JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NIAL FENNELLY
18 päivänä toukokuuta 2000 *

1. Itävallan Bundesvergabeamtin (julkisia hankintoja koskevia riitoja käsittelevä liittovaltion virasto, jäljempänä BVA) esittämän ennakkoratkaisupyynnön keskeinen kysymys on se, suljetaanko julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset pois julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY [1] ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta. [2] Siinä tapauksessa, että ne jäävät pois näiden direktiivien soveltamisalasta, on määriteltävä, miten laaja tämä poissuljenta on. Tästä seuraa myös eräitä muita kysymyksiä, kuten, voidaanko sopimuksen ne osat, joihin sovelletaan direktiiviä 93/38/ETY erottaa niistä osista, joihin sitä ei sovelleta, ja kysymys siitä, miten palvelusopimukset ja tavaranhankintasopimukset erotetaan toisistaan.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt ja tosiseikat

A *Yhteisön lainsäädäntö*

2.Direktiivin 92/50/ETY kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

"tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin; direktiivi ei koske palvelujen suorittamista muilla perusteilla, kuten lakien, asetusten tai työsopimusten perusteella."

* Alkuperäinen kieli: englanti.

1 — EYVL L 209, s. 1. Direktiiviä 92/50/ETY on muutettu julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annettujen direktiivien 92/50/ETY, 93/36/ETY ja 93/37/ETY muuttamisesta 13 päivänä lokakuuta 1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/52/EY, EYVL L 328, s. 1.

2 — EYVL L 199, s. 84. Direktiiviä on muutettu vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 93/38/ETY muuttamisesta 16 päivänä helmikuuta 1998 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 98/4/EY, EYVL L 101, s. 1.

Direktiivin 92/50/ETY 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Tässä direktiivissä:

a) 'julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken, lukuun ottamatta:

— —

v) puhelin-, teleksi-, radiopuhelin-, henkilöhaku ja satelliittiviestintäpalveluja koskevia sopimuksia — — ".

3. Direktiivin 93/38/ETY 24. perustelukappaleessa todetaan, että

"tämä direktiivi koskee palvelujen suorittamista vain, jos se perustuu sopimuksiin; direktiivi ei koske palvelujen suorittamista muilla perusteilla, kuten lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten taikka työsopimusten perusteella."

Direktiivin 1 artiklan 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

"'tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty jonkun 2 artiklassa määritellyn hankintayksikön ja tavarantoimittajan, urakoitsijan tai palvelujen suorittajan välillä ja joiden tarkoituksena on:

— —

c) palveluhankintoja koskevissa sopimuksissa muu kuin a ja b alakohdan mukainen tarkoitus, lukuun ottamatta:

— —

iii) välimies- ja sovittelupalveluja koskevia sopimuksia,

iv) arvopaperien ja muiden rahoitusvälineiden liikkeellelaskemista, hankintaa, myyntiä ja siirtoa koskevia sopimuksia,

— —

vi) — — Sopimuksia, jotka sisältävät palvelu- ja tavaranhankintoja on pidettävä tavaranhankintoja koskevina sopimuksina, jos tavaranhankintojen kokonaisarvo on suurempi kuin sopimuksen alaan kuuluvien palvelujen arvo."

Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa säädetään, että "direktiiviä sovelletaan hankintayksiköihin, jotka

a) ovat viranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotakin 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa;"

Direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa tässä asiassa merkityksellisessä kohdassa säädetään, että "tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvaa toimintaa on:

— —

d) yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelun tarjoaminen — — ."

B *Itävallan lainsäädäntö ja pääasian käsittely*

4. Post & Telekom Austria AG (jäljempänä PTA) jatkaa 1.1.1997 alkaen aiemman Post & Telegraphenverwaltungin (posti- ja lennätinhallinto) toimintaa. Post & Telegraphenverwaltungille oli annettu tehtäväksi Itävallan posti- ja teletoimen monopolin hoitaminen, joka sisälsi lakiin perustuvan velvoitteen julkaista tilaajaluetteloa.[3] Taloudellisista syistä se oli kuitenkin päättänyt vuonna 1992 etsiä itselleen sopimuskumppanin avustamaan sitä Amtliches Telephonbuchin ("valkoisina sivuina" tunnettu virallinen tilaajaluettelo) julkaisemisessa. Vuonna 1992 solmittiin (ei ilmeisesti kuitenkaan konsessiosopimuksen muodossa tehty) sopimus, joka päättyi vuoden 1997 lopussa. Sopimuksen päättymisen johdosta PTA julkaisi eräissä lehdissä

