FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 18. april 2002 [1]

1. Ved kendelse af 29. september 2000 har det fjerde kammer af Bundesvergabeamt (Østrig) forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [2].

2. Direktiv 92/50 sondrer mellem »prioriterede« tjenesteydelsesaftaler, hvorpå hele direktivet (afsnit III-IV) finder anvendelse, og »ikke-prioriterede« tjenesteydelsesaftaler, som alene er underlagt direktivets artikel 14 og 16. De ikke-prioriterede tjenesteydelsesaftaler, som alene anses for at have ringe indvirkning på samhandelen på tværs af landegrænserne, er således kun omfattet af den overvågningsmekanisme, der er indført ved direktivet [3].

3. De prioriterede tjenesteydelser er nævnt i bilag I A til direktivet, mens de ikke-prioriterede tjenesteydelser er nævnt i bilag I B. Klassificeringen af tjenesteydelserne henviser til De Forenede Nationers centrale produktnomenklatur (herefter »CPC-nomenklaturen«).

4. Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i direktivets bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med direktivets artikel 10, der bestemmer:

»Aftaler [...] indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

5. Direktiv 92/50 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesvergabegesetz (forbundslov om offentlige kontrakter, herefter »BVergG«) [4]. Den nævnte forbundslovs bilag III svarer i det væsentlige til bilag I A

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 209, s. 1, herefter ligeledes benævnt »direktivet«.

3 — Jf. 21. betragtning til direktiv 92/50.

4 — Bundesvergabegesetz, 1997, BGBl. I, 1997, nr. 56. Tidligere versioner af Bundesvergabegesetz, 1993, BGBl. I, 1993, nr. 462 og BGBl. I, 1996, nr. 776.

til direktiv 92/50, mens bilag IV svarer til direktivets bilag I B. BVergG's § 3, stk. 4, gennemfører den i artikel 10 i direktiv 92/50 omhandlede regel.

6. I hovedsagen har sagsøgeren, Felix Swoboda GmbH (herefter »Swoboda«), netop påtalt lovligheden af en procedure om indgåelse af offentlig tjenesteydelsesaftale i henhold til denne § 3, stk. 4, i BVergG. Swoboda har for den nationale ret nedlagt påstand om, at forbundslovgivningen er tilsidesat, idet aftalen ikke blev tildelt den bydende, som havde afgivet det mest fordelagtige bud. Ifølge den ordregivende myndigheds indlæg deltog Swoboda ikke i den omhandlede udbudsprocedure.

7. Den ordregivende myndighed, Österreichische Nationalbank (Republikken Østrigs Nationalbank, herefter »ÖNB«), tildelte, i forbindelse med dens flytning til nye lokaler ca. 200 meter væk fra dens oprindelige adresse, en aftale vedrørende »flytte- og transporttjenesteydelser«.

8. Ud over den fysiske flytning (nedtagning, indpakning, transport, udpakning), der ifølge ÖNB ikke i sig selv udgjorde mere end 6,94% af den samlede kontraktværdi, vedrørte den væsentligste del af de ydelser, som skulle præsteres, den edb-understøttede logistik, koordination af samtlige flytteaktiviteter samt tilrådighedstillelse og drift af lagerhal. Derfor fandt ÖNB, at aftalen primært vedrørte »hjælpevirksomhed i forbindelse med transport«, som omhandlet i bilag IV til BVergG, og ikke »landtransportserviceydelser«, som findes i bilag III til BVergG, og som følgelig er underlagt forbundslovgivningen i sin helhed. ÖNB har derfor alene offentliggjort en meddelelse om resultatet af tildelingen.

9. Swoboda mener, at aftalen burde være indgået i overensstemmelse med BVergG i sin helhed, eftersom værdien af de tjenesteydelser, som er opført i bilag III hertil, oversteg værdien af de tjenesteydelser, som er opført i bilag IV.

10. Bundesvergabeamt har således med henblik på at løse tvisten i hovedsagen fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 234 EF:

»1) Skal en tjenesteydelse, der tjener et samlet formål, men som imidlertid kan opdeles i delydelser, i henhold til opbygningen af direktiv 92/50/EØF,

blandt andet beskrivelsen af tjenesteydelser i bilag I A og I B, anses for en samlet ydelse, der består af en hovedydelse og dertil knyttede biydelser, og indordnes efter sit hovedformål i henhold til bilag I A og I B til direktivet, eller skal hver enkelt delydelse prøves særskilt med hensyn til, om den som prioriteret tjenesteydelse i fuldt omfang er omfattet af direktivet eller som ikke-prioriteret tjenesteydelse kun er omfattet af enkelte bestemmelser i direktivet?

2) I hvilket omfang kan en tjenesteydelse, der svarer til en bestemt beskrivelse af en tjenesteydelse (f.eks. transporttjenesteydelser), i henhold til opbygningen af direktiv 92/50/EØF opdeles i enkeltydelser, uden at komme i strid med udbudsbestemmelserne, henholdsvis hindre den effektive virkning af tjenesteydelsesdirektivet?

3) Skal de i sagsfremstillingen anførte ydelser (under hensyn til artikel 10 i direktiv 92/50/EØF) indordnes som tjenesteydelser under bilag I A til direktiv 92/50/EØF (kategori 2, landtransport) og aftaler, der omfatter sådanne ydelser, således udbydes i henhold til bestemmelserne i direktivets afsnit III til VI, eller skal de indordnes under bilag I B til direktiv 92/50/EØF (navnlig kategori 20, støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser såvel som kategori 27, andre tjenesteydelser) og aftaler, der omfatter disse ydelser, dermed udbydes i henhold til artikel 14 og 16, og under hvilket CPC-referencenummer de skal henføres?

