CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY

van 18 mei 2000 *

1. De verwijzende rechter, het Bundesvergabeamt (federaal bureau voor overheidsaanbestedingen, Oostenrijk), wenst in wezen te vernemen of concessieovereenkomsten voor openbare diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [1] en richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. [2] Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, is vervolgens de vraag hoe ver die uitsluiting gaat. Voorts is een aantal andere problemen aan de orde gesteld, namelijk of de onder richtlijn 93/38/EEG vallende delen van een overeenkomst van de overige delen gescheiden mogen worden, alsook het onderscheid tussen opdrachten voor dienstverlening en opdrachten tot levering.

I — Het wettelijk en feitelijk kader

A — *Het gemeenschapsrecht*

2. In de achtste overweging van de considerans van richtlijn 92/50/EEG wordt verklaard:

„Overwegende dat alleen dienstverlening op basis van een overheidsopdracht door deze richtlijn wordt bestreken; dat dienstverlening op andere grondslagen, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of arbeidsovereenkomsten, niet onder deze richtlijn valt (...)."

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB L 209, blz. 1. Richtlijn 92/50/EEG is inmiddels gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 328, blz. 1).

2 — PB L 199, blz. 84. Richtlijn 93/38/EEG is inmiddels gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1).

Artikel 1 van richtlijn 92/50/EEG bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder ‚overheidsopdrachten voor dienstverlening' verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van:

(...)

v) opdrachten betreffende spraaktelefonie-, telex-, mobiele radiotelefonie-, oproep- en satellietdiensten (...)."

3. De vierentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 93/38 vermeldt:

„Overwegende dat door deze richtlijn wel het verrichten van diensten op contractuele, doch niet op andere grondslag, zoals op die van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of van arbeidsovereenkomsten, wordt bestreken."

Artikel 1, punt 4, van die richtlijn luidt als volgt:

„‚opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één van de in artikel 2 omschreven aanbestedende diensten en een leverancier, aannemer of dienstverrichter, die betrekking hebben op:

(...)

c) in het geval van opdrachten voor het verrichten van diensten, andere opdrachten dan bedoeld onder a en b, maar met uitzondering van:

(...)

iii) opdrachten betreffende diensten van arbitrage en bemiddeling;

iv) opdrachten betreffende de uitgifte, de aankoop, de verkoop en de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten;

(...)

vi) (...) Opdrachten die zowel diensten als leveringen omvatten, worden beschouwd als opdrachten voor leveringen wanneer de totale waarde van de leveringen meer bedraagt dan de waarde van de onder de opdracht vallende diensten (...)."

Volgens artikel 2, punt 1, geldt de richtlijn „voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben (...)".

Artikel 2, punt 2, bepaalt, voor zover hier van belang, dat „relevante activiteiten in de zin van deze richtlijn" zijn:

„(...)

d) de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek (...)".

B — *De Oostenrijkse wetgeving en de feiten van het hoofdgeding*

4. Post & Telekom Austria AG (hierna: „Telekom Austria") is sinds 1 januari 1997 rechtsopvolgster van de voormalige Post & Telegraphenverwaltung die indertijd verantwoordelijk was voor de exploitatie van het Oostenrijkse post- en telecommunicatiemonopolie en, onder meer, wettelijk verplicht de beschikbaarheid van telefoongidsen te waarborgen.[3] Om economische redenen besloot zij in 1992 een partner te zoeken voor de vervaardiging van de officiële telefoongids (Amtliches Telephonbuch, bekend onder de naam „witte bladzijden"). In dat jaar werd een overeenkomst (klaarblijkelijk niet in de vorm van een concessie) gesloten, die eind 1997 afliep. Met het oog op de naderende

3 — Artikel 31 van het voormalige Fernmeldegesetz (Wet op de telecommunicatie).

expiratie van die overeenkomst publiceerde Telekom Austria op 15 mei 1997 in het *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (als bijlage opgenomen bij het Oostenrijkse staatsblad) en in verschillende dagbladen een oproep tot inschrijving op een concessie voor de vervaardiging van telefoongidsen en elektronische gegevensbestanden van haar abonnees. De concessiehouder zou als tegenprestatie voor de aanvaarding van deze verplichting het recht krijgen om de concessie met winstoogmerk te exploiteren, en Telekom Austria zou een deelneming van 40 % nemen in de onderneming die de concessiehouder daartoe zou oprichten. Kort daarop werd de concessie verleend aan Herold Business Data AG (hierna: „Herold"), de rechtsopvolgster van de onderneming die de oorspronkelijke opdracht uit 1992 had gekregen.[4] De concessie-overeenkomst werd gesloten op 15 december 1997.

5. Op 1 augustus 1997 trad het Telekommunikationsgesetz in werking.[5] Ingevolge artikel 19 van het Telekommunikationsgesetz moet elke aanbieder van een openbare spraaktelefoondienst onder meer over een regelmatig bijgewerkte abonneegids beschikken, een inlichtingendienst betreffende abonneenummers onderhouden en de abonneegids aan de krachtens die wet ingestelde reguleringsinstantie op haar verzoek, ten minste wekelijks, in elektronische leesbare vorm beschikbaar stellen. Op grond van artikel 24, leden 1 en 2, van het Telekommunikationsgesetz dienen gebruikers tegen een passende vergoeding toegang tot deze informatie te hebben als onderdeel van de algemene telefoondienst in Oostenrijk. De reguleringsinstantie moet volgens artikel 26, lid 1, van het Telekommunikationsgesetz garanderen, dat een algemene telefoongids beschikbaar is met daarin samengebracht de gegevens uit de verschillende afzonderlijke gidsen.[6] Voorts moeten individuele exploitanten ingevolge artikel 96, lid 1, van dezelfde wet een abonneegids in gedrukte of elektronische vorm vervaardigen.

6. Telaustria en Telefonadress, verzoeksters in het hoofdgeding, meenden dat op de overeenkomst in kwestie de communautaire en nationale aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van toepassing waren. Op hun afzonderlijke en vervolgens gevoegde verzoeken om inleiding van een arbitrageprocedure overeenkomstig artikel 109 van het Bundesvergabegesetz (hierna: „BverG")[7] deed de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie voor toezicht op overheidsaanbestedingen) op 20 juni 1997 een voor verzoeksters positieve gemotiveerde aanbeveling, waarin werd bevestigd dat de bepalingen van het BVerG van toepassing waren.

7. Telekom Austria legde deze aanbeveling naast zich neer en zette de onderhandelingen over de in de oproep beschreven overeenkomst door. Haars inziens viel de

4 — Herold is een gemeenschappelijke dochteronderneming van GTE (74 %) en Telekom Austria (26 %).

5 — *BGBl* I nr. 100/1997.

6 — Tot 31 juli 1997 lag de verplichting voor Telekom Austria tot publicatie van telefoongidsen besloten in artikel 2 van het Poststrukturgesetz (*BGBl* I nr. 201/1996).

7 — *BGBl* I nr. 56/1997.

overeenkomst onder de uitdrukkelijke uitsluiting van „concessies voor dienstverlening" van de werkingssfeer van het BVerG in artikel 3, leden 1 en 8, van die wet. Op 24 juni 1997 diende Telaustria, en later ook Telefonadress, bij het Bundesvergabeamt een verzoek in om inleiding van een beroepsprocedure, alsmede een verzoek in kort geding. Nadat het Bundesvergabeamt aanvankelijk in kort geding ten gunste van verzoeksters had beschikt, besloot het op 10 juli 1997 de sluiting van de overeenkomst tussen Telekom Austria en Herold voorlopig toe te staan, onder de voorwaarde dat werd voorzien in de mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen ingeval de communautaire en nationale aanbestedingsregels toepasselijk zouden blijken.

