DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 7 december 2000 *

I mål C-324/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Bundesvergabeamt (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

och

Telekom Austria AG, tidigare Post & Telekom Austria AG,

i närvaro av:

Herold Business Data AG,

angående tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter

* Rättegångsspråk: tyska.

som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen V. Skouris (referent), tillförordnad ordförande på sjätte avdelningen, samt domarna J.-P. Puissochet och F. Macken,

generaladvokat: N. Fennelly,
justitiesekreterare: byrådirektören L. Hewlett,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Telaustria Verlags GmbH, genom advokaten F.J. Heidinger, Wien,

— Telekom Austria AG, genom advokaterna C. Kerres och G. Diwok, Wien,

— Österrikes regering, genom W. Okresek, Sektionschef, Bundeskanzleramt, i egenskap av ombud,

— Danmarks regering, genom J. Molde, kontorschef, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom K. Rispal-Bellanger, sous-directeur, utrikesministeriets rättsavdelning, och A. Bréville-Viéville, chargé de mission, samma avdelning, båda i egenskap av ombud,

— Nederländernas regering, genom biträdande juridiske rådgivaren M.A. Fierstra, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission genom M. Nolin och J. Schieferer, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten R. Roniger, Bryssel,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 23 mars 2000 av: Telaustria Verlags GmbH, företrätt av advokaten F.J. Heidinger, Telekom Austria AG, företrätt av advokaten C. Kerres, P. Asenbauer och M. Gregory, Director of Commercial Law för avdelningen för affärsjuridik vid Telekom Austria AG:s rättstjänst, i egenskap av ombud, Herold Business Data AG, företrätt av advokaten T. Schirmer, Wien, Österrikes regering, företrädd av M. Fruhmann, Bundeskanzleramt, i egenskap av ombud, Frankrikes regering, företrädd av S. Pailler, chargé de mission, utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud, och kommissionen, företrädd av M. Nolin, biträdd av advokaten R. Roniger,

och efter att den 18 maj 2000 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Bundesvergabeamt har genom beslut av den 23 april 1998, som inkom till domstolens kansli den 26 augusti samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt sju frågor om tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Telaustria Verlags GmbH (nedan kallat (Telaustria) och Telefonadress GmbH (nedan kallat Telefonadress), å ena sidan, och Telekom Austria AG (nedan kallat Telekom Austria), å andra sidan, vad avser den senares beslut att ingå ett koncessionsavtal med Herold Business Data AG (nedan kallat Herold) rörande tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger).

Regelverket

Gemenskapslagstiftningen

Direktiv 92/50

3 I artikel 1 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *offentliga tjänsteavtal*: skriftliga [onerösa] avtal mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

..."

4 I åttonde övervägandet i direktiv 92/50 preciseras följande:

"Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."

5 I sjuttonde övervägandet i direktiv 92/50 anges dessutom följande:

"Detta direktiv bör inte påverka bestämmelserna om tjänstekontrakt i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna."

Direktiv 93/38

6 Enligt artikel 45.3 i direktiv 93/38 skall direktiv 90/531 upphöra att gälla från det datum då direktiv 93/38 tillämpas av medlemsstaterna. I artikel 45.4 preciseras dessutom att hänvisningar till direktiv 90/531 skall tolkas som om de hänvisar till direktiv 93/38.

7 I tjugofjärde övervägandet i direktiv 93/38 föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."

8 I artikel 1 punkt 2 i direktiv 93/38 definieras "offentliga företag" som "varje företag över vilket de offentliga myndigheterna har ett direkt eller indirekt avgörande inflytande till följd av ägarförhållande, ekonomiska intressen eller

gällande regler. Avgörande inflytande anses föreligga, när de offentliga myndigheterna, direkt eller indirekt, i förhållande till företaget

— äger större delen av det bundna företagskapitalet

...”

9 I artikel 1 punkt 4 i direktiv 93/38 definieras ”varu-, bygg- och anläggnings-, samt tjänstekontrakt” som ”skrivna [onerösa] avtal... mellan en av de i artikel 2 nämnda upphandlande enheterna och en leverantör, entreprenör eller tjänsteproducent vilka har följande syften:

a) Beträffande varukontrakt...

b) Beträffande bygg- och anläggningskontrakt...

c) Beträffande tjänstekontrakt: upphandling av tjänster som inte omfattas av a och b, med undantag av:

...”

