YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)

7 päivänä joulukuuta 2000 *

Asiassa C-324/98,

jonka Bundesvergabeamt (Itävalta) on saattanut EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY 234 artikla) nojalla yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saadakseen tässä kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa

Telaustria Verlags GmbH ja

Telefonadress GmbH

vastaan

Telekom Austria AG, aiemmin Post & Telekom Austria AG,

Herold Business Data AG:n osallistuessa asian käsittelyyn,

ennakkoratkaisun julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteen-

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

sovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) tulkinnasta,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: toisen jaoston puheenjohtaja V. Skouris (esittelevä tuomari), joka hoitaa kuudennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit J.-P. Puissochet ja F. Macken,

julkisasiamies: N. Fennelly,
kirjaaja: hallintovirkamies L. Hewlett,

ottaen huomioon kirjalliset huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Telaustria Verlags GmbH, edustajanaan asianajaja F. J. Heidinger, Wien,

— Telekom Austria AG, edustajinaan asianajajat C. Kerres ja G. Diwok, Wien,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään kanslerinviraston osastopäällikkö W. Okresek,

— Tanskan hallitus, asiamiehenään ulkoasiainministeriön osastopäällikkö J. Molde,

— Ranskan hallitus, asiamiehinään ulkoasiainministeriön oikeudellisen osaston jaostopäällikkö K. Rispal-Bellanger ja saman osaston lähetystöneuvos A. Bréville-Viéville,

— Alankomaiden hallitus, asiamiehenään ulkoasiainministeriön oikeudellinen apulaisneuvonantaja M. A. Fierstra,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään oikeudellisen yksikön virkamiehet M. Nolin ja J. Schieferer, avustajanaan asianajaja R. Roniger, Bryssel,

ottaen huomioon suullista käsittelyä varten laaditun kertomuksen,

kuultuaan Telaustria Verlags GmbH:n, edustajanaan F. J. Heidinger, Post & Telekom Austria AG:n, edustajinaan asianajajat C. Kerres, P. Asenbauer ja Telekom Austria AG:n oikeudellisen osaston Commercial Law -nimisen yksikön johtaja M. Gregory, Herold Business Data AG:n, edustajanaan asianajaja T. Schirmer, Wien, Itävallan hallituksen, asiamiehenään kanslerinviraston virkamies M. Fruhmann, Ranskan hallituksen, asiamiehenään ulkoasiainministeriön oikeudellisen osaston lähetystöneuvos S. Pailler ja komission, asiamiehenään M. Nolin, avustajanaan asianajaja R. Roniger, 23.3.2000 pidetyssä istunnossa esittämät suulliset huomautukset,

kuultuaan julkisasiamiehen 18.5.2000 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Bundesvergabeamt (julkisia hankintoja koskevia riitoja käsittelevä liittovaltion virasto) on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle 23.4.1998 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 26.8.1998, EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY 234 artikla) nojalla seitsemän ennakkoratkaisukysymystä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) tulkinnasta.

2 Nämä kysymykset on esitetty riita-asiassa, jossa asianosaisia ovat toisaalta Telaustria Verlags GmbH (jäljempänä Telaustria) ja Telefonadress GmbH (jäljempänä Telefonadress) ja toisaalta Telekom Austria AG ja jossa on kysymys Telekom Austrian Herold Business Data AG:n (jäljempänä Herold) kanssa tekemästä julkisia palveluita koskevasta konsessiosopimuksesta, joka koskee painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden tekemistä ja julkaisemista (puhelinluettelot).

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

Direktiivi 92/50/ETY

3 Direktiivin 92/50/ETY 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Tässä direktiivissä:

a) 'julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, lukuun ottamatta

— — ."

4 Direktiivin 92/50/ETY kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin; direktiivi ei koske palvelujen suorittamista muilla perusteilla, kuten lakien, asetusten tai työsopimusten perusteella."

5 Lisäksi direktiivin 92/50/ETY 17. perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"tämä direktiivi ei vaikuta vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/531/ETY (EYVL L 297, s. 1) palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin liittyviin sääntöihin".

Direktiivi 93/38/ETY

6 Direktiivin 93/38/ETY 45 artiklan 3 kohdan mukaan direktiivi 90/531/ETY lakkaa olemasta voimassa sinä päivänä, jona jäsenvaltiot alkavat soveltaa direktiiviä 93/38/ETY. Direktiivin 45 artiklan 4 kohdassa täsmennetään lisäksi, että viittauksia direktiiviin 90/531/ETY on pidettävä viittauksina direktiiviin 93/38/ETY.

7 Direktiivin 93/38/ETY 24 perustelukappaleessa todetaan, että

"tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin; direktiivi ei koske palvelujen suorittamista muilla perusteilla, kuten lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten taikka työsopimusten perusteella".

8 Direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 2 kohdassa todetaan seuraavaa: "julkisella yrityksellä" tarkoitetaan "yritystä, johon viranomaiset voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien

sääntöjen perusteella. Viranomaisilla katsotaan olevan määräysvalta, kun ne suoraan tai välillisesti:

— omistavat enemmistön kyseisen yrityksen merkitystä pääomasta

— — ".