8. Blijkens de verwijzigingsbeschikking is het Telekommunikationsgesetz van toepassing op de tussen Telekom Austria en Herold gesloten overeenkomst. Telekom Austria werd opgericht als honderd procent overheidsonderneming, zij staat onder toezicht van de nationale overheidsinstanties en is volgens het Bundesvergabeamt een openbaar bedrijf in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38, en als zodanig een aanbestedende dienst in de zin van die richtlijn.

9. Het Bundesvergabeamt geeft aan, dat de litigieuze overeenkomst bestaat uit „meerdere — elkaar gedeeltelijk overlappende — overeenkomsten met een verschillende inhoud, maar tussen dezelfde partijen". Het merkt op, dat het voorwerp van de overeenkomst inzake drukwerk „de vervaardiging van gedrukte telefoongidsen" betreft.

Het vermeldt verder dat Herold in de eerste plaats de volgende diensten moet leveren: „verzameling, bewerking en structurering van abonneegegevens en het technisch toegankelijk maken van de gegevens, met andere woorden diensten vallend onder CPC-indeling 841b,[8] ‚ontwikkeling van pakketprogrammatuur', 8431, ‚verwerking en tabellering van gegevens', 8432, ‚invoer van gegevens', en 8439, ‚overige gegevensverwerking', mogelijk ook 844, ‚databanken'". Deze diensten vallen onder „categorie 7, ‚computer- en aanverwante diensten' van bijlage XVI A bij richtlijn 93/38/EEG".

10. Het tweede deel van de overeenkomst betreft de vervaardiging van gedrukte telefoongidsen, beschreven als diensten van „categorie 15, ‚uitgeverij- en drukkerijdiensten, in regie of op contractbasis', in de zin van bijlage XVI A bij richtlijn 93/38/EEG". Het laatste deel van de door het Bundesvergabeamt beschreven overeenkomst omvat „diensten van CPC-indeling 871, ‚reclamediensten', dus diensten van categorie 13 van bijlage XVI A bij richtlijn 93/38/EEG". Volgens het Bundesvergabeamt is het aantal diensten vallend onder bijlage XVI A bij richtlijn 93/38 aanzienlijk groter dan dat vallend onder bijlage X-

8 — CPC staat voor de Central Product Classification van de Verenigde Naties. Voor het belang van de CPC-nomenclatuur, zie nader de punten 10 en 32 e.v. van mijn conclusie en de punten 38 en 39 van het arrest in de zaak Tögel (arrest van 24 september 1998, C-76/97, Jurispr. blz. I-5357).

VI B, zodat de richtlijn van toepassing geacht mag worden op de overeenkomst in zijn geheel.

11. Van oordeel dat de uitsluiting van concessies voor openbare diensten van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 niet noodzakelijkerwijs de stelling van Telekom Austria ondersteunt, dat dergelijke overeenkomsten eveneens van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 zijn uitgesloten, en wegens de onduidelijkheid met betrekking tot de definiëring van dergelijke concessies, heeft het Bundesvergabeamt het Hof de volgende zeven prejudiciële vragen voorgelegd:

„Hoofdvraag:

Kan uit de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 92/50/EEG, in het bijzonder uit het voorstel van de Commissie [COM(90) 372 , PB C 23 van 31 januari 1991] of uit de omschrijving van het begrip ‚overheidsopdracht voor het verrichten van diensten' in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50/EEG worden afgeleid, dat bepaalde categorieën van overeenkomsten die met dienstverlenende ondernemingen worden gesloten door onder deze richtlijn vallende aanbestedende diensten, bij voorbaat van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten enkel op grond van bepaalde gemeenschappelijke kenmerken, zoals genoemd in het voorstel van de Commissie COM(90) 372, en zonder dat artikel 1, sub a, punten i-vii, of de artikelen 4 tot en met 6 van richtlijn 92/50/EEG zouden moeten worden toegepast?

In geval van een bevestigend antwoord op de hoofdvraag:

Bestaan dergelijke categorieën van overeenkomsten ook binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG, met name gelet op de vierentwintigste overweging van de considerans van die richtlijn?

In geval van een bevestigend antwoord op de tweede vraag:

Zijn deze van de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG uitgesloten categorieën overeenkomsten voldoende bepaalbaar naar analogie van het voorstel COM(90) 372, in dier voege, dat hun belangrijkste kenmerk erin bestaat dat een aanbestedende dienst die onder de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG valt, een onder zijn bevoegdheid vallende dienstverrichting aan een onderneming van zijn keuze overdraagt en haar als tegenprestatie het recht verleent om de betrokken dienstverrichting economisch te exploiteren?

In aanvulling op de eerste drie vragen:

Moet een aanbestedende dienst die onder de personele werkingssfeer van richtlijn

93/38/EEG valt, ingeval een door hem gesloten overeenkomst elementen van een overheidsopdracht voor het verrichten van diensten in de zin van artikel 1, punt 4, sub a, van richtlijn 93/38/EEG bevat en tevens elementen van andere contractuele aard, die niet onder de werkingssfeer van die richtlijn vallen, het onder richtlijn 93/38 vallende gedeelte van de gehele overeenkomst daarvan scheiden voor zover dat technisch mogelijk en economisch verantwoord is, en aanbesteden volgens de procedure van artikel 1, punt 7, van die richtlijn, zoals het Hof in zaak C-3/88 [9] vóór de inwerkingtreding van richtlijn 92/50/EEG heeft bepaald met betrekking tot een niet volledig onder richtlijn 77/62/EEG vallende opdracht?

In geval van een bevestigend antwoord op deze vraag:

Is de verlening, bij overeenkomst, van het recht op de uitsluitende economische exploitatie van het resultaat van een dienstverrichting, die de dienstverrichter een weliswaar niet bepaalbare, doch naar algemene ervaringsregels niet onaanzienlijke en naar verwachting boven de kosten van de dienstverrichting uitstijgende opbrengst oplevert, aan te merken als beloning voor de dienstverrichting, zoals het Hof in zaak C-272/91 [10] heeft beslist in verband met een leveringsopdracht die in plaats van een beloning een door de overheid verleend recht omvatte?

In aanvulling op deze vragen:

Moeten de bepalingen van artikel 1, punt 4, sub a en c, van richtlijn 93/38 aldus worden uitgelegd, dat een opdracht voor het verrichten van diensten in de zin van bijlage XVI, deel A, categorie 15, geen opdracht voor het verrichten van diensten meer is en een opdracht tot levering wordt, wanneer de dienstverrichting de vervaardiging van een groot aantal gelijksoortige roerende zaken met een economische waarde als resultaat heeft en het dus gaat om goederen in de zin van de artikelen 9 en 30 EG-Verdrag?

In geval van een bevestigend antwoord op die vraag:

Moet het arrest van het Hof in zaak C-3/88 aldus worden uitgelegd, dat een dergelijke opdracht tot levering, voor zover dat technisch mogelijk en economisch verantwoord is, van de overige onderdelen van de dienstverleningsovereenkomst moet worden gescheiden en moet worden aanbesteed volgens een procedure in de zin van artikel 1, punt 7, van richtlijn 93/38/EEG?"