10 I sista stycket i nämnda bestämmelse preciseras följande:

"Kontrakt som innefattar tillhandahållande av tjänster och varor skall betraktas som varukontrakt om det totala varuvärdet är högre än värdet på de tjänster som ingår i kontraktet."

11 I artikel 1 punkt 15 i direktiv 93/38 definieras vidare "offentliga telekommunikationstjänster" och "telekommunikationstjänster" på följande sätt:

"*Offentliga telekommunikationstjänster*: telekommunikationstjänster som medlemsstaterna uttryckligen har anförtrott ett eller flera telekommunikationsbolag att erbjuda.

Telekommunikationstjänster: tjänster som helt eller delvis består i överförande och sändande av signaler via det offentliga kommunikationsnätet med hjälp av telekommunikationsteknik, med undantag av radio- och tv-sändningar."

12 I artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 93/38 föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,

...

2. Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:

...

d) Tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster."

Den nationella lagstiftningen

13 I Telekommunikationsgesetz (*BGBl* I, 1997, nr 100), som trädde i kraft den 1 augusti 1997, fastställs bland annat skyldigheter för leverantörer, koncessionshavare och tillhandahållare vad avser talteletjänster.

14 Enligt 19 § i Telekommunikationsgesetz skall den som tillhandahåller en offentlig taltelefontjänst — för att upplysningar skall kunna lämnas och telefonkataloger skall kunna publiceras — föra en aktuell abonnentförteckning, erbjuda en upplysningstjänst avseende abonnenterna, gratis ställa telefontjänster för nödsituationer till förfogande, på anmodan gratis ställa abonnentförteckningen till tillsynsmyndighetens förfogande, och, mot rimligt vederlag, minst en gång i

veckan ställa abonnentförteckningen till andra tillhandahållares förfogande i elektroniskt läsbar form.

15 Enligt 26 § första stycket i Telekommunikationsgesetz är tillsynsmyndigheten skyldig att se till att det föreligger en heltäckande förteckning över alla offentliga taltelefontjänster. Koncessionshavare som erbjuder offentliga taltelefontjänster via ett fast nät eller ett mobilnät är skyldiga att mot ersättning ställa abonnentuppgifter till tillsynsmyndighetens förfogande så att denna kan fullgöra sina skyldigheter.

16 Enligt 96 § första stycket i Telekommunikationsgesetz är den som driver en offentlig telekommunikationstjänst skyldig att upprätta en abonnentförteckning. Abonnentförteckningen kan tillhandahållas i tryckt form (katalog), som telefonupplysning, som bildskärmstext, som elektronisk databärare eller i form av en annan teknisk kommunikationsform. Nämnda bestämmelse reglerar även minimikraven på uppgifterna och hur förteckningarna skall struktureras samt villkoren för att skicka abonnentuppgifter till tillsynsmyndigheten eller tredje man.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

17 Telekom Austria är ett aktiebolag som har skapats genom Telekommunikationsgesetz. Republiken Österrike är ensam ägare till samtliga aktier i bolaget. Telekom Austria är den rättsliga efterföljaren till den tidigare Post & Telegraphenverwaltung och har övertagit den senares uppgifter, däribland skyldigheten att säkerställa att det föreligger en förteckning över alla abonnenter på offentliga taltelefontjänster.

18 Före år 1992 uppfyllde Post & Telegraphenverwaltung sin publiceringsskyldighet med egna medel, bland annat genom att ge ut en officiell telefonkatalog, populärt kallad "Vita Sidorna". Kostnaderna för tryckning och distribution av denna katalog var emellertid så höga att Post & Telegraphenverwaltung beslutade att från och med år 1992 inleda ett samarbete med ett privat företag vad avser publiceringen av denna katalog och ingick därefter ett avtal därom.

19 Avtalet skulle upphöra att gälla den 31 december 1997. Telekom Austria, som hade ersatt Post & Telegraphenverwaltung, offentliggjorde den 15 maj 1997 i *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* en uppmaning om att "inkomma med anbud rörande ett avtal om koncession avseende offentliga tjänster rörande tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniska abonnentförteckningar (telefonkataloger) avseende 1998/1999 års upplaga och därefter på obestämd tid".

