FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 18. maj 2000 *

1. Hovedspørgsmålet rejst af Bundesvergabeamt (det østrigske klagenævn for udbud, herefter »BVA«) ved denne anmodning om en præjudiciel afgørelse er, om koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser er udelukket fra anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [1] og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [2]. Hvis de er udelukket, rejser sig yderligere spørgsmålet om rækkevidden af denne udelukkelse. Der er desuden rejst en række andre spørgsmål, herunder om de dele af en kontrakt, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38 skal udsondres fra de dele, der ikke er omfattet, samt om afgrænsningen mellem tjenesteydelsesaftaler og indkøbsaftaler.

I — Sagens retlige og faktiske baggrund

A — *Fællesskabsretten*

2. Ottende betragtning til direktiv 92/50 præciserer:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet.«

* Originalsprog: engelsk.

1 — EFT L 209, s. 1. Direktivet er siden ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 om ændring af direktiv 92/50, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 328, s. 1.

2 — EFT L 199, s. 84. Direktivet er siden ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16.2.1998, EFT L 101, s. 1.

Direktivets artikel 1 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) *'offentlige tjenesteydelsesaftaler'* gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af

...

v) aftaler om taletelefoni-, telex-, mobiltelefoni-, personsøgnings- og satellittjenester...«

3. betragtning til direktiv 93/38 lyder således:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres i henhold til en aftale; tjenesteydelser, der udføres på andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdskontrakter, er ikke omfattet.«

Direktivets artikel 1, nr. 4, indeholder følgende definition:

»Indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler: gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, og en leverandør, entreprenør eller tjenesteyder, og som har til formål:

...

c) for tjenesteydelsesaftaler: ethvert andet formål end de i litra a) og b) nævnte med undtagelse af:

...

iii) aftale om voldgifts- og mæglingstjenesteydelser

iv) aftaler om emission, køb, salg og overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter

...

...

d) tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester...«

vi) ... Aftaler, der omfatter både tjenesteydelser og varer, betragtes som indkøbsaftaler, såfremt varernes samlede værdi overstiger værdien af de tjenesteydelser, aftalen vedrører ...«

B — *Østrigsk ret og hovedsagens faktiske omstændigheder*

Af artikel 2, stk. 1, fremgår, at »direktivet gælder for ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2 ...«

4. Post & Telekom Austria AG (herefter »PTA«) er med virkning fra den 1. januar 1997 indtrådt som retlig efterfølger for det tidligere Post & Telegraphenverwaltung (Post- og Telegrafvæsenet). Post & Telegraphenverwaltung havde til opgave at forvalte det østrigske post- og telekommunikationsmonopol, hvilket omfattede en retlig forpligtelse til at udgive telefonbøger [3]. Den havde imidlertid i 1992 besluttet at finde en samarbejdspartner, der kunne bistå med forberedelsen af Amtliches Telephonbuch (den officielle telefonbog, nu

Artikel 2, stk. 2, bestemmer bl.a., at direktivet »gælder for følgende former for virksomhed:

3 — Artikel 31 i den tidligere Fernmeldegesetz (østrigsk telekommunikationslov).

kendt under betegnelsen »de hvide sider«). En kontrakt blev indgået i 1992 (men tilsyneladende ikke i form af en koncession) til udløb ultimo 1997. Med henblik på kontraktens forestående udløb kundgjorde PTA ved en meddelelse trykt den 15. maj 1997 i *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (bulletin, der udgives som tillæg til det østrigske Statstidende) samt i visse andre aviser sin hensigt om at meddele en koncession på fremstilling af telefonbøger og elektroniske abonnentfortegnelser. Koncessionshaver ville som modydelse for at påtage sig disse opgaver få ret til at udnytte koncessionen økonomisk, og PTA ville tegne sig for en aktiepost på 40% i det selskab koncessionshaver skulle oprette med dette formål for øje. Koncessionen blev kort herefter tildelt selskabet Herold Business Data AG (»HBD«), der tilsyneladende er den retlige efterfølger for det selskab, der blev tildelt den oprindelige kontrakt af 1992 [4]. Koncessionskontrakten blev indgået den 15. december 1997.

5. Den 1. august 1997 trådte den østrigske Telekommunikationsgesetz (telekommunikationsloven, herefter »TKA«) i kraft [5]. Ifølge TKA's § 19 er enhver tjenesteyder af en offentlig taletelefonitjeneste bl.a. forpligtet til at føre en abonnentfortegnelse på grundlag af et register, der opdateres, at opbevare oplysninger om abonnenters numre, og på anmodning at stille abonnentfortegnelsen til rådighed for den ved loven oprettede reguleringsmyndighed mindst én gang ugentligt i en elektronisk læsbar form. Brugere af taletelefoniydelserne skal i henhold til TKA's § 24, stk. 1 og 2, som en del af den almindelige østrigske teletjeneste gives adgang til disse oplysninger mod en rimelig betaling. Reguleringsmyndigheden skal i henhold til TKA's § 26, stk. 1, sikre, at en almindelig abonnentfortegnelse, der samler oplysningerne indeholdt i de forskellige individuelt udgivne fortegnelser, står til rådighed [6]. Herudover er de enkelte tjenesteydere af offentlige taletelefonitjenester i henhold til lovens § 96, stk. 1, forpligtet til at udarbejde en telefonbog, der navnlig kan foreligge i trykt og/eller elektronisk form.

6. Sagsøgerne i hovedsagen, Telaustria og Telefonadress, fandt, at de fremgangsmåder, der er fastsat i de fællesskabsretlige og østrigske bestemmelser om tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler, skulle have været fulgt i forbindelse med indgåelsen af den omhandlede kontrakt. De indleverede hver især begæringer, der dog efterfølgende blev forenet, om indledning af en forligsprocedure i henhold til § 109 i Bundesvergabegesetz (østrigsk lov om indgåelse af offentlige kontrakter, herefter »BVerG«), til Bundes-Vergabekontrollkommission (den østrigske myndighed for kontrol med offentlige kontrakter) [7], som herefter den 20. juni 1997 fremsatte en vejledende udtalelse til fordel for klagerne, hvori den konkluderede, at bestemmelserne i BVerG fandt anvendelse.

7. PTA valgte ikke at følge den vejledende udtalelse, men fortsatte forhandlingerne

4 — HBD ejes i fællesskab af virksomheden GTE (74%) og PTA (26%).

5 — *Bundesgesetzblatt* (BGBl).

6 — Indtil 31.7.1997 påhvilede den retlige forpligtelse til at udgive telefonbøger PTA, jf. Poststrukturgesetz (østrigsk lov om PTA's organisation og opgaver), BGBl 1996 I, nr. 201.

7 — BGBl 1997 I, nr. 56.

om den kontrakt, der var omfattet af den kundgjorte meddelelse. PTA var af den opfattelse, af den omhandlede kontrakt var omfattet af den udtrykkelige udelukkelse af tjenesteydelseskoncessioner fra anvendelsesområdet for BVerG i henhold til denne lovs § 3, stk. 1, nr. 8. Den 24. juni 1997 indgav Telaustria en begæring til BVA om indledning af en ny klageprocedure og om anordning af foreløbige forholdsregler. Efter i første omgang at have vedtaget foreløbige forholdsregler til fordel for klagerne, besluttede BVA den 10. juli 1997 midlertidigt at give PTA og HBD lov til at indgå kontrakten på det vilkår, at den kunne annulleres, såfremt det senere måtte vise sig, at kontrakten var omfattet af fællesskabsbestemmelserne for indgåelse af offentlige kontrakter.

8. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at TKA finder anvendelse på kontrakten indgået mellem PTA og HBD. Ved dets omdannelse til et aktieselskab blev PTA 100% offentligt ejet. Det kontrolleres af de østrigske myndigheder og udgør ifølge BVA en offentlig virksomhed som nævnt i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38 og dermed også en ordregiver i betydningen efter dette direktiv.

9. BVA betegner den omtvistede kontrakt som omfattende »... flere — delvis indbyrdes sammenhængende — kontrakter med forskellig genstand, men mellem de samme parter«. Det anfører, at genstanden for trykningskontrakten »er fremstilling af trykte telefonbøger«.

BVA fremhæver, at de tjenesteydelser, HBD skal præstere, først og fremmest omfatter: »indsamling, bearbejdning og strukturering af abonnentdata samt disses tekniske nyttiggørelse, altså ydelser med CPC-nr. 841b[8], 'Udvikling af softwarepakker', nr. 8431, 'Tjenesteydelser ved forarbejdning og skematisering af data', nr. 8432, 'Tjenesteydelser ved dataindsamling', og nr. 8439, 'Tjenesteydelser ved den øvrige databehandling', og i hvert fald også nr. 844, 'Tjenesteydelser ved databanker'«. Det beskriver disse tjenesteydelser som omfattet af »kategori 7, 'Edb-tjenesteydelser og hermed beslægtede tjenesteydelser', jf. bilag XVI A til direktiv 93/38/EØF«.

10. Den anden del af kontrakten vedrører udarbejdelse af trykte telefonbøger, hvilket betegnes som tjenesteydelser i »kategori 15, 'Forlags- og trykkerivirksomhed på honorar- eller kontraktbasis', jf. bilag XVI A til direktiv 93/38/EØF«. Den sidste del af den af BVA beskrevne kontrakt omfatter »tjenesteydelser under CPC-nr. 871, 'Reklamevirksomhed', og altså ydelser efter betydningen i kategori 13 i bilag XVI A til direktiv 93/38/EØF«. Efter BVA's opfattelse opvejer andelen af tjenesteydelser omfattet af bilag XVI A til direktiv 93/38 andelen af tjenesteydelser omfattet af bilag XVI B, hvorfor kontrakten som helhed må anses

8 — »CPC« er De Forenede Nationers Central Product Classification. For så vidt angår betydningen af »CPC«, jf. dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, især præmis 38 og 39 samt punkt 10 og 32 ff. i mit forslag til afgørelse af denne sag.

for omfattet af direktivets anvendelsesområde.

11. Da BVA er af den opfattelse, at udelukkelsen af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50 ikke nødvendigvis støtter PTA's anbringende om, at sådanne kontrakter også er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, og i betragtning af usikkerheden med hensyn til, hvad der skal forstås ved sådanne koncessioner, har BVA besluttet at forelægge Domstolen de syv følgende spørgsmål:

»Hovedspørgsmål:

Kan det udledes af forarbejderne til direktiv 92/50/EØF, navnlig af Kommissionens forslag (KOM(90) 372, EFT C 23, s. 1, af 31.1.1991), eller af definitionen af begrebet 'offentlig tjenesteydelsesaftale' i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, at bestemte kategorier af kontrakter på forhånd må anses for at være udelukket fra direktivets anvendelsesområde, hvorved der er tale om kontrakter, som ordregivere omfattet af direktivet indgår med virksomheder, der leverer tjenesteydelser, alene på grund af visse fælles egenskaber, som nævnt i Kommissionens forslag KOM(90) 372, og uden at artikel 1, litra a), nr. i)-viii), eller artikel 4, 5 og 6 i direktiv 92/50 skal anvendes?

Såfremt hovedspørgsmålet besvares bekræftende, spørges:

Falder sådanne kategorier af kontrakter, navnlig henset til 24. betragtning til direktiv 93/38/EØF, også ind under anvendelsesområdet for direktiv 93/38?

Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, spørges:

Kan disse kategorier, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38/EØF, i analogi med forslag KOM(90) 372 tilstrækkeligt beskrives på den måde, at de har den egenskab, at en ordregiver, som er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 93/38, overfører en tjenesteydelse under ordregiverens kompetence til en virksomhed efter ordregiverens valg og samtidig indrømmer virksomheden ret til økonomisk at udnytte den pågældende tjenesteydelse?

Som tillæg til de første tre spørgsmål spørges:

Er en ordregiver, der er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv

93/38 — i det tilfælde, at en af ham indgået kontrakt udviser træk af en tjenesteydelsesaftale efter betydningen i artikel 1, nr. 4, litra a), i direktiv 93/38/EØF sammen med træk af andre aftaler af kontraktmæssig art, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde — forpligtet til at udsondre den del af hele kontrakten, som omfattes af direktiv 93/38, for så vidt dette er teknisk muligt og økonomisk forsvarligt, og undergive kontrakten en udbudsprocedure som forudsat i dette direktivs artikel 1, nr. 7, således som EF-Domstolen har krævet i sag C-3/88 [9] før ikrafttrædelsen af direktiv 92/50/EØF i forbindelse med en aftale, der ikke i sin helhed var omfattet af direktiv 77/62/EØF?

Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, spørges:

Skal den kontraktlige indrømmelse af retten til eksklusiv økonomisk udnyttelse af resultatet af en tjenesteydelse, der indbringer tjenesteyderen en indtægt, som ganske vist ikke kan bestemmes konkret, men som efter almindelig erfaring ikke er ubetydelig og kan forventes at overstige omkostningerne ved tjenesteydelsen, anses for modydelsen for levering af tjenesteydelsen, således som EF-Domstolen i sag C-272/91 [10] udtalte i forbindelse med en indkøbsaftale og myndighedsmæssigt indrømmet ret, der trådte i stedet for en modydelse?

Som tillæg til de ovenstående spørgsmål spørges:

Skal bestemmelserne i artikel 1, stk. 4, litra a) og c), i direktiv 93/38/EØF fortolkes således, at en aftale, hvorefter der skal leveres tjenesteydelser som forudsat i bilag XVI A, kategori 15, mister sin karakter af tjenesteydelsesaftale og bliver til en indkøbsaftale, såfremt tjenesteydelsen går ud på at fremstille et stort antal ensartede rørlige ting med økonomisk værdi og dermed varer i den betydning, som forudsættes i EF-traktatens artikel 9 og 30?

Såfremt der svares bekræftende på dette spørgsmål, spørges:

Skal EF-Domstolens dom i sag C-3/88 fortolkes således, at en sådan indkøbsaftale skal udsondres fra de øvrige bestanddele af leveringskontrakten og derpå undergives en udbudsprocedure efter betydningen i artikel 1, stk. 7, i direktiv 93/38/EØF, så vidt dette er teknisk muligt og økonomisk forsvarligt?«

9 — Jf. dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035 (herefter »Data-processing-dommen«).

10 — Jf. dom af 26.4.1994, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409 (herefter »Lottomatica-dommen«).

II — Indlæg

12. Der er afgivet skriftlige indlæg af Telaustria, PTA, Kongeriget Danmark, Kongeriget Nederlandene, Den Franske Republik, Republikken Østrig og Kommissionen. Disse har alle, bortset fra Danmark og Nederlandene, ligeledes afgivet mundtlige indlæg.