9 — Arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië (Jurispr. blz. 4035; hierna: „Dataprocessing").

10 — Arrest van 26 april 1994, Commissie/Italië (Jurispr. blz. I-1409; hierna: „Lottomatica").

II — Opmerkingen

12. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Telaustria, Telekom Austria, het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk der Nederlanden, de Franse Republiek, de Oostenrijkse Republiek en de Commissie. Met uitzondering van Denemarken en Nederland hebben allen daarnaast ook mondelinge opmerkingen gemaakt.

III — Beoordeling

13. De problemen die de nationale rechter met zijn vragen aan de orde stelt, kunnen als volgt worden samengevat:

i) Valt de overeenkomst, aangenomen dat de communautaire aanbestedingsregels van toepassing zijn, onder richtlijn 93/38?

ii) Zijn concessies voor openbare diensten uitgesloten van richtlijn 93/38?

iii) Wat is de draagwijdte van een concessieovereenkomst voor openbare diensten in het gemeenschapsrecht en hoe moeten dergelijke concessies gedefinieerd worden?

iv) Ingeval de relevante publikatieregels van de communautaire aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, welke publiciteitsvereisten vloeien dan eventueel voort uit de toepassing van de algemene verdragsbeginselen?

v) Ingeval richtlijn 93/38 niet van toepassing is, betekent dan het feit dat de concessie de vervaardiging van een groot aantal gedrukte telefoongidsen omvat, dat zij geheel of gedeeltelijk gezien moet worden als een opdracht tot levering en dus vallend onder de aanbestedingsregels van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen? [11]

Ofschoon deze kwesties elkaar gedeeltelijk overlappen, zal ik ze gemakshalve in bovenstaande volgorde behandelen.

11 — PB L 199, blz. 1.

A — *Richtlijn 92/50 of richtlijn 93/38*

14. Indien een overeenkomst als die tussen Telekom Austria en Herold onder richtlijn 93/38 zou vallen, is een specifiek antwoord op de eerste prejudiciële vraag van het Bundesvergabeamt overbodig. Het is derhalve zinvol eerst te bezien of de sectoriële richtlijn van toepassing is, voordat andere, meer algemene, richtlijnen worden onderzocht. Maar ook indien mocht blijken dat in casu enkel richtlijn 93/38 van toepassing is, kunnen andere communautaire aanbestedingsregels toch aanknopingspunten bieden voor de uitlegging van die richtlijn.

15. Gezien de verwijzingsbeschikking dient Telekom Austria, als openbare aanbieder van telecommunicatiediensten, in beginsel te worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/38. Dit standpunt vindt steun in de dertiende overweging van de considerans van die richtlijn, waarin wordt gezegd dat de werkingssfeer ervan „zich niet dient uit te strekken tot werkzaamheden van deze diensten die buiten de sector (...) telecommunicatie liggen". Richtlijn 93/38 geldt ingevolge haar artikel 2, lid 1, alleen voor de aanbestedende diensten die „een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben" waaronder „de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek". [12] Ofschoon Telekom Austria niet langer de enige aanbieder van dergelijke diensten is op de Oostenrijkse markt, omschrijft het Bundesvergabeamt zelf als een van de „taken" van genoemde onderneming „de beschikbaarstelling en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken en het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten". Het betreft derhalve onmiskenbaar, zoals de Commissie stelt, een sectoriële aanbestedende dienst. Het staat vast dat de vervaardiging van telefoongidsen in zowel gedrukte als elektronische vorm rechtstreeks verband houdt met het verschaffen van die diensten.

16. Het Bundesvergabeamt heeft zich vooralsnog op het standpunt gesteld, dat de diensten waarin de overeenkomst tussen Telekom Austria en Herold voorziet, in hun geheel bezien onder richtlijn 93/38 vallen en dat de overeenkomst een opdracht tot „levering" is in de zin van artikel 15 van die richtlijn. De gegevens waarover het Hof beschikt, geven geen aanleiding tot twijfel aan het standpunt van het Bundesvergabeamt dat de overeenkomst onder die richtlijn valt, behoudens een eventuele uitsluiting op grond van feit dat het een concessie betreft. Voor het beantwoorden van de prejudiciële vragen is, denk ik, niet van belang of het een opdracht voor „levering" of „dienstverlening" betreft. Wanneer een overeenkomst als de onderhavige namelijk wordt aangemerkt als een opdracht voor levering of dienstverlening in de zin van artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38, zijn immers hoe dan ook de publiciteitsregels van artikel 15 of 16 daarvan van toepassing.

12 — Zie artikel 2, lid 2, sub d, in zijn geheel aangehaald in punt 3.

17. Ik ben het niet eens met Telekom Austria, dat onder richtlijn 93/38 alleen de diensten vallen die aan het einde van een lange keten van diensten worden verricht en die, voor zover het de onderhavige zaak betreft, rechtstreeks verband houden met de feitelijke levering van spraaktelefoniediensten. Uit de zeventiende overweging van de considerans van richtlijn 92/50 blijkt duidelijk, dat de bepalingen van deze richtlijn die van de richtlijn voorafgaand aan richtlijn 93/38 onverlet behoren te laten. Met andere woorden, de meer algemene bepalingen van richtlijn 92/50 zijn niet van toepassing wanneer een overeenkomst binnen de werkingssfeer van de sectoriële richtlijn valt. Tot de diensten die onder richtlijn 92/50 vallen en die onder meer vermeld staan in bijlage I A bij die richtlijn, behoren weliswaar „telecommunicatiediensten" (categorie 5), maar spraaktelefoniediensten zijn blijkens de bijbehorende voetnoot uitgesloten. Slechts een zeer enge uitlegging van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 zou Telekom Austria's standpunt rechtvaardigen, dat de vervaardiging van telefoongidsen onvoldoende verband houdt met het verschaffen van spraaktelefoniediensten voor toepassing van die richtlijn. Een dergelijke enge uitlegging is mijns inziens onjuist. In dit verband is met name van belang, zoals ook is opgemerkt in de verwijzingsbeschikking, dat categorie 15 van bijlage XVI bij richtlijn 93/38 uitdrukkelijk „uitgeverij- en drukkerijdiensten" vermeldt onder de diensten waarop de publiciteitsregels van artikel 15 van toepassing zijn.

18. Bovendien zijn de onder die richtlijn vallende opdrachten voor het verrichten van diensten in artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38 omschreven als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één van de in artikel 2 omschreven aanbestedende diensten en een leverancier, aannemer of dienstverrichter", die betrekking hebben op (zie artikel 1, punt 4, sub ii) „spraaktelefonie". Bijgevolg staat voor mij vast, dat het Bundesvergabeamt er terecht van is uitgegaan dat in casu in beginsel richtlijn 93/38 toepasselijk is. De tweede, de derde en de vijfde vraag (en indirect de eerste vraag) moeten dus eigenlijk aldus worden gelezen, of de concessiekenmerken van de overeenkomst tussen Telekom Austria en Herold de toepassing van richtlijn 93/38 uitsluit. In feite is dit de kernvraag in de onderhavige zaak.