20 Telaustria och Telefonadress ansåg att de förfaranden som föreskrivs i gemenskapsrätten och nationell rätt vad avser offentlig upphandling borde ha tillämpats vad gäller det avtal som sedermera ingicks efter nämnda anbudsinfordran, varför de den 12 respektive den 17 juni 1997 vid Bundes-Vergabekontrollkommission (den federala myndigheten för tillsyn över offentlig upphandling) begärde att ett förlikningsförfarande skulle genomföras med tillämpning av 109 § i Bundesvergabegesetz 1997 (förbundslagen om upphandling, *BGBl.* I, 1997, nr 56, nedan kallad BVerG).

21 Bundes-Vergabekontrollkommission förenade de båda ärendena och meddelade en motiverad rekommendation till sökandens förmån genom att den 20 juni 1997 förklara att bestämmelserna i BVerG var tillämpliga på avtalet i fråga.

22 Eftersom Telekom Austria hade fortsatt att förhandla om ingående av nämnda avtal, ingav Telaustria den 24 juni 1997 till Bundesvergabeamt en ansökan om att ett prövningsförfarande skulle inledas och en därtill knuten ansökan om interimistiska åtgärder. Telefonadress inträdde i förfarandet genom ansökan av den 4 juli 1997. Den 8 juli 1997 intervenerade Herold, vilket är det företag som Telekom Austria förhandlade med, till stöd för Telekom Austrias yrkanden.

23 Telekom Austria har vid Bundesvergabeamt hävdat att det avtal som skulle ingås inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling av tjänster, eftersom det för det första är fråga om ett vederlagsfritt avtal och det för det andra i förevarande fall är fråga om en "koncession avseende offentliga tjänster", vilken inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 92/50 och 93/38.

24 Bundesvergabeamt, som inledningsvis hade fattat ett interimistiskt beslut till sökandenas förmån, meddelade den 10 juli 1997 ett nytt beslut, i vilket den interimistiskt tillät Telekom Austria att ingå avtal med Herold, under förutsättning att avtalet innehåller en klausul som gör det möjligt att häva avtalet för att kunna återuppta ett lagstadgat upphandlingsförfarande, för det fall att det skulle visa sig att det tänkta avtalet omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsreglerna om offentlig upphandling.

25 Herold, som något senare erhöll koncessionen i fråga, övertogs den 1 december 1997 av företaget GTE, vilket den 3 december 1992 tilldelade Telekom Austria en andel om 26 procent av Herolds aktiekapital. Herold är därmed ett gemensamt dotterbolag till GTE och Telekom Austria. Den 15 december 1997 ingick Herold formellt det omtvistade avtalet med sin minoritetsaktieägare Telekom Austria.

26 I skälen till begäran om förhandsavgörande har Bundesvergabeamt anfört att det omtvistade avtalet, som består av flera avtal — som delvis griper in i varandra — rör tillverkning av tryckta telefonkataloger och bland annat inbegriper insamling, bearbetning och strukturering av abonnentuppgifter, tillverkning av telefonkataloger och vissa marknadsföringstjänster. Vad avser ersättningen till den andre avtalsparten anges i avtalet att Herold inte skall erhålla något direkt vederlag för tillhandahållandet av dessa tjänster, men att Herold har rätt att utnyttja dessa tjänster kommersiellt.

27 Mot bakgrund av ovan anförda omständigheter och särskilt det sätt på vilket tjänsteleverantören skall ersättas — vilket gör att avtalet kan anses som en "koncession avseende tjänster" — samt egna överväganden, har Bundesvergabeamt, som är osäker på hur direktiven 92/50 och 93/38 skall tolkas, beslutat att vilandeförklara ärendet och ställa följande frågor till EG-domstolen:

"Huvudfråga:

Framgår det av bakgrunden till direktiv 92/50/EEG, särskilt av kommissionens förslag (KOM (90) 372, EGT C 23, av den 31 januari 1993) eller av definitionen av begreppet 'offentligt tjänsteavtal' i artikel 1 a i samma direktiv, att vissa kategorier av avtal, som en upphandlande enhet, som omfattas av direktivets tillämpningsområde, ingår med företag som tillhandahåller tjänster, enbart med hänsyn till vissa gemensamma kännetecken, såsom dessa anges i kommissionens förslag KOM (90) 372, och utan att artikel 1 a i—viii eller artiklarna 4—6 i direktiv 92/50/EEG är tillämpliga, redan från början är uteslutna från direktivets tillämpningsområde?

