FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 28 november 1995 *

1. De frågor som Queen's Bench Division ställt i sin begäran om förhandsavgörande gäller tolkningen av artikel 8.1 i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi, transport-och telekommunikationssektorerna [1] (nedan kallat direktivet).

Den nationella domstolen önskar särskilt få klarhet i hur bestämmelsen i fråga skall tolkas och, om den nationelle lagstiftaren har införlivat den felaktigt, om förutsättningar föreligger för att det drabbade företaget skall kunna kräva ersättning för den skada som det har lidit [2].

Gemenskapsrätten och de nationella bestämmelserna

2. I enlighet med det trettonde övervägandet i ingressen till direktivet tillämpas inte detta på "dessa organs verksamhetsområden, som antingen faller utanför vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna, eller som visserligen faller inom dessa sektorer men på en marknad där det råder fri konkurrens".

Den bestämmelse för vilken tolkning har begärts, artikel 8.1, utgör nämligen ett undantag från de bestämmelser i direktivet genom vilka kontrakt på upphandlingar som syftar till att möjliggöra telekommunikationstjänster undantas från direktivets tillämpningsområde om det råder en konkurrenssituation inom sektorn. Närmare bestämt har artikel 8 följande lydelse:

"1. Detta direktiv skall inte gälla kontrakt, som upphandlande enheter, vilka bedriver någon av de verksamheter som avses i artikel 2.2 d, tilldelar på upphandlingar, som uteslutande syftar till att göra det möjligt för dem att tillhandahålla en eller flera telekommunikationstjänster, om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor.

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT nr L 297, s. 1.

2 — Med avseende på den sistnämnda aspekten anknyter således föreliggande fall till dom i målen Brasserie du Pêcheur och Factortame (förenade målen C-46/93 och C-48/93), liksom till dom i målet Dillenkofer m. fl. (förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94 och C-190/94) i vilket förslag till yttrande föredras idag.

2. De upphandlande enheterna skall på kommissionens begäran till kommissionen anmäla de tjänster, som de anser vara undantagna enligt punkt 1. Kommissionen får, i informationssyfte, regelbundet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggöra förteckningar över de tjänster, som den anser vara undantagna. Därvidlag skall kommissionen ta hänsyn till varje känslig kommersiell aspekt, som de upphandlande enheterna kan ange i samband med att de lämnar dessa upplysningar."

3. I ovannämnda artikel 2.2 d upptas bland annat de aktiviteter som ingår i direktivets tillämpningsområde, "[t]illhandahållande eller drift av offentliga kommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster". I enlighet med artikel 2.1 b tillämpas direktivet även på upphandlande enheter som "ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda eller exklusiva rättigheter, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna". I artikel 2.3 a förtydligas att med avseende på tillämpningen av stycke 1 b skall en upphandlande enhet anses åtnjuta särskilda eller exklusiva rättigheter närmare bestämt när "den i samband med anläggande av de nät och anordningar, som beskrivs i punkt 2, kan utnyttja rätt till expropriation eller bruksrätt eller kan placera nätutrustning på, under eller över allmän väg". I enlighet med artikel 2.6 skall "[d]e i bilagorna 1 till 10 uppräknade upphandlande enheterna uppfylla ovan nämnda kriterier" [Översättarens anmärkning: I den svenska direktivtexten står felaktigt 'bilagorna 1 och 10']. I bilaga 10 som handlar just om "[d]rift av telekommunikationsnät eller tillhandahållande av telekommunikationstjänster" nämns för Förenade kungarikets del bland andra British Telecommunications plc (nedan kallat sökanden), Mercury Communications Ltd (nedan kallat Mercury) samt City of Kingston upon Hull (nedan kallat Hull plc).

Slutligen bör påminnas om att i enlighet med artikel 33.1 d skall de upphandlande enheterna bevara ändamålsenlig information beträffande varje enskilt kontrakt, så att de vid senare tillfälle kan motivera beslut avseende bland annat underlåtenhet att tillämpa bestämmelserna i avdelningarna II, III och IV (bestämmelser om kriterier och förfaranden vid upphandling) enligt undantagen i avdelning I, bland vilka ingår det undantag i artikel 8.1 som är av intresse för föreliggande fall.

4. Förenade kungariket genomförde direktivet genom "Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992". Närmare bestämt införlivas genom artiklarna 5 och 6 a i lagen i fråga de bestämmelser i direktivet genom vilka — som förtydligas i det trettonde övervägandet — tillämpningen av detta begränsas till tilldelningen av sådana kontrakt som uteslutande har som syfte att möjliggöra för de upphandlande enheterna att bedriva en av de verksamheter som omnämns i direktivet.

I artikel 7.1 i lagen, genom vilken artikel 8.1 i direktivet var ämnad att genomföras, berörs i stället de undantag som särskilt rör telekommunikationssektorn och det är således denna bestämmelse som sökanden har ifrågasatt. I den fastslås att "[d]essa föreskrifter är inte tillämpliga på upphandling som görs av ett av de allmännyttiga företag som anges i bilaga 2, vilken uteslutande syftar till att göra det möjligt för detta företag att tillhandahålla en eller flera av de telekommunikationstjänster som beskrivs i den del i bilaga 2 där denna enhet är angiven."

Den nämnda bilaga 2 består av två delar. Del A omfattar alla andra koncessionärer inom sektorn för offentliga telekommunikationstjänster än sökanden och Hull plc. För dessa operatörer är "alla offentliga telekommunikationstjänster" uttryckligen undantagna från tillämpningen av lagen. Del B däremot, rör uteslutande sökanden och Hull plc, för vilkas del de undantagna tjänsterna är "[a]lla offentliga telekommunikationstjänster, utom de tjänster som anges här nedan om dessa tillhandahålls inom det geografiska område som omfattas av distributörens licens för att bedriva verksamhet som offentlig telekommunikationsoperatör: tjänster som baseras på taltelefoni, tjänster som baseras på dataöverföring, tillhandahållande av privat förhyrda nät och tjänster inom sjöfartssektorn".

I artikel 7.2 i samma lag föreskrivs dessutom att de operatörer som anges i bilaga 2 skall överlämna en rapport till ministern, för vidare befordran till kommissionen, med beskrivningar av de offentliga telekommunikationstjänster som respektive företag tillhandahåller och som de anser beskrivs i den del av bilaga 2 där företagen anges. Genom bestämmelsen genomförs således artikel 8.2 i direktivet.

Slutligen bör påpekas att, med tillämpning av artikel 33 i direktivet, föreskrivs i artikel 25.1 i den nationella lagen i fråga att om en upphandlande enhet beslutar att inte tillämpa bestämmelserna om undantag som återfinns i bland annat artikel 7 i samma lag, skall den tillhandahålla lämpliga upplysningar för att motivera sitt beslut, beträffande kontrakt som tilldelats enligt andra regler än de som föreskrivs i upphandlingsordningen.