9 Direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdan mukaan "tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla" tarkoitetaan "rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty jonkun 2 artiklassa määritellyn hankintayksikön ja tavarantoimittajan, urakoitsijan tai palvelujen suorittajan välillä ja joiden tarkoituksena on:

a) tavaranhankintoja koskevissa sopimuksissa — —

b) rakennusurakoita koskevissa sopimuksissa — —

c) palveluhankintoja koskevissa sopimuksissa muu kuin a ja b alakohdan mukainen tarkoitus, lukuun ottamatta:

— — ".

10 Saman säännöksen viimeisessä alakohdassa säädetään seuraavaa:

"Sopimuksia, jotka sisältävät palvelu- ja tavaranhankintoja on pidettävä tavaranhankintoja koskevina sopimuksina, jos tavaranhankintojen kokonaisarvo on suurempi kuin sopimuksen alaan kuuluvien palvelujen arvo."

11 Lisäksi direktiivin 1 artiklan 15 kohdan mukaan "yleiset telepalvelut" ja "telepalvelut" määritellään seuraavasti:

"'Yleisillä telepalveluilla' tarkoitetaan telepalveluja, joiden tarjoamisen jäsenvaltiot ovat nimenomaan antaneet erityisesti yhden tai useamman teletoimintayksikön tehtäväksi.

'Telepalveluilla' tarkoitetaan palveluja, joiden tuottaminen on kokonaan tai osittain signaalien välitystä ja reititystä yleisessä televerkossa televiestinnän menetelmien avulla, lukuun ottamatta televisiota ja yleisradiotoimintaa."

12 Direktiivin 93/38/EY 2 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"1. Tätä direktiiviä sovelletaan hankintayksiköihin, jotka

a) ovat viranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotakin 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa;

— —

2. Tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvaa toimintaa on:

— —

d) yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelun tarjoaminen".

Kansallinen lainsäädäntö

13 Itävallassa 1.8.1997 voimaantulleessa Telekommunikationsgesetzissä (televiestintälaki, BGBl. I, 1997, nro 100) säädetään muun muassa palvelujen tarjoajan, konsessionhaltijan ja puhelinpalveluja tarjoavan velvollisuuksista.

14 Telekommunikationgesetzin 19 §:n mukaan jokaisen julkisia puhelinpalveluja tarjoavan on numerotietojen antamiseksi ja tilaajaluetteloiden julkaisemiseksi pidettävä ajantasalla olevaa tilaajaluetteloa, huolehdittava tilaajia koskevasta numerotiedustelun ylläpitämisestä, huolehdittava maksuttoman hätäpuhelupalvelun käyttöönasettamisesta ja asetettava saataville sääntelyviranomaiselle niiden pyynnöstä maksuitta ja muille palvelujen tarjoajille kohtuullista maksua

vastaan vähintään viikottain sähköisessä muodossa oleva tilaajaluettelo numerotietojen antamiseksi ja tilaajaluetteloiden julkaisemiseksi.

15 Telekommunikationsgesetzin 26 §:n 1 momentin mukaan sääntelyviranomaisen on huolehdittava siitä, että kaikista yleisen televerkon tilaajien numeroista pidetään saatavilla kaikki tilaajat sisältävää tilaajaluetteloa. Yleisiä puhelinpalveluja kiinteän tai matkapuhelinverkon kautta tarjoavat konsessionhaltijat ovat velvollisia ilmoittamaan maksua vastaan sääntelyviranomaiselle sen tämän tehtävän täyttämistä varten tarvittavat tiedot tilaajista.

16 Lisäksi 96 §:n 1 momentin mukaan yleisiä telepalveluja tarjoavan on laadittava tilaajaluettelo. Tilaajaluettelo voidaan julkaista painettuna tai teletietopalvelun muodossa "Bildschirmtextinä" (näyttöpäätepalvelu) sähköisessä tai muussa teknisessä muodossa. Kyseisessä säännöksessä säädetään myös minimivaatimuksista, jotka koskevat tämän luettelon tietoja, rakennetta ja ehtoja, joilla liittymätiedot annetaan sääntelyviranomaiselle tai kolmansille.

Pääasian käsittely ja ennakkoratkaisukysymykset

17 Telekommunikationsgesetzillä perustettu Telekom Austria on osakeyhtiö, jonka kaikki osakkeet Itävallan tasavalta omistaa. Telekom Austria jatkaa aiemman Post & Telegraphenverwaltungin (posti- ja lennätinhallinto) toimintaa, ja se on ottanut vastattavakseen sen tehtävistä, joihin kuuluu taata, että kaikista yleisen televerkon tilaajien numeroista pidetään saatavilla kaikki tilaajat sisältävää tilaajaluetteloa.

18 Post & Telegraphenverwaltung huolehti vuoteen 1992 asti itse velvoitteestaan julkaista "valkoisiksi sivuiksi" kutsuttua virallista tilaajaluetteloa. Se päätti vuonna 1992 luettelon kohonneiden paino- ja jakelukustannusten takia etsiä sopimuskumppanin ja sopi sitten erään yksityisen yrityksen kanssa kyseisen luettelon julkaisemisesta.