För det fall huvudfrågan besvaras jakande ställs följande fråga:

Omfattas sådana kategorier av avtal, särskilt med hänsyn till tjugofjärde övervägandet i ingressen till direktiv 93/38/EEG, även av tillämpningsområdet för nämnda direktiv?

För det fall den andra frågan besvaras jakande ställs följande fråga:

Kan dessa kategorier av avtal som utesluts från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG i analogi med förslag KOM (90) 372 definieras på det sättet att de väsentligen kännetecknas av att en upphandlande enhet som ingår i den personkrets som omfattas av direktiv 93/38/EEG uppdrar åt ett företag som denna själv väljer ut att tillhandahålla en tjänst som den själv är ansvarig för och därefter ger detta företag rätt att utnyttja ifrågavarande tjänst ekonomiskt?

Kompletterande frågor till de första tre frågorna:

Är en upphandlande enhet, som ingår i den personkrets som omfattas av direktiv 93/38/EEG, för det fall att ett avtal som denne har slutit innehåller element som kännetecknar ett avtal om tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i artikel 1 punkt 4 a i direktiv 93/38/EEG och därjämte element av annan avtalsmässig natur, skyldig att lyfta ur den del av avtalet som omfattas av nämnda direktiv så långt detta är tekniskt möjligt och inte möter oöverstigliga ekonomiska hinder och låta denna ingå i ett upphandlingsförfarande i den mening som avses i artikel 1.7 i detta direktiv, såsom domstolen beslutade i

mål C-3/88 före ikraftträdandet av direktiv 92/50/EEG, avseende ett avtal som inte fullständigt omfattades av direktiv 77/62/EEG?

För det fall denna fråga besvaras jakande ställs följande fråga:

Skall förhållandet att en tjänsteleverantör ges ensamrätten till ekonomiskt utnyttjande av resultatet av tillhandahållandet av en tjänst, varvid tjänsteleverantören får en vinning som visserligen inte exakt kan bestämmas men som enligt allmän erfarenhet med stor sannolikhet inte är ringa och kan förväntas överstiga kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, anses som vederlag för tillhandahållandet av tjänsten, såsom EG-domstolen fastslog i mål C-272/91 rörande ett avtal om varuleverans där en av en myndighet tillerkänd rättighet ersatte normalt vederlag?

Kompletterande fråga till de ovanstående frågorna:

Skall bestämmelserna i artikel 1 punkt 4 a och c i direktiv 93/38/EEG tolkas så, att ett avtal om tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i bilaga XVI A, kategori 15, mister sin karaktär av tjänsteavtal om tjänsten går ut på att framställa ett stort antal likartade materiella rörliga saker med ekonomiskt värde, vilka därmed utgör varor i den mening som avses i artiklarna 9 och 30 i EG-fördraget?

För det fall denna fråga besvaras jakande:

Skall EG-domstolens dom i mål C-3/88 tolkas så, att ett avtal om leverans av en vara skall avskiljas från övriga delar av tillhandahållandeavtalet och underkastas ett upphandlingsförfarande enligt artikel 1.7 i direktiv 93/38/EEG i den mån detta är tekniskt möjligt och ekonomiskt försvarbart?"

Den första och den andra frågan

28 Den nationella domstolen tar genom sin första och sin andra fråga, som bör behandlas tillsammans, i huvudsak upp två tvistefrågor.

29 Den första tvistefrågan är huruvida ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrotts att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag, som innebär att det första företaget ger det andra företaget i uppgift att tillverka och ge ut tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger) omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 92/50 eller 93/38 på grund av avtalsparterna och avtalets syfte.

30 Den andra tvistefrågan rör huruvida ett sådant avtal, som avser just de tjänster som anges ovan, om det skulle anses omfattas av något av de ovannämnda direktiven, ändå inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda

företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.