Bakgrund, tolkningsfrågorna

5. Sökanden är ett aktiebolag med begränsat ansvar som bildades den 1 april 1984 genom British Telecommunications Act 1984 (1984 års lag om telekommunikationer). I samband därmed överfördes till detta bolag samtliga rättigheter och skyldigheter från det föregående offentligrättsliga bolaget, även det kallat British Telecommunications, vilket genom British Telecommunications Act 1981 i sin tur hade efterträtt Post Office, som fram till dess hade haft monopol på att tillhandahålla telekommunikationssystem.

I 1984 års lag om telekommunikationer föreskrivs att den som ämnar tillhandahålla ett telekommunikationssystem i Förenade kungariket, till följd av att monopolet avskaffats, måste erhålla en licens i vilken det skall ges en uttömmande beskrivning av de verksamheter vars utövande skall beviljas. Med tillämpning av den bestämmelsen beviljade Secretary of State for Trade and Industry sökanden i juni 1984 en licens för 25 år. Genom licensen tillåts sökanden, som betecknas som en "koncessionär för offentliga telekommunikationstjänster", att tillhandahålla offentliga telekommunikationssystem inom hela Förenade kungariket, med undantag för vissa geografiska begränsningar som rör det område inom vilket Hull plc är koncessionär. Sökanden är närmare bestämt skyldig att tillhandahålla taltelefonitjänster till alla som begär sådana, oavsett om efterfrågan är tillräcklig för att täcka de kostnader som uppkommer eller inte. Det bör dessutom tilläggas att sökanden är den enda av licenstagarna vars taxesättning är reglerad (price cap). Slutligen bör preciseras att staten löpande, till juli månad 1993, sålde ut de aktier den ägde i sökanden.

6. Den betydande öppningen av marknaden som möjliggjordes genom 1984 års lag om telekommunikationer ledde till att mer än 600 licenser för olika verksamheter inom sektorn beviljades och att ca 110 "koncessionärer för offentliga telekommunikationstjänster" godkändes. Innehållet i licenserna var emellertid mycket differentierat. Inom sektorn för telekommunikationstjänster med användande av fasta förbindelser (exempelvis taltelefoni med fasta terminaler) beviljade den brittiska regeringen licenser endast till sökanden och Mercury, vilka närmare bestämt tilläts att koppla upp sig på sökandens telekommunikationssystem. På det sättet inleddes, just inom sektorn för användande av fasta förbindelser, en period med två parter på marknaden.

I början av 1990-talet övergavs även inom den sektorn tvåpartspolitiken, denna gång till förmån för en öppet konkurrensvänlig politik. Som en följd därav behandlas alla privata företags licensansökningar som uppfyller objektiva och klara kriterier enligt en allmän presumtion som garanterar att de bifalls, med undantag för de fall då ett avslag kan motiveras med stöd av "särskilda skäl". I syfte att säkerställa att ett så komplext system, i vilket ett flertal godkända operatörer är verksamma, fungerar ändamålsenligt föreskrivs i 1984 års lag ett krav på att "koncessionärerna för offentliga telekommunikationstjänster" skall tillåta att andra koncessionärer som ansöker därom kopplas upp på deras nät. Detta möjliggör för en operatörs kunder att få tillgång till de nät som tillhandahålls av andra koncessionärer och således, i slutänden, att kommunicera med kunder som begagnar sig av de tjänster som dessa tillhandahåller.

7. Som redan nämnts undantas genom den nationella lagstiftningen för genomförande av direktivet nästan alla operatörer inom

sektorn, däribland Mercury som även upptas i bilaga 10 till direktivet, från skyldigheten att följa direktivet vad beträffar upphandlingar som uteslutande syftar till att möjliggöra tillhandahållande av telekommunikationstjänster. Endast sökanden och Hull plc är skyldiga att följa bestämmelserna i direktivet, om än enbart med avseende på tjänster som baseras på taltelefoni, tjänster som baseras på dataöverföring, tillhandahållande av privat förhyrda nät och tjänster inom sjöfartssektorn.

Det är med avseende på just dessa genomförandebestämmelser som sökanden har väckt talan inför den nationella domstolen. Sökanden anser nämligen att Förenade kungariket inte självt skulle ha definierat vilka tjänster och operatörer som skall undantas från tillämpningen av direktivet eftersom detta, i enlighet med artikel 8.1 i direktivet, är en uppgift för de upphandlande enheterna. I sina yrkanden har sökanden dessutom begärt ersättning för den skada som den påstår sig ha lidit till följd av att bestämmelsen i fråga inte har införlivats på ett korrekt sätt.

8. För att kunna lösa tvisten har den nationella domstolen funnit det lämpligt att inkomma med en begäran om förhandsavgörande och ställt följande frågor:

"1) Skall rådets direktiv 90/531/EEG tolkas så, att en medlemsstat, när den genomför artikel 8.1 i direktivet, i kraft av artikel 189 i EEG-fördraget har rätt att själv bestämma vilka av de telekommunikationstjänster som erbjuds av respektive upphandlande enhet som skall omfattas av det undantag som anges i den artikeln, och vilka som inte skall det?

2) a) Avses med orden 'om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor' i artikel 8.1 enbart 'frihet' och 'villkor' i lagstiftningshänseende?

b) Om fråga 2 a skall besvaras nekande:

i) Vad avses därutöver med dessa ord?

ii) Har en upphandlande enhets ställning på marknaden för en viss telekommunikationstjänst någon betydelse i detta sammanhang?

iii) Om dess ställning på marknaden har betydelse: vilken är denna betydelse och, i synnerhet, när har ställningen en avgörande betydelse?

c) Påverkas svaren på frågorna under punkt b ii och b iii ovan av den omständigheten att enheten är underkastad lagstadgade begränsningar och, om så är fallet, på vilket sätt påverkas svaren?

3) Om fråga 1 skall besvaras jakande:

a) Hur skall en nationell domstol, vid vilken pågår en tvist mellan en upphandlande enhet och de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1, kunna säkerställa att tillämpningskriterierna för det i artikel 8.1 angivna undantaget tillämpas på ett riktigt sätt, och, i synnerhet, måste den godta den bedömning som de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1 har gjort av hur det i artikel 8.1 angivna undantaget skall tillämpas, i stället för att göra en egen bedömning av detta?

b) Har direktiv 90/531/EEG eller någon allmän princip i gemenskapsrätten, i synnerhet rättssäkerhetsprincipen, åsidosatts då en nationell domstol finner att de definitioner av telekommunikationstjänster som har fastställts av de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1 för att avgöra om en viss tjänst omfattas av undantaget eller inte, är utformade på ett sådant sätt att det är omöjligt för den upphandlande enheten att avgöra om en viss tjänst omfattas därav eller inte?

c) Har en medlemsstat, när den definierar vissa telekommunikationstjänster, rätt att fastställa definitioner som är baserade på beskrivningar av de tekniska medel som används för att tillhandahålla tjänsten i stället för en beskrivning av själva tjänsten?