19 Tämän sopimuksen voimassaolon päätyttyä 31.12.1997 Post & Telegraphenverwaltungin sijaan tullut Telekom Austria julkaisi 15.5.1997 Amtsblatt zur Wiener Zeitungissa (Itävallan virallisen lehden liite) pyynnön "tehdä tarjouksia julkisia palveluita koskevasta konsessiosopimuksesta, joka koskee painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden (puhelinluetteloiden) tekemistä ja julkaisemista vuosien 1998/1999 painoksesta alkaen toistaiseksi".

20 Katsottuaan, että edellä mainitun tarjouspyynnön perusteella tehdyn sopimuksen teossa olisi täytynyt noudattaa yhteisön oikeudessa ja kansallisessa oikeudessa säädettyjä julkisten hankintojen tekomenettelyitä Telaustria ja Telefonadress tekivät peräkkäin 12.6.1997 ja 17.6.1997 Bundes-Vergabekontrollkommissionille (hankintamenettelyasioista vastaava liittovaltion valvontaelin) hakemukset vuoden 1997 Bundesvergabegesetzin (hankintamenettelyä koskeva liittovaltion laki, BGBl. I, 1997, nro 56, jäljempänä BVerG) 109 §:n mukaisen sovittelumenettelyn aloittamisesta.

21 Yhdistettyään nämä kaksi hakemusta Bundes-Vergabekontrollkomission antoi 20.6.1997 hakemusten mukaisen perustellun suosituksen ja katsoi, että BVerG:n säännöksiä voidaan soveltaa nyt esillä olevan sopimuksen osalta.

22 Telekom Austrian jatkettua kyseisen sopimuksen tekemistä koskevia neuvotteluita Telaustria saattoi 24.6.1997 muutoksenhakumenettelyn vireille Bundesvergabeamtissa ja jätti asiaa koskevan turvaamistoimihakemuksen. Telefonadress ilmoitti 4.7.1997 jättämällään hakemuksella osallistuvansa menettelyyn. Herold, jonka kanssa Telekom Austria neuvotteli sopimuksesta, ilmoitti 8.7.1997 tukevansa menettelyssä Telekom Austrian vaatimuksia.

23 Telekom Austria väitti Bundesvergabeamtissa, ettei tekeillä olleisiin sopimuksiin ole sovellettava julkisten palveluhankintojen sopimuksentekomenettelyä koskevien direktiivien säännöksiä, koska kysymyksessä ei ole sopimus, joka olisi tehty rahallista vastiketta vastaan ja toisaalta, koska tässä tapauksessa kysymys on "julkisia palveluita koskevasta konsessiosopimuksesta", joka ei kuulu direktiivien 92/50/ETY ja 93/38/ETY soveltamisalaan.

24 Hakijoiden vaatimusten mukaisesti antamansa turvaamistoimimääräyksen jälkeen Bundesvergabeamt antoi 10.7.1997 sen korvanneen uuden määräyksen, jossa Telekom Austrialle ja Heroldille annettiin väliaikaisesti lupa sopimuksen tekemiseen sillä ehdolla, että sopimuksessa sovitaan, että sen voimassaolo voi lakata hankintasopimuksen asianmukaisen tekomenettelyn uudelleenaloittamisen takia, jos ilmenisi, että ilmenee, että kyseinen sopimus kuuluu yhteisön oikeuden ja kansallisen oikeuden julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltamisalaan.

25 Herold, jonka piti hiukan myöhemmin saada konsessiosopimus, siirtyi sittemmin 1.12.1997 GTE-nimisen yrityksen (jäljempänä GTE) omistukseen. GTE luovutti 3.12.1992 Telekom Austrialle 26 prosenttia Heroldin osakkeista, joten Heroldista tuli GTE:n ja Telekom Austrian yhteisesti omistama osakkuusyhtiö. Pääasiassa kysymyksessä oleva sopimus tehtiin 15.12.1997 virallisesti Heroldin ja sen vähimmistöosakkaan, eli Telekom Austrian välillä.

26 Bundesvergabeamt on esittänyt ennakkoratkaisupyynnössään, että tämä useista — osin limittäisistä — sopimuksista koostuva sopimus koskee painetun puhelinluettelon tekemistä ja käsittää muun muassa seuraavat Heroldin suoritettavaksi tulevat palvelusuoritukset: tilaajia koskevien tietojen kerääminen, käsittely ja jäsentäminen, puhelinluettelojen tekeminen ja tietyt mainontaan liittyvät palvelut. Sopimuskumppanille tulevasta korvauksesta on todettava, että sopimuksen mukaan Heroldille ei ole määrä maksaa suoraan palkkiota sen suorittamista palveluista, vaan sille annetaan oikeus käyttää niitä kaupallisesti hyödykseen.

