαχθή σύμβαση, λόγω των συμβαλλομένων προσώπων και του ειδικού αντικειμένου της, αν με τη σύμβαση αυτή, συναφθείσα γραπτώς μεταξύ, αφενός, επιχειρήσεως που είναι ειδικώς επιφορτισμένη από τη νομοθεσία κράτους μέλους να εκμεταλλεύεται υπηρεσία τηλεπικοινωνιών και της οποίας το κεφάλαιο κατέχουν εξ ολοκλήρου οι δημόσιες αρχές του εν λόγω κράτους μέλους και, αφετέρου, ιδιωτικής επιχειρήσεως, η πρώτη επιχείρηση αναθέτει στη δεύτερη τη δημιουργία και την έκδοση εντύπων και ηλεκτρονικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων των συνδρομητών του τηλεφώνου (τηλεφωνικών καταλόγων) προκειμένου να διανέμονται στο κοινό.

30 Με το δεύτερο τεθέν ζήτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν μια τέτοια σύμβαση, έχουσα ως ειδικό αντικείμενο τις αναφερθείσες στην προηγούμενη σκέψη παροχές υπηρεσιών, παρόλον ότι την αφορά μία από τις εν λόγω οδηγίες, αποκλείεται, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας από την οποία διέπεται, λόγω του γεγονότος ιδίως ότι η αντιπαροχή της πρώτης επιχειρήσεως προς τη δεύτερη συνίσταται στο δικαίωμα που

αποκτά η τελευταία να εκμεταλλεύεται, ενόψει της αμοιβής της, τη δική της παροχή υπηρεσιών.

31 Για να δοθεί απάντηση στο πρώτο τεθέν ζήτημα, πρέπει να παρατηρηθεί εκ προοιμίου ότι, όπως προκύπτει από τη δέκατη έβδομη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50, οι διατάξεις αυτής δεν πρέπει να θίγουν εκείνες της οδηγίας 90/531 οι οποίες, έχοντας προηγηθεί της οδηγίας 93/38, εφαρμόζονταν επίσης, όπως και η τελευταία, στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών.

32 Επειδή η οδηγία 90/531 αντικαταστάθηκε από την οδηγία 93/38, όπως προκύπτει από το άρθρο 45, παράγραφος 3, της τελευταίας, και επειδή οι αναφορές στην οδηγία 90/531 πρέπει να νοούνται, σύμφωνα με την παράγραφο 4 της ιδίας διατάξεως, ως αφορώσες την οδηγία 93/38, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα, όπως συνέβαινε με το καθεστώς που εφαρμοζόταν όταν ίσχυε η αφορώσα τους τομείς οδηγία 90/531, ότι οι διατάξεις της οδηγίας 92/50 δεν πρέπει να θίγουν τις διατάξεις της οδηγίας 93/38.

33 Συνεπώς, όταν η διέπουσα ειδικό τομέα υπηρεσιών οδηγία 93/38 αφορά δημόσια σύμβαση, οι διατάξεις της οδηγίας 92/50, οι οποίες εφαρμόζονται γενικώς στις υπηρεσίες, δεν έχουν εφαρμογή.

34 Υπό τις συνθήκες αυτές, πρέπει επομένως να εξετασθεί μόνον αν η οδηγία 93/38 μπορεί να αφορά την υπό εξέταση στην κύρια δίκη σύμβαση λόγω των συμβαλλομένων προσώπων και του ειδικού αντικειμένου της.

35 Πρέπει να καθοριστεί συναφώς, αφενός, αν μια επιχείρηση, όπως η Telekom Austria, εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38 και, αφετέρου, αν μια σύμβαση, έχουσα ως αντικείμενο τις αναφερόμενες στη σκέψη 26 της παρούσας αποφάσεως παροχές υπηρεσιών, εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής αυτής.