4) Är en medlemsstat som på ett felaktigt sätt har införlivat artikel 8.1 i rådets direktiv 90/531/EEG skyldig enligt gemenskapsrätten att ersätta den upphandlande enheten för den skada som denna har lidit till följd av detta fel och, om så är fallet, vilka förutsättningar måste föreligga för att en sådan skyldighet skall uppkomma?"

Den första frågan

9. Genom den första frågan ombeds domstolen att uttala sig om huruvida medlemsstaterna, med beaktande av det utrymme för skönsmässig bedömning som de har i enlighet med artikel 189 i fördraget, har rätt att definiera och fastställa vilka telekommunikationstjänster som skall vara undantagna, då vissa förutsättningar föreligger, från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 8.1 när de införlivar ett direktiv i den nationella lagstiftningen, eller om det ankommer på de upphandlande enheterna att själva bestämma detta.

För det ändamålet är det lämpligt att inledningsvis hänvisa till lydelsen av bestämmelsen i fråga, den kontext det ingår i, liksom dess syfte.

10. Av lydelsen av artikel 8.1 i direktivet framkommer ingenting som skulle kunna stödja uppfattningen att medlemsstaterna skulle ha rätt att själva bestämma vilka tjänster och operatörer som skall undantas från direktivets tillämpningsområde. Bestämmelsen i fråga begränsar sig nämligen till att från direktivets tillämpningsområde undanta de kontrakt som de upphandlande enheterna tilldelar för upphandling som uteslutande syftar till att möjliggöra för dem att tillhandahålla en eller flera telekommunikationstjänster, förutsatt att andra enheter är fria att erbjuda samma tjänster på samma villkor.

Frånvaron av hänvisningar till medlemsstaterna förefaller tyda på att det är de upphandlande enheterna själva, de enda som nämns i bestämmelsen, som skall avgöra vilka kontrakt som är undantagna. En sådan slutsats bekräftas, åtminstone vid en första anblick, av omständigheten att andra bestämmelser i direktivet, även om de återfinns i avdelning I i detta och således rör beviljade undantag, uttryckligen och exakt beskriver den roll som medlemsstaterna ges i fråga om att bestämma vilka kontrakt som åtnjuter undantagen i fråga [3].

11. Dessutom bör tilläggas att i enlighet med artikel 8.2 ansvarar de upphandlande enheterna för uppgiften att på kommissionens begäran anmäla till denna vilka tjänster som de "anser vara undantagna enligt punkt 1". Kommissionen offentliggör därefter i Europeiska gemenskapernas officiella tidning, C-serien, om än bara i informationssyfte, förteckningar över de tjänster "som den anser vara undantagna".

Om, som Förenade kungarikets regering hävdar, det ankommer på medlemsstaterna att besluta vilka tjänster som i enlighet med artikel 8.1 skall anses undantagna från direktivets tillämpningsområde, vore det inte lätt att förklara varför de upphandlande enheterna och inte medlemsstaterna i artikel 8.2 åläggs att meddela vilka tjänster som anses

3 — Se särskilt artiklarna 3 och 10.

undantagna. Försåvitt det inte anses röra sig om en bestämmelse som saknar praktisk nytta, måste det anses att artikel 8.2 motiveras genom att det är de upphandlande enheterna själva som beslutar vilka av de tjänster som de tillhandahåller som skall komma i åtnjutande av det undantag som föreskrivs i artikel 8.1.

12. En ytterligare bekräftelse av den ståndpunkten ges genom artikel 33 i direktivet, enligt vilken de upphandlande enheterna beträffande varje enskilt kontrakt skall bevara "ändamålsenlig information ... så att de vid senare tillfälle kan motivera beslut avseende ... d) underlåtenhet att tillämpa bestämmelserna i avdelningarna II, III och IV enligt undantagen i avdelning I".

Av den nyssnämnda bestämmelsen framgår tydligt att gemenskapslagstiftaren haft för avsikt att genom de nationella bestämmelserna vända sig direkt till de upphandlande enheterna och tilldela dessa ansvaret för att besluta om undantag med stöd av artikel 8.1 i direktivet, liksom bevisbördan för att visa att de villkor som ställs är uppfyllda.

13. Jag vill därefter påminna om att friheten som medlemsstaterna har att i enlighet med artikel 189 tredje stycket i fördraget bestämma form och tillvägagångssätt för genomförande av ett direktiv, i enlighet med fast rättspraxis i frågan "inte påverkar skyldigheten för var och en av de stater till vilken det är riktat att inom ramen för den egna rättsordningen vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att direktivet får full verkan i enlighet med de mål som skall förverkligas genom detsamma". [4] Detta innebär att medlemsstaterna har att vidta alla de åtgärder som behövs för att säkerställa att bestämmelserna i direktivet får full verkan och således att garantera att dessa får önskat resultat. Det bör tilläggas att, som domstolen själv har påpekat, bestämmelserna i ett direktiv skall genomföras "med ovedersäglig tvingande verkan ..., nödvändig exakthet och tydlighet ... för att fullt ut garantera rättssäkerheten". [5]

Sådana uttalanden innebär uppenbarligen för det första att det utrymme för fritt skön som ges medlemsstaterna i fråga om införlivandet av ett direktiv i den nationella rättsordningen i varje fall inte kan användas på ett sätt som äventyrar det mål som skall förverkligas genom direktivet. De innebär för det andra att det som räknas är just resultatet i fråga, vilket får till följd att införlivandet av ett direktiv skall anses korrekt när det, även om det inte strikt återger direktivets bestämmelser i de nationella genomförandebestämmelserna [6], likväl gör det möjligt att uppnå det mål som detta söker förverkliga.

4 — Dom av den 10 april 1984, Von Colson (14/83, Rec. s. 1891, punkt 15).

5 — Dom av den 30 maj 1991, kommissionen mot Tyskland (mål C-59/89, Rec. s. I-2607, punkt 24).

6 — Se exempelvis dom av den 9 april 1987, kommissionen mot Italien (365/87, Rec. s. 1733).