4) Med henblik på at besvare den primære karakter af tjenesteydelsen består der da for en offentlig ordregiver en forpligtelse til at udskille og særskilt udbyde ikke-prioriterede delydelser i tilfælde af, at en vurdering af delydelserne medfører, at en delydelse, der i og for sig i henhold til bilag I A til direktiv 92/50/EØF i fuldt omfang er omfattet af direktivets bestemmelser, dog på grund af princippet i direktivets artikel 10 undtagelsesvis ikke i fuldt omfang er omfattet af dets bestemmelser?«

Formaliteten

11. Eftersom både Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen har nedlagt påstand om, at de præjudicielle spørgsmål afvises, skal der først tages stilling hertil.

12. I en indledende bemærkning har Kommissionen rejst det spørgsmål, om Bundesvergabeamt rent faktisk er en ret som omhandlet i artikel 234 EF, eftersom dette er en betingelse for, at præjudicielle spørgsmål kan realitetsbehandles.

13. I denne henseende henviser jeg direkte til Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen [5]. I den pågældende dom anerkendte Domstolen stiltiende, men nødvendigvis, at Bundesvergabeamt er en ret, eftersom den accepterede at besvare de spørgsmål, som denne havde forelagt. Denne anerkendelse kan så meget desto mindre anfægtes, eftersom generaladvokat Léger i sit forslag til afgørelse undersøgte, hvorvidt Bundesvergabeamt var en ret. Generaladvokaten afsluttede sin argumentation, som jeg tilslutter mig, med at konkludere, at Bundesvergabeamt skal anses for en ret som omhandlet i artikel 234 EF. Senere har Domstolen, idet den i flere sager har besvaret præjudicielle spørgsmål forelagt af samme Bundesvergabeamt [6], bekræftet, at sidstnævnte er en ret.

14. Kommissionen henviser til Domstolens praksis, hvorefter det kræves, at de nationale retter, som forelægger den spørgsmål i medfør af artikel 234 EF, kan træffe afgørelser, der har karakter af en retsafgørelse. Bundesvergabeamt har ikke, som det fremgår af dets forelæggelseskendelse af 9. august 2001 i den for Domstolen verserende sag, Siemens og ARGE Telekom [7], kompetence til at udstede påbud. Kommissionen konkluderer heraf, at dennes afgørelser ikke har den krævede karakter af retsafgørelser [8].

15. Jeg fastslår i denne sammenhæng, at en instans kan træffe afgørelser, der har karakter af retsafgørelser, selv om den ikke har kompetence til at udstede påbud [9]. Der er imidlertid ingen, der indtil videre har forsøgt at rejse tvivl om, hvorvidt der er tale om en retsinstans.

16. Selv om Bundesvergabeamt ikke har en sådan beføjelse til at udstede påbud til de ordregivende myndigheder, har den imidlertid, i det mindste indtil aftalen er blevet tildelt, beføjelse til at annullere deres afgø-

5 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Sml. I, s. 73, herefter »Mannesmann-dommen«. Se også generaladvokat Légers forslag til afgørelse i denne sag.

6 — Jf. domme af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, og sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411, dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, samt domme af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, og sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745.

7 — Bundesvergabeamts forelæggelseskendelse af 9.8.2001 i sag C-314/01, s. 17-19.

8 — Jf. s. 9 i den franske oversættelse af Kommissionens indlæg i Siemens og ARGE Telekom-sagen.

9 — Kendelse af 26.10.1995, forenede sager C-199/94 P og C-200/94 P, Pevasa og Inpesca mod Kommissionen, Sml. I, s. 3709, præmis 24. Jf. ligeledes dom af 5.7.1995, sag C-21/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1827, præmis 33.

relser, hvilket er tilstrækkeligt til at give karakter af en ret som omhandlet i artikel 234 EF. Bundesvergabeamts afgørelser er »bindende for parterne, således som det bl.a. fremgår af den annullationsbeføjelse, som Bundesvergabeamt ifølge loven råder over« [10].

17. Da den her omhandlede aftale allerede er tildelt, kan Bundesvergabeamt ikke i hovedsagen fastslå, at der skal ske annullation. Den foreliggende sag falder således inden for rammerne af BVergG's § 113, stk. 3, hvori det bestemmes:

»Efter at der er givet tilslag, eller efter at udbudsproceduren er afsluttet, er Bundesvergabeamt kompetent til at fastslå, om tilslaget på grund af en tilsidesættelse af denne forbundslov eller de i henhold til denne udstedte administrative bestemmelser ikke blev givet til den bydende, der afgav det fordelagtigste bud. Under en sådan sag er Bundesvergabeamt endvidere kompetent til på den ordregivende myndigheds begæring at fastslå, om en forbigået ansøger eller bydende, også såfremt bestemmelserne i denne forbundslov i de i henhold til denne udstedte administrative bestemmelser var blevet overholdt, ikke ville have haft nogen reel chance for at opnå tilslag.«

18. Dette betyder imidlertid ikke, at Bundesvergabeamt ikke afsiger en bindende afgørelse, der har retskraft. Efter BVergG's § 125, stk. 2, kan en anmodning om erstatning fra en forbigået byder kun realitetsbehandles, såfremt Bundesvergabeamt forinden har fastslået, at der var tale om en ulovlig tildeling af aftalen i medfør af BVergG's § 113, stk. 3. Såvel den civile domstol, der skal træffe afgørelse i erstatningssagen, som de berørte parter er i øvrigt bundet af denne konstatering.