3 — Aiemman Fernmeldegesetzin (televiestintälaki) 31 §.

ja 15.5.1997 Amtsblatt zur Wiener Zeitungissa (Itävallan virallisen lehden liite) tarjouspyynnön konsessiosopimuksesta, joka koski painettuja ja sähköisessä muodossa käytettäviä tilaajaluetteloita. Tämän velvoitteen täyttämisestä konsessionhaltijalle oli määrä myöntää vastavuoroisesti lupa hyödyntää konsessiota kaupallisesti ja PTA:n oli määrä osallistua 40 prosentin omistusosuudella konsessionhaltijan tätä tarkoitusta varten perustaman yhtiön pääomaan. Pian tämän jälkeen konsessiosopimus tehtiin Herold Business Data AG:n (jäljempänä HBD) kanssa, joka on ilmeisesti sen yhtiön yleisseuraaja, jonka kanssa alkuperäinen sopimus oli tehty vuonna 1992. [4] Konsessiosopimus solmittiin sitten 15.12.1997.

5. Telekommunikationsgesetz (televiestintälaki, jäljempänä TKG) tuli voimaan Itävallassa 1.8.1997. [5] TKG:n 19 §:n mukaan jokaisen julkisia puhelinpalveluja tarjoavan on, muun muassa, pidettävä ajan tasalla olevaa tilaajaluetteloa, huolehdittava tilaajia koskevan numerotiedustelun ylläpitämisestä ja asetettava saataville TKG:llä perustetun sääntelyviranomaisen pyynnöstä vähintään viikoittain sähköisessä muodossa oleva tilaajaluettelo. TKG:n 24 §:n 1 ja 2 momentin nojalla näiden tietojen, jotka ovat osa Itävallan yleistä puhelinpalvelua, tulee olla kohtuullista korvausta vastaan käyttäjien saatavilla. TKG:n 26 §:n 1 momentin mukaan sääntelyviranomaisen on huolehdittava siitä, että saatavilla on kaikenkattava tilaajaluettelo, jossa on yhdistetty yksittäisten tilaajaluetteloiden tiedot. [6] Lisäksi TKG:n 96 §:n 1 momentin mukaan yleisiä telepalveluja tarjoavan on laadittava tilaajaluettelo, joka voi olla muun muassa painetussa tai sähköisessä muodossa.

6. Telaustria ja Telefonadress, jotka olivat hakijoina pääasiassa, katsoivat että sopimuksen teossa olisi täytynyt noudattaa yhteisön oikeuden mukaisia hankintamenettelyitä ja Itävallan oikeuden julkisten palveluhankintojen tekomenettelyjä koskevia säännöksiä. Bundes-Vergabekontrollkommission antoi hakijoiden vuoden 1997 Bundesvergabegesetzin (hankintamenettelyä koskeva liittovaltion laki, BGBl, I, 1997, nro 56, jäljempänä BVergG) 109 §:n perusteella sovittelumenettelyn aloittamisesta [7] tekemien hakemusten, jotka yhdistettiin myöhemmin, johdosta 20.6.1997 hakemusten mukaisen perustellun suosituksen ja katsoi, että BVergG:n säännöksiä voidaan soveltaa nyt esillä olevan sopimuksen osalta.

7. PTA päätti olla noudattamatta tätä suositusta ja jatkoi ilmoituksessa määri-

4 — HBD:n omistajina ovat GTE-niminen yritys (74 prosenttia) ja PTA (26 prosenttia).

5 — BGBl. I, 1997, nro 100.

6 — Puhelinluetteloiden julkaiseminen oli Poststrukturgesetzin (BGBl. I, 1991, nro 201) 2 §:n nojalla 31.7.1997 saakka PTA:n velvollisuutena.