36 Ως προς το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38 δεν αμφισβητείται, όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής, ότι η Telekom Austria, της οποίας το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στις αυστριακές δημόσιες αρχές, συνιστά δημόσια επιχείρηση επί της οποίας οι τελευταίες μπορούν, λόγω της κατοχής ολοκλήρου του κεφαλαίου της από τη Δημοκρατία της Αυστρίας, να ασκούν καθοριστική επιρροή. Συνεπώς, η Telekom Austria πρέπει να θεωρείται δημόσια επιχείρηση υπό την έννοια του άρθρου 1, σημείο 2, της εν λόγω οδηγίας.

37 Εξάλλου, δεν αμφισβητείται ότι η εν λόγω δημόσια επιχείρηση ασκεί, δυνάμει του Telekommunikationsgesetz με τον οποίο ιδρύθηκε, τη δραστηριότητα που συνίσταται στην παροχή δημοσίων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Επομένως, η Telekom Austria συνιστά αναθέτοντα φορέα υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38, σε συνδυασμό με την παράγραφο 2, στοιχείο δ', της διατάξεως αυτής.

38 Επιπλέον, εφόσον επίσης δεν αμφισβητείται ότι η εν λόγω σύμβαση προβλέπει την εκτέλεση παροχής υπηρεσιών που απόκεινται, δυνάμει του Telekommunikationsgesetz, στην Telekom Austria και συνίστανται στην παροχή δημοσίων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, αρκεί, για να καθοριστεί αν η υπό εξέταση στην κύρια δίκη σύμβαση εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38, να εξεταστεί αν οι διατάξεις της οδηγίας 93/38 αφορούν το ειδικό αντικείμενο της εν λόγω συμβάσεως.

39 Διαπιστώνεται συναφώς, όπως συμβαίνει και στη διάταξη περί παραπομπής, ότι οι παροχές υπηρεσιών που απόκεινται στη Herold περιλαμβάνουν:

— τη συγκέντρωση, την επεξεργασία και τη σύνθεση των στοιχείων των συνδρομητών, ώστε να καταστούν τεχνικώς αξιοποιήσιμα, πράξεις που απαιτούν συγκέντρωση δεδομένων, επεξεργασία με ηλεκτρονικό υπολογιστή, υπηρεσίες τράπεζας δεδομένων, οι οποίες υπάγονται στην κατηγορία 7, που φέρει τον τίτλο «υπηρεσίες πληροφορικής και συναφείς υπηρεσίες» του παραρτήματος XVI A της οδηγίας 93/38·

— την εκτύπωση των τηλεφωνικών καταλόγων, η οποία υπάγεται στην κατηγορία 15 του παραρτήματος XVI A της εν λόγω οδηγίας, όπου η κατηγορία αυτή αφορά τις «υπηρεσίες εκδόσεων και εκτυπώσεων, έναντι αμοιβής ή βάσει συμβάσεως»·

— τις διαφημιστικές υπηρεσίες που υπάγονται στην κατηγορία 13 του παραρτήματος XVI A της οδηγίας 93/38.

40 Επειδή οι παροχές αυτές συνδέονται άμεσα με δραστηριότητα που αφορά την παροχή δημοσίων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η υπό εξέταση στην κύρια δίκη σύμβαση, δεδομένου ότι έχει ως ειδικό αντικείμενο τις αναφερθείσες στην προηγούμενη σκέψη παροχές, διέπεται από την οδηγία 93/38.

41 Για να δοθεί απάντηση στο δεύτερο ζήτημα του εθνικού δικαστηρίου, επιβάλλεται εκ προοιμίου η διαπίστωση ότι αυτό, αφενός, συνδέει τα ερωτήματά του με την πρόταση οδηγίας 91/C 23/01 του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 1990, περί συντονισμού

των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ 1991, C 23, σ. 1, στο εξής: πρόταση της 13ης Δεκεμβρίου 1990), και, αφετέρου, οικειοποιείται τον ορισμό της παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας που προτείνει η Επιτροπή στο εν λόγω έγγραφο.