III — Retlig vurdering

13. De problemer, der er rejst gennem de spørgsmål, den nationale ret har forelagt Domstolen, kan efter min opfattelse sammenfattes som følger:

i) Er den omtvistede kontrakt, under den forudsætning, at Fællesskabets bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter finder anvendelse, omfattet af direktiv 93/38?

ii) Er koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38?

iii) Hvad er efter fællesskabsretten rækkevidden af en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser, og hvorledes skal sådanne koncessioner defineres?

iv) Hvis de relevante bestemmelser i Fællesskabets udbudsdirektiver om bekendtgørelse af indgåede kontrakter ikke finder anvendelse, hvilke offentliggørelseskrav, om nogen, kan da udledes af en anvendelse af traktatens almindelige principper?

v) Hvis direktiv 93/38 ikke finder anvendelse, følger det da af den omstændighed, at koncessionen sigter mod udarbejdelsen af et stort antal (fysiske) telefonbøger, at den helt eller delvis må betragtes som en indkøbsaftale og derfor er undergivet bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [11]?

Selv om disse spørgsmål til dels overlapper hinanden, vil jeg for nemheds skyld behandle dem i den nævnte rækkefølge.

11 — EFT L 199, s. 1.

A — *Direktiv 92/50 eller direktiv 93/38*

14. Hvis direktiv 93/38 finder anvendelse på en kontrakt som den, der er indgået mellem PTA og HBD, vil det være overflødigt at give et konkret svar på det første spørgsmål forelagt af BVA. Det er derfor efter min opfattelse formålstjenligt at overveje om kontrakten er omfattet af sektordirektivets anvendelsesområde, før andre, mere generelle direktiver undersøges. Selv om direktiv 93/38 skulle være det eneste, der finder anvendelse i det konkrete tilfælde, ville det imidlertid ikke udelukke, at andre fællesskabsbestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter tages i betragtning med henblik på at yde bidrag til fortolkningen af dette direktiv.

15. Det fremgår klart af forelæggelseskendelsen, at PTA, som en offentligt ejet udbyder af telekommunikationstjenester i princippet, skal betragtes som en ordregiver efter betydningen i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/38. Trettende betragtning i direktivets præambel, hvorefter det »... ikke [finder] anvendelse på de nævnte virksomheders aktiviteter, som falder uden for ... telekommunikationssektorerne«, støtter ligeledes dette synspunkt. Direktiv 93/38 finder i overensstemmelse med dets artikel 2, stk. 1, kun anvendelse, når en ordregiver udøver »en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2«, hvilket omfatter »... tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester« [12]. Selv om PTA ikke længere er den eneste udbyder af disse tjenesteydelser på det østrigske marked, omfatter dets »opgaver« dog, som BVA selv har beskrevet dem, »tilrådighedsstillelse og drift af offentlige telenet og udbud af offentlige teletjenester«. Det drejer sig således, som hævdet af Kommissionen, utvivlsomt om en ordregiver inden for en omfattet sektor. Det ligger fast, at udarbejdelsen af såvel fysiske som elektroniske telefonbøger hænger direkte sammen med udførelsen af disse tjenesteydelser.

16. BVA har selv foreløbigt antaget, at de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten mellem PTA og HBD, samlet set falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 93/38 og særligt, at kontrakten skal betragtes som en »indkøbs«-aftale efter betydningen i dette direktivs artikel 15. Med henblik på at afgøre om den omhandlede kontrakt er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38 bemærkes, at der i de oplysninger, der foreligger for Domstolen, ikke er noget, der rejser tvivl om BVA's vurdering, hvorefter kontrakten må anses for at falde ind under dette direktivs anvendelsesområde, medmindre den er udelukket herfra, fordi der er tale om en koncession. Efter min opfattelse er det for besvarelsen af de forelagte spørgsmål overflødigt at tage stilling til, om kontrakten udgør en »indkøbsaftale« eller en »tjenesteydelsesaftale«. Dette skyldes det forhold, at såfremt en kontrakt som den, der er omhandlet i hovedsagen, kan anses for en indkøbsaftale eller en tjenesteydelsesaftale efter betydningen i artikel 1, stk. 4, i direktiv 93/38 vil offentliggørelsesbestemmelserne i dette direktivs artikel 15 eller 16 finde anvendelse.

12 — Jf. artikel 2, stk. 2. litra d), nævnt i sin helhed ovenfor i punkt 3.

17. Jeg er ikke enig med PTA i, at det kun er de tjenesteydelser, der forekommer som resultatet af en lang kæde af tjenesteydelser, og som, i det konkrete tilfælde, er direkte forbundet med den faktiske tilrådighedsstillelse af taletelefonitjenester, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38. Det fremgår klart af syttende betragtning i præamblen til direktiv 92/50, at bestemmelserne i dette direktiv ikke havde til formål at berøre bestemmelserne i det direktiv, der gik forud for direktiv 93/38; med andre ord, når en kontrakt falder ind under anvendelsesområdet for sektordirektivet, finder de mere generelle bestemmelser i direktiv 92/50 ikke anvendelse. Selv om de tjenesteydelser, der falder ind under anvendelsesområdet for det sidstnævnte direktiv er opregnet bl.a. i bilag I A til direktivet og omfatter »teletjenester« (kategori 5), fremgår det klart af noten til denne kategori, at taletelefonitjenester er undtaget. Kun en meget indskrænkende fortolkning af anvendelsesområdet for direktiv 93/38 kan berettige PTA's synspunkt, hvorefter en kontrakt vedrørende udarbejdelse af telefonbøger ikke hænger sammen med tilrådighedsstillelsen af taletelefonitjenester i en sådan grad, at direktivet kan finde anvendelse. Det er efter min opfattelse forkert at anlægge en så snæver fortolkning. Det er især værd at bemærke, som anført i forelæggelseskendelsen, at kategori 15 i bilag XVI til direktiv 93/38 udtrykkeligt medregner »forlags- og trykkerivirksomhed« blandt de tjenesteydelser, der er underlagt de obligatoriske offentliggørelsesprocedurer i henhold til artikel 15.

18. Herudover beskrives bl.a. de tjenesteydelsesaftaler, der er dækket af direktiv 93/38, i dettes artikel 1, nr. 4, som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, og en leverandør, en entreprenør eller tjenesteyder ...«, og som til formål har »taletelefonitjenester« [jf. artikel 1, nr. 4, nr. ii)]. I overensstemmelse hermed er jeg af den opfattelse, at det er korrekt, når BVA har antaget, at det principielt er direktiv 93/38, der finder anvendelse i det foreliggende tilfælde. De problemer, der er rejst ved det andet, det tredje og det femte spørgsmål (og indirekte ved det første spørgsmål) må derfor forstås som gående ud på, om det forhold, at kontrakten mellem PTA og HBD har karakter af en koncession, udelukker anvendelse af direktiv 93/38. Dette er i realiteten sagens kerne.

B — *Undtagelsen for offentlige tjenesteydelseskoncessioner*

19. Sagsøgerne gør gældende, at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser ikke bør betragtes som undtaget fra Fællesskabets bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter, fordi en sådan fortolkning ville gøre anvendelsen af disse bestemmelser afhængig af, hvilke former for virksomhed, der anses for offentlige i de forskellige nationale lovgivninger. Nødvendigheden af at fortolke undtagelser fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter indskrænkende udelukker en sådan undtagelse. For det tilfælde, at koncessioner er undtaget, gør de subsidiært gældende, at der, for at der kan være tale om en »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«, må finde en egentlig overførsel af en virksomhed af almennyttig karakter sted. Dette er ifølge sagsøgerne ikke tilfældet for så vidt angår udarbejdelse af telefonbøger. De fremhæver, at der ikke var

noget udtrykkeligt forslag fra Kommissionen om at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser under anvendelsesområdet for direktiv 93/38 og konkluderer, at det er uberettiget at drage den slutning, at disse kontrakter er udelukket fra dets anvendelsesområde, fordi direktivet ikke udtaler sig herom.