19. Det ser ud til, at den af Kommissionen udtrykte tvivl skyldes en beklagelig misforståelse. På baggrund af at Bundesvergabeamt i den sag, der gav anledning til en præjudiciel forelæggelse i Siemens og ARGE Telekom-sagen, var i tvivl om, hvorvidt den havde tilstrækkelige beføjelser i henseende til Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter [11], konkluderede Kommissionen med urette, at Bundesvergabeamt var i tvivl om, hvorvidt den var en retsinstans.

20. Jeg mener derfor under alle omstændigheder, at Bundesvergabeamt i den af Swoboda anlagte sag er en ret som omhandlet i artikel 234 EF, der har beføjelse til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål.

10 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i Mannesmann-sagen, punkt 40.

11 — EFT L 395, s. 33.

21. ÖNB anfægter Swobodas ret til at anlægge hovedsagen, idet den gør gældende, at Swoboda hverken er bydende eller forbigået ansøger, hvilket ifølge national ret er en betingelse for at anlægge et sådant søgsmål. Eftersom Swoboda ikke kan kræve erstatning, vil konstateringen af en eventuel tilsidesættelse af direktiv 92/50 blot være deklaratorisk og uden nogen materiel virkning for hovedsagen.

22. I denne henseende skal det blot konstateres, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren har søgsmålsret i hovedsagen, skal afgøres i henhold til de nationale processuelle regler. Det tilkommer ikke Domstolen at besvare sådanne spørgsmål. Det påhviler alene den nationale ret at løse spørgsmål af ren national retlig karakter og vurdere nødvendigheden af en anmodning om en præjudiciel afgørelse. De eneste spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, som Domstolen kan afvise at behandle på trods af en anmodning fra en national ret, er spørgsmål, som er hypotetiske eller som vedrører en konstrueret tvist[12]. Den foreliggende sag drejer sig tydeligvis ikke om et sådant undtagelsestilfælde.

23. ÖNB gør ligeledes gældende, at Domstolen allerede i Tögel-dommen har udtalt sig om tilsvarende spørgsmål, hvorfor den således blot kan besvare de forelagte spørgsmål ved en begrundet kendelse, der henviser til denne dom.

24. Det fremhæves, at artikel 104, stk. 3, i Domstolens procesreglement kun åbner mulighed for, at Domstolen kan besvare de præjudicielle spørgsmål ved en begrundet kendelse. Der er på ingen måde tale om en forpligtelse.

25. Endvidere synes såvel omstændighederne som de forelagte spørgsmål i Tögel-sagen at være klart forskellige fra det faktum og de spørgsmål, der omhandles i denne sag. I Tögel-dommen blev Domstolen ikke anmodet om at besvare det hovedspørgsmål, der her er forelagt af Bundesvergabeamt, og hvormed det ønskes oplyst, om en aftale, der tjener et samlet formål, men består af flere delydelser, skal underlægges de udbudsregler, der gælder for aftalens hovedmål, eller om aftalen derimod skal underlægges de udbudsregler, der gælder for de delydelser, der værdimæssigt udgør den største del af aftalen.

26. Endelig gør ÖNB gældende, at den pågældende aftale ikke indeholder noget grænseoverskridende element, hvorfor den ikke har nogen interesse for en udenlandsk virksomhed. Følgelig er fællesskabsretten ikke anvendelig i den foreliggende sag, da

12 — Jf. dom af 11.3.1980, sag 104/79, Foglia, Sml. s. 745, og af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045.

situationen ikke indeholder noget grænseoverskridende element. Til støtte for dette argument henviser ÖNB navnlig til RI. SAN.-dommen [13], hvori Domstolen fastslog, at en udbudsprocedure ikke var underlagt fællesskabsretten, såfremt den ikke indeholdt et grænseoverskridende element.

27. Dette er en åbenbart urigtig fortolkning af Domstolens dom. Domstolen fastslog i RI.SAN.-dommen, at EF-traktatens artikel 55 (nu artikel 45 EF) ikke fandt anvendelse i en situation som den, der forelå i hovedsagen, hvor samtlige elementer kunne henføres til en enkelt medlemsstat. Derimod udtalte Domstolen sig ikke om anvendelsen af direktiv 92/50 for så vidt angår dette krav om et grænseoverskridende element.

28. Formålet med fællesskabsdirektiverne vedrørende tildeling af offentlige kontrakter er at fastlægge ensartede procedurer på fællesskabsplan, hvilket gælder, uanset om der findes grænseoverskridende elementer i de pågældende aftaler. At den aftale, der ligger til grund for sagen, kun har mindre interesse for udenlandske bydende, er ikke en tilstrækkelig grund til at udelukke anvendelsen af direktiv 92/50. Og at kræve, at afgangs- og bestemmelsesstedet for den tjeneste, der skal ydes, befinder sig på hver side af en grænse, vil være et urimeligt krav i forhold til direktivets formål, som er at åbne markederne, herunder markeder, der udelukkende findes inden for en enkelt medlemsstat, for potentielle bydende, der er etableret i andre medlemsstater.