27 Kaikkien näiden seikkojen ja erityisesti sen tavan johdosta, jolla palveluiden suorittajalle suoritetaan korvausta, minkä vuoksi kyseinen sopimus olisi luokiteltava "palveluita koskevaksi konsessiosopimukseksi" sekä omien pohdintojensa johdosta Bundesvergabeamt on epävarma siitä, miten direktiivejä 92/50/ETY ja 93/38/ETY on tulkittava, joten se on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"Pääkysymys:

Voidaanko direktiivin 92/50/ETY valmisteluhistorian ja erityisesti komission ehdotuksen (KOM(90) 372, EYVL C 23, 31.1.1991) tai direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan a alakohdassa käsitteelle 'julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset' annetun määritelmän perusteella katsoa, että direktiivin soveltamisalasta on lähtökohtaisesti suljettu pois direktiivin soveltamisalaan kuuluvien hankintayksiköiden palveluja tarjoavien yritysten kanssa tekemät tietyt sopimuskategoriat yksinomaan tiettyjen yhteisten ja mainitussa komission ehdotuksessa KOM(90) 372 mainittujen tunnusmerkkien perusteella ja ilman, että direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan a alakohdan i—viii alakohtaa tai 4—6 artiklaa olisi sovellettava?

Vastauksen pääkysymykseen ollessa myöntävä:

Onko, ottaen huomioon erityisesti direktiivin 93/38/ETY 24. perustelukappale, tällaisia sopimuskategorioita myös direktiivin 93/38/ETY soveltamisalalla?

Vastauksen toiseen kysymykseen ollessa myöntävä:

Ovatko, analogisesti komission ehdotuksen KOM(90) 372 kanssa, nämä direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta poissuljetut sopimuskategoriat riittävän kattavasti määriteltävissä sopimuksiksi, joissa direktiivin 93/38/ETY henkilölliseen soveltamisalaan kuuluva hankintayksikkö siirtää toimivaltaansa kuuluvan palvelun suorittamisen valitsemalleen yritykselle antaen tälle vastineeksi oikeuden käyttää sitä taloudelliseksi hyödykseen?

Kolmea edellistä kysymystä täydentävä kysymys:

Onko direktiivin 93/38/ETY henkilölliseen soveltamisalaan kuuluva hankintayksikkö siinä tapauksessa, että sen tekemä sopimus rakentuu direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdan a alakohdassa tarkoitetuista palveluhankintasopimusta koskevista elementeistä sekä muista sellaisista sopimusluonteisista elementeistä, jotka eivät kuulu direktiivin soveltamisalaan, velvollinen erottamaan direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan kuuluvan osan koko sopimuksesta, sikäli kuin tämä on teknisesti mahdollista ja sitä voidaan taloudellisesti tarkastellen edellyttää, ja soveltamaan siihen tämän direktiivin 1 artiklan 7 kohdassa tarkoitettua sopimusten tekomenettelyjä, kuten yhteisöjen tuomioistuin on ennen direktiivin

92/50/ETY voimaantuloa asiassa C-3/88 määrännyt sellaisen hankinnan osalta, joka ei kokonaisuudessaan kuulunut direktiivin 77/62/ETY soveltamisalaan?

Vastauksen tähän kysymykseen ollessa myöntävä:

Onko sopimusperusteista oikeutta saada hyödyntää palvelun taloudellista lopputulosta yksinään, jossa palvelun suorittaja, vaikka ei saakaan määriteltävissä olevaa vastiketta, saa kuitenkin yleisen elämänkokemuksen perusteella vähäistä suuremman ja palvelun kustannukset oletettavasti ylittävän tulon, pidettävä rahallisena vastikkeena palvelun suorittamisesta, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa C-272/91 antamassaan tuomiossa, joka koski tavaranhankintasopimusta ja rahallista vastiketta julkisoikeudellisesti myönnetyn oikeuden sijasta?

Edellisiä kysymyksiä täydentävä kysymys:

Onko direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdan a ja c alakohtaa tulkittava siten, että direktiivin liitteessä XVI A olevassa pääluokassa 15 tarkoitettujen palvelujen suorittamista koskeva sopimus menettää luonteensa palveluhankintasopimuksena ja että sitä on pidettävä tavaranhankintasopimuksena, jos palvelun lopputuloksena tehdään suuri määrä samanlaisia konkreettisia esineitä, joilla on taloudellista arvoa ja jotka siten ovat EY:n perustamissopimuksen 9 ja 30 artiklassa tarkoitettuja tavaroita?

Vastauksen tähän kysymykseen ollessa myöntävä:

Onko yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-3/88 antamaa tuomiota tulkittava siten, että tällainen tavaranhankintasopimus on pidettävä erillään suorituksen tekemistä koskevan sopimuksen muista osista ja että se on tehtävä direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 7 kohdan mukaisessa menettelyssä, sikäli kuin se on teknisesti mahdollista ja sitä voidaan taloudellisesti tarkastellen edellyttää?"

Ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys

28 Kansallinen tuomioistuin tuo esiin kaksi ongelmaa ensimmäisellä ja toisella kysymyksellään, jotka on syytä tutkia yhdessä.