B — *De uitsluiting van concessies voor openbare diensten*

19. Verzoeksters stellen, dat concessies voor openbare diensten niet buiten de communautaire aanbestedingsbepalingen mogen vallen aangezien de toepassing van die bepalingen anders ervan zou afhangen welke activiteiten volgens de diverse nationale rechtsstelsels overheidsactiviteiten zijn. De noodzaak om uitsluitingen van de werkingssfeer van de aanbestedingsbepalingen eng uit te leggen, verzet zich daartegen. Indien concessies toch uitgesloten zouden zijn, moet er sprake zijn van een daadwerkelijke overdracht van een activiteit van algemeen belang om een concessie voor openbare diensten te kunnen spreken. Ver-

zoeksters betogen, dat dit bij de vervaardiging van telefoongidsen niet het geval is. Zij wijzen erop dat een uitdrukkelijk voorstel van de Commissie om concessies voor openbare diensten binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38 te brengen, ontbreekt en stellen dat het stilzwijgen van de richtlijn op dat gebied de uitsluiting van dergelijke overeenkomsten niet rechtvaardigt.

20. Telekom Austria, gesteund door de interveniërende lidstaten en de Commissie, stelt in wezen dat blijkens de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 92/50 en gelet op de algehele werkingssfeer van de communautaire aanbestedingsrichtlijnen de Raad de concessies niet wilde opnemen in de werkingssfeer van die richtlijn of van richtlijn 93/38. De materiële werkingssfeer van laatstgenoemde richtlijn is beperkt tot de daarin genoemde soorten overeenkomsten; concessies maken daarvan geen deel uit.

21. Voor mij is het duidelijk dat de Raad het voorstel van de Commissie om concessies onder richtlijn 92/50 te brengen, heeft verworpen. Haar oorspronkelijke voorstel van 13 december 1990 onderscheidde „concessieovereenkomsten voor openbare diensten" in artikel 1, sub a-vi, van „overheidsopdrachten voor dienstverlening"; deze waren gedefinieerd in artikel 1, sub a, h, en in artikel 2 waren de publiciteitsregels van de voorgestelde richtlijn erop van toepassing verklaard. [13] Behalve een nader uitgewerkte definitie van „concessie voor openbare diensten" bevatte haar gewijzigde voorstel van 28 augustus 1991 [14] in wezen vergelijkbare bepalingen. De oorspronkelijke ratio van de opname van concessies was verwoord in de tiende overweging van het voorstel, waarin de Commissie stelde dat „teneinde coherente procedures voor het plaatsen van opdrachten te waarborgen, dienen concessies voor openbare diensten door deze richtlijn te worden bestreken op dezelfde wijze als richtlijn 71/305/EEG van toepassing is op concessie-overeenkomsten voor openbare werken". De verwijzing naar laatstgenoemde richtlijn kwam niet meer voor in de tiende overweging van het gewijzigde voorstel, waarin nog slechts werd gezegd dat opneming van concessies voor openbare diensten noodzakelijk was „teneinde coherente procedures voor het plaatsen van opdrachten te waarborgen". Tijdens de wetgevingsprocedure heeft de Raad elke verwijzing naar concessies voor openbare diensten uit het voorstel geschrapt. De reden daarvoor is terug te vinden in het document waarin het gemeenschappelijk standpunt wordt uiteengezet en dat door de Franse regering is aangehaald in haar schriftelijke opmerkingen. [15] Dat besluit van de Raad kan alleen maar worden uitgelegd, zoals Frankrijk betoogt, als een uitdrukkelijke weigering om dergelijke concessies binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 te brengen.

13 — Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten, COM(90) 372 def., PB 1991, C 23, blz. 1. Artikel 3 van het voorstel behelsde bijzondere regels voor het geval waarin een concessiehouder een aanbestedende dienst is.

14 — Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, COM(91) 322 def., PB 1991, C 250, blz. 4.

15 — Document nr. 4444-92-ADD-1 van 25 februari 1992. De Raad was van mening dat er te grote verschillen bestonden tussen de diverse nationale regelingen betreffende dergelijke concessies en dat goedkeuring van het voorstel dus niet in alle lidstaten dezelfde gevolgen zou hebben. De Oostenrijkse regering merkt in haar schriftelijke opmerkingen op, dat deze terughoudendheid was gebaseerd op het feit dat concessies in bepaalde lidstaten uitsluitend werden toegekend bij openbare (bestuurs)handelingen en derhalve als zodanig buiten de door de Commissie voorgestane definitie zouden vallen die uitging van concessies die bij privaatrechtelijke consensuele overeenkomst werden verleend. Dit werd door de Commissie ook toegegeven, en betreurd, in haar mededeling aan het Europees Parlement met betrekking tot het gemeenschappelijke standpunt; zie SEC(2) 406 def. van 5 maart 1992.

22. Het is dan ook te begrijpen dat de Commissie zelfs niet heeft voorgesteld om de concessie voor openbare diensten op te nemen in haar voorstel van 27 september 1991, later richtlijn 93/38 van de Raad. [16] Ook in het gewijzigde Commissievoorstel voor de richtlijn die aan richtlijn 93/38 voorafging — te weten richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [17], de eerste sectoriële aanbestedingsrichtlijn — kwamen regels voor de concessies voor openbare diensten voor. [18] De Raad wees dit voorstel af omdat dergelijke concessies slechts in één lidstaat bekend waren en het zonder diepgaande studie van de verschillende vormen van concessies voor openbare diensten in de lidstaten voor de sectoren water-, gas- en energievoorziening niet zinvol was tot regeling ervan over te gaan. [19] De ontstaansgeschiedenis laat derhalve duidelijk zien, dat richtlijn 93/38 met opzet zwijgt over concessies en ze wilde uitsluiten. In de onderhavige zaak biedt dit een duidelijk hulpmiddel bij de uitlegging van de tekst van de richtlijn zoals die uiteindelijk door de Raad is vastgesteld.

23. Deze zienswijze vindt overigens verdere steun in de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten voor werken. In artikel 3, lid 1, van de eerste aanbestedingsrichtlijn, richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, waren concessieovereenkomsten uitdrukkelijk uitgesloten van de werkingssfeer van de in artikel 1, sub a, als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel (...) tussen een aannemer (...) en een (...) aanbestedende dienst" gedefinieerde „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken" in de zin van die richtlijn. [20] In 1989 werd in richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, een definitie van „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken" opgenomen (zie het nieuwe artikel 1, sub d, ingelast bij artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/440) en werden de „regels voor de bekendmaking" van toepassing verklaard op de gunning van dergelijke concessies (zie het nieuwe artikel 1 bis, ingelast bij artikel 1, lid 2, van richtlijn 89/440). [21] Dit is van bijzonder belang omdat de communautaire aanbestedingsbepalingen hiermee voor het eerst uitdrukkelijk melding maakten van het verschijnsel concessie. Op het moment van gunning van de in casu omstreden opdracht waren de relevante bepalingen die van de geconsolideerde richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende

16 — Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 90/531/EEG betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [COM(91) 347 def., PB 1991, C 337, blz. 1].

17 — PB L 297, blz. 1.

18 — Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie; COM(89) 380 def., PB 1989, C 264, blz. 22.

19 — Zie punt 10 van document van de Raad nr. 5250/90 van 22 maart 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, dat als bijlage is opgenomen bij de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

20 — PB L 185, blz. 5.