20. PTA har, støttet af de intervenerende medlemsstater og Kommissionen, i det væsentlige gjort gældende, at det fremgår af tilblivelseshistorien for direktiv 92/50, såvel som af betragtninger over det almindelige anvendelsesområde for Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlig kontrakter, at Rådet ikke ønskede at medtage koncessioner under anvendelsesområdet for dette direktiv eller for direktiv 93/38. Det materielle anvendelsesområde for det sidstnævnte direktiv begrænser sig til de kontrakttyper, der er nævnt i direktivet, hvilket ikke omfatter koncessioner.

21. Efter min opfattelse står det fuldstændig klart, at Rådet forkastede Kommissionens forslag om at medtage koncessioner under anvendelsesområdet for direktiv 92/50. I dens oprindelige forslag, fremsat den 13. december 1990, var der i artikel 1, litra a), nr. vi), sondret mellem »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« og »offentlige tjenesteydelseskontrakter«. »Koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« var endvidere defineret i artikel 1, litra a) og litra h), og var ved artikel 2 underlagt direktivforslagets offentliggørelsesregler [13]. Bortset fra en udvidet definition af »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« indeholdt det ændrede forslag, der blev fremsat den 28. august 1991, i det væsentlige enslydende bestemmelser [14]. Kommissionens oprindelige begrundelse for at medtage disse bestemmelser fremgik af tiende betragtning til forslaget, hvor Kommissionen anførte, at »for at skabe ensartede udbudsprocedurer, bør koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser være omfattet af dette direktiv på samme måde, som direktiv 71/305/EØF finder anvendelse på koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder«. Henvisningen til det sidstnævnte direktiv blev udeladt i tiende betragtning til det ændrede forslag, hvoraf det blot fremgik, at det »for at skabe ensartede udbudsprocedurer« var nødvendigt at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser under direktivets anvendelsesområde. Under lovgivningsproceduren besluttede Rådet at fjerne enhver henvisning til koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser fra forslaget. Dets bevæggrunde herfor fremgår af det dokument, der indeholder begrundelsen for den fælles holdning, og som Den Franske Republik har henvist til i sit skriftlige indlæg [15]. Som Den Franske Republik har gjort gældende, kan Rådets beslutning kun fortolkes som en udtrykkelig afvisning af at medtage sådanne koncessioner under anvendelsesområdet for direktiv 92/50.

13 — Forslag til Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter, KOM(90) 372 endelig udg., EFT 1991 C 23, s. 1. Forslagets artikel 3 indeholdt særlige regler for tilfælde, hvor koncessionshaveren er en ordregivende myndighed.

14 — Ændret forslag til Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter, KOM(91) 322 endelig udg., EFT 1991 C 250, s. 4.

15 — Dokument nr. 4444/92 ADD 1 af 25.2.1992. Det var i det væsentlige Rådets opfattelse, at forskellene mellem de forskellige nationale lovgivninger om sådanne koncessioner var for store, hvorfor virkningen af forslagets vedtagelse ikke ville være den samme i alle medlemsstater. I sit skriftlige indlæg fremhæver Østrig, at modstanden var begrundet i det forhold, at koncessioner i nogle medlemsstater udelukkende tildeles ved forvaltningsakt, hvilket ikke ville være omfattet af den af Kommissionen foreslåede definition, der tog udgangspunkt i koncessioner tildelt ved gensidige aftaler af privatretlig karakter. Dette erkendte Kommissionen selv, om end med beklagelse, i sin meddelelse til Europa-Parlamentet vedrørende den fælles holdning, jf. SEK(2) 406, endelig udg. af 5.3.1992.

22. På den baggrund tillægger jeg det forhold, at Kommissionen ikke en gang gjorde forsøg på at inddrage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser under anvendelsesområdet for det senere direktiv 93/38 i sit forslag til dette direktiv, fremsat den 27. september 1991 [16], betydelig vægt. Det er imidlertid endnu mere bemærkelsesværdigt, at Kommissionen ved sit ændrede forslag til det direktiv, der kom til at gå forud for direktiv 93/38 — nemlig Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [17], det første sektordirektiv om indgåelse af offentlige kontrakter — havde foreslået visse bestemmelser til regulering af koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser [18]. Dette forslag blev afvist af Rådet med den begrundelse, at sådanne koncessioner kun fandtes i én medlemsstat, hvorfor Rådet, i mangel af en indgående undersøgelse af de forskellige former for koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som medlemsstaterne tildeler inden for vand-, gas- og elektricitetssektorerne, anså det for uhensigtsmæssigt at fastsætte regler for disse kontrakter [19]. Denne gennemgang af tilblivelseshistorien viser tydeligt, at det forhold, at direktiv 93/38 ikke indeholder bestemmelser om koncessioner, var tilsigtet og havde til formål at holde disse ude fra direktivets anvendelsesområde. I det foreliggende tilfælde yder tilblivelseshistorien således et klart bidrag ved fortolkningen af direktivets tekst som endeligt vedtaget af Rådet.

23. Jeg finder yderligere støtte for dette synspunkt i direktiverne om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Artikel 3, stk. 1, i det første direktiv om indgåelse af offentlige kontrakter, Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, udelukkede udtrykkeligt koncessionskontrakter fra rækkevidden af begrebet »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, som i artikel 1, litra a, var defineret som »gensidigt bebyrdende kontrakter, som afsluttes skriftligt mellem en entreprenør ... og en ... ordregivende myndighed«, og som var omfattet af direktivet [20]. I 1989 blev der ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter indført en definition af »koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder« [jf. den nye artikel 1, litra d), indsat ved artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/440], samt en bestemmelse, som lod »bestemmelserne om offentliggørelse« finde anvendelse ved tildeling af sådanne koncessioner (jf. den nye artikel 1b indsat ved artikel 1, stk. 2, i direktiv 89/440) [21]. Dette er meget væsentligt, idet det var første gang Fællesskabets bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter udtrykkeligt fandt anvendelse på koncessioner som begreb. På tidspunktet for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt var de relevante bestemmelser dem, der var indeholdt i det konsoliderede direktiv, der trådte i stedet for direktiv 71/305, nemlig

16 — Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 90/531/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, KOM(91) 347 endelig udg., EFT 1991 C 337, s. 1.

17 — EFT L 297, s. 1.

18 — Ændret forslag til Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, jf. KOM(89) 380 endelig udg., EFT 1989 C 264, s. 22.

19 — Jf. punkt 10 i Rådsdokument nr. 5250/90 af 22.3.1990, MAP 7, PRO-COOP 28, der var vedlagt Kommissionens skriftlige indlæg i kopi.

20 — EFT 1971 II, s. 682.

21 — EFT L 210, s. 1.

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [22]. Dette direktiv blev vedtaget samme dag som direktiv 93/38. Det er derfor for mig indlysende, at hvis Rådet havde ønsket at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser under anvendelsesområdet for direktiv 93/38, ville det have angivet dette udtrykkeligt, som det skete i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 93/37. Den eneste logiske slutning, der med rimelighed kan drages af Rådets undladelse af at gøre dette, er den, der allerede fremgår af generaladvokat La Pergola's forslag til afgørelse af Arnhem-sagen, nemlig at direktiv 93/38 »alene omfatter *aftaler* om tjenesteydelser« [23].