29. De af den nationale ret forelagte spørgsmål bør således behandles. Med henblik på at opretholde en sammenhæng i min argumentation vil jeg besvare det fjerde spørgsmål før det tredje.

Det første spørgsmål

30. Med henblik på at give en koncis besvarelse af den nationale rets spørgsmål og en fortolkning af direktiv 92/50, der kan anvendes, mener jeg, at Bundesvergabeamt med sit første spørgsmål i det væsentlige anmoder Domstolen om at fastslå, hvilke regler der gælder for indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale, når denne aftale har et samlet formål samtidig med, at den kan opdeles i flere delydelser. Skal rubriceringen af en aftale i bilag I A eller I B til direktiv 92/50 ske med udgangspunkt i aftalens hovedformål eller i de delydelser, der udgør hovedvægten i aftalen?

13 — Dom af 9.9.1999, sag C-108/98, Sml. I, s. 5219.

31. I forelæggelseskendelsen henviser Bundesvergabeamt til Gestión Hotelera Internacional-dommen [14] og bemærker, at der i denne dom er fastsat et princip om hovedvægt, hvorefter aftalens hovedformål absorberer de tillægsydelser, der er knyttet hertil, når det skal afgøres, hvilket direktiv om indgåelse af offentlige aftaler der finder anvendelse på en bestemt aftale.

32. Jeg mener ikke, at henvisningen til denne dom er relevant for løsningen af det spørgsmål, der her er forelagt Domstolen.

33. I Gestión Hotelera Internacional-dommen skulle Domstolen udtale sig om anvendelsen af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [15] på en aftale, hvis genstand hovedsagelig var overdragelse af goder. Domstolen fastslog i den pågældende sag, at »[...] en blandet kontrakt, som både omfatter udførelse af bygge- og anlægsarbejder og overdragelse af goder, ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 71/305, såfremt udførelsen af bygge- og anlægsarbejder kun er accessorisk i forhold til overdragelsen af goder« [16].

34. Dommens resultat bekræftes navnlig af 16. betragtning til direktiv 92/50:

»Offentlige tjenesteydelsesaftaler, herunder aftaler vedrørende ejendomsadministration, kan i visse tilfælde omfatte bygge- og anlægsarbejder; det fremgår af direktiv 71/305/EØF, at en kontrakt kan betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde; for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt«.

35. Det spørgsmål, der er forelagt Domstolen i nærværende sag, synes imidlertid væsentligt anderledes. Det drejer sig ikke om at få oplyst, hvilket direktiv der finder anvendelse på den omhandlede aftaleindgåelse. I samtlige skriftlige indlæg til Domstolen anerkendes det, at direktiv 92/50 finder anvendelse. Problemet er at fastslå, hvilke bestemmelser i direktivet, der finder anvendelse på aftalen. Det fastslås, at direktivet ikke indeholder nogen bestemmelser, hvorefter aftalens hovedformål kan afgøre, hvilket bilag til direktivet der finder anvendelse, og således hvilke bestemmelser der gælder for det omhandlede udbud.

36. Derimod fastsættes der i artikel 10 i direktiv 92/50 et specifikt princip til afgø-

14 — Dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Sml. I, s. 1329.
15 — EFT 1971 II, s. 613.
16 — Præmis 29 i den nævnte dom.

relse af, hvilke bestemmelser der skal finde anvendelse. Den ordning, der finder anvendelse, er den, hvortil de tjenesteydelser, der har størst værdi set i forhold til hele aftalen, knytter sig. Den nævnte artikel 10 henviser på ingen måde til hovedformålet med aftalen. Direktivet synes således tilstrækkelig klart på dette punkt. Der er således ingen grund til at indføre et supplerende kriterium, der bygger på aftalens hovedformål, med henblik på at fastsætte, hvilken ordning der skal gælde for aftalens indgåelse.

37. Jeg mener ikke, at den østrigske regerings indlæg herom anfægter dette synspunkt.

38. Den østrigske regering mener, at tjenesteydelserne udelukkende skal klassificeres efter CPC-nomenklaturen [17]. CPC-nomenklaturen indfører ifølge regeringen en klassificering af aktivitetstyper og ikke af enkeltstående ydelser, der er præcist definerede. En tjenesteydelse, der tjener et samlet formål, bør kvalificeres som en samlet tjenesteydelse, eftersom alle udbudsdirektiver tager udgangspunkt i en samlet tjenesteydelse, herunder forskellige tilknyttede tjenesteydelser. Artikel 10 i direktiv 92/50 anvendes kun undtagelsesvis og kun i de tilfælde, hvor den pågældende aftales genstand omfatter flere forskellige tjenesteydelser.

17 — Tögel-dommen, præmis 35.

39. Selv om jeg er enig med den østrigske regering i, at alene CPC-nomenklaturen er afgørende for klassificeringen af tjenesteydelserne, mener jeg derimod, at CPC-klassificeringen er tilstrækkelig præcis til at anvende artikel 10 i direktiv 92/50 fuldt ud, uden at det er nødvendigt at henvise til et eventuelt hovedformål med aftalen. En aftale kan meget vel forfølge et samlet formål og samtidig underopdeles i flere delydelser, som hver især svarer til forskellige CPC-referencer, når det skal fastslås, hvilke bestemmelser der finder anvendelse herpå.