31 Vad gäller den första tvistefrågan skall det inledningsvis anmärkas att enligt sjuttonde övervägandet i direktiv 92/50 skall detta direktiv inte påverka bestämmelserna i direktiv 90/531, vilket föregick direktiv 93/38 och i likhet med detsamma även är tillämpligt på upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

32 Enligt artikel 45.3 i direktiv 93/38 ersattes direktiv 90/531 av det förstnämnda direktivet och hänvisningar till direktiv 90/531 skall enligt artikel 45.4 i direktiv 93/38 tolkas som om det hänvisas till detta direktiv. Detta innebär att bestämmelserna i direktiv 92/50, i likhet med vad som var fallet när sektorsdirektivet 90/531 var i kraft, inte inverkar på bestämmelserna i direktiv 93/38.

33 Om en upphandling omfattas av direktiv 93/38, som reglerar en särskild tjänstesektor, är bestämmelserna i direktiv 92/50, som är tillämpliga på tjänster i allmänhet, således inte tillämpliga.

34 Av dessa skäl skall det endast prövas om det omtvistade avtalet omfattas av direktiv 93/38 på grund av avtalsparterna och avtalets syfte.

35 Det skall härvid avgöras dels om ett företag som Telekom Austria ingår i den personkrets som direktiv 93/38 är tillämpligt på, dels om ett avtal som rör sådana tjänster som anges i punkt 26 i förevarande dom omfattas av nämnda direktivs materiella tillämpningsområde.

36 Vad avser vilken personkrets som direktiv 93/38 är tillämpligt på är det enligt begäran om förhandsavgörande ostridigt att Telekom Austria, vars aktier till 100 procent ägs av österrikiska myndigheter, är ett offentligt företag på vilket de statliga myndigheterna, på grund av att Republiken Österrike äger hela aktiekapitalet, kan utöva ett dominerande inflytande. Av detta följer att Telekom Austria måste anses som ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 1 punkt 2 i nämnda direktiv.

37 Det är vidare ostridigt att detta offentliga företag i enlighet med Telekommunikationsgesetz, genom vilken det har skapats, har till uppgift att tillhandahålla offentliga telekommunikationstjänster. Av detta följer att Telekom Austria utgör en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 2.1 a i direktiv 93/38 jämförd med artikel 2.2 d i samma direktiv.

38 Eftersom det slutligen är ostridigt att nämnda avtal föreskriver att Herold skall tillhandahålla tjänster som det enligt Telekommunikationsgesetz ankommer på Telekom Austria att tillhandahålla, nämligen offentliga telekommunikationstjänster, är det, i syfte att avgöra om det omtvistade avtalet omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38, tillräckligt att kontrollera om avtalets särskilda syfte omfattas av bestämmelserna i direktiv 93/38.

39 Domstolen konstaterar härvid — såsom gjorts i begäran om förhandsavgörande — att Herold fått i uppdrag att utföra

— insamling, bearbetning och strukturering av abonnentuppgifter för tekniskt utnyttjande av desamma, vilket förutsätter datafångsttjänster samt tjänster vid bearbetning och schematisering av data och databankstjänster, vilka är tjänster i kategori 7, med rubriken "ADB-tjänster och därmed sammanhängande tjänster" i bilaga XVI A till direktiv 93/38,

— själva tryckningen av telefonkatalogerna, vilken omfattas av kategori 15, med rubriken "Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt", i bilaga XVI A till nämnda direktiv,

— marknadsföringstjänster som omfattas av kategori 13 i bilaga XVI A till direktiv 93/38.

40 Eftersom dessa tjänster är direkt knutna till tillhandahållande av offentliga telekommunikationstjänster måste det omtvistade avtalet, som avser dessa tjänster, anses omfattas av direktiv 93/38.

41 Vad gäller den andra tvistefrågan konstaterar domstolen inledningsvis att den nationella domstolen dels i sina frågor anknyter till förslaget till rådsdirektiv 91/C 23/01 av den 13 december 1990 om samordning av förfarandena vid offentlig

upphandling av tjänster (EGT C 23, 1991, s. 1, nedan kallat förslaget av den 13 december 1990), dels utgår från den definition av begreppet koncession avseende offentliga tjänster som kommissionen föreslog i denna handling.

42 Det skall härvid preciseras att domstolen är i stånd att besvara den andra frågan utan att ta ställning till definitionen av begreppet koncession avseende offentliga tjänster i artikel 1 h i förslaget av den 13 december 1990.