14. Vad beträffar föreliggande fall innebär detta att det — även om avfattningen av bestämmelsen i fråga, utöver det sammanhang som den ingår i, tyder på att det borde vara de upphandlande enheterna själva som bestämde vilka tjänster som de tillhandahåller som skall anses undantagna från direktivets tillämpningsområde — kvarstår att utröna om genomförandebestämmelserna som antagits av Förenade kungariket är sådana att de kan säkerställa det önskade resultatet av direktivet och särskilt av dess artikel 8.1.

Jag anser att svaret på den frågan inte kan vara annat än nekande. Den föregripande definitionen av de "undantagna" tjänsterna som nämnts ovan är nämligen sådan att den, enligt min uppfattning, strider mot själva syftet med bestämmelsen i fråga. Detta beror huvudsakligen på att en sådan ogenomtänkt definition, genom att den återger den rådande situationen i en medlemsstat vid ett visst tillfälle, varken beaktar den utveckling som kan komma att ske inom sektorn i fråga eller omständigheten att de undantagna tjänsterna kan variera med avseende på en och samma operatör. Samtidigt hindrar ett sådant förfaringssätt kommissionen från att utöva den kontroll som kommissionen enligt direktivet ansvarar för.

15. Om det å ena sidan är så att de upphandlande enheterna på kommissionens begäran anmäler till denna vilka kontrakt som de anser vara undantagna och vars offentliggörande kommissionen själv ombesörjer, förhåller det sig nämligen även så att den offentliggjorda förteckningen endast omfattar de tjänster som kommissionen själv "anser vara undantagna". Detta medför att institutionen i fråga har att kontrollera om de tjänster som anmälts av de upphandlande enheterna faktiskt uppfyller de villkor som ställs upp i artikel 8.1 för att undantaget skall vara tillämpligt.

Det är mer än uppenbart att kommissionen, på grund av det sätt som Förenade kungariket har gått till väga för att införliva direktivet, inte kan utföra en sådan kontroll, eftersom de förteckningar som anmäls till institutionen av de upphandlande enheterna genom de behöriga nationella myndigheterna [7] inte kan annat än sammanfalla med de som avses i bilaga 2 i den nationella lagen i fråga. Således frånkänns kommissionen, med avseende på operatörer och tjänster i Förenade kungariket, den övervakande funktion som den tilldelas genom artikel 8.2 i direktivet.

16. Den brittiska regeringen har emellertid, när den försvarat det sätt på vilken den gått till väga för att införliva direktivet i den egna rättsordningen, hävdat att det inte hade varit lämpligt att ge de upphandlande myndigheterna befogenheten att själva avgöra vilka kontrakt som skall vara undantagna, eftersom detta med all sannolikhet hade inneburit motstridiga bedömningar i likartade fall och ofrånkomligen varit till nackdel för rättssäkerheten.

7 — Se artikel 7.2 i de nationella genomförandebestämmelserna.

Jag vill i det hänseendet endast påpeka att det genom direktivet inrättade systemets ändamålsenlighet, såsom det här tolkas, framstår som tillräckligt garanterad genom den övervakande funktion som i direktivet anförtros åt kommissionen, även och särskilt beträffande de möjliga missbruk som den brittiska regeringen har hänvisat till. Därtill skall påpekas att i den mån beslutet om undantag fattas av de upphandlande enheterna själva och inte av medlemsstaterna, kan eventuella bestridanden göras gällande i enlighet med de nationella bestämmelser som antagits för att genomföra direktiv 92/13/EEG [8], som handlar om rättsmedel. I enlighet med artikel 1 i det direktivet tillämpas detta nämligen på "beslut av upphandlande enheter".

17. Slutligen måste påpekas att den hittills redovisade tolkningen av artikel 8.1 i direktivet visar att det rör sig om en bestämmelse som ger enskilda, i föreliggande fall de upphandlande enheterna, rättigheter som de kan åberopa direkt inför de nationella domstolarna. Det rör sig således om en bestämmelse med direkt effekt. I ett sådant perspektiv bör det medges att en föregripande och detaljerad definition av de undantagna tjänsterna, som den som har givits av den nationelle lagstiftaren, med nödvändighet kommer att stå i strid med det resultat som eftersträvas i direktivet.

8 — Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14).

Sammanfattningsvis anser jag att artikel 189 i fördraget ålägger medlemsstaterna att genomföra artikel 8.1 i direktivet på ett sådant sätt att de upphandlande enheterna bemyndigas att själva tillämpa de bedömningsgrunder som fastslås i bestämmelsen och således att fastslå vilka av de telekommunikationstjänster som de tillhandahåller som skall undantas från direktivets tillämpningsområde.

Den andra frågan

18. Genom sin andra fråga under punkten a önskar den nationella domstolen få klarhet i om villkoret "om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor" som återfinns i artikel 8.1 skall tolkas så, att den frihet som andra upphandlande enheter skall åtnjuta är av lagstiftningsnatur.

Vad som skall fastslås är kort och gott om friheten att "erbjuda samma tjänster i samma geografiska område" och förekomsten av "i stort sett samma villkor" skall föreligga inte bara i rättsligt hänseende, som sökanden hävdar, utan även rent faktiskt för att komma i åtnjutande av undantaget enligt artikel 8.1 i direktivet.

19. Det behöver knappast påpekas att det i det förstnämnda fallet vore tillräckligt att bestämmelserna i lag och andra författningar garanterade möjligheten till fri konkurrens inom den berörda sektorn. Med andra ord skulle det vara nödvändigt att i förekommande fall avlägsna dé bestämmelser som hindrar den fria konkurrensen, antingen genom att särskilda eller exklusiva rättigheter tilldelas eller genom att marknadstillträdet på något annat sätt omöjliggörs eller försvåras.

Detta är sökandens uppfattning, till vars stöd sökanden anför att direktivet, förutom att rikta sig till offentliga myndigheter och offentliga företag som bedriver verksamhet inom de sektorer som omfattas av direktivet, även riktar sig till de enheter som inom ramen för sin verksamhet åtnjuter särskilda eller exklusiva rättigheter beviljade av behöriga myndigheter i medlemsstaterna. Anledningen till en sådan omfattning grundar sig enligt sökanden just på förutsättningen att beviljandet av sådana rättigheter medför att marknaden stängs för konkurrens och gör det till en "reserverad" marknad. Därav skulle följa att när en intern rättsakt har utfärdats för att upphäva sådana särskilda eller exklusiva rättigheter, vilket skall ha varit fallet med British Telecommunications Act av år 1984 i det brittiska systemet, skulle det inte längre finnas anledning att tillämpa direktivet på grund av just det undantag som avses i artikel 8.1. Marknaden i fråga skulle nämligen inte vara en "reserverad" marknad i den mening som avses i artikel 2.3 i direktivet, utan en avreglerad marknad, öppen för konkurrens mellan ett flertal operatörer.