24. Som følge heraf står det klart, at det i Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter anvendte begreb *»gensidigt bebyrdende kontrakter, som afsluttes skriftligt«* (min fremhævelse), som optræder i samtlige direktiver fra direktiv 71/305, som var det første på området, til og med direktiv 93/38, aldrig har omfattet koncessioner. Det kan ikke hævdes, som sagsøgerne implicit gør det, at det følger af en ordlydsfortolkning af begrebet, som det nu fremtræder i direktiv 93/38, artikel 1, nr. 4, at skriftlige koncessionslignende aftaler, hvorefter vederlaget for det arbejde, der skal ydes, enten udelukkende består i udnyttelse af koncessionen eller i udnyttelse af koncessionen sammen med en betaling fra ordregiver, er omfattet af begrebet. Med andre ord vil en fortolkning af begrebet »gensidigt bebyrdende« i dets kontekst, som er nødvendig, fordi begrebet ikke er defineret i direktiv 93/38, udelukke koncessioner, selv hvis der bortses fra direktivets tilblivelseshistorie.

25. Dette medfører efter min opfattelse, at Domstolen må nå frem til, at »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38.

C — *Rækkevidden af begrebet tjenesteydelseskoncessioner*

26. Da jeg er af den opfattelse, at koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er det nødvendigt for besvarelsen af det tredje og femte spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret at undersøge, hvilke former for »overenskomster«, der må anses for at udgøre en sådan koncession, og dermed er undtaget fra direktivets offentliggørelsesregler. Jeg er i den forbindelse opmærksom på, at fællesskabslovgiver, bortset fra de tilfælde, hvor koncessioner er udtrykkeligt omfattet, ikke har fundet det nødvendigt at definere begrebet »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser«. Under disse omstændigheder er jeg enig med såvel de intervenerende medlemsstater som med Kommissionen i, at der i mangel af en lovmæssig definition er behov for, at Domstolen identificerer kriterier til fastlæggelse af, hvad der kendetegner en koncession med henblik på at bistå BVA med at træffe sin endelige beslutning i sagen.

22 — EFT L 199, s. 54. Rådets direktiv 89/440 og Rådets direktiv 93/37 vil herefter for nemheds skyld visse steder blive omtalt som »direktiverne om offentlige bygge- og anlægsarbejder«.

23 — Forslag til afgørelse af 19.2.1998 (dom af 10.11.1998, sag C-360/96, Sml. I, s. 6821), punkt 26 (originalens fremhævelse).

27. Sagsøgerne gør gældende, at det væsentligste særkende ved koncessionsbegrebet er, at den ordregivende myndighed ikke yder koncessionshaver noget vederlag. Sidstnævntes vederlag må derfor udelukkende bestå i retten til at udnytte koncessionen økonomisk, om end denne ret efter deres opfattelse kan kombineres med en forpligtelse til at betale et vederlag til koncessionsgiver. De gør endvidere gældende, at koncessionens genstand må være en tjenesteydelse af almennyttig karakter, der står i forbindelse med offentlig myndighedsudøvelse. Dette er efter deres opfattelse ikke tilfældet her, idet alle udbydere af teletjenester er forpligtede til at udgive en telefonbog efter TKA's § 96, stk. 1.

28. Indlæggene fra de øvrige parter og intervenienter, der har afgivet indlæg, er i det store og hele ad idem (samstemmende) for så vidt angår spørgsmålet om de vigtigste særkender ved en koncession. Kvalifikationen af en koncession afhænger ifølge disse af tre væsentlige kendetegn. For det første må den, der nyder godt af tjenesteydelsen, være en anden end den ordregivende myndighed selv. For det andet må genstanden for den tjenesteydelse, der er givet i koncession, vedrøre et område, der er i almenhedens interesse. Endelig må koncessionshaver påtage sig den økonomiske risiko, der er forbundet med udøvelsen af den omhandlede tjenesteydelse.

29. Først og fremmest er det vigtigt at bemærke sig, at »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« ikke er omfattet af direktiv 93/38. Jeg er derfor ikke enig med sagsøgerne i, at det er nødvendigt at fortolke området for sådanne koncessioner indskrænkende. De udgør ikke undtagelser fra direktivets offentliggørelsesregler, men snarere en form for »overenskomst«, der ikke er omfattet af direktivet, og derfor er uden for rækkevidden af disse regler.

30. Det forekommer mig, at den i direktiverne om offentlige bygge- og anlægsarbejder indeholdte definition er et passende udgangspunkt for undersøgelsen, idet denne definition til dato er den eneste, der er vedtaget af fællesskabslovgiver. Artikel 1, litra d), i direktiv 89/440/EØF definerede oprindeligt en »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« som »en kontrakt med samme karakteristika som [offentlige bygge- og anlægskontrakter], dog med den ændring, at vederlaget for det arbejde, som skal ydes, enten udelukkende skal bestå i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris« [24]. Begrundelsen for at medtage sådanne koncessioner under direktivets anvendelsesområde var ifølge ellevte betragtning i dets præambel »koncessionskontrakternes stigende betydning i forbindelse med offentlige bygge- og anlægsarbejder og disse kontrakters særlige art ...« [25]. Denne definition af »koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder« blev senere fastholdt i direktiv 93/37, sammen med en enslydende begrundelse for at medtage sådanne koncessioner under direktivets anvendelsesområde [26]. Efter min opfattelse har fællesskabslovgiver anset det forhold, at der ikke

24 — Dette var i det store og hele en gentagelse af den afgrænsning, der tidligere var indeholdt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 71/305, af hvad der ikke var omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt«.

25 — De offentliggørelsesregler, der fandt anvendelse på sådanne »kontrakter«, fremgik af den nye artikel 1b, som var indsat i direktiv 71/305 ved artikel 1, stk. 2, i direktiv 89/440.

26 — Jf. artikel 1, litra d), og femte betragtning i direktivets præambel.

finder betaling sted, eller i hvert fald ikke fuld betaling, fra den ordregivende myndighed til koncessionshaver, for det væsentligste særkende ved en koncession. Jeg er enig i, at dette udgør et grundlæggende kendetegn for en koncession, hvis betydning ikke er begrænset til koncessioner vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder. Dette kendetegn ytrer sig for mig at se i det forhold, at koncessionshaver overvejende selv må bære den økonomiske risiko, der er forbundet med udførelsen af den pågældende tjenesteydelse, eller i hvert fald en betydelig del af denne risiko. Hvis den nationale ret når til den overbevisning, at den økonomiske byrde eller risiko faktisk er overgået fra koncessionsgiver til koncessionshaver, består der en meget stærk formodning for, at »overenskomsten« indgået imellem dem udgør en koncession snarere end en aftale.

31. Efter min opfattelse vil den allervigtigste indikation af, om det er meningen, at koncessionshaver skal påtage sig den økonomiske risiko, fremgå af en nærmere undersøgelse af karakteren af den udnyttelse, der er forudsat ved den formodede koncession. Arnhem-dommen lader i høj grad ane, at Domstolen anser kravet om, at den ret, der er givet koncession på, udnyttes med henblik på at opnå et vederlag, for kernen i en egentlig koncession. Under denne sag havde Den Franske Republik i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at de i sagen omhandlede kontrakter (der vedrørte et joint venture mellem to hollandske kommuner om udførelse af kommunale opgaver vedrørende affaldsindsamling og renholdelse af veje gennem ARA, et selskab oprettet udelukkende med dette formål for øje) kunne betragtes som en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser. Domstolen udtalte, uden at finde det nødvendigt at fortolke dette begreb, at det klart fremgik af den underliggende aftale »at det vederlag, der betales til ARA, *alene består i en pris og ikke i retten til at udnytte tjenesteydelsen*« [27].