43 Det skall inledningsvis anmärkas att artikel 1 punkt 4 i direktiv 93/38 hänvisar till skrivna onerösa avtal och endast nämner avtalsparterna och avtalets syfte, utan att det uttryckligen talas om koncession avseende offentliga tjänster, vilka kan definieras bland annat med avseende på vilket sätt som den som tillhandahåller tjänsten får ersättning därför, och utan att det görs någon som helst skillnad mellan avtal där vederlaget är fast och avtal där vederlaget består i en rätt att dra ekonomisk nytta av en tjänst.

44 Telaustria har föreslagit att direktiv 93/38 skall tolkas så, att även ett avtal där vederlaget består i en sådan rätt omfattas av direktivets tillämpningsområde. Enligt Telaustria är det tillräckligt att avtalet är oneröst och ingås skriftligen för att direktiv 93/38 skall vara tillämpligt på ett sådant avtal enligt artikel 1 punkt 4 i direktivet. Det vore således fel att av förhållandet att direktivet inte uttalar sig om hur den som tillhandahåller tjänsten skall ersättas dra slutsatsen att sådana avtal inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Telaustria har tillagt att omständigheten att kommissionen inte föreslog att det skulle införas bestämmelser om denna typ av avtal, så att de omfattas av direktivets tillämpningsområde, tyder på att kommissionen ansåg att direktivet omfattar alla avtal om tillhandahållande av tjänster, utan hänsyn till hur den som tillhandahåller tjänsten får ersättning därför.

45 Eftersom Telekom Austria, de medlemsstater som har yttrat sig i målet och kommissionen motsätter sig denna tolkning, skall det undersökas om den är välgrundad mot bakgrund av de relevanta direktivens historik, särskilt vad avser offentlig upphandling av tjänster.

46 Det skall härvid erinras om att kommissionen — såväl i sitt förslag av den 13 december 1990 som i sitt ändrade förslag till rådsdirektiv 91/C 250/05 av den 28 augusti 1991 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT C 250, s. 4, nedan kallat förslaget av den 28 augusti 1991), vilka ledde till att direktiv 92/50 antogs, vilket avser offentlig upphandling av tjänster i allmänhet — uttryckligen föreslog att "koncession avseende offentliga tjänster" skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

47 Förslaget rörande koncessioner grundades på en önskan att "säkerställa kongruens mellan olika upphandlingsförfaranden", varvid kommissionen i tionde övervägandet i förslaget av den 13 december 1990 preciserade att "det är viktigt att koncession avseende offentliga tjänster omfattas av detta direktiv på samma sätt som direktiv 71/305/EEG är tillämpligt på koncessionsavtal rörande bygg- och anläggningsarbeten". Även om rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5) inte längre uttryckligen omnämns i tionde övervägandet i förslaget av den 28 augusti 1991, anges i samma övervägande fortfarande att "kongruens mellan olika upphandlingsförfaranden" utgör ett mål med direktivet.

48 Under lagstiftningsarbetet strök rådet emellertid hänvisningen till koncession avseende offentliga tjänster bland annat på grund av skillnaderna mellan medlemsstaterna vad avser delegation av tillhandahållande av offentliga tjänster och regler för hur sådan delegation kan ske, varvid det erinrades om att dessa

skillnader kan skapa en situation där dessa marknader för koncessioner öppnas i mycket olika grad (se dokument nr 4444/92 ADD 1 av den 25 februari 1992, punkt 6, med rubriken "Rådets motivering", som bifogats den gemensamma ståndpunkten av samma dag).

49 Samma sak hände med kommissionens ståndpunkt i kommissionens ändrade förslag till rådsdirektiv 89/C 264/02 av den 18 juli 1989 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT C 264, s. 22), vilket låg till grund för direktiv 90/531, som var det första direktivet om offentlig upphandling. Även i detta direktiv, som föregick direktiv 93/38, föreslog kommissionen vissa bestämmelser om koncession avseende offentliga tjänster inom dessa sektorer.

50 Det framgår emellertid av punkt 10 i dokument nr 5250/90 ADD 1 av den 22 mars 1990, med rubriken "Rådets motivering", som bifogats den gemensamma ståndpunkten av samma dag rörande det ändrade förslaget till rådsdirektiv om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, att rådet inte följde kommissionens förslag att i direktiv 90/531 införa regler om koncession avseende offentliga tjänster, på den grunden att sådana avtal endast förekom i en av medlemsstaterna och att det, i frånvaro av fördjupade studier rörande olika former av koncession avseende offentliga tjänster i medlemsstaterna inom dessa sektorer, saknades anledning att reglera desamma.