7 — BGBl. I, 1997, nro 56.

tellyn sopimuksen tekemistä koskevia neuvotteluja. PTA esitti kantanaan, että kyseessä oli "julkisia palveluita koskeva konsessiosopimus", joka ei kuulu BVerG:in soveltamisalaan kyseisen lain 3 §:n 1 momentin 8 kohdassa olevan nimenomaisen poissuljentasäännöksen johdosta. Telaustria saattoi 24.6.1997 vireille muutoksenhakumenettelyn BVA:ssa ja jätti asiaa koskevan turvaamistoimihakemuksen. Telefonadress ilmoitti myöhemmin osallistuvansa tähän menettelyyn. Hakijoiden vaatimusten mukaisesti antamansa väliaikaisen määräyksen jälkeen BVA päätti 10.7.1997 antaa PTA:lle ja HBD:lle väliaikaisen luvan sopimuksen tekemiseen sillä ehdolla, että sopimus voidaan purkaa, jos myöhemmin ilmenisi, että kyseinen sopimus kuuluu yhteisön lainsäädännön julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltamisalaan.

8. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan TKG:tä sovelletaan PTA:n ja HBD:n välillä solmittuun sopimukseen. PTA:sta tuli kokonaan valtion omistama yhtiö sen perustamisen yhteydessä. Yhtiö on Itävallan viranomaisten määräysvallan alainen ja BVA:n mielestä se on direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu julkinen yritys ja näin ollen myös direktiivissä tarkoitettu hankintayksikkö.

9. BVA:n mukaan kiistanalainen sopimus sisältää " — — useita — osittain limittäisiä — erisisältöisiä sopimuksia samojen sopimuspuolten välillä". Sen mielestä painosopimuksen tarkoituksena on "painettujen puhelinluetteloiden tekeminen". BVA esittää, että HBD:n suoritettaviksi tuleviin palveluihin sisältyvät ensinnäkin "tilaajia koskevien tietojen kerääminen, käsittely ja jäsentäminen ja tämän tiedon saattaminen teknisesti käytettävissä olevaan muotoon, toisin sanoen palvelut, joita tarkoitetaan CPC-viitenumerossa 841b[8] 'ohjelmistokokonaisuuksien kehittäminen', CPC-viitenumerossa 8431 'tietojenkäsittely- ja taulukkopalvelut', CPC-viitenumerossa 8432 'tietojenkeruupalvelut', ja CPC-viitenumerossa 8439 'muut tietojenkäsittelypalvelut', mahdollisesti myös CPC-viitenumerossa 844 'tietopankkipalvelut'". BVA:n mukaan nämä palvelut kuuluvat "direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A olevaan pääluokkaan 7 'Tietokoneja tietojenkäsittelypalvelut'".

10. Sopimuksen toinen osa koskee painetun puhelinluettelon tekemistä koskevaa palvelua, jonka on katsottava kuuluvan direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A olevaan pääluokkaan 15 "Palkkio- tai sopimusperusteiset julkaisu- ja painamispalvelut". Sopimuksen viimeinen osa koskee BVA:n mukaan "CPC-viitenumero 871:n mukaisia palveluita eli 'Mainostoimintapalveluita', jotka ovat näin ollen direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A olevassa 13 pääluokassa kuvattuja palveluja". BVA:n mukaan direktiivin 93/38/ETY liitteessä XVI A lueteltuja palveluja on suhteellisesti enemmän kuin liitteessä XVI B lueteltuja palveluja, joten direktiivin

8 — CPC-viitenumerointi on Yhdistyneiden Kansakuntien vahvistama yhteinen luokitusjärjestelmä. CPC-viitenumeroinnin merkityksen osalta katso erityisesti asia C-76/97, Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, tuomio 24.9.1998, ratkaisuehdotukseni 10 kohta ja 32 ja sitä seuraavat kohdat sekä tuomion 38 ja 39 kohta (Kok. 1998, s. I-5357).

93/38/ETY voidaan katsoa soveltuvan koko sopimukseen.

Vastauksen pääkysymykseen ollessa myöntävä:

11. Koska BVA katsoi, että se, että julkisia palveluhankintoja koskevat konsessiosopimukset on rajattu direktiivin 92/50/ETY soveltamisalueen ulkopuolelle, ei välttämättä tue PTA:n väitettä siitä, että kyseiset sopimukset olisi rajattu myös direktiivin 93/38/ETY soveltamisalueen ulkopuolelle, ja koska se oli epävarma siitä, miten laaja sellaisten konsessiosopimusten käsite on, se on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat seitsemän ennakkoratkaisukysymystä:

Onko, ottaen huomioon erityisesti direktiivin 93/38/ETY 24. perustelukappale, tällaisia sopimuskategorioita myös direktiivin 93/38/ETY soveltamisalalla?