32. Under retsmødet omtaltes et udkast til Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter [28]. I denne meddelelse, hvortil der blev henvist gentagne gange under retsmødet, omtaler Kommissionen en række eksempler på tilfælde, den var blevet opmærksom på, men som efter dens opfattelse ikke opfylder kriteriet om, at koncessionshaver skal påtage sig den økonomiske risiko [29]. Kommissionen gør således gældende, at den omhandlede »overenskomst« ikke kan udgøre en koncession, f.eks. hvis offentlige myndigheder i realiteten garanterer koncessionshaver skadesløsholdelse for fremtidige tab, eller hvis koncessionshaver ikke faktisk udnytter den tjenesteydelse, hvortil der er meddelt koncession.

33. Jeg er imidlertid enig i Den Franske Republiks anbringende om, at der ikke

27 — Præmis 25 (min fremhævelse). Domstolen erklærede sig dermed implicit enig i generaladvokat La Pergola's synspunkt, hvorefter en »anden væsentlig side af koncession på tjenesteydelser inden for fællesskabsretten [er], at koncessionaren påtager sig den økonomiske risiko i forbindelse med *leveringen og administrationen af de tjenesteydelser, han har fået koncession på*«, jf. punkt 26 i hans forslag til afgørelse (min fremhævelse).

28 — På dagen for retsmødet (den 23.3.2000) var forslaget alene blevet offentliggjort på Internettet, jf. »Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics«, DG XV XV/B — 24.2.1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf.), tilsyneladende kun på fransk. Den er imidlertid siden (den 29.4.2000) offentliggjort som fortolkningsmeddelelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, jf. EFT C 121, s. 2.

29 — Jf. især note ti til meddelelsen.

findes nogen endegyldig definition af en »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«. Som det fremgår af Lottomatica- og Arnhem-dommene, er det eneste, der er utvivlsomt, at overenskomsten må anses for at være af aftalemæssig karakter og som udgangspunkt omfattet af anvendelsesområdet for det relevante udbudsdirektiv, når vederlaget er fastsat eller lader sig fastsætte. I Lottomatica-sagen havde den italienske stat offentliggjort en bekendtgørelse om det, der angiveligt var en »koncession« på automatisering af det italienske Lotto. Den Italienske Republik gjorde gældende, at da der var tale om en koncession vedrørende udførelse af en offentlig tjenesteydelse, var den ikke omfattet af direktiv 77/62/EØF [30]. Domstolen afviste dette anbringende. Den udtalte, at »indførelsen af det omtvistede automatiseringsystem ikke [indebærer], at ansvaret for de forskellige opgaver i forbindelse med lotto-spillet overdrages til koncessionaren«, og at det »står... fast, at det omtvistede udbud vedrører levering af et integreret automatiseringssystem, herunder bl.a. levering af visse goder til den offentlige administration« [31]. Det forhold, at systemet først ville blive forvaltningens ejendom ved udløbet af aftaleforholdet med budgiver var »irrelevant«, fordi »'prisen' for det leverede er et årligt vederlag, som er proportionalt med bruttoindtægterne« [32]. Det er derfor nødvendigt i hvert enkelt tilfælde at undersøge en række kriterier med henblik på at afgøre, om overenskomsten mellem parterne faktisk udgør en skriftlig, gensidigt bebyrdende aftale om udførelse af tjenesteydelser. Der er i indlæggene generel enighed for så vidt angår relevansen af det andet kriterium, der er opstillet af generaladvokat La Pergola i dennes forslag til afgørelse af Arnhem-sagen, nemlig at »i tilfælde af en koncession på en tjeneste er [modtageren] en tredjemand uden for kontraktforholdet« [33]. Selv om jeg ikke helt vil afvise, at dette kriterium kan få betydning i visse grænsetilfælde, bidrager det for mig at se ikke med væsentligt nyt i forhold til kravet om, at koncessionshaver faktisk opnår en betydelig del af sit vederlag gennem udnyttelse af tjenesteydelsen, og ikke fra den ordregivende myndighed. Hvis koncessionshavers eneste kunde fra første færd i realiteten er den ordregivende myndighed, og ikke tredjeparter, kan »overenskomsten« mellem dem vanskeligt kvalificeres som andet end en »gensidigt bebyrdende aftale«. Et sådant tilfælde nærmer sig de faktiske omstændigheder i Lottomatica-dommen, hvor det var klart, at den formodede koncessionshavers eneste kunde var den offentlige forvaltningsenhed, der havde ansvaret for afholdelse af lotterier i Italien.

34. Der er ikke i samme grad enighed mellem de afgivne indlæg om relevansen af den almennyttige karakter af den tjenesteydelse, der er meddelt koncession på. I sit forslag til afgørelse af Arnhem-dommen gav generaladvokat La Pergola udtryk for det synspunkt, at »[b]egrebet koncession på tjenesteydelser forudsætter efter fællesskabsretten tillige, at den pågældende tjenesteydelse er af almen interesse som følge af, at den institutionelt ville påhvile en offentlig myndighed« [34]. Han tilføjede herefter, »at tjenesteydelsen leveres af en tredjemand, medfører således, at koncessi-

30 — Rådets direktiv af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøbsaftaler, EFT 1977 L 13, s. 1.

31 — Præmis 24.

32 — Præmis 25.

33 — Punkt 26.

34 — Punkt 26.

onaren træder i koncessionsgiverens sted med hensyn til de forpligtelser, der påhviler sidstnævnte, med henblik på at levere almenheden denne tjenesteydelse« [35]. Jeg mener ikke, som sagsøgerne har gjort gældende, at Data-processing-dommen kan anføres til støtte for dette synspunkt. Henvisningen i denne dom til »offentlige tjenesteydelser« vedrørte Domstolens afvisning af et anbringende, fremsat af Den Italienske Republik, om at udviklingen af databehandlingssystemer til brug ved udførelse af visse former for offentlig virksomhed i sig selv var en offentlig tjenesteydelse, der var udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 77/62. [36] Domstolen udtalte om såvel levering af det nødvendige udstyr som udarbejdelse af selve edb-systemet, at dette »giver forvaltningen mulighed for at gennemføre sine opgaver, uden at der derved bliver tale om offentlige tjenesteydelser« [37].

35. Antagelsen om, at den almennyttige karakter af den tjenesteydelse, der er genstand for koncessionen, er af betydning, bygger tilsyneladende på den definition, Kommissionen foreslog i såvel dens oprindelige som ændrede forslag til et direktiv om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, i begge tilfælde i artikel 1, litra h), hvor den henviste til den ordregivende myndigheds overdragelse af »udførelsen af en tjenesteydelse bestemt til offentligheden, der henhører under dens ansvarsområde« [38]. Jeg tvivler på, at udtrykket »en tjenesteydelse bestemt til offentligheden« kan fortolkes som indeholdende et krav om, at tjenesteydelsen skal være af »almennyttig« interesse, medmindre man vil opfatte dette i ordets videste betydning. Tværtimod forekommer det mig, at udtrykket blot henviser til det forhold, at de tilsigtede modtagere af ydelser efter en egentlig »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«, typisk vil være tredjeparter, der hører til den almindelige offentlighed eller til en bestemt kategori heraf. Jeg anser det bestemt ikke for et krav, at den omhandlede tjenesteydelse kan betragtes som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, således som dette udtryk er fortolket i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 90 (nu artikel 86 EF) [39]. Med andre ord bør der efter min opfattelse ikke opstilles kvalitative skel med hensyn til, hvilken art af tjenesteydelser en ordregivende myndighed med rette kan søge at tildele ved en koncession, om end flertallet af de tjenesteydelser, der tildeles på denne måde, formentlig vil indeholde elementer af almennyttig karakter.