42 Έχει σημασία να διευκρινιστεί συναφώς ότι το Δικαστήριο μπορεί να απαντήσει στο δεύτερο τεθέν ζήτημα χωρίς να είναι ανάγκη να επικυρώσει τον ορισμό της παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας που αναφέρεται στο άρθρο 1, στοιχείο η', της προτάσεως της 13ης Δεκεμβρίου 1990.

43 Πράγματι, πρέπει να παρατηρηθεί αμέσως ότι το άρθρο 1, σημείο 4, της οδηγίας 93/38 αναφέρεται στις συναφθείσες γραπτώς επαχθείς συμβάσεις και παρέχει μόνον ενδείξεις ως προς τα πρόσωπα των συμβαλλομένων καθώς και ως προς το αντικείμενο της συμβάσεως, χωρίς να αναφέρονται ρητώς οι παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας, οριζόμενες κυρίως ως προς τον τρόπο αμοιβής του παρέχοντος υπηρεσίες, και χωρίς να γίνεται οποιαδήποτε διάκριση μεταξύ των συμβάσεων των οποίων η αντιπαροχή είναι καθορισμένη και εκείνων των οποίων η αντιπαροχή συνίσταται σε δικαίωμα εκμεταλλεύσεως.

44 Η Telaustria προτείνει να ερμηνευθεί η οδηγία 93/38 υπό την έννοια ότι μια σύμβαση της οποίας η αντιπαροχή συνίσταται σε δικαίωμα εκμεταλλεύσεως επίσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της. Κατ' αυτήν, για να εφαρμόζεται η οδηγία 93/38 σε μια τέτοια σύμβαση, αρκεί η τελευταία, σύμφωνα με το άρθρο 1, σημείο 4, της εν λόγω οδηγίας, να είναι επαχθής και να έχει συναφθεί γραπτώς. Επομένως, δεν δικαιολογείται να συναχθεί ότι τέτοιες συμβάσεις αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38 λόγω της σιωπής της τελευταίας ως προς τον τρόπο αμοιβής του παρέχοντος υπηρεσίες. Η Telaustria προσθέτει ότι το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν πρότεινε να περιληφθούν διατάξεις σχετικές με αυτό το είδος συμβάσεων στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας σημαίνει ότι αυτή έκρινε ότι η οδηγία καλύπτει όλες τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, ανεξαρτήτως των τρόπων αμοιβής του παρέχοντος τις υπηρεσίες.

45 Επειδή η Telekom Austria, τα κράτη μέλη που υπέβαλαν παρατηρήσεις, καθώς και η Επιτροπή, αμφισβητούν την ερμηνεία αυτή, πρέπει να εξεταστεί το βάσιμό της υπό το φως του ιστορικού των συναφών οδηγιών, ιδίως στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών.

46 Πρέπει να υπομνηστεί συναφώς ότι τόσο με την από 13 Δεκεμβρίου 1990 πρότασή της όσο και με την τροποποιηθείσα πρότασή της της οδηγίας 91/C 250/05 του Συμβουλίου, της 28ης Αυγούστου 1991, σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ C 250, σ. 4, στο εξής: πρόταση της 28ης Αυγούστου 1991), οι οποίες κατέληξαν στην έκδοση της οδηγίας 92/50 η οποία διέπει τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών εν γένει, η Επιτροπή είχε ρητώς προτείνει την υπαγωγή της «παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας» στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.

47 Δεδομένου ότι η υπαγωγή αυτή εδικαιολογείτο από την πρόθεση «να εξασφαλιστεί συνοχή στις διαδικασίες ανάθεσης», η Επιτροπή διευκρίνισε, στη δέκατη αιτιολογική σκέψη της προτάσεως της 13ης Δεκεμβρίου 1990, ότι «οι δημόσιες συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών πρέπει να καλύπτονται από την παρούσα οδηγία κατά τον ίδιο τρόπο που η οδηγία 71/305/ΕΟΚ καλύπτει τις παραχωρήσεις δημοσίων έργων». Αν και η μνεία της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7), αποσύρθηκε από τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της προτάσεως της 28ης Αυγούστου 1991, η τελευταία πάντως ρητώς διατήρησε τον στόχο της «συνοχής στις διαδικασίες ανάθεσης» στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη.