21 — PB L 210, blz. 1.

de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, die richtlijn 71/305 heeft vervangen.[22] Deze richtlijn is op dezelfde dag vastgesteld als richtlijn 93/38. Indien de Raad de concessie voor openbare diensten onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38 had willen brengen, zou hij dit uitdrukkelijk hebben gedaan, zoals in het geval van richtlijn 93/37. De enige redelijke slotsom die hieruit getrokken kan worden, is die van advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie in de zaak BFI Holding, namelijk dat richtlijn 93/38 „uitsluitend betrekking heeft op overheids-*opdrachten* voor dienstverlening".[23]

24. Het moge derhalve duidelijk zijn, dat het in het communautaire aanbestedingsrecht gehanteerde begrip „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel" (mijn cursivering), dat in alle richtlijnen voorkomt, van richtlijn 71/305, de eerste richtlijn, tot en met richtlijn 93/38, nimmer de concessie heeft omvat. Bijgevolg kan niet worden gesteld, zoals verzoeksters impliciet doen, dat door een letterlijke uitlegging van het begrip zoals dat thans voorkomt in artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38, op concessies lijkende schriftelijke overeenkomsten waarbij de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht op exploitatie, hetzij gedeeltelijk uit dit recht op exploitatie in combinatie met een betaling door de aanbestedende dienst, onder de richtlijn kunnen worden gebracht. Met andere woorden, zelfs wanneer men de ontstaansgeschiedenis buiten beschouwing zou moeten laten, zou de bij gebreke van een definitie in richtlijn 93/38 noodzakelijke contextuele invulling van het begrip „onder bezwarende titel" concessies uitsluiten.

25. Daaruit volgt naar mijn mening dat „concessies voor openbare diensten" niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen.

C — *De draagwijdte van het begrip concessies voor openbare diensten*

26. Aangezien ik meen dat concessies voor openbare diensten buiten de werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen, moet voor een antwoord op de derde en de vijfde vraag van de verwijzende rechter worden onderzocht welke soort „regeling" als een dergelijke concessie kan worden aangemerkt en dus uitgesloten is van de publiciteitsregels van die richtlijn. Daarbij ben ik me ervan bewust dat de gemeenschapswetgever behalve daar waar concessies uitdrukkelijk worden vermeld, het begrip „concessies voor openbare diensten" niet heeft gedefinieerd. Ik ben het derhalve eens met de interveniërende lidstaten en de Commissie, dat bij gebreke van een definitie door de wetgever het Hof criteria ter identificatie van een concessie dient vast te stellen teneinde het Bundesvergabeamt behulpzaam te zijn bij het beslechten van het onderhavige geschil.

22 — PB L 199, blz. 54. Richtlijnen 89/440 en 93/37 van de Raad worden hierna zo nu en dan gemakshalve „de richtlijnen voor werken" genoemd.

23 — Conclusie van 19 februari 1998 (arrest van 10 november 1998, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 26; cursivering in het origineel).

27. Verzoeksters betogen, dat het kenmerk van een concessie is dat de concessiehouder geen vergoeding ontvangt. Hij moet wel het recht krijgen om de concessie met winstoogmerk te exploiteren, ofschoon dit recht volgens verzoeksters vergezeld kan gaan van de verplichting om de concessiegever een bedrag te betalen. Zij stellen voorts, dat het voorwerp van de concessie een dienst van algemeen belang moet betreffen, verbonden met de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Zij menen dat dit in casu niet het geval is, nu elke aanbieder van telecommunicatiediensten ingevolge artikel 96, lid 1, van het Telekommunikationsgesetz verplicht is een abonneegids uit te geven.

28. De overige partijen en de interveniënten die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, zijn het met elkaar eens wat de voornaamste onderscheidende kenmerken van een concessie betreft. Classificatie van een concessie zou moeten geschieden aan de hand van drie essentiële kenmerken. Ten eerste moet de ontvanger van de geleverde dienst een derde zijn en niet de aanbestedende dienst zelf. Ten tweede moet het voorwerp van de overgedragen dienst een zaak van algemeen belang betreffen. Tot slot dient het aan verrichting van de betreffende dienst verbonden economische risico voor rekening van de concessiehouder te komen.

29. In de eerste plaats moet in gedachten worden gehouden dat „concessies voor openbare diensten" niet bestreken worden door richtlijn 93/38. Voor de enge uitlegging die verzoeksters bepleiten, is mijns inziens dan ook geen reden. Concessies vormen immers geen afwijking van de publiciteitsregels van de richtlijn, maar zijn een soort „regeling" die niet onder de richtlijn valt en daarom buiten het bereik van die regels valt.

30. Een goed uitgangspunt lijkt me de definitie die is gegeven in de richtlijnen inzake werken, aangezien het tot op heden de enige door de gemeenschapswetgever goedgekeurde definitie is. In artikel 1, sub d, van richtlijn 89/440 is de „concessie-overeenkomst voor openbare werken" oorspronkelijk omschreven als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als [‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken'] met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs".[24] Als redenen voor de opneming van dergelijke concessies in de richtlijn noemde de elfde overweging van de considerans „het toenemende belang van concessies op het gebied van openbare werken en hun specifieke aard (...)".[25] Exact dezelfde definitie van „concessie-overeenkomst voor openbare werken" alsook dezelfde rechtvaardiging is vervolgens overgenomen in richtlijn 93/37.[26] De gemeenschapswetgever zag kennelijk het ontbreken van een tegenprestatie of althans een volledige tegenprestatie van de kant van de aanbestedende dienst aan de concessiehouder als de essentie van een concessie. Ook ik ben van mening dat

24 — Deze definitie sluit nagenoeg geheel aan bij de eerdere omschrijving van hetgeen was uitgesloten van het begrip „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel" in artikel 3, lid 1, van richtlijn 71/305.

25 — De op dergelijke „opdrachten" toepasselijke publiciteitsregels stonden in het nieuwe artikel 1 bis, dat bij artikel 1, lid 2, van richtlijn 89/440 was ingelast in richtlijn 71/305.

26 — Zie artikel 1, sub d, en de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn.

dit een elementair kenmerk is van een concessie, waarvan het belang niet is beperkt tot concessies voor openbare werken. Dit kenmerk is mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat de concessiehouder zelf het grootste of althans het substantiële economische risico verbonden aan de verrichting van de diensten heeft te dragen. Indien voor de nationale rechter komt vast te staan dat de economische verplichting of het economische risico daadwerkelijk van de concessiegever is overgegaan op de concessiehouder, is er een zeer sterk vermoeden dat de tussen hen aangegane „regeling" een concessie is en geen overeenkomst.

31. De allerbelangrijkste indicatie of de concessiehouder het economische risico draagt, is mijns inziens de aard van de exploitatie die de vermeende concessie van de concessiehouder verlangt. Het arrest BFI Holding geeft een duidelijke aanwijzing dat het Hof de noodzaak van exploitatie van het overgedragen recht ter verkrijging van een vergoeding, als essentieel kenmerk van een concessie beschouwt. In antwoord op de stelling van de Franse regering, dat de in die zaak ter discussie staande opdrachten (het betrof een joint venture tussen twee Nederlandse gemeenten voor afvalverwijdering en stadsreiniging via ARA, een speciaal voor dat doel opgerichte onderneming) konden worden aangemerkt als een concessie voor openbare diensten, stelde het Hof, dat het begrip geen uitlegging behoefde en dat uit de onderliggende overeenkomst duidelijk bleek „dat de aan ARA betaalde vergoeding uitsluitend bestaat in een betaling en niet in het recht op exploitatie van de dienst". [27]

32. Ter terechtzitting is verwezen naar een ontwerp van interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht. [28] In die mededeling, waaraan ter terechtzitting verschillende keren is gerefereerd, geeft de Commissie voorbeelden van gevallen die haar ter kennis waren gekomen en waarin naar haar mening niet werd voldaan aan het vereiste dat het risico wordt gedragen door de concessiehouder. [29] Wanneer bijvoorbeeld de overheid de concessiehouder toezegt toekomstige verliezen te vergoeden, of de concessiehouder de overgedragen dienst niet feitelijk exploiteert, dan is er volgens de Commissie geen sprake van een concessie.