20. Uppfattningen i fråga kan enligt min åsikt inte godtas. För det första framgår alls inte av lydelsen av bestämmelsen i fråga att den begränsas till hinder som beror på bestämmelser i lagar eller andra författningar. Friheten för upphandlande enheter att erbjuda samma tjänster på huvudsakligen lika villkor anges nämligen i allmänna ordalag, och det skulle heller inte kunna förhålla sig annorlunda med hänsyn till syftet med bestämmelsen i fråga och systemet som helhet betraktat. Därtill bör konstateras att det i det trettonde övervägandet i ingressen till direktivet, till vilket har hänvisats upprepade gånger, uttryckligen fastslås att undantag från tillämpningsområdet för direktivet förutsätter att enheterna i fråga bedriver sin verksamhet *"på en marknad där det råder fri konkurrens"* [9].

Det är således inte tillräckligt att tillträde till marknaden inte hindras i lag. Det krävs även att konkurrens faktiskt föreligger. De i artikel 8.1 nämnda villkoren skall således tolkas så att de måste uppfyllas inte bara *rättsligt* utan även *faktiskt*. Det första villkoret föreligger när andra enheter än den berörda upphandlande enheten har rätt att bedriva verksamhet på marknaden för tjänsten i fråga och tillträdet till denna inte begränsas i lag. Det andra kan vidare anses uppfyllt när enheterna i fråga inte bara är formellt berättigade utan även *faktiskt* i stånd att tillhandahålla de

9 — Min kursivering.

tjänster som avses på samma villkor som den upphandlande enheten.

21. Slutligen skall det här diskuterade villkoret tolkas så, att det hänför sig till ett antal faktorer av teknisk och ekonomisk, förutom juridisk, natur. Det är således nödvändigt att "friheten" att tillhandahålla tjänsterna faktiskt föreligger och inte bara är potentiell, det vill säga endast teoretiskt möjlig. I det sistnämnda fallet skulle det nämligen likväl vara endast ett subjekt, den upphandlande enheten, som faktiskt var verksamt på marknaden i fråga.

Det är således den upphandlande enheten som, då den anser sig behöva undantas från bestämmelserna i direktivet, har att med stöd i artiklarna 8 och 33 i direktivet pröva om andra subjekt förmår att bedriva samma verksamhet på "i stort sett samma villkor".

22. Under punkterna b och c i den andra frågan önskar den nationella domstolen få klarhet i vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av om det faktiskt råder konkurrens i fråga om en viss tjänst på telekommunikationsmarknaden.

Den hänskjutande domstolen önskar särskilt, för det fall det är nödvändigt att bedöma situationen på marknaden även på grundval av faktiska uppgifter, få klarhet i om den dominerande ställning som den upphandlande enheten i fråga eventuellt åtnjuter på marknaden för en viss telekommunikationstjänst är av betydelse för bedömningen, samt vilken form denna dominerande ställning skall ha för att vara avgörande i det avseende som här diskuteras samt, slutligen, om det är av någon betydelse att den upphandlande enheten är föremål för särskilda lagstadgade begränsningar.

23. Sökanden har för det första bestritt att den skulle ha en dominerande ställning på marknaden [10] och har lagt fram en rad uppgifter för att bekräfta att det faktiskt råder konkurrens i fråga om ett flertal verksamheter inom branschen. För det andra ifrågasätter den dels uppfattningen att själva åtnjutandet av en dominerande ställning är av betydelse för direktivet om offentlig upphandling, dels att förekomsten av en sådan ställning kan visas genom endast en analys av marknadsandelar.

Det finns andra omständigheter som enligt sökanden borde beaktas vid bedömningen av dess ställning på marknaden. Särskilt borde hänsyn tas till de lagstadgade begränsningar

10 — Den brittiska regeringen är av motsatt uppfattning. Av de synpunkter som den franska regeringen lämnat, och som inte har ifrågasatts, framgår för övrigt att marknadsandelarna inom sektorn för fasta förbindelser är fördelade på följande sätt: 90 procent innehas av sökanden, 7 procent av Mercury och 3 procent av övriga operatörer.

som sökanden, till skillnad från den största delen av övriga licenstagare, är föremål för. [11]

24. Jag anser att domstolen varken har behörighet eller medel att fastställa huruvida alla de faktiska och rättsliga omständigheter som skulle leda till tillämpningen av undantaget i artikel 8.1 faktiskt föreligger i det aktuella fallet. Det är en uppgift för den nationella domstolen och överensstämmer i allmänhet med den kontroll som bestämmelsen i fråga anförtror åt de upphandlande enheterna och, i sista hand, åt kommissionens övervakande verksamhet.

Det kan räcka med att påpeka att ett beslut, i vilket det förklaras att vissa tjänster kan omfattas av undantaget i fråga, om (de faktiska och rättsliga) villkoren som avses i artikel 8.1 i direktivet är uppfyllda, inte kan fattas annat än från fall till fall. Vid ett sådant beslut måste särskilt hänsyn tas till de berörda tjänsternas samtliga utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kan ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, konkurrenternas ställning på marknaden, förekomsten av eventuella lagstadgade begränsningar av den typ som beskrivits ovan, samt varje annan omständighet som visar sig vara av vikt.

Den tredje frågan

25. Genom sin tredje fråga, som i sin tur är uppdelad i tre särskilda punkter, ombeds domstolen sammanfattningsvis att uttala sig om den nationella domstolens roll då denna har att kontrollera att villkoren i artikel 8.1 i direktivet har tillämpats korrekt av de nationella myndigheterna. Detta gäller i synnerhet då en tvist uppstått mellan den upphandlande enheten och de nationella myndigheterna i fråga om den korrekta tillämpningen av villkoren för undantag enligt bestämmelsen i fråga, liksom i det fall då den nationella domstolen själv kommer fram till att sagda villkor har fastställts på ett sätt som gör det omöjligt för den upphandlande enheten att fastslå om en viss tjänst omfattas av undantaget eller inte.

Frågan har uppenbarligen ställts av den nationella domstolen för det fall domstolen skulle besvara den första frågan jakande, det vill säga medge att medlemsstaterna har rätt att själva fastställa vilka tjänster som skall anses undantagna från direktivets tillämpningsområde i enlighet med artikel 8.1 i detta. Med anledning av den slutsats jag

11 — Sökanden är nämligen, som påpekas i beslutet om hänskjutande, skyldig att medge samtrafik till alla de som ansöker därom på sina nät. Dessutom är sökanden skyldig att tillhandahålla allmänna tjänster, det vill säga teletjänster i hela Förenade kungariket, även om inte efterfrågan är tillräcklig för att täcka kostnaderna. Slutligen är sökanden den enda licenstagare som har att respektera "price cap" enligt vilken de tariffer sökanden sätter inte kan ändras annat än i de fall och inom de ramar som fastställts i lag.

dragit i den frågan anser jag att det saknas anledning att besvara frågan.