36. Jeg kan under ingen omstændigheder se, hvordan Domstolen skulle kunne anvise kriterier for, hvad der kan eller ikke kan anses for at være af almennyttig karakter. Efter min opfattelse er det åbenbart, at det er fællesskabslovgivers anliggende at fastslå, at kun tjenesteydelser af almennyttig karakter kan være genstand for »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser«, samt at fastlægge den heraf følgende nødvendige definition af sådanne tjenesteydelser, hvis fællesskabslovgiver vælger at harmonisere reglerne for sådanne konces-

35 — Punkt 26.

36 — Jf. fodnote 30.

37 — Data-processing-dommen, præmis 26.

38 — Jf. EFT 1991 C 23, s. 1, og C 250, s. 4, anført indledningsvis i fodnote 13 og 14.

39 — Jf. f.eks. den nyligt afsagte dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 102-107.

sioner til fordel for det indre marked. Dette støttes af, at Kommissionen under retsmødet erkendte, at der ikke i østrigsk ret er nogen klar definition af begrebet almennyttig karakter, og at det må overlades til de nationale domstole at fastlægge rækkevidden heraf. Anerkendelse af et sådant princip ville naturligvis åbne døren for en uensartet anvendelse af direktiv 92/50, hvor nogle nationale domstole vil finde, at direktivet finder anvendelse på koncessioner, fordi genstanden for den tjenesteydelse, der overdrages, ikke i den pågældende medlemsstat anses for at være af almennyttig karakter. Dette bør undgås. Under alle omstændigheder er det overflødigt at drage nogen endelig slutning vedrørende dette spørgsmål under nærværende sag, da jeg er enig i det af PTA under retsmødet fremsatte anbringende om, at opfyldelse af en offentligretlig forpligtelse — som den, der i det foreliggende tilfælde følger af TKA's § 26, stk. 1, og § 96, stk. 1 — må betragtes som værende af almennyttig karakter for den pågældende medlemsstat. Det må endvidere være uden betydning, om den ordregivende myndighed er den eneste eller blot én ud af flere myndigheder underlagt den pågældende forpligtelse, og om det overordnede ansvar for at sikre, at forpligtelsen opfyldes, påhviler en reguleringsmyndighed.

37. Sammenfattende mener jeg derfor, at spørgsmålet om en kontrakt udgør en koncession eller en tjenesteydelsesaftale må afgøres fra sag til sag, idet alle relevante kriterier må tages i betragtning og herunder først og fremmest, om den formodede koncession indebærer overdragelse af en ret til at udnytte en bestemt tjenesteydelse sammen med overførsel af en betydelig del af den risiko, der er forbundet hermed, til koncessionshaver.

38. Sagsøgerne har i deres indlæg fremsat forskellige argumenter med henblik på at påvise, at PTA reelt yder HBD et vederlag. Det tilkommer ikke Domstolen at udtale sig herom under en præjudiciel forelæggelse, idet dette udelukkende er et anliggende for den forelæggende ret. Da det imidlertid klart fremgår af det femte spørgsmål fra BVA, at det er i tvivl om, i hvilket omfang den økonomiske risiko skal bæres af koncessionshaver, kan det være til hjælp for det kort at overveje et par af sagsøgernes anbringender. Disse gør gældende, at tildelingen til HBD af retten til at anvende PTA's logo er af betydelig økonomisk værdi. Efter sagsøgernes opfattelse imødegår dette, sammen med de forhold, at det er forholdsvis enkelt på forhånd at beregne de omkostningselementer, HBD vil være underlagt, og at muligheden for at sælge reklameplads i telefonbøgerne, som det blev gjort gældende under retsmødet, udgør »en sand guldgrube«, ethvert anbringende om, at HBD påtog sig nogen reel økonomisk risiko.

39. Denne vurdering har PTA naturligvis bestridt på det kraftigste. PTA peger på, at

kontraktens § 16 udtrykkeligt pålægger HBD ansvaret for udarbejdelse af telefonbogen. Selskabet gør gældende, at det mod betaling har meddelt HBD licens til at anvende dets data med henblik på udarbejdelse af denne telefonbog. Denne licens adskiller sig imidlertid ikke fra, hvad den ville have været villig til at meddele enhver anden økonomisk aktør, der havde ønske om at udnytte disse oplysninger. For så vidt angår logo'et har PTA ikke så meget givet HBD bemyndigelse til at anvende dets varemærke, som det har forpligtet HBD hertil. Denne overenskomst er til PTA's fordel, fordi selskabet nyder godt af muligheden for at få visse gratis og fordelagtigt placerede annoncer i telefonbogen. Desuden kan det forhold, at PTA har betalt for erhvervelse af en aktiepost i HBD, hvilket er en transaktion, der er fuldstændig uafhængig af koncessionen, ikke anses for en modydelse til sidstnævnte for denne koncession.

40. Efter min opfattelse kan den blotte kendsgerning, at der er en sandsynlighed for, at koncessionshaver vil kunne udnytte koncessionen til sin fordel, ikke udgøre tilstrækkeligt grundlag for, at en national ret kan nå frem til, at der ikke foreligger nogen økonomisk risiko. Jeg mener, at det er en betingelse, at den nationale ret med en høj grad af sikkerhed føler sig overbevist om, at risikoen for tab var minimal eller endog ikke-eksisterende. Selv om det i det foreliggende tilfælde er op til BVA at afgøre dette, er jeg ikke overbevist om, at forhold som dem, sagsøgerne har gjort gældende, opfylder kriteriet om, at der ikke må foreligge nogen reel eller faktisk risiko. HBD er forpligtet til at betale for anvendelsen af data, som på samme vilkår ville kunne indhentes af andre økonomiske aktører. Den forpligtelse, der er pålagt HBD med hensyn til anvendelse af PTA's logo, giver PTA en åbenbar økonomisk fordel. Den blotte kendsgerning, at dette også kan være til fordel for HBD, gør ikke koncessionen til en sædvanlig tjenestesydelsesaftale, idet denne fordel ikke på forhånd lader sig kvantificere.

D — *Generelle traktatforpligtelser*

41. De for Domstolen afgivne indlæg er samstemmende med hensyn til det synspunkt, at selv om tildeling af »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 92/50 og direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens regler. Der er også enighed om, at EF-traktatens artikel 52 og 59 (efter ændring nu artikel 43 EF og 49 EF) i særdeleshed udelukker enhver direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Med andre ord skal de ordregivende myndigheder respektere princippet om ligebehandling af budgivere. De skal ligeledes sikre, at budgiver ikke pålægges vilkår, som i sig selv udgør en krænkelse af f.eks. EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF). Det er ikke under denne sag gjort gældende, at nogen af disse traktatbestemmelser er blevet tilsidesat, i hvert fald er det ikke blevet gjort gældende, at de er blevet tilsidesat direkte.