33. Ik ben het met de Franse regering eens, dat geen afdoende definitie bestaat van het

27 — Punt 25 (cursivering van mij). Het Hof aanvaardde impliciet het standpunt van advocaat-generaal La Pergola, die had gesteld: „een ander veelbetekenend aspect van de concessie voor diensten op communautair gebied (...), namelijk het feit dat de concessiehouder het economisch risico op zich neemt, dat volgt uit *het verlenen en het beheer van de diensten waarop de concessie betrekking heeft*"; punt 26 van zijn conclusie (cursivering van mij).

28 — Ten tijde van de terechtzitting (23 maart 2000) was via internet slechts een ontwerp bekendgemaakt (zie ‚Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics', DG XV XV/B — 24 februari 1999; http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf), klaarblijkelijk uitsluitend beschikbaar in de Franse taal. Daarna (29 april 2000) is de tekst echter gepubliceerd als interpretatieve mededeling in het Publicatieblad (PB C 121, blz. 2).

29 — Zie met name voetnoot 10 van de mededeling.

begrip „concessie voor openbare diensten". Het enige wat op grond van de arresten Lottomatica en BFI Holding duidelijk is, is dat in geval van een vaste of bepaalbare vergoeding er sprake is van een overeenkomst en de relevante aanbestedingsrichtlijn voorshands toepasselijk is. In de zaak Lottomatica deed de Italiaanse overheid een oproep tot inschrijving voor de „concessie" voor het systeem ter automatisering van de Italiaanse lotto. Volgens de Italiaanse regering betrof het een concessie voor een openbare dienst, die als zodanig niet werd bestreken door richtlijn 77/62/EEG. [30] Dit betoog werd door het Hof niet aanvaard. Het besliste dat „de invoering van het automatiseringssysteem waarop de in geding zijnde aanbesteding betrekking heeft, niet [inhoudt], dat de verantwoordelijkheid voor een of meer van de diverse bij het lottospel noodzakelijke verrichtingen wordt overgedragen aan de concessiehouder" en dat „[vaststaat], dat die aanbesteding betrekking heeft op de levering van een integraal automatiseringssysteem, wat onder meer de levering van bepaalde goederen aan de overheid inhoudt". [31] De omstandigheid dat het betrokken systeem pas bij de beëindiging van de contractuele relatie met de concessiehouder eigendom van de overheid zou worden, werd „irrelevant" geacht, daar „de prijs van die levering [bestond] in een jaarlijks uit te keren percentage van de opbrengst van de lotto". [32] In elk afzonderlijk geval dient derhalve een aantal factoren onderzocht te worden om vast te stellen of de regeling tussen partijen in feite een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot de dienstverrichting is. Blijkens de opmerkingen die zijn ingediend is er een algemene consensus over de relevantie van het andere criterium dat door advocaat-generaal La Pergola is genoemd in zijn conclusie in de zaak BFI Holding, te weten dat „bij de concessieovereenkomst degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, een derde is die buiten de contractuele betrekking staat". [33] Alhoewel ik deze factor als eventueel hulpmiddel in bepaalde grensgevallen niet geheel uitsluit, voegt het mijns inziens weinig toe aan het vereiste dat de concessiehouder tenminste een aanzienlijk deel van zijn vergoeding uit de exploitatie van de dienst verkrijgt en niet van de aanbestedende dienst ontvangt. Indien van meet af aan in werkelijkheid de aanbestedende dienst en niet een derde de enige afnemer is, kan de „regeling" die tussen hun bestaat moeilijk anders dan als „overeenkomst onder bezwarende titel" worden aangemerkt. Die situatie komt dicht bij de zaak Lottomatica, waarin zonder enige twijfel de enige afnemer van de voorgegeven concessiehouder de voor de loterij verantwoordelijke overheidsinstelling was.

34. Wat de relevantie van het „algemeen belang"-aspect van de overgedragen dienst aangaat, bestaat blijkens de ingediende opmerkingen daarentegen minder consensus. In zijn eerder aangehaalde conclusie stelde advocaat-generaal La Pergola: „De concessie voor diensten in het gemeenschapsrecht verlangt voorts, dat de betrokken dienst een algemeen belang dient, doordat deze institutioneel gezien door een overheidsinstantie zou moeten worden verricht." [34] Hij zei verder: „Dat de dienst door een derde wordt uitgevoerd, brengt derhalve mee dat de concessiehouder de

30 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1977, L 13, blz. 1.

31 — Punt 24.

32 — Punt 25.

33 — Punt 26.

34 — Punt 26.

verplichting van de concessiegever om de dienst ten behoeve van het publiek te verrichten, overneemt." [35] In tegenstelling tot hetgeen verzoeksters betogen, ondersteunt het arrest Dataprocessing deze visie mijns inziens niet. De term „openbare dienst" komt in die zaak naar voren bij de afwijzing van het betoog van de Italiaanse regering, dat de ontwikkeling van systemen voor gegevensverwerking voor de verrichting van bepaalde overheidstaken op zichzelf een openbare dienst vormde en, als zodanig, niet werd bestreken door richtlijn 77/62. [36] Het Hof oordeelde, dat de levering van de vereiste apparatuur en het ontwerp van het systeem zelf de administratie weliswaar in staat stellen de haar opgedragen taken te vervullen, maar zelf geen openbare dienst zijn. [37]

35. Het lijkt erop dat de gestelde relevantie van het algemeen belang van de dienst waarop de concessie betrekking heeft, is ontleend aan de definitie die door de Commissie is voorgesteld in het oorspronkelijke en in het gewijzigde voorstel voor een richtlijn inzake overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten. In beide werd in artikel 1, sub h, gesproken van overdracht door een aanbestedende dienst van „het verlenen van een tot zijn bevoegdheid behorende dienst ten behoeve van het publiek". [38] Ik betwijfel of het begrip „dienst ten behoeve van het publiek", behoudens in de meest brede betekenis van het woord, aldus moet worden uitgelegd dat deze in het „algemeen" belang moet zijn. Ik meen juist dat het enkel wil aangeven dat de specifiek beoogde begunstigden van een echte „concessie voor openbare diensten" delen van het publiek of een bepaalde categorie van dat publiek zijn. Naar mijn mening behoeft de betreffende dienst zeker niet een dienst van algemeen economisch belang te zijn, zoals dat begrip is uitgelegd in het kader van artikel 90 EG-Verdrag (thans artikel 86 EG). [39] Met andere woorden, er zou geen kwalitatieve beperking mogen zijn wat betreft de soort diensten die een aanbestedende dienst rechtmatig door middel van een concessie kan overdragen, ook al zullen de meeste diensten die op die wijze worden overgedragen waarschijnlijk een algemeen belang dienen.