40. Påstanden om, at samtlige »udbudsdirektiver tager udgangspunkt i en samlet tjenesteydelse«, medfører, at artikel 10 i direktiv 92/50 fratages enhver berettigelse og effektiv virkning.

41. Artikel 10 finder anvendelse hver gang, en aftale forfølger et samlet formål, men kombinerer flere forskellige tjenesteydelser, der svarer til forskellige CPC-referencer, hvor nogle er opregnet i bilag I A og andre i bilag I B til direktiv 92/50.

42. Som svar på det første spørgsmål er jeg således af den opfattelse, at det ved afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en offentlig tjenesteydelses-

aftale, som har et samlet formål, men som kan opdeles i delydelser, skal undersøges, til hvilket bilag til direktiv 92/50 hver delydelse knytter sig. I henhold til artikel 10 i det nævnte direktiv skal aftalen tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III-VI, såfremt værdien af tjenesteydelserne opregnet i bilag I A overstiger værdien af tjenesteydelserne opregnet i bilag I B. Omvendt, hvis værdien af tjenesteydelserne i bilag I B overstiger værdien af tjenesteydelserne i bilag I A, sker aftaleindgåelsen udelukkende i overensstemmelse med direktivets artikel 14 og 16. Fastlæggelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse, sker således uafhængig af aftalens hovedformål.

Det andet spørgsmål

43. Henset til Bundesvergabeamts forklaringer i forelæggelseskendelsen ser det ud til, at den nationale ret med sit andet spørgsmål ønsker oplyst, i hvilket omfang direktiv 92/50, når det skal afgøres, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en særlig aftaletype, tillader en underopdeling af denne aftale i flere delydelser.

44. Bundesvergabeamt mener, at en sådan underopdeling i den foreliggende sag vil medføre, at en aftale, hvis hovedformål er transport, ikke skal følge de bestemmelser, der svarer til klassifikationen »Transport«, dvs. bestemmelserne for prioriterede tjenesteydelser. Opdelingen i delydelser vil betyde, at direktivets artikel 10 finder anvendelse og dermed de bestemmelser, der gælder for støtte-transporttjenesteydelserne, som værdimæssigt udgør størstedelen af tjenesteydelserne. Disse »støtte- og hjælpetransportydelser« er imidlertid genstand for deres egen klassificering i CPC-nomenklaturen og nævnes i bilag I B til direktiv 92/50.

45. Den nationale ret understreger i denne henseende, at leveringen af disse støttetjenesteydelser, selv om de værdimæssigt udgør den overvejende del, kun er nødvendige, i det omfang den tjenesteydelse, som den anser for hovedydelsen, dvs. transporten, er til stede. I øvrigt understreger retten, at en sådan underopdeling vil gøre transportafstanden til det element, der er afgørende for, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den samlede aftale, eftersom denne afstand direkte påvirker værdien af den transport, der omfattes af aftalen. Dette er til skade for de bydendes retssikkerhed, eftersom klassificeringen af aftalen vil afhænge af et ydre element, som er vanskeligt at fastlægge.

46. Jeg er af den opfattelse, at svaret på dette andet spørgsmål skal findes i bemærkningerne til det første spørgsmål.

47. Hver gang en aftale består af flere delydelser, som svarer til forskellige CPC-

referencenumre, skal aftalen underopdeles for at kunne afgøre, hvilke bestemmelser den skal underlægges.

48. Denne konstatering følger direkte af såvel den bindende karakter af CPC-referencen som af artikel 10 i direktiv 92/50.

49. Man kan ikke, under foregivelse af at ville anvende direktivet i sin helhed på en given aftale, se bort fra den omstændighed, at denne aftale er sammensat af tjenesteydelser, der svarer til flere forskellige CPC-referencer. Især da direktiv 92/50, som følge af medtagelsen af artikel 10, præcist angiver, hvordan en sådan situation skal løses.

50. Som ÖNB med rette fremhæver, fandt Domstolen ikke i Tögel-dommen, som vedrørte sygetransport, under henvisning til at de sanitære tjenesteydelser kun var nødvendige i det omfang, hvori transporten rent faktisk fandt sted, at det udelukkende var transporten, som var afgørende for, hvilke bestemmelser der fandt anvendelse. Derimod fastslog Domstolen i dommens præmis 39 og 40:

»[...] referencenummeret CPC 93, som findes i kategori 25 (»Sundheds- og socialvæsen«) i bilag I B, [angiver] klart, at denne kategori udelukkende vedrører de lægelige aspekter af sundhedsvæsenet, som er genstand for et offentligt udbud, som det i hovedsagen omhandlede, med undtagelse af de dele af transporten, som henhører under kategori 2 (»Landtransport«), som har referencenummer CPC 712.

[...] sygetransport ledsaget af en redder [henhører] både under bilag I A, kategori 2, og under bilag I B, kategori 25, til direktiv 92/50, således at en aftale, som vedrører sådanne tjenesteydelser, er omfattet af artikel 10 i direktiv 92/50.«

51. Jeg er derfor af den opfattelse, da det drejer sig om tjenesteydelser, der svarer til de forskellige CPC-referencer, at det er nødvendigt at adskille dem med henblik på at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den samlede aftale, selv om denne opdeling bevirker, at en prioriteret tjenesteydelse kun underkastes en begrænset anvendelse af direktiv 92/50. Dette ophæver ikke den effektive virkning af direktiv 92/50, men følger tværtimod direkte af fællesskabslovgivers vilje, som udtrykt i direktivets artikel 9 og 10.