29 Ensimmäisellä kysymyksellä halutaan tietää, koskeeko direktiivi 92/50/ETY tai 93/38/ETY rahallista vastiketta vastaan tehtyä sopimusta sen sopimusosapuolina olevien henkilöiden tai sen erityisen kohteen takia sellaisessa tapauksessa, että jäsenvaltion lainsäädännöllä erityisesti telepalvelujen hoitamisen tehtäväkseen saaneen yrityksen, jonka koko osakepääoma on tämän jäsenvaltion viranomaisten hallussa, ja yksityisen yrityksen välillä tehdyssä kirjallisessa sopimuksessa ensimmäiseksi mainittu yritys antaa tehtäväksi toiseksi mainitulle yritykselle painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden (puhelinluetteloiden) tekemisen ja julkaisemisen luetteloiden jakamiseksi yleisölle.

30 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa tietää toisella kysymyksellään, jääkö sellainen sopimus, jonka erityisenä kohteena ovat edellisessä kohdassa mainitut suoritukset yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin soveltamisalasta, johon se kuuluu, siitä huolimatta, että yksi edellä mainituista direktiiveistä koskee sitä, erityisesti siksi, että ensimmäisen yrityksen toiselle yritykselle antama

vastasuoritus koostuu siitä, että jälkimmäinen yritys saa korvauksekseen oikeuden käyttää omaa suoritustaan hyödykseen.

31 Edellä esitetyn ensimmäisen ongelman osalta on todettava, että direktiivin 92/50/ETY 17. perustelukappaleesta ilmenee, että direktiivin 92/50/ETY säännökset eivät vaikuta direktiivin 90/531/ETY säännöksiin; kyseistä direktiivin 93/38/ETY edeltäjädirektiivinä sovellettiin, kuten viimeksi mainittuakin direktiiviä, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin.

32 Direktiivi 90/531/ETY on korvattu direktiivillä 93/38/ETY, kuten direktiivin 93/38/ETY 45 artiklan 3 kohdasta ilmenee, ja viittauksia direktiiviin 90/531/ETY on pidettävä viittauksina direktiiviin 93/38/ETY, kuten direktiivin 93/38/ETY 45 artiklan 4 kohdasta käy ilmi; tästä on pääteltävä, että alakohtaisen direktiivin 90/531/ETY voimassaollessa sovelletun säännöstön tapaan myöskään direktiivin 92/50/ETY säännökset eivät vaikuta direktiivin 93/38/ETY säännöksiin.

33 Näin ollen siinä tapauksessa, että erityisiä palvelualoja säätelevä direktiivi 93/38/ETY koskee hankintasopimusta, palveluihin yleisesti sovellettavan direktiivin 92/50/ETY säännöksiä ei sovelleta.

34 Tällaisessa tilanteessa on täten tutkittava ainoastaan, saattaako direktiivi 93/38/ETY koskea sopimuksen sopimusosapuolina olevien henkilöiden tai sen erityisen kohteen takia pääasiassa kysymyksessä olevaa hankintasopimusta.

35 Tätä varten on ratkaistava se, kuuluuko Telekom Austrian kaltainen yritys direktiivin 93/38/ETY henkilölliseen soveltamisalaan ja kuuluuko sopimus, jonka kohteena on tämän tuomion 26 kohdassa mainitut suoritukset, viimeksi mainitun direktiivin aineelliseen soveltamisalaan.

36 Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, direktiivin 93/38/ETY henkilöllisen soveltamisalan osalta on selvää, että Telekom Austria, jonka osakepääoma on kokonaan Itävallan viranomaisten hallussa, on julkinen yritys, jossa nämä viranomaiset käyttävät määräysvaltaa siksi, että Itävallan tasavalta omistaa koko sen osakepääoman. Tästä seuraa, että Telekom Austria on katsottava direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuksi julkiseksi yritykseksi.

37 Sitä paitsi on selvää, että kyseinen julkinen yritys harjoittaa Telekommunikationsgesetzin nojalla, jolla se on perustettu, toimintaa, jonka sisältönä on yleisten telepalveluiden tarjoaminen. Tästä seuraa, että Telekom Austria on direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa ja saman artiklan 2 kohdan d alakohdassa tarkoitettu hankintayksikkö.

38 Koska lisäksi on myös selvää, että kyseisessä sopimuksessa on sovittu Telekommunikationsgesetzin nojalla Telekom Austrialle kuuluvasta yleisten telepalveluiden tarjoamisesta, sen määrittelemiseksi, kuuluuko pääasiassa kysymyksessä oleva sopimus direktiivin 93/38/ETY aineelliseen soveltamisalaan, riittää, että selvitetään, koskevatko asetuksen 93/38/ETY säännökset sopimuksen erityistä kohdetta.