36. Het lijkt me hoe dan ook onmogelijk voor het Hof om criteria aan te reiken waarmee kan worden bepaald wat wel of niet in het algemeen belang is. Mijns inziens is het duidelijk de taak van de gemeenschapswetgever om te bepalen dat enkel diensten van algemeen belang onderwerp van een „concessie voor openbare diensten" kunnen zijn en om tevens de bijbehorende definitie te formuleren van wat het algemeen belang omvat, indien hij ervoor kiest in het belang van de interne markt de voorschriften voor die concessies te harmoniseren. Deze visie vindt steun in de verkla-

35 — Ibidem.

36 — Aangehaald in voetnoot 30.

37 — Arrest Dataprocessing, punt 26.

38 — Zie PB C 23, blz. 1, en PB C 250, blz. 4, aangehaald in voetnoot 13 en 14.

39 — Zie in dit verband het recente arrest van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punten 102-107).

ring van de Commissie ter terechtzitting, dat het Oostenrijkse recht geen heldere definitie kent van het begrip algemeen belang en dat het aan de nationale rechter is daaraan invulling te geven. Aanvaarding van een dergelijk beginsel zou ongetwijfeld de deur openzetten voor een uiteenlopende toepassing van richtlijn 92/50, in zoverre dat sommige nationale rechters de richtlijn van toepassing zullen achten op concessies omdat het onderwerp van de overgedragen dienst niet onder het algemeen belang van de betrokken lidstaat valt. Dit is onwenselijk. Een definitief standpunt over deze kwestie is in de onderhavige zaak echter niet per se geboden. Ik sluit mij aan bij de stelling van Telekom Austria ter terechtzitting dat wanneer de uitvoering van een verplichting publiekrechtelijk is geregeld — zoals in casu in de artikelen 26, lid 1, en 96, lid 1, van het Telekommunikationsgesetz — die uitvoering in het algemeen belang van die lidstaat geacht kan worden. Bovendien zou niet van belang moeten zijn of de concessiegever de enige instantie is of slechts een van de instanties waarop de betreffende verplichting rust, en of de algehele verantwoordelijkheid voor de waarborging van de uitvoering van de verplichting bij een reguleringsinstantie berust.

37. Kort gezegd, zou dus steeds per zaak bekeken moeten worden of een overeenkomst een concessie dan wel een opdracht voor het verrichten van diensten is, daarbij rekening houdend met alle indicatieve factoren, waarvan de voornaamste is of de vermeende concessie de overdracht van het recht op exploitatie van een bepaalde dienst omvat en of gelijktijdig een aanzienlijk deel van het aan de overdracht verbonden risico op de concessiehouder overgaat.

38. Verzoeksters hebben in hun opmerkingen verschillende argumenten naar voren gebracht om aan te tonen dat Telekom Austria aan Herold in feite een vergoeding geeft. In het kader van een prejudicieel verzoek is het niet aan het Hof hierover te beslissen, daar dit uitsluitend is voorbehouden aan de verwijzende rechter. Omdat echter met name uit de vijfde prejudiciële van het Bundesvergabeamt duidelijk blijkt dat het twijfelt over de mate waarin een concessiehouder economisch risico moet dragen, is het wellicht nuttig kort in te gaan op enkele van de argumenten die door verzoeksters zijn aangevoerd. Zij stellen dat het recht om het logo van Telekom Austria te gebruiken, dat aan Herold is verleend, een aanzienlijke economische waarde vertegenwoordigt. Dit gekoppeld aan het feit dat alle kostenfactoren voor Herold vrij eenvoudig vooraf bepaald kunnen worden en dat de mogelijkheid om advertentieruimte in de telefoongidsen te verkopen, zoals ter terechtzitting werd betoogd, „een echte goudmijn" is, logenstraft volgens verzoeksters de stelling dat Herold daadwerkelijk enig economisch risico op zich heeft genomen.

39. Telekom Austria heeft dit argument vanzelfsprekend krachtig bestreden. Zij

wijst erop, dat punt 16 van de overeenkomst de verantwoordelijkheid voor de vervaardiging van de telefoongids uitdrukkelijk bij Herold legt. Zij stelt, Herold tegen betaling een licentie te hebben verleend om haar gegevens te gebruiken bij de vervaardiging van die telefoongids. Deze licentie verschilt evenwel niet van die welke zij zou verlenen aan een willekeurige andere marktpartij ter exploitatie van die gegevens. Wat het logo betreft, heeft Herold niet alleen toestemming maar zelfs de plicht om haar merknaam te gebruiken. Deze regeling is voordelig voor Telekom Austria, want zij kan tot op zekere hoogte kosteloos en op gunstige plaatsen advertenties in de telefoongids opnemen. Bovendien kan het feit dat Telekom Austria heeft betaald voor een deelneming in Herold, een transactie die geheel losstaat van de concessie, niet worden gezien als een aan Herold betaalde tegenprestatie voor die concessie.

40. Het enkele feit dat de concessiehouder de concessie waarschijnlijk winstgevend zal kunnen exploiteren, is mijns inziens niet voldoende om de beslissing van een nationale rechter te rechtvaardigen dat er geen sprake is van een economisch risico. De nationale rechter zou het meer dan waarschijnlijk moeten achten dat de mogelijkheid van verlies minimaal of helemaal niet aanwezig is. Ofschoon dit oordeel in casu aan het Bundesvergabeamt toekomt, ben ik er niet van overtuigd dat argumenten als die welke door verzoeksters naar voren zijn gebracht voldoende zijn om het ontbreken van een reëel of feitelijk risico aan te nemen. Herold betaalt voor het gebruik van gegevens die op dezelfde voorwaarden ook door andere marktpartijen verkregen kunnen worden. De verplichting van Herold om het logo van Telekom Austria te gebruiken, verschaft laatstgenoemde duidelijk een financieel voordeel. Het loutere feit dat ook Herold daarvan mogelijk voordeel geniet, betekent niet dat de concessie een overeenkomst is; de omvang van dat voordeel is immers niet vooraf te kwantificeren.

D — *Algemene vereisten voortvloeiend uit het Verdrag*

41. In de ingediende opmerkingen wordt algemeen aanvaard dat, ook al valt de verlening van „concessies voor openbare diensten" buiten de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50 en 93/38, de aanbestedende diensten niettemin gebonden zijn aan de regels van het Verdrag. Bovendien is men het erover eens dat de artikelen 52 en 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 43 EG en 49 EG) in het bijzonder alle rechtstreekse en zijdelingse discriminatie op grond van nationaliteit verbieden. De aanbestedende diensten moeten derhalve jegens inschrijvers het beginsel van gelijke behandeling in acht nemen. Voorts moeten zij waarborgen dat aan de inschrijver geen voorwaarden worden opgelegd die als zodanig in strijd zijn met, bijvoorbeeld, artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG). In de onderhavige zaak is niet gesteld, dat een van die verdragsbepalingen, althans rechtstreeks, is geschonden.

42. De Commissie meent nochtans, dat op de diensten die „concessies voor openbare

diensten" aanbesteden ook een meer algemene verplichting rust, die zij blijkbaar afleidt uit de doelstellingen van de artikelen 30, 52 en 59 van het Verdrag, namelijk de transparantie van aanbestedingsprocedures waarborgen. Ter terechtzitting refereerde zij in dit verband aan de zaak Unitron Scandinavia en 3-S. [40] Het betrof in die zaak de verplichtingen van een lichaam dat zelf geen aanbestedende dienst was, maar waaraan door een aanbestedende dienst speciale of exclusieve rechten waren verleend om een openbare dienst te verrichten, wanneer dat lichaam bij derden overheidsopdrachten voor leveringen plaatste. Het Hof verklaarde dat „het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit (...) niet eng [mag] worden uitgelegd. Het verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd." [41] De Commissie wilde in haar antwoorden op vragen ter terechtzitting over de draagwijdte van deze verplichting niet zover gaan te stellen dat publikatie van voorgenomen „concessies voor openbare diensten" op grond daarvan vereist zou zijn.