52. En mekanisk anvendelse af denne ordning samt en streng overholdelse af CPC-referencerne som de i direktivets bilag I A og I B indeholdte klassificeringer bringer

ikke de erhvervsdrivendes retssikkerhed i fare, men sikrer derimod gennemskuelighed og stabilitet i fastsættelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

Direktivets artikel 10 dækker netop tilfælde, hvor en aftale på én gang omfatter prioriterede tjenesteydelser og ikke-prioriterede tjenesteydelser. Denne bestemmelse stiller ikke krav om, at aftalen opdeles, men indfører derimod en ordning, der fastsætter fælles bestemmelser for samtlige de tjenesteydelser, som aftalen består af, uanset om disse er prioriterede eller ikke-prioriterede.

Det fjerde spørgsmål

53. Med det fjerde spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om direktiv 92/50, med henblik på at sikre anvendelse af hele direktivet på prioriterede delydelser, pålægger en offentlig ordregiver, der udbyder en aftale, hvis hovedvægt udgøres af ikke-prioriterede delydelser, at opdele denne aftale i to, dvs. at indgå en aftale for prioriterede tjenesteydelser og en anden for ikke-prioriterede tjenesteydelser.

54. I lyset af besvarelsen af de foregående spørgsmål er jeg af den opfattelse, at artikel 10 i direktiv 92/50 udelukker, at der kan være tale om en forpligtelse til at opdele en sådan aftale.

55. Et krav om opdeling af aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser fra aftaler om prioriterede tjenesteydelser vil under alle omstændigheder fratage artikel 10 i direktiv 92/50 hele sit anvendelsesområde.

56. Jeg mener dog, at der vil kunne stilles krav om, at ordregiveren gennemfører en sådan opdeling, hvis den pågældende del af aftalen synes kunstig eller usammenhængende og netop kun har til formål at undgå en fuldstændig anvendelse af direktivet på prioriterede tjenesteydelser.

57. Direktiv 92/50 dækker ikke direkte en sådan situation. Dets artikel 7 begrænser imidlertid direktivets anvendelse til de aftaler, hvis samlede beløb skønnes at være på mindst 200 000 ECU, og for at undgå enhver omgåelse af denne betingelse for direktivets anvendelse, fremgår det af artikel 7, stk. 3, at:

»Valget af metode til beregning af en aftales værdi må ikke foretages i den hensigt at undgå, at dette direktivs bestemmelser anvendes på aftalen, og intet påtænkt udbud vedrørende et givet antal tjenesteydelser må opdeles i den hensigt at undgå, at denne artikels bestemmelser anvendes på det.«

58. Selv om denne artikel henviser til forsøg på at omgå direktivet ved en uærlig ansættelse af aftalebeløbet, synes det muligt at udvide dette forbud mod manipulation til også at gælde for en situation, hvor en ordregivende myndighed i modsætning hertil kunstigt har opdelt de forskellige aftaler, nogen prioriterede andre ikke, med det formål at undgå, at direktivet anvendes fuldt ud på prioriterede tjenesteydelser.

59. Dette ville være tilfældet, såfremt den således sammensatte samlede aftale ikke forfulgte et samlet mål og åbenbart ikke opfyldte kravene om en teknisk og økonomisk enhed.

60. I dommen i sagen i Kommissionen mod Italien [18] fastslog Domstolen således, at Den Italienske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser ved ikke at adskille aftalen om indkøb af edb-udstyr på den ene side og aftalen om udarbejdelse og drift af et edb-system på den anden side. Disse to elementer, indkøb af materiel på den ene side og edb-ydelser på den anden side, havde klart ét og samme mål. Domstolen fandt imidlertid, at de kunne adskilles, og at den italienske regering i virkeligheden forsøgte at undgå anvendelsen af Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [19] på aftalen om indkøb af materiel.

18 — Dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Sml. s. 4035.
19 — EFT 1977 L 13, s. 1.

61. Det vil imidlertid gå for vidt at fortolke den pågældende dom således, at en ordregivende myndighed altid skal indgå separate aftaler for prioriterede delydelser og ikke-prioriterede delydelser, som forfølger ét og samme mål.

62. Denne dom blev afsagt forud for vedtagelsen af direktiv 92/50. Bestemmelsen i dette direktivs artikel 2, hvorefter en aftale, som omfatter levering af såvel tjenesteydelser som varer, falder ind under direktivets anvendelsesområde, såfremt værdien af de pågældende tjenesteydelser er højere end værdien af varerne, var således ikke gældende. Der var således tale om en sag, hvor Den Italienske Republik ved at foretage en sådan kunstig opdeling af aftalen helt undgik at anvende fællesskabsretten på den samlede aftale. En sådan situation kunne ikke opstå i dag, eftersom en aftale, der overstiger tærskelværdien på 200 000 ECU, nødvendigvis omfattes af anvendelsesområdet for enten direktiv 77/62 eller direktiv 92/50.