39 Tältä osin on ennakkoratkaisupyynnön mukaisesti todettava, että Herold tekee seuraavat suoritukset:

— tilaajia koskevien tietojen kerääminen, käsittely ja jäsentäminen niiden saattamiseksi teknisesti käytettävissä olevaan muotoon, mikä edellyttää tietojen syöttämistä, tietojen käsittelyä tietokoneella, tietopankkipalvelut; kyseiset palvelut kuuluvat direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A olevaan "tietokone- ja tietojenkäsittelypalvelut" -nimiseen pääluokkaan 7

— itse tilaajaluettelojen painaminen, joka kuuluu direktiivin liitteessä XVI A olevaan pääluokkaan 15; kyseinen pääluokka koskee "palkkio- tai sopimusperustaisia julkaisu- ja painamispalveluita"

— direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A olevassa pääluokassa 13 tarkoitetut mainostoimintapalvelut.

40 Koska nämä suoritukset liittyvät välittömästi yleisten telepalveluiden tarjoamista koskevaan toimintaan on päädyttävä siihen, että direktiivi 93/38/ETY koskee kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa kysymyksessä olevaa sopimusta, jonka erityisenä kohteena on edellisessä kohdassa mainitut suoritukset.

41 Kansallisen tuomioistuimen esittämään toiseen ongelmaan vastaamiseksi on todettava aluksi, että kansallinen tuomioistuin on liittänyt nämä kysymykset komission 13.12.1990 antamaan ehdotukseen neuvoston direktiiviksi julkisia

palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyiden yhteensoveltamisesta (91/C 23/01, EYVL 1991, C 23, s. 1; jäljempänä 13.12.1990 annettu ehdotus) sekä omaksunut tässä ehdotuksessa olleen komission ehdotuksen julkisia palveluita koskevan konsessiosopimuksen määritelmäksi.

42 Tältä osin on tärkeää täsmentää, että yhteisöjen tuomioistuin voi vastata toiseen ongelmaan ilman, että sen olisi tarpeen vahvistaa 13.12.1990 annetun ehdotuksen 1 artiklan h alakohdassa olevan julkisia palveluita koskevan konsessiosopimuksen määritelmää.

43 Heti alkuun on nimittäin todettava, että direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdassa lähtökohdaksi otetaan rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset ja siinä annetaan pelkästään kriteeriksi sopimuksen osapuolet sekä sopimuksen kohde ilman että ensinnäkään mainittaisiin nimenomaisesti julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset määriteltyinä erityisesti sen mukaan, millä tavalla palvelujen tarjoaja saa korvauksensa, ja ilman että toisekseen millään tavalla olisi erotettu toisistaan sopimukset, joissa vastasuoritus on kiinteämääräinen, ja sopimukset, joissa vastasuoritus koostuu käyttöoikeudesta.

44 Telaustria esittää, että direktiiviä 93/38/ETY on tulkittava siten, että sopimus, jossa vastasuoritus koostuu suorituksen käyttöoikeudesta kuuluu myös direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan. Sen mukaan direktiivin 93/38/ETY soveltamiseksi sellaiseen sopimukseen riittää, että sopimus on 1 artiklan 4 kohdan mukaisesti tehty rahallista vastiketta vastaan kirjallisena. Telaustrian mukaan olisi siten perusteetonta katsoa, että sellaiset sopimukset eivät kuuluisi direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan siksi, että direktiivissä ei ole säädetty mitään siitä, millä tavalla palvelujen tarjoaja saa korvauksensa. Telaustria lisää vielä, että se seikka, että komissio ei ole ehdottanut sentyyppisiä sopimuksia koskevien säännösten sisällyttämistä direktiivin soveltamisalaan, osoittaa komission katsoneen, että direktiivi kattaa kaikki palvelujen tarjoamista koskevat sopimukset siitä riippumatta, miten se, miten palvelujen tarjoaja saa korvauksensa, on yksityiskohtaisesti järjestetty.

45 Koska Telekom Austria, huomautuksensa esittäneet jäsenvaltiot sekä komissio kiistävät tämän tulkinnan oikeellisuuden, asian kannalta merkityksellisten direktiivien ja erityisesti julkisten palveluhankintojen alaa koskevien direktiivien syntyhistorian valossa on tutkittava, onko tulkinta oikea.

46 Tältä osin on syytä palauttaa mieliin, että komissio oli nimenomaisesti ehdottanut "julkisia palveluita koskevien käyttösopimusten" sisällyttämistä direktiivin 92/50/ETY soveltamisalaan sekä 13.12.1990 antamassaan ehdotuksessa että 28.8.1991 antamassaan muutetussa ehdotuksessaan neuvoston direktiiviksi julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn yhteensovittamisesta (91/C 250/05, EYVL C 250, s. 4; jäljempänä 28.8.1991 annettu ehdotus), jotka johtivat palveluhankinta-alan julkisia hankintoja yleisesti koskevan direktiivin 92/50/ETY antamiseen.

47 Koska näiden sopimusten sisällyttäminen oli perusteltu tarkoituksella "taata julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn johdonmukaisuus", komissio täsmensi 13.12.1990 annetun ehdotuksen 10. perustelukappaleessa, että "on tärkeää, että tämä direktiivi kattaa julkisia palveluja koskevat konsessiosopimukset samalla tavalla kuin julkisiin käyttöoikeusurakoihin sovellettava direktiivi 71/305/ETY". Vaikka 28.8.1991 annetussa esityksessä oli 10. perustelukappaleesta jätetty pois maininta julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensoveltamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annetusta neuvoston direktiivistä 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5), kyseisessä ehdotuksessa on kuitenkin nimenomaisesti säilytetty "julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn johdonmukaisuutta" koskeva tavoite edellä mainitussa perustelukappaleessa.