43. De materiële naleving van het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit vereist mijns inziens dat bij de gunning van concessies een minimum aan openbaarheid en transparantie in acht wordt genomen. Ik ben het met de Commissie eens, dat coûte que coûte vermeden moet worden dat gunning in het geheim of op ondoorzichtige wijze gebeurt. Ook sluit ik mij aan bij het punt dat door de Oostenrijkse gemachtigde naar voren is gebracht, namelijk dat openbaarheid niet noodzakelijkerwijs gelijk is aan bekendmaking. Wanneer een aanbestedende dienst zich rechtstreeks tot een aantal potentiële inschrijvers richt, aangenomen dat deze inschrijvers niet allemaal of niet bijna allemaal ondernemingen zijn met dezelfde nationaliteit als de aanbestedende dienst, is denk ik voldaan aan de verplichting tot transparantie. Transparantie betekent in dit verband dat de fundamentele billijkheid en openheid van de gunningprocedures is gegarandeerd, met name jegens niet in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde potentiële inschrijvers. Het vereist mijns inziens evenwel niet, dat de aanbestedende dienst de bepalingen van de meest relevante communautaire aanbestedingsrichtlijnen naar analogie toepast.

44. Hoe dan ook, in casu kan er nauwelijks twijfel over bestaan dat een voldoende mate van transparantie in acht is genomen. De aankondiging is verschenen in het Oostenrijkse publicatieblad, in verschillende Oostenrijkse dagbladen en in bepaalde toonaangevende internationale dagbladen. Bovendien is niet gesteld, dat de in de verschillende media verstrekte gegevens onderling afwijken. Bijgevolg concludeer ik dat de mate van openbaarheid prima facie voldoet aan de verplichting tot transparantie. Verzoeksters betogen daarentegen, dat bij gebreke van publicatie van de resultaten van het proefprogramma dat tussen 1992 en 1997 werd uitgevoerd onder de vroegere overeenkomst met Herolds voorganger, het voor andere inschrijvers dan Herold onmogelijk was om een passende inschrijving voor de voorgestelde concessie in te dienen. De juistheid van dit argument kan door dit Hof niet worden geverifieerd. Tenzij het Bundesvergabeamt vaststelt dat een dergelijke publicatie, of de terbeschikkingstelling

40 — Arrest van 18 november 1999 (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291).

41 — Punt 31.

van de betreffende gegevens aan serieuze potentiële inschrijvers, van doorslaggevend belang was om de effectiviteit van hun inschrijvingen te garanderen, kan het volgens mij niet anders concluderen dan dat de door Telekom Austria vastgestelde en gevolgde procedure niet onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht.

E — *Splitsing van de overeenkomst*

45. Het probleem van het onderscheid tussen opdrachten voor dienstverlening en opdrachten tot levering dat aan de orde is gesteld in de vierde, zesde en zevende vraag van de verwijzende rechter, doet zich alleen voor ingeval het Hof mocht vaststellen dat, ondanks de kenmerken van een concessie van een overeenkomst als die welke ter discussie staat in het hoofdgeding, richtlijn 93/38 in beginsel van toepassing is. Daar ik echter van mening ben dat een concessie als de onderhavige buiten de werkingssfeer van genoemde richtlijn valt, voor zover het wezenlijk economisch risico dat is verbonden aan de exploitatie van de betreffende dienst op de concessiehouder overgaat, bespreek ik deze kwestie uiterst summier en subsidiair.

46. Het Bundesvergabeamt wenst in wezen te vernemen of een overeenkomst die een element van levering bevat, te weten de vervaardiging van telefoongidsen voor of namens Telekom Austria, geacht kan worden binnen de werkingssfeer te vallen van de ten tijde van de feiten toepasselijke richtlijn voor leveringen, richtlijn 93/36.[42] Het antwoord op deze vraag blijkt duidelijk uit artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38 (aangehaald in punt 3). Opdrachten die zowel „diensten als leveringen omvatten, worden beschouwd als opdrachten voor leveringen wanneer de totale waarde van de leveringen meer bedraagt dan de waarde van de onder de opdracht vallende diensten". Ook het Hof heeft, met name in zijn arrest Gestión Hotelera Internacional, het belang erkend van de vaststelling van het overheersende element van een overeenkomst wanneer de samenstellende elementen binnen de werkingssfeer van twee verschillende aanbestedingsrichtlijnen kunnen vallen.[43] Het merkt op: „Het is evenwel aan de nationale rechter om uit te maken, of de werken ten opzichte van het primaire voorwerp van de aanbesteding een bijkomstig karakter hebben."[44] Bij de toepassing van artikel 1, punt 4, van richtlijn 93/38, dient de nationale rechter derhalve vast te stellen of, in feite, de waarde van datgene wat als leveringen aangemerkt kan worden, de waarde van datgene wat enkel als diensten kan worden aangemerkt, overschrijdt. Indien dit het geval mocht blijken te zijn, en ervan uitgaande dat de betrokken overeenkomst niet wordt aangemerkt als een „concessie voor openbare diensten", zouden alleen de aanbestedingsregels van richtlijn 93/36 van toepassing zijn.

42 — Reeds aangehaald, voetnoot 11.

43 — Arrest van 19 april 1994 (C-331/92, Jurispr. blz. I-1329; met name de punten 25-27).

44 — Ibidem, punt 28.

IV — Conclusie

47. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging het Bundesvergabeamt te antwoorden als volgt:

„1) De beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten in de zin van artikel 2, lid 2, sub d, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie omvat opdrachten met betrekking tot de vervaardiging van telefoongidsen.

2) ‚Concessies voor openbare diensten' vallen niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38.

3) Bij gebreke van een door de gemeenschapswetgever vastgestelde definitie van het begrip ‚concessies voor openbare diensten' moet de nationale rechter in elke zaak rekening houden met alle factoren die erop kunnen wijzen dat de regeling tussen partijen in werkelijkheid een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot dienstverlening is. Het voornaamste en typerende kenmerk van een dergelijke concessie is de verlening van het recht om een bepaalde dienst te exploiteren met gelijktijdige overgang van het bijbehorende economisch risico.

4) De materiële naleving van het verdragsrechtelijke beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit vereist dat bij de gunning van ‚concessies voor openbare diensten' een minimum aan openbaarheid en transparantie in acht wordt genomen, teneinde de fundamentele billijkheid van de gunningprocedures te waarborgen, evenals een redelijke mogelijkheid voor inschrijvers die niet in de lidstaat van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, om hun inschrijving in te dienen.

5) Opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen en elementen bevatten met betrekking tot het verschaffen van diensten en leveringen, zijn overeenkomstig artikel 1, punt 4, van die richtlijn te beschouwen als leveringsopdrachten in de zin van de communautaire aanbestedingsregels indien de totale waarde van de leveringen de waarde van onder de opdracht vallende diensten overschrijdt."