63. Hvad angår aftalen i hovedsagen og henset til de oplysninger, jeg har kendskab til, synes der ikke at være tale om en kunstig opdeling af prioriterede og ikke-prioriterede tjenesteydelser. Som sagsøgte og den østrigske regering har anført med tungtvejende argumenter, ville det både ud fra et teknisk og økonomisk synspunkt være ulogisk at indgå to aftaler i den foreliggende sag: En for den egentlige

transport og en anden for samtlige logistiske aktiviteter forbundet med flytningen. Dette ville medføre yderligere koordineringsomkostninger. Det henhører imidlertid under den nationale rets kompetence at vurdere sammenhængen i den samlede aftale, der er genstand for tvisten i hovedsagen.

64. Jeg foreslår derfor at besvare det fjerde spørgsmål således:

Når en samlet aftale med sikkerhed udgør en økonomisk og teknisk enhed, er de ordregivende myndigheder under ingen omstændigheder forpligtet til at udelukke anvendelsen af artikel 10 i direktiv 92/50 ved at indgå separate aftaler for ikkeprioriterede delydelser på den ene side og prioriterede delydelser på den anden side, hvor begge grupper tjener til at nå samme mål.

Det tredje spørgsmål

65. Med dette tredje spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, hvilket bilag til direktivet og hvilke referencenumre i CPC-nomenklaturen de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser, som aftalen består af, henhører under.

66. Som Domstolen fastslog i Tögel-dommen [20], skal klassificeringen af tjenesteydelser i bilag I A og I B til direktiv 92/50 ske under henvisning til CPC-nomenklaturen.

67. Selv om tilknytningen af hver tjenesteydelse i hovedsagen til en CPC-reference udgør en faktisk omstændighed, som den nationale ret skal vurdere, er jeg af den opfattelse, at Domstolen i denne henseende vil kunne give oplysninger, der kan vejlede den nationale ret i udøvelsen af dennes kompetence.

68. Jeg vil derfor henlede den nationale rets opmærksomhed på visse CPC-referencenumre.

69. Oplagring, som ifølge ÖNB udgør 23,91% af aftalens samlede værdi, er nævnt under CPC-referencenummeret 74 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser« under referencenummer 742 »oplagrings- og pakhusvirksomhed«. I den foreliggende sag synes underkategorien nr. 74290 »anden oplagrings- og pakhusvirksomhed« at være relevant. CPC-referencenummer 74 findes i bilag I B til direktiv 92/50 (kategori 20).

20 — Præmis 35-37. Jf. ligeledes generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i Tögel-sagen, punkt 32-35.

70. Endvidere skal koordinerings- og logistik-aktiviteterne, som ÖNB har tilskrevet 32,13% af aftalens samlede værdi, sandsynligvis ligeledes klassificeres under CPC-referencenummer 74, nærmere bestemt i underkategori nr. 74800 »speditørvirksomhed«, hvis forklarende bemærkning lyder således:

»Speditørvirksomhed; afsendelsesvirksomhed (hovedsagelig transportplanlægning på afsenderens eller modtagerens vegne); speditørvirksomhed med forsendelse ad sø- og luftveje samt delvis og samlet vareforsendelse.«

71. Underkategori nr. 74900 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser« synes at være den, der, bortset fra selve transporten, omfatter de egentlige flytteaktiviteter, som ÖNB tilskriver 5,55% af aftalens værdi. Denne underkategori omfatter følgende aktiviteter:

»Speditørvirksomhed; kontrol af faktura og prisoplysning; udfærdigelse af transportdokumenter; indpakning- og udpakningsvirksomhed; virksomhed med kontrol, vejning og prøveudtagning; modtagelses- og godkendelsesvirksomhed (herunder lokal afhentning og levering).«

72. Efter Kommissionens opfattelse skal samtlige tjenesteydelser omfattet af aftalen i hovedsagen henføres til denne underkategori, eftersom de udgør en samlet og ensartet enhed. Den afsluttende præcisering »herunder lokal afhentning og levering« betyder, at samtlige de tjenesteydelser, som ÖNB krævede fra sin medkontrahent, skulle omfattes af underkategori nr. 74900.

73. Jeg er ikke enig med Kommissionen heri. »Støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser« kan ikke for den, der har læst CPC-nomenklaturens fortolkningsregler omhyggeligt, omfatte selve transporten, der, selv om den kun udgør en mindre del af aftalen, ikke kan undgås helt. CPC-nomenklaturens fortolkningsregler fremhæver, at klassificeringen skal fastlægges i henhold til overskrifternes ordlyd. »Landtransport«, som er overskriften til CPC-referencenummer 71, kan således ikke være mere klar, hvorfor der ikke er tvivl om, at transportydelser, som de i hovedsagen omhandlede, ikke kan klassificeres i en anden kategori. Såfremt der var tvivl desangående, ville den bestemmelse, hvorefter den mest specifikke kategori skal gives fortrinsret frem for de mere generelle kategorier, finde anvendelse. Der er imid-

lertid ingen tvivl om, at eksempelvis underkategori nr. 71234 »møbeltransport« nærmere svarer til selve transportydelserne end underkategori nr. 74900 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser«. Udtrykket »lokal afhentning og levering«, som Kommissionen støtter sit argument på, udgør blot en præcisering af begrebet »modtagelses- og godkendelsesvirksomhed«. Det henviser således kun til to yderpunkter i transporten, nemlig afhentningen og leveringen, som udgør selve rammen for transporten, og denne kan, afhængig af de konkrete tilfælde, gennemføres såvel ved luft-, skibs- eller landtransport.