51 Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att kommissionen i sitt förslag till rådsdirektiv 91/C 337/01 av den 27 september 1991 om ändring av direktiv 90/531 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom

vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT C 337, s. 1), vilket låg till grund för direktiv 93/38) inte föreslog att koncession avseende offentliga tjänster skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

52 Denna slutsats stöds även av hur tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten har utvecklats.

53 I artikel 3.1 i direktiv 71/305, vilket var det första direktivet på området, undantogs nämligen koncessionsavtal uttryckligen från direktivets tillämpningsområde.

54 Genom rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305 (EGT L 210, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3) infogades emellertid artikel 1b i direktiv 71/305, i vilken koncessionsavtal för offentliga bygg- och anläggningsarbeten uttryckligen beaktas genom att det föreskrivs att reglerna om publicering i artikel 12.3, 12.6, 12.7 och 12.9—12.13 och artikel 15a skall vara tillämpliga på sådana avtal.

55 I rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), vilket har ersatt direktiv 71/305 i dess ändrade lydelse, omnämns uttryckligen koncessionsavtal för offentliga bygg- och anläggningsarbeten bland de avtal som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

56 I direktiv 93/38, som antogs samma dag som direktiv 93/37, finns däremot inga bestämmelser om koncession avseende offentliga tjänster. Av detta följer att

gemenskapslagstiftaren har valt att inte låta sådana avtal omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38. I annat fall hade lagstiftaren uttryckligen angett att sådana avtal skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde, såsom skedde i direktiv 93/37.

57 Eftersom koncessionsavtal avseende offentliga tjänster således inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38, anser domstolen att sådana avtal, tvärtemot vad Telaustria har hävdat i sin tolkning av direktivet, inte omfattas av begreppet skriftliga onerösa avtal i artikel 1 punkt 4 i nämnda direktiv.

58 Svaret på den första och den andra frågan blir således att

— ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrotts att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag, som innebär att det första företaget ger det andra företaget i uppgift att tillverka och ge ut tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger) omfattas av direktiv 93/38,

— trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38 omfattas det, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.

59 Omständigheten att ett sådant avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38 utgör emellertid inget hinder för domstolen att lämna den nationella domstolen ett svar som kan vara av nytta för dess avgörande. Domstolen kan härvid ha anledning att beakta andra tolkningsdata som kan vara av nytta för tvistens lösning.

60 Det skall härvid anmärkas att trots att sådana avtal på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

61 Såsom domstolen har fastställt i dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S (REG 1999, s. I-1829), punkt 31, förutsätter denna princip bland annat att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas.

62 Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

63 Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om denna skyldighet har iakttagits i målet vid den nationella domstolen och dessutom att bedöma om anförd bevisning härom är relevant.

Den tredje och den femte frågan

64 Med hänsyn till svaret på den första och den andra frågan saknas anledning att besvara den tredje frågan, eftersom denna fråga har ställts till domstolen för det fall att den andra frågan skulle besvaras jakande.

65 Den femte frågan rör klargöranden knutna till den tredje frågan, varför denna fråga således inte heller behöver besvaras.

Den fjärde, den sjätte och den sjunde frågan

66 Med hänsyn till svaret på den första och den andra frågan saknas vidare anledning att besvara den fjärde, den sjätte och den sjunde frågan, eftersom dessa frågor har ställts till domstolen för det fall att domstolen skulle fastställa att direktiv 93/38 är tillämpligt på det omtvistade avtalet.

Rättegångskostnader

67 De kostnader som har förorsakats den österrikiska, den danska, den franska och den nederländska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 23 april 1998 har ställts av Bundesvergabeamt — följande dom:

1) — Ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrotts att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag, som innebär att det första företaget ger det andra företaget i uppgift att tillverka och ge ut tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger) omfattas av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

— Trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38 omfattas det, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.

2) Trots att sådana avtal på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38, är de upphandlande

myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Denna princip förutsätter bland annat att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas.

3) Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

4) Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om denna skyldighet har iakttagits i målet vid den nationella domstolen och dessutom att bedöma om anförd bevisning härom är relevant.

Skouris Puissochet Macken

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 7 december 2000.

R. Grass

Justitiesekreterare

C. Gulmann

Ordförande på sjätte avdelningen