48 Εντούτοις, κατά τη διάρκεια της νομοθετικής διαδικασίας, το Συμβούλιο διέγραψε όλες τις μνείες στις παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας, ιδίως λόγω των διαφορών που υπάρχουν μεταξύ των κρατών μελών όσον αφορά την εκχώρηση της διαχείρισης δημοσίων υπηρεσιών καθώς και τις λεπτομέρειες της εκχώρησης αυτής, οι οποίες θα

μπορούσαν να δημιουργήσουν πολύ μεγάλη ανισορροπία στο άνοιγμα των εν λόγω συμβάσεων παραχωρήσεως (βλ. έγγραφο αριθ. 4444/92 ADD 1, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, σημείο 6, με τίτλο «Αιτιολογική έκθεση του Συμβουλίου» και συνημμένο στην κοινή θέση της ιδίας ημερομηνίας).

49 Ανάλογη τύχη επιφυλάχθηκε επίσης στη θέση που διατύπωσε η Επιτροπή με την τροποποιημένη πρότασή της οδηγίας 89/C 264/02 του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, περί των διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων στους τομείς των υδάτων, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ C 264, σ. 22), η οποία κατέληξε στην έκδοση της οδηγίας 90/531, η οποία υπήρξε η πρώτη οδηγία στον εν λόγω τομέα όσον αφορά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και προηγήθηκε της οδηγίας 93/38, με την οποία η Επιτροπή επίσης είχε προτείνει για τους εν λόγω τομείς ορισμένες διατάξεις αποσκοπούσες στη ρύθμιση των παραχωρήσεων δημόσιας υπηρεσίας.

50 Εντούτοις, όπως προκύπτει από το σημείο 10 του εγγράφου αριθ. 5250/90 ADD 1, της 22ας Μαρτίου 1990, με τίτλο «Αιτιολογική έκθεση του Συμβουλίου» και συνημμένου στην κοινή θέση της ιδίας ημερομηνίας αυτού του τελευταίου επί της τροποποιημένης προτάσεως οδηγίας του Συμβουλίου σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων στους τομείς των υδάτων, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, το Συμβούλιο δεν έδωσε συνέχεια στην πρόταση αυτή της Επιτροπής να περιληφθούν στην οδηγία 90/531 κανόνες σχετικά με τις παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας, για τον λόγο ότι τέτοιες παραχωρήσεις ίσχυαν μόνο σε ένα κράτος μέλος και ότι δεν συνέτρεχε λόγος, ελλείψει εμπεριστατωμένης εξετάσεως των διαφόρων καθεστώτων παραχωρήσεων δημόσιας υπηρεσίας στα κράτη μέλη στους εν λόγω τομείς, να γίνει κανονιστική ρύθμιση των τελευταίων.

51 Υπό το φως των στοιχείων αυτών, διαπιστώνεται ότι η Επιτροπή δεν πρότεινε να περιληφθούν οι παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας στην πρότασή της οδηγίας 91/C 337/01 του Συμβουλίου, της 27ης Σεπτεμβρίου 1991, περί τροποποιήσεως της

οδηγίας 90/531 (ΕΕ C 337, σ. 1), η οποία κατέληξε, στη συνέχεια, στην έκδοση της οδηγίας 93/38.

52 Η διαπίστωση αυτή ενισχύεται επίσης από την εξέλιξη του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων.

53 Πράγματι, το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 71/305, η οποία υπήρξε η πρώτη σχετική οδηγία, απέκλειε ρητώς από το πεδίο εφαρμογής της τις συμβάσεις παραχωρήσεως.