48 Neuvosto poisti kuitenkin lainsäädäntömenettelyn aikana kaikki viittaukset julkisia palveluita koskeviin konsessiosopimuksiin etenkin julkisten palveluiden hallinnoinnin delegoinnin sekä tämän delegoinnin yksityiskohtaisen toteuttamisen osalta jäsenvaltioiden välillä olemassa olevien erojen takia, jotka olisivat

saattaneet johtaa erittäin epävakaaseen tilanteeseen konsessiosopimuksia kilpailulle avattaessa (ks. "neuvoston perustelut" -niminen asiakirja nro 4444/92 ADD 1, 25.2.1992, 6 kohta; asiakirja on liitetty samana päivänä annettuun yhteiseen kantaan).

49 Vastaava lopputulos oli myös komission 18.7.1989 antamassa muutetussa ehdotuksessa neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien tekomenettelyiden yhteensovittamisesta (89/C 264/02, EYVL C 264, s. 22), joka johti tällä alalla ensimmäisen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevan direktiivin 90/531/ETY antamiseen, joka edelsi direktiiviä 93/38/ETY ja jossa komissio oli myös ehdottanut kyseisten alojen osalta tiettyjen säännösten antamista julkisia palveluja koskevien konsessiosopimusten sääntelemiseksi.

50 Kuitenkin 22.3.1990 annetun "Neuvoston perustelut" -nimisen asiakirjan nro 5250/90 ADD 1, joka on liitetty samana päivänä neuvoston antamaan yhteiseen kantaan muutetusta ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien tekomenettelyiden yhteensovittamisesta, 10 kohdasta ilmenee, että neuvosto ei hyväksynyt komission ehdotusta sisällyttää direktiiviin 90/531/ETY julkisia palveluita koskevia konsessiosopimuksia koskevia säännöksiä, koska neuvoston mukaan sellaisia konsessiosopimuksia tiedettiin olevan ainoastaan yhdessä jäsenvaltiossa ja koska jäsenvaltioissa näillä aloilla tehdyistä erilaisista konsessiosopimusmuodoista ei ollut olemassa perusteellista tutkimusta; näin ollen asiassa ei ollut syytä antaa säännöksiä näiden alojen osalta.

51 Edellä olevien seikkojen valossa on todettava, että komissio ei ehdottanut julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten sisällyttämistä direktiiviin, 27.9.1991 antamassaan ehdotuksessa neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, lii-

kenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimuksen tekomenettelyiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin 90/531/ETY muuttamisesta (91/C 337/01, EYVL C 337, s. 1); tämä ehdotus johti sitten direktiivin 93/38/ETY antamiseen.

52 Tätä toteamusta vahvistaa myös julkista rakennusurakka-alaa koskevien direktiivien soveltamisalan osalta tapahtunut kehitys.

53 Tämän alan ensimmäisenä direktiivinä olleen direktiivin 71/305/ETY soveltamisalasta nimittäin suljettiin direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset nimenomaisesti pois.

54 Direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18.7.1989 annettuun direktiiviin 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1) otettiin kuitenkin 1 b artikla, jossa on nimenomaisesti otettu huomioon julkisia rakennusurakoita koskevat konsessiosopimukset siten, että niihin määrättiin sovellettavaksi 12 artiklan 3, 6, 7, 9—13 kohdassa sekä 15 a kohdassa määriteltyjä hankintojen ilmoittamista koskevia sääntöjä.

55 Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), jolla korvattiin muutettu direktiivi 71/305/ETY, mainitaan nimenomaisesti julkiset käyttöoikeusurakat tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvien sopimusten joukossa.

56 Sen sijaan direktiivin 93/37/ETY kanssa samana päivänä annetussa direktiivissä 93/38/ETY ei ole säännöksiä julkisia palveluita koskevista konsessiosopi-

muksista. Tästä seuraa, että yhteisön lainsäätäjä päätti olla sisällyttämättä niitä direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan. Jos asia olisi toisin, se olisi säätänyt asiasta nimenomaisesti kuten se teki antaessaan direktiivin 93/37/ETY.

57 Koska julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset eivät kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan, asiassa on Telaustrian esittämän tulkinnan vastaisesti katsottava, että tällaiset sopimukset eivät sisälly direktiivin 1 artiklan 4 kohdassa olevaan käsitteeseen "rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset".