42. Kommissionen gør imidlertid gældende, at myndigheder, der tildeler »kon-

cessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser« også er underlagt en mere almindelig forpligtelse, som den synes at udlede af formålene bag EF-traktatens artikel 30, 52 og 59, til at sikre gennemsigtighed i tildelingsprocedurerne. Under retsmødet henviste Kommissionen til støtte for dette synspunkt til Unitron-dommen [40]. Dommen vedrørte spørgsmålet om, hvilke forpligtelser der påhviler et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, men som har fået overdraget en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, når dette organ indgår offentlige indkøbsaftaler med tredjemand. Domstolen udtalte: »... at princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, ikke må fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes« [41]. Kommissionen ville, ifølge sine svar på spørgsmål stillet under retsmødet vedrørende omfanget af denne forpligtelse, ikke hævde, at den rækker så vidt som til at foreskrive offentliggørelse af påtænkte »koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser.«

43. Det er min opfattelse, at materiel overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fordrer, at tildeling af koncessioner sker under iagttagelse af et vist mindstemål af offentlighed og gennemsigtighed. Jeg er enig med Kommissionen i, at det med alle midler må undgås, at tildeling af koncessioner kommer til at foregå tilsløret af hemmelighedskræmmeri og uigennemsigtighed. Jeg anerkender også det synspunkt, der blev fremført af Østrigs repræsentant, at offentlighed ikke nødvendigvis skal jævnføres med offentliggørelse. Hvis den ordregivende myndighed tager direkte kontakt til et vist antal mulige budgivere, og disse ikke alle eller næsten alle er af samme nationalitet som den ordregivende myndighed, vil kravet om gennemsigtighed således efter min opfattelse være overholdt. Gennemsigtighed er derfor i denne forbindelse et spørgsmål om at sikre en grundlæggende retfærdighed og åbenhed i tildelingsprocedurerne, navnlig i forhold til mulige budgivere, som ikke har hjemsted i samme medlemsstat som den ordregivende myndighed. Dette indebærer imidlertid ikke efter min opfattelse, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende bestemmelserne i det fællesskabsdirektiv om indgåelse af offentlige kontrakter, der kommer sagsforholdet nærmest, analogt.

44. Under alle omstændigheder kan der i det foreliggende tilfælde ikke være megen tvivl om, at der er iagttaget en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed. Meddelelse om koncessionen blev offentliggjort i det østrigske Statstidende, i nogle af de østrigske aviser, og i visse internationale aviser. Det er endvidere ikke gjort gældende, at de oplysninger, der blev offentliggjort i de sidstnævnte, adskilte sig fra dem, der blev offentliggjort i de første. Jeg må derfor konkludere, at graden af offentlighed som udgangspunkt opfylder gennemsigtighedsbetingelsen. Sagsøgerne gør imidlertid gældende, at i mangel af en offentliggørelse af udfaldet af det pilotprojekt, der blev udført i perioden 1992-1997 under den tidligere kontrakt indgået med forgængeren for HBD, var det i realiteten umuligt for nogen anden budgiver end HBD at byde på den foreslåede koncession. Domstolen kan ikke

40 — Dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Sml. I, s. 8291.
41 — Præmis 31.

efterprøve rigtigheden af dette anbringende. Medmindre BVA skulle nå til den overbevisning, at offentliggørelse som beskrevet eller tilrådighedsstillelse af de omhandlede oplysninger for seriøst interesserede potentielle budgivere var af afgørende betydning for at sikre, at disse kunne afgive brugbare bud, må det efter min opfattelse konkluderes, at den af PTA valgte og fulgte fremgangsmåde ikke var uforenelig med fællesskabsretten.

E — *Opdeling af kontrakten*

45. Spørgsmålet om sondringen mellem tjenesteydelsesaftaler og indkøbsaftaler, som er rejst i det fjerde, sjette og syvende spørgsmål, der er forelagt af BVA, opstår kun i tilfælde af, at Domstolen måtte finde, at direktiv 93/38 finder anvendelse uden hensyntagen til de koncessionsegenskaber, en kontrakt som den omhandlede udviser. Da jeg er af den opfattelse, at en koncession som den omhandlede må anses for at falde uden for anvendelsesområdet for dette direktiv, forudsat at den væsentligste del af den økonomiske risiko, der er forbundet med udnyttelsen af den pågældende tjenesteydelse, overgår til koncessionshaver, behandler jeg alene dette spørgsmål som en subsidiær mulighed.

46. BVA ønsker egentlig svar på, om en kontrakt, der kan karakteriseres som indeholdende elementer af en indkøbsaftale, nemlig udarbejdelse af telefonbøger for eller på vegne af PTA, kan anses for omfattet af anvendelsesområdet for det »indkøbsdirektiv«, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen, dvs. direktiv 93/36[42]. Det forekommer mig, at artikel 1, nr. 4, i direktiv 93/38 (nævnt ovenfor i punkt 3) giver et klart svar på dette spørgsmål. Det fremgår således, at aftaler, der omfatter både »tjenesteydelser og varer, betragtes som indkøbsaftaler, såfremt varernes samlede værdi overstiger værdien af de tjenesteydelser, aftalen vedrører«. Domstolen har også, især i Gestión Hotelera-dommen, anerkendt vigtigheden af at fastslå, hvad der er kontraktens fremherskende element, når dens bestanddele kan falde ind under anvendelsesområdet for to af Fællesskabets forskellige udbudsdirektiver[43]. Imidlertid »tilkommer [det] den nationale ret at afgøre, om bygge- og anlægsarbejderne er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud«[44]. Ved anvendelsen af artikel 1, nr. 4, i direktiv 93/38 tilkommer det således den nationale ret at afgøre, om værdien af det, der må anses for indkøb, faktisk overstiger værdien af det, der kun kan rubriceres som tjenesteydelser. Hvis dette er tilfældet, og den omhandlede kontrakt ikke findes at udgøre en »koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser«, er det alene bestemmelserne i direktiv 93/36 om indgåelse af offentlige kontrakter, der finder anvendelse på kontrakten.

42 — Jf. fodnote 11.

43 — Dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Sml. I, s. 1329, især præmis 25, 26 og 27.

44 — Samme dom, præmis 28.

IV — Forslag til afgørelse

47. På grundlag af det ovenstående foreslår jeg, at de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål besvares som følger:

»1) Tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere teletjenester efter betydningen i artikel 2, stk. 2, litra d), i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 omfatter kontrakter vedrørende udarbejdelse af telefonbøger.

2) 'Koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser' er ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38.

3) I mangel af en af fællesskabslovgiver vedtaget definition af begrebet 'koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser' må den nationale ret i hver enkelt sag tage alle de kriterier i betragtning, der viser, om overenskomsten mellem parterne faktisk udgør en skriftlig gensidigt bebyrdende aftale om udførelse af tjenesteydelser. Det fremherskende og karakteristiske særkende for en sådan koncession består i tildelingen af en ret til at udnytte en bestemt tjenesteydelse og den samtidige overgang af den hermed forbundne økonomiske risiko.

4) Materiel overholdelse af det i traktaten fastsatte forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fordrer, at tildeling af koncessioner sker under iagttagelse af et vist mindstemål af offentlighed og gennemsigtighed, hvilket skal sikre grundlæggende retfærdighed i tildelingsprocedurerne, og at budgivere, der ikke har hjemsted i samme medlemsstat som den ordregivende myndighed, har en rimelig mulighed for at afgive bud.

5) Kontrakter, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38, og som omfatter både tjenesteydelser og varer, skal i medfør af artikel 1, nr. 4, i dette direktiv betragtes som indkøbsaftaler med hensyn til Fællesskabets bestemmelser om udbud, såfremt varernes samlede værdi overstiger værdien af de tjenesteydelser, kontrakten vedrører.«