54 Εντούτοις, η οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, για την τροποποίηση της οδηγίας 71/305 (ΕΕ L 210, σ. 1), προσέθεσε στην οδηγία 71/305 το άρθρο 1β, το οποίο έλαβε ρητώς υπόψη τις παραχωρήσεις συμβάσεων δημοσίων έργων καθιστώντας εφαρμοστέους επ' αυτών τους κανόνες δημοσιότητας που ορίζουν τα άρθρα της 12, παράγραφοι 3, 6, 7 και 9 έως 13, καθώς και 15α.

55 Στη συνέχεια, η οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), η οποία αντικατέστησε την οδηγία 71/305 όπως έχει τροποποιηθεί, αναφέρει ρητώς την παραχώρηση δημοσίων έργων μεταξύ των συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της.

56 Αντιθέτως, η οδηγία 93/38, εκδοθείσα την ίδια ημέρα με την οδηγία 93/37, δεν προέβλεψε καμία διάταξη σχετικά με τις παραχωρήσεις δημόσιας υπηρεσίας. Συνεπώς, ο

κοινοτικός νομοθέτης αποφάσισε να μην υπαγάγει τις τελευταίες στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38. Αν αυτό δεν συνέβαινε, θα το είχε ρητώς αναφέρει, όπως το έπραξε ήδη κατά την έκδοση της οδηγίας 93/37.

57 Επομένως, δεδομένου ότι οι συμβάσεις παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι, αντίθετα προς την προτεινόμενη από την Telaustria ερμηνεία, τέτοιες συμβάσεις δεν καλύπτονται από την έννοια «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς» η οποία περιλαμβάνεται στο άρθρο 1, σημείο 4, της οδηγίας αυτής.

58 Επομένως, στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η εξής απάντηση:

— η οδηγία 93/38 διέπει σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνήφθη γραπτώς μεταξύ, αφενός, επιχειρήσεως η οποία είναι ειδικώς επιφορτισμένη από τη νομοθεσία κράτους μέλους να εκμεταλλεύεται υπηρεσία τηλεπικοινωνιών και της οποίας το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στις δημόσιες αρχές του εν λόγω κράτους μέλους και, αφετέρου, ιδιωτικής επιχειρήσεως, οσάκις με τη σύμβαση αυτή η πρώτη επιχείρηση αναθέτει στη δεύτερη τη δημιουργία και την έκδοση εντύπων και ηλεκτρικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων συνδρομητών του τηλεφώνου (τηλεφωνικών καταλόγων) για να διανέμονται στο κοινό·

— αν και διέπεται από την οδηγία 93/38, μια τέτοια σύμβαση αποκλείεται, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, από το πεδίο εφαρμογής της τελευταίας λόγω του γεγονότος, ιδίως, ότι η αντιπαροχή της πρώτης επιχειρήσεως προς τη δεύτερη συνίσταται στο ότι η δεύτερη αποκτά το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της δικής της παροχής, ως ανταμοιβή.

59 Πάντως, το γεγονός ότι μια τέτοια σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38 δεν εμποδίζει το Δικαστήριο να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο, που του απηύθυνε σειρά προδικαστικών ερωτημάτων, λυσιτελή απάντηση. Προς τον σκοπό αυτό, το Δικαστήριο μπορεί να εκτιμήσει άλλα ερμηνευτικά στοιχεία δυνάμενα να αποδειχθούν χρήσιμα για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

60 Πρέπει να παρατηρηθεί συναφώς ότι, αν και τέτοιες συμβάσεις, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38, οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, εντούτοις, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ειδικότερα.

61 Πράγματι, όπως το Δικαστήριο έκρινε με την απόφασή του της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia και 3-S (Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31), η αρχή αυτή συνεπάγεται ιδίως υποχρέωση διαφάνειας επιτρέπουσα στην αναθέτουσα αρχή να μπορεί να βεβαιώνεται για την τήρηση της αρχής αυτής.