Den fjärde frågan

26. Genom den fjärde frågan ställs domstolen ånyo inför frågan om en medlemsstats ansvar och skadeståndsskyldighet gentemot enskilda som lidit skada till följd av att gemenskapsrätten har åsidosatts, en fråga som står i centrum för målen Brasserie du Pêcheur och Factortame III [12], liksom målet Dillenkofer m. fl. [13] i vilka jag i dag framlägger förslag till avgörande. Jag vill påminna om att i det första målet består den överträdelse som medlemsstaten anses ha gjort sig skyldig till i att ha tillämpat nationella lagar i strid med bestämmelser i fördraget. I det andra rör det sig i stället, liksom i domen i målet Francovich [14], om underlåtenhet att inom föreskriven tid införliva ett direktiv.

I föreliggande fall återkommer samma fråga men den avser här det fall då bestämmelser i ett direktiv har införlivats felaktigt, om än i rätt tid, i den nationella rättsordningen [15]. Sökanden begär nämligen ersättning för skada som den skall ha lidit till följd av att artikel 8.1 i direktivet har införlivats felaktigt. Skadan består av de extra kostnader som sökanden åsamkats för att rätta sig efter de (felaktiga) nationella bestämmelserna om genomförande av direktivet, bestämmelser som dessutom skulle ha hindrat sökanden från att genomföra lönsamma transaktioner. Skadan består även av den kommersiella och konkurrensmässiga nackdel som följer av skyldigheten att offentliggöra sina upphandlingsplaner och kontrakt i EGT, en skyldighet som inte åvilar övriga operatörer inom sektorn [16].

27. Även med avseende på den frågan kan utgångspunkten inte vara en annan än domen i målet Francovich, i vilken domstolen, vilket knappt behöver påpekas, har fastslagit statens skadeståndsskyldighet i fall av uteblivet införlivande av ett direktiv och preciserat de

12 — Förenade målen C-46/93 och C-48/93.

13 — Förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94.

14 — Dom av den 19 november 1991, Francovich (förenade målen C-6/90 och C-9/90, Rec. s. I-5357).

15 — Till skillnad från fallet i det ovannämnda målet C-48/93 (Factortame III), där åsidosättandet av gemenskapsrätten berodde på lagstiftaren, utgörs i föreliggande fall genomförandebestämmelserna av en rättsakt från den verkställande makten. De synnerligen strikta villkor som fastslagits i engelsk praxis i fråga om skadeståndsskyldighet för förmögenhetsskada för lagstiftningsverksamhet gör det emellertid även i det fallet synnerligen svårt att medge rätt till ersättning åt enskilda som lidit skada till följd av ett åsidosättande av gemenskapsrätten. För en grundläggande översikt i fråga om nationell rättspraxis i fråga om statens ansvar för den offentliga förvaltningens normgivningsverksamhet, särskilt i de olika fall då ersättning medges i det engelska systemet, se punkt 7 i mitt förslag till yttrande i det ovannämnda fallet.

16 — Sökanden har även hos den nationella domstolen ansökt om ett beslut om interimistiska åtgärder i syfte att skjuta upp verkställigheten av de omtvistade bestämmelserna. Ansökan har dock avslagits.

villkor som måste vara uppfyllda för att en rätt till ersättning i det fallet skall föreligga för enskilda.

I föreliggande fall gäller det således att fastslå a) om principen om statens skadeståndsansvar omfattar det fall då ett direktiv har införlivats i rätt tid men felaktigt, b) om de förutsättningar som domstolen fastslagit i domen Francovich är tillräckliga för att fastslå att en medlemsstat är skadeståndsskyldig även i här föreliggande fall, eller om det krävs någon ytterligare förutsättning, c) om förutsättningarna är uppfyllda i föreliggande fall.

28. Eftersom jag har redogjort utförligt för vissa av de nyssnämnda aspekterna i det redan nämnda förslaget till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame III), anser jag det lämpligt att för nödvändig fördjupning hänvisa till det förslaget. Jag skall därför nöja mig med att här göra endast ett par kortfattade och nödvändiga anmärkningar av allmän natur och gå in närmare på endast vissa aspekter som är utmärkande för det här föreliggande fallet.

29. För det första vill jag påpeka att skyldigheten att ersätta skada inte kan begränsas till det fallet att ett direktiv inte har införlivats, utan skall utsträckas till att omfatta det fallet att, som nu är i fråga, den skada som enskilda lidit har vållats av tillämpningen av ett direktivs nationella genomförandebestämmelser som visar sig vara felaktiga och som således av den anledningen kan ifrågasättas inför den nationella domstolen. Med andra ord är omständigheten att den enskilde i ett sådant fall kan erhålla skydd för sin påstådda rättighet inför den nationella domstolen inte i sig tillräcklig för att utesluta varje form av förmögenhetsskydd. [17]

Jag vill i det hänseendet särskilt påminna om att domstolen i domen Francovich [18], efter att ha gått igenom de grundläggande dragen i gemenskapssystemet, drog slutsatsen att "principen att en stat är ansvarig för skada som vållas enskilda till följd av överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas staten, är nära förbunden med fördragets system" (punkt 35). Det rör sig uppenbarligen om ett allmänt och principiellt påstående, vilket således gäller varje fall av överträdelse av gemenskapsrätten och inte bara underlåtenhet att införliva ett direktiv. [19] Vad beträffar det sistnämnda fallet förtydligade domstolen endast att rätten till skadestånd är "särskilt nödvändig" just därför att enskilda annars skulle fråntas allt skydd av de rättigheter som de ges enligt direktivet. Denna förklaring utesluter emellertid inte att skadeståndsansvar kan föreligga för skada som har vållats genom andra typer av överträdelser,

17 — Se i det avseendet punkterna 23 och 24 i förslaget till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame III).

18 — Vad beträffar de särskilda förhållandena i fallet Francovich, liksom grunden för och räckvidden av principen om den försumliga medlemsstatens ansvar och ersättningsskyldighet som följer av den domen, hänvisar jag till förslaget till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame), särskilt punkt 15—22.

19 — Se särskilt punkterna 33, 35 och 37 i domen i fråga.

särskilt som domstolen själv har påpekat att förutsättningarna för rätten till skadestånd beror på *den typ av överträdelse av gemenskapsrätten* som har givit upphov till skadan (punkt 38).