Vastauksen toiseen kysymykseen ollessa myöntävä:

"Pääkysymys:

Voidaanko direktiivin 92/50/ETY valmisteluhistorian ja erityisesti komission ehdotuksen (KOM (90) 372, EYVL C 23, 31.1.1991) tai direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan a alakohdassa käsitteelle 'julkisia palveluhankintoja koskevat sopimukset' annetun määritelmän perusteella katsoa, että direktiivin soveltamisalasta on lähtökohtaisesti suljettu pois direktiivin soveltamisalaan kuuluvien hankintayksiköiden palveluja tarjoavien yritysten kanssa tekemät tietyt sopimuskategoriat yksinomaan tiettyjen yhteisten ja mainitussa komission ehdotuksessa KOM (90) 372 mainittujen tunnusmerkkien perusteella ja ilman että direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan a alakohdan i—viii alakohtaa tai 4—6 artiklaa olisi sovellettava?

Ovatko, analogisesti komission ehdotuksen KOM (90) 72 kanssa, nämä direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta poissuljetut sopimuskategoriat riittävän kattavasti määriteltävissä sopimuksiksi, joissa direktiivin 93/38/ETY henkilölliseen soveltamisalaan kuuluva hankintayksikkö siirtää toimivaltaansa kuuluvan palvelun suorittamisen valitsemalleen yritykselle antaen tälle vastineeksi oikeuden käyttää sitä taloudellisesti hyödykseen?

Kolmea edellistä kysymystä täydentävä kysymys:

Onko direktiivin 93/38/ETY henkilölliseen soveltamisalaan kuuluva hankintayksikkö

siinä tapauksessa, että sen tekemä sopimus rakentuu direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdan a alakohdassa tarkoitetuista palveluhankintasopimusta koskevista elementeistä sekä muista sellaisista sopimusluonteisista elementeistä, jotka eivät kuulu direktiivin soveltamisalaan, velvollinen erottamaan direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan kuuluvan osan koko sopimuksesta, sikäli kuin tämä on teknisesti mahdollista ja sitä voidaan taloudellisesti tarkastellen edellyttää, ja soveltamaan siihen tämän direktiivin 1 artiklan 7 kohdassa tarkoitettua sopimusten tekomenettelyä, kuten yhteisöjen tuomioistuin on ennen direktiivin 92/50/ETY voimaantuloa asiassa C-3/88 [9] määrännyt sellaisen hankinnan osalta, joka ei kokonaisuudessaan kuulunut direktiivin 77/62/ETY soveltamisalaan?

Vastauksen tähän kysymykseen ollessa myöntävä:

Onko sopimusperusteista oikeutta saada hyödyntää palvelun taloudellista lopputulosta yksinään, jossa palvelun suorittaja, vaikka ei saakaan määriteltävissä olevaa vastiketta, saa kuitenkin yleisen elämänkokemuksen perusteella vähäistä suuremman ja palvelun kustannukset oletettavasti ylittävän tulon, pidettävä rahallisena vastikkeena palvelun suorittamisesta, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa C-272/91 [10] antamassaan tuomiossa, joka koski tavaranhankintasopimusta ja rahallista vastiketta julkisoikeudellisesti myönnetyn oikeuden sijasta?

Edellisiä kysymyksiä täydentävä kysymys:

Onko direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdan a ja c alakohtaa tulkittava siten, että direktiivin liitteessä XVI A olevassa pääluokassa 15 tarkoitettujen palvelujen suorittamista koskeva sopimus menettää luonteensa palveluhankintasopimuksena, ja että sitä on pidettävä tavaranhankintasopimuksena, jos palvelun lopputuloksena tehdään suuri määrä samanlaisia konkreettisia esineitä, joilla on taloudellista arvoa, ja jotka siten ovat EY:n perustamissopimuksen 9 ja 30 artiklassa tarkoitettuja tavaroita?

Vastauksen tähän kysymykseen ollessa myöntävä:

Onko yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-3/88 antamaa tuomiota tulkittava siten, että tällainen tavaranhankintasopimus on pidettävä erillään suorituksen tekemistä koskevan sopimuksen muista osista ja että se on tehtävä direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 7 kohdan mukaisessa menettelyssä, sikäli kuin se on teknisesti mahdollista ja sitä voidaan taloudellisesti tarkastellen edellyttää?"

9 — Ks. asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989 (Kok. 1989, s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285), jäljempänä asia Data-