74. Denne fortolkning bekræftes i øvrigt af den forklarende bemærkning til referencenummer 71234 »møbeltransport«, der dækker landtransporttjenesteydelser »over enhver afstand«. Uanset om transportafstanden er kort eller lang, drejer det sig altid om en transporttjenesteydelse, som har sit eget CPC-referencenummer, og som ikke kan omfattes af referencenummeret for »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser«.

75. Landtransport, under CPC-referencenummer 712, er klassificeret i bilag I A til direktiv 92/50 (kategori 2). Det er muligt at inkludere de transporttjenesteydelser, som udføres i forbindelse med opfyldelsen af den i hovedsagen omhandlede aftale i underkategori nr. 71234 »møbeltransport« og i nr. 71239 »anden varetransport«.

76. Den nationale ret gøres ligeledes opmærksom på to øvrige CPC-referencenumre, som har relevans for nogle af de i forelæggelseskendelsen nævnte tjenesteydelser:

— CPC-referencenummer 8129 »anden forsikring end livsforsikring«, hvis underkategori nr. 81294 »fragtforsikring«, nr. 81295 »brand- og husforsikring« og nr. 81299 »anden forsikring« synes relevante. Forsikringstjenesteydelserne er nævnt i bilag I A til direktiv 92/50 (kategori 6)

— CPC-referencenummer 94, nærmere bestemt underkategori nr. 94020 »affaldsbortskaffelse«, der navnlig omfatter tjenesteydelser som afhentning, transport og bortskaffelse af industriaffald. Denne CPC-reference henhører ligeledes under bilag I A til direktiv 92/50 (kategori 16).

77. Endelig er jeg af den opfattelse, at aflønning af tjenesteydernes personale skal indregnes i de tjenesteydelser, hvortil de svarer, og som de udgør en integrerende del af. Det er vanskeligt at forestille sig en

adskillelse af eksempelvis pakning fra aflønning af personalet, der pakker, uden at den nævnte aktivitet mister sit indhold. For at tage eksemplet med aflønning af personalet, der pakker, så henhører denne, ligesom selve pakningen, således under underkategori nr. 74900 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser«.

78. I denne forbindelse mener jeg generelt, at der på den ene side er risiko for, at en overdreven underopdeling af tjenesteydelser gør visse tjenesteydelser indholdsløse, og på den anden side fører til en teoretisk beskrivelse af markedet, der er for kompleks, og som ikke svarer til realiteten.

79. Som svar på det tredje spørgsmål er jeg således af den opfattelse, at visse af tjenesteydelserne, der er nævnt i redegørelsen for de faktiske omstændigheder henhører under bilag I A til direktiv 92/50 og andre under bilag I B. Henset til opdelingen af disse tjenesteydelser, som den er beskrevet i forelæggelseskendelsen, mener jeg, at tjenesteydelserne under CPC-referencenummer 74 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser« værdimæssigt udgør hovedparten af aftalen. Da denne reference optræder i bilag I B til direktiv 92/50 (kategori 20), synes det at forholde sig således, at hele aftalen i henhold til artikel 10 i direktiv 92/50 skal tildeles i overensstemmelse med direktivets artikel 14 og 16, dog med forbehold af den bedømmelse, det tilkommer den nationale ret at foretage.

Forslag til afgørelse

80. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesvergabeamt forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) For at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en offentlig tjenesteydelsesaftale, som har et samlet formål, men som kan opdeles i delydelser, skal det undersøges, hvilket bilag til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler der knytter sig til hver delydelse. I henhold

til direktivets artikel 10 skal aftalen tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III-VI, hvis værdien af tjenesteydelserne opregnet i direktivets bilag I A overstiger værdien af tjenesteydelserne opregnet i bilag I B. Omvendt, hvis værdien af tjenesteydelser i bilag I B overstiger værdien af tjenesteydelserne i bilag I A, sker aftaleindgåelsen udelukkende i overensstemmelse med direktivets artikel 14 og 16.

2) Hvad angår tjenesteydelser, der svarer til de forskellige CPC-referencer, er det nødvendigt at opdele dem med henblik på at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den samlede aftale, selv om denne opdeling bevirker, at en prioriteret tjenesteydelse kun underkastes en begrænset anvendelse af direktiv 92/50.

3) Visse af tjenesteydelserne, der er nævnt i redegørelsen for de faktiske omstændigheder, henhører under bilag I A til direktiv 92/50/EØF og andre under bilag I B. Henset til opdelingen af disse tjenesteydelser, som den er beskrevet i forelæggelseskendelsen, forekommer det, at tjenesteydelserne under CPC-referencenummer 74 »støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser« værdimæssig udgør hovedparten af aftalen. Da denne reference optræder i bilag I B til direktiv 92/50/EØF (kategori 20), synes det at forholde sig således, at hele aftalen i henhold til artikel 10 i direktiv 92/50/EØF skal tildeles i overensstemmelse med direktivets artikel 14 og 16, dog med forbehold af den bedømmelse, det tilkommer den nationale ret at foretage.

4) Når en samlet aftale med sikkerhed udgør en økonomisk og teknisk enhed, er de ordregivende myndigheder under ingen omstændigheder forpligtet til at udelukke anvendelsen af artikel 10 i direktiv 92/50 ved at indgå separate aftaler for ikke-prioriterede delydelser på den ene side og prioriterede delydelser på den anden side, hvor begge grupper tjener til at nå samme mål.«