30. Å andra sidan kan det, vilket understryks i förslaget till avgörande i de förenade målen Brasserie du Pêcheur och Factortame III, ibland vara otillräckligt att ogiltigförklara den rättsstridiga rättsakten eller att underlåta att tillämpa den lag som är oförenlig med en överordnad bestämmelse. Det kan då visa sig vara nödvändigt, för att skyddet skall bli faktiskt och effektivt, att även återställa det ekonomiska innehållet i den åsidosatta rättigheten och att således säkerställa att det utges ersättning för skadan.

Principen om statens ekonomiska ansvar skall tillämpas såväl som en alternativ som kompletterande lösning i förhållande till skyddet i materiellt hänseende. Den skall följaktligen tillämpas beträffande överträdelser såväl av de bestämmelser som inte har direkt effekt — i den meningen att de enskilda inte kan åberopa dessa direkt vid de nationella domstolarna — som av de genom vilka det erbjuds en sådan möjlighet [20]. Självfallet gäller detta även i ett fall som det föreliggande, då ett direktiv inte införlivats korrekt.

20 — Detta är, bland annat, innebörden i domen av den 12 juli 1990, Foster (C-188/89, Rec. s. I-3313, punkt 22), i vilken domstolen fastslagit att artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG, en bestämmelse med direkt effekt, "kan åberopas för att erhålla ersättning för skada av ett organ" som har till uppgift att tillhandahålla en offentlig tjänst.

31. Vad beträffar förutsättningarna för statens ekonomiska ansvar, skall för det första påpekas att det, som framhållits i det här upprepade gånger nämnda förslaget till avgörande, är nödvändigt — för att ett skydd i alla medlemsstater skall säkerställas på ett sätt som, om det än inte är helt enhetligt, åtminstone är homogent — att det i själva gemenskapsrätten fastställs i varje fall minimiförutsättningarna för rätten till skadestånd och särskilt de kriterier enligt vilka dessa förutsättningar skall prövas samt de "gemenskapsrättsliga" begränsningarna av de "nationella" förutsättningarna för skadestånd, vare sig dessa är av processuell art eller inte.

Detta är för övrigt den lösning som domstolen har antagit i domen i målet Francovich, låt vara med vissa till detta fall kopplade specifika drag. Det finns inte någon anledning att anse att en sådan lösning skall tillämpas endast vid underlåtenhet att införliva ett direktiv och inte även vid överträdelse av bestämmelser som har direkt effekt, eller vid fall av felaktigt införlivande av ett direktiv.

32. Jag vill påminna om att domstolen i domen i målet Francovich fastslog statens ansvar efter kontroll av att följande tre förutsättningar var uppfyllda: "Direktivet måste ha till syfte att ge upphov till rättigheter för enskilda. Det måste vidare vara möjligt att bestämma innehållet i dessa rättigheter på grundval av bestämmelserna i direktivet. Slutligen måste det även föreligga ett orsakssamband mellan statens åsidosättande av sin

skyldighet och den uppkomna skadan". [21] Domstolen har för övrigt förklarat att de förutsättningarna är "tillräckliga för att till förmån för enskilda ge upphov till en rätt till skadestånd, vilken grundar sig direkt på gemenskapsrätten". [22] Den medlemsstat som kan tillskrivas underlåtenheten att införliva ett direktiv är således i varje fall skyldig att, förutsatt att de av domstolen uttalade förutsättningarna är uppfyllda, utge ersättning för den skada som den enskilde har vållats.

Skall samma slutsats dras även i här föreliggande fall, i vilket det inte rör sig om underlåtenhet att införliva ett direktiv inom den föreskrivna fristen, utan om ett felaktigt införlivande? Med andra ord, är de *tillräckliga förutsättningarna* för att den försumliga medlemsstaten skall bli skadeståndsskyldig desamma eller olika i de båda fallen?

33. De svar som har givits på den frågan under förhandlingen har varit mycket motstridiga. Enligt huvuddelen av de intervenerande regeringarna är de förutsättningar som domstolen fastställt i domen i målet Francovich inte tillräckliga för att fastställa statens ansvar. Det skulle i stället vara nödvändigt att samma förutsättningar var uppfyllda som tillämpas i fråga om gemenskapsinstitutionernas utomobligatoriska ansvar, [23] det vill säga att göra statens ansvar beroende av förekomsten av culpa.

Kommissionen är av en annan åsikt, och enligt denna är de förutsättningar som fastslagits av domstolen i målet Francovich tillräckliga, eftersom det i artikel 189 i fördraget inte görs någon skillnad på uteblivet eller felaktigt införlivande av ett direktiv. Med andra ord skulle det betydelsefulla enligt institutionen i båda fallen utgöras av att medlemsstaten åsidosatt skyldigheten att uppnå det i direktivet föreskrivna resultatet.

34. Jag vill genast säga att jag inte delar den uppfattningen. Den verkar för övrigt inte konsekvent med vad samma institution hävdat i de förenade målen C-46/93 och C-48/93. Jag vill påpeka att kommissionen i dessa föreslagit, som *minimistandard*, en tillämpning av samma restriktiva förutsättningar som utarbetats av domstolen i dess rättspraxis avseende artikel 215.

21 — De tre förutsättningarna i fråga, som domstolen fastslagit i målet Francovich (punkt 40), är likväl ordagrant citerade såsom de upprepats och sammanfattats av domstolen i mål av den 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. s. 3325, punkt 27). Se dessutom dom av den 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. s. I-6911, punkterna 22 och 23). I det sistnämnda fallet orsakades tvisten, även om det rörde sig om ett direktiv — samma som i Francovich — som redan hade införlivats i den nationella rättsordningen, av att hänsyn inte hade tagits till en viss kategori arbetstagare i de anknytande nationella bestämmelserna, varför direktivet i förhållande till dessa framstod som icke genomfört.

22 — Den ovannämnda domen i målet Francovich, punkt 41.

23 — Rättspraxis i frågan, eller rättare sagt, de kriterier som har utarbetats av domstolen, behandlas i för föreliggande fall relevanta delar, i punkt 61— 69 i förslaget till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame III).

Även om det är sant att medlemsstaten genom direktivet åläggs en skyldighet att uppnå ett visst resultat, samtidigt som den lämnas en ett stort utrymme för skönsmässig bedömning endast med avseende på sättet och medlen för dess genomförande, är det enligt min uppfattning likaledes sant att detta utgör ett gemensamt kännetecken för många gemenskapsbestämmelser i och utanför fördraget. Det förefaller mig inte med fog kunna hävdas att medlemsstaterna genom artikel 30 inte åläggs en skyldighet att uppnå ett visst resultat. Likväl är kommissionens ståndpunkt i frågan den att för att det skall föreligga skadeståndsskyldighet för staten krävs inte bara en överträdelse, utan även att denna är uppenbar och allvarlig.