58 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen on vastattava siten, että

— direktiivi 93/38/ETY koskee rahallista vastiketta vastaan kirjallisesti tehtyä sellaista sopimusta, joka on tehty jäsenvaltion lainsäädännöllä erityisesti telepalvelujen hoitamisen tehtäväkseen saaneen yrityksen, jonka koko osakepääoma on tämän jäsenvaltion viranomaisten hallussa, ja yksityisen yrityksen välillä silloin, kun ensimmäiseksi mainittu yritys antaa sopimuksessa toiseksi mainitulle yritykselle tehtäväksi painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden (puhelinluetteloiden) tekemisen ja julkaisemisen luetteloiden jakamiseksi yleisölle

— vaikka direktiivi 93/38/ETY koskee tällaista sopimusta, se jää yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin soveltamisalasta erityisesti siksi, että ensimmäisen yrityksen toiselle yritykselle antama vastasuoritus koostuu siitä, että jälkimmäinen yritys saa korvauksekseen oikeuden käyttää omaa suoritustaan hyödykseen.

59 Kuitenkaan se seikka, että sellainen sopimus ei kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan, ei estä sitä, että yhteisöjen tuomioistuin antaa sille useita ennakkoratkaisukysymyksiä esittäneelle kansalliselle tuomioistuimelle vastauksen, josta on hyötyä. Yhteisöjen tuomioistuin voi ottaa tätä varten huomioon muita tulkintaa koskevia seikkoja, jotka saattavat olla hyödyksi pääasian oikeudenkäynnissä annettavan ratkaisun kannalta.

60 Tältä osin on todettava, että siitä huolimatta, että sellaiset sopimukset jäävät yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta, niitä tekevien hankintayksiköiden on kuitenkin yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta.

61 Nimittäin, kuten yhteisöjen tuomioistuin on asiassa C-275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S, 18.11.1999 antamassaan tuomiossa (Kok. 1999, s. I-8291, 31 kohta) todennut, tämä periaate edellyttää muun muassa avoimuusvelvollisuutta, jotta hankintaviranomaiset voivat varmistua periaatteen noudattamisesta.

62 Tämän hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.

63 Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista se, onko tätä velvollisuutta noudatettu pääasiassa esillä olevassa asiassa ja arvioida lisäksi, onko tämän osalta esitetty näyttö merkityksellistä.

Kolmas ja viides ennakkoratkaisukysymys

64 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen annettu vastaus huomioon ottaen kolmanteen kysymykseen ei ole tarpeen vastata, koska se on esitetty yhteisöjen tuomioistuimelle ainoastaan siinä tapauksessa, että toiseen kysymykseen on annettu myöntävä vastaus.

65 Lisäksi, koska viides kysymys on esitetty yhteisöjen tuomioistuimelle kolmannen kysymyksen selventämiseksi, siihenkään ei ole tarpeen vastata.

Neljäs, kuudes ja seitsemäs ennakkoratkaisukysymys

66 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen annettu vastaus huomioon ottaen myöskään neljänteen, kuudenteen ja seitsemänteen kysymykseen ei ole tarpeen vastata, koska ne on esitetty yhteisöjen tuomioistuimelle ainoastaan siinä tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin katsoisi, että direktiiviä 93/38/ETY voidaan soveltaa pääasiassa kysymyksessä olevaan sopimukseen.

Oikeudenkäyntikulut

67 Yhteisöjen tuomioistuimelle huomautuksensa esittäneille Itävallan, Tanskan, Ranskan ja Alankomaiden hallituksille sekä komissiolle aiheutuneita oikeudenkäyntikuluja ei voida määrätä korvattaviksi. Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut Bundesvergabeamtin 23.4.1998 tekemällään päätöksellä esittämät kysymykset seuraavasti:

1) — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annettu neuvoston direktiivi 93/38/ETY koskee rahallista vastiketta vastaan kirjallisesti tehtyä sellaista sopimusta, joka on tehty jäsenvaltion lainsäädännöllä erityisesti telepalvelujen hoitamisen tehtäväkseen saaneen yrityksen, jonka koko osakepääoma on tämän jäsenvaltion viranomaisten hallussa, ja yksityisen yrityksen välillä silloin, kun ensimmäiseksi mainittu yritys antaa sopimuksessa toiseksi mainitulle yritykselle tehtäväksi painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden (puhelinluetteloiden) tekemisen ja julkaisemisen luetteloiden jakamiseksi yleisölle;

— vaikka direktiivi 93/38/ETY koskee tällaista sopimusta, se jää yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin soveltamisalasta erityisesti siksi, että ensimmäisen yrityksen toiselle yritykselle antama vastasuoritus koostuu siitä, että jälkimmäinen yritys saa korvauksekseen oikeuden käyttää omaa suoritustaan hyödykseen.

2) Siitä huolimatta, että sellaiset sopimukset jäävät yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta, niitä tekevien hankin-

tayksiköiden on kuitenkin yleisesti noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta, joka edellyttää avoimuusvelvollisuutta, jotta hankintaviranomainen voi varmistua kyseisen periaatteen noudattamisesta.

3) Tämän hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.

4) Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista se, onko tätä velvollisuutta noudatettu pääasiassa esillä olevassa asiassa ja arvioida lisäksi, onko tämän osalta esitetty näyttö merkityksellistä.

Skouris Puissochet Macken

Julistettiin Luxemburgissa 7 päivänä joulukuuta 2000.

R. Grass

kirjaaja

C. Gulmann

kuudennen jaoston puheenjohtaja