62 Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού.

63 Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αποφανθεί αν η υποχρέωση αυτή τηρήθηκε στην υπόθεση της κύριας δίκης και να εκτιμήσει επιπλέον το λυσιτελές των προσκομισθέντων προς τον σκοπό αυτόν αποδεικτικών στοιχείων.

Επί του τρίτου και του πέμπτου ερωτήματος

64 Ενόψει της απαντήσεως που δόθηκε στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα, η απάντηση στο τρίτο ερώτημα παρέλκει, δεδομένου ότι το ερώτημα αυτό υποβλήθηκε στο Δικαστήριο για την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα.

65 Επιπλέον, δεδομένου ότι το πέμπτο ερώτημα υποβλήθηκε στο Δικαστήριο για να δοθεί διευκρίνιση ως προς το τρίτο ερώτημα, η απάντηση σ' αυτό επίσης παρέλκει.

Επί του τετάρτου, του έκτου και του εβδόμου ερωτήματος

66 Ενόψει της απαντήσεως που δόθηκε στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα, η απάντηση στο τέταρτο, το έκτο και το έβδομο ερώτημα επίσης παρέλκει, δεδομένου ότι αυτά υποβλήθηκαν για την περίπτωση που το Δικαστήριο διαπίστωνε ότι η οδηγία 93/38 είχε εφαρμογή στη σύμβαση για την οποία πρόκειται στην κύρια δίκη.

Επί των δικαστικών εξόδων

67 Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Αυστριακή, η Δανική, η Γαλλική και η Ολλανδική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, οι οποίες κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, δεν αποδίδονται. Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (έκτο τμήμα),

κρίνοντας επί των ερωτημάτων που του υπέβαλε με διάταξη της 23ης Απριλίου 1998 το Bundesvergabeamt, αποφαίνεται:

1) — **Η οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, διέπει σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνήφθη γραπτώς μεταξύ, αφενός, επιχειρήσεως η οποία είναι ειδικώς επιφορτισμένη από τη νομοθεσία κράτους μέλους να εκμεταλλεύεται υπηρεσία τηλεπικοινωνιών και της οποίας το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στις δημόσιες αρχές του εν λόγω κράτους μέλους και, αφετέρου, ιδιωτικής επιχειρήσεως, οσάκις με τη σύμβαση αυτή η πρώτη επιχείρηση αναθέτει στη δεύτερη τη δημιουργία και την έκδοση εντύπων και ηλεκτρικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων συνδρομητών του τηλεφώνου (τηλεφωνικών καταλόγων) για να διανέμονται στο κοινό·**

— **αν και διέπεται από την οδηγία 93/38, μια τέτοια σύμβαση αποκλείεται, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, από το πεδίο εφαρμογής της τελευταίας λόγω του γεγονότος, ιδίως, ότι η αντιπαροχή της πρώτης επιχειρήσεως προς τη δεύτερη συνίσταται στο ότι η δεύτερη αποκτά το δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της δικής της παροχής, ως ανταμοιβή.**

2) **Αν και τέτοιες συμβάσεις, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38, οι αναθέτοντες φορείς,**

όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, εντούτοις, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ειδικότερα, συνεπαγομένη η αρχή αυτή, ιδίως, υποχρέωση διαφάνειας επιτρέπουσα στην αναθέτουσα αρχή να μπορεί να βεβαιώνεται για την τήρηση της αρχής αυτής.

3) **Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού.**

4) **Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αποφανθεί ως προς το αν η υποχρέωση αυτή τηρήθηκε στην υπόθεση της κύριας δίκης και να εκτιμήσει επιπλέον το λυσιτελές των προσκομισθέντων προς τον σκοπό αυτόν αποδεικτικών στοιχείων.**

Σκουρής Puissochet Macken

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 7 Δεκεμβρίου 2000.

Ο Γραμματέας

R. Grass

Ο Πρόεδρος του έκτου τμήματος

C. Gulmann