35. Problemet kan således inte lösas endast på grundval av den föreskrivna skyldighetens natur, såsom huruvida det rör sig om en skyldighet att uppnå ett visst resultat eller inte. Däremot måste enligt min uppfattning medges att en avgörande faktor för att fastställa gränserna för möjligheten att låta rättsstridighet innebära skadeståndsansvar bland annat utgörs, utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna eventuellt åtnjuter inom den sektor som avses, av den större eller mindre grad av exakthet med vilken den ålagda skyldigheten har definierats, ytterst av möjligheten att med tillräcklig säkerhet bestämma innehållet i den rättighet som den enskilde gör anspråk på med avseende på bestämmelsen eller det handlande som ligger till grund för skadan. Dessa faktorer, som utförligt har redovisats i förslag till avgörande i de förenade målen Brasserie du Pêcheur och Factortame III [24], avgör huruvida en överträdelse är uppenbar och allvarlig. Omvänt saknar culpan, förstådd som en subjektiv faktor i det rättsstridiga handlande som tillskrivs den försumliga medlemsstaten, betydelse för att grunda den medlemsstatens ansvar. [25]

Ur ett sådant perspektiv innebär alls inte omständigheten att domen i målet Francovich inte innehåller något förtydligande av kriterierna för att avgöra om skadevållarens handlande är rättsstridigt, att varje överträdelse av gemenskapsrätten som kränker de ekonomiska intressena hos ett subjekt, som innehar en rättslig ställning enligt den överträdda gemenskapsbestämmelsen, i sig automatiskt skulle medföra rätt till skadestånd [26]. Den mycket enklare orsaken står att finna i att det i det fallet rörde sig om en uppenbar och allvarlig överträdelse.

36. Mer allmänt kan det enligt förslaget till avgörande i de förenade målen Brasserie du Pêcheur och Factortame III [27] talas om uppenbar och allvarlig överträdelse då:

a) skyldigheter överskrids som har ett i alla delar klart och precist innehåll,

24 — Se särskilt punkt 74— 84 i förslagen till avgörande.

25 — Se i det avseendet punkt 85— 90 i samma förslag till avgörande.

26 — Se särskilt punkt 55— 60 i förslaget till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame III), liksom punkt 28 i förslaget till avgörande i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94 (Dillenkofer m. fl.).

27 — Se särskilt punkt 84 i de förslagen till avgörande.

b) domstolens rättspraxis tillräckligt har klargjort, antingen genom en tolkning i ett förhandsavgörande eller genom en dom enligt artikel 169 i fördraget, oklara rättsliga situationer som är identiska eller i varje fall jämförbara med de som är aktuella i det förekommande fallet,

c) de nationella myndigheternas tolkning av gemenskapsbestämmelserna i deras normativa handlande (eller underlåtenhet) är uppenbart felaktig.

37. Vad beträffar här föreliggande fall, förefaller det mig inte vara något tvivel om att den berörda medlemsstatens genomförande av artikeln i fråga i den nationella rättsordningen inte kan anses vara uppenbart felaktigt med hänsyn tagen till den givna tolkningen av artikel 8.1 i direktivet. Omständigheten att Förenade kungariket självt angivit vilka tjänster som är undantagna från direktivets tillämpningsområde med stöd av en bestämmelse (artikel 8.1) vars innehåll är långtifrån sådant att det kan anses vara klart och entydigt leder mig till att dra slutsatsen att det i detta fall inte rör sig om en uppenbar och allvarlig överträdelse.

Fallet Francovich var i det avseendet otvivelaktigt annorlunda. Medlemsstaten i fråga hade över huvud taget inte införlivat det direktiv fallet rörde inom den föreskrivna tidsfristen, en tidsfrist som alls inte lämnade medlemsstaten något utrymme för skönsmässig bedömning. Det var just den aspekten som gjorde överträdelsen i sig allvarlig och uppenbar [28].

38. Vad beträffar omständigheten, som visats under förhandlingen, att ett sådant angreppssätt skulle leda till att visserligen rättidiga, men fullständigt felaktiga, införlivanden "uppmuntrades", kan det räcka med att påpeka att den här föreslagna lösningen är sådan att missbruk av medlemsstaterna, som för övrigt bör anses vara föga troligt, kan undvikas. Faktum kvarstår att med avseende på uppenbart felaktiga införlivanden, eller om man så föredrar, på klara och entydiga bestämmelser som införlivats felaktigt, är slutsatsen den att en uppenbar och allvarlig överträdelse föreligger, en överträdelse som således medför ekonomiskt ansvar för den berörda medlemsstaten.

Med förbehåll för den nationella domstolens bedömning av fallet, anser jag slutligen med stöd av här preciserade kriterier, att överträdelsen av artikel 8.1 i direktivet, såsom beskrivits ovan, inte utgör en uppenbar och allvarlig överträdelse och således inte medför ekonomiskt ansvar för den berörda medlemsstaten gentemot den upphandlande enheten för de skador denna eventuellt lidit till följd av att bestämmelsen i fråga inte har genomförts korrekt.

28 — Se i det avseendet punkt 81 i förslag till avgörande i de förenade målen C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) och C-48/93 (Factortame III), liksom förslaget till avgörande i de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94 (Dillenkofer m. fl.), mål som överensstämmer med domen i målet Francovich i detta avseende.

Förslag till avgörande

39. Mot bakgrund av det ovan sagda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som den nationella domstolen ställt på följande sätt:

"1) Artikel 8.1 i direktiv 90/531/EEG skall tolkas så, att det ankommer på de upphandlande enheterna själva att bestämma vilka telekommunikationstjänster som respektive upphandlande enhet tillhandahåller som skall, eller inte skall, vara undantagna i enlighet med direktivet.

2) Det villkor som uppställs i artikel 8.1 i direktiv 90/531/EEG, och som lyder 'om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor', skall tolkas så att enheterna i fråga inte skall ha endast formell rätt att verka på marknaden i fråga, till vilken tillträdet inte är begränsat i lag, utan även skall vara i stånd att faktiskt tillhandahålla tjänsterna i fråga på samma villkor som den upphandlande enheten.

Beslutet att bevilja undantaget för vissa tjänster eller inte skall, med avseende på de faktiska och rättsliga omständigheterna i artikel 8.1 i direktiv 90/531/EEG, ta hänsyn till de berörda tjänsternas samtliga utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kan ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, konkurrenternas ställning på marknaden samt eventuella lagstadgade begränsningar.

3) Den berörda medlemsstaten är inte skyldig att ersätta den skada som eventuellt har vållats en upphandlande enhet av att artikel 8.1 i direktiv 90/531/EEG har genomförts felaktigt eftersom åsidosättandet i föreliggande fall inte kan anses vara uppenbart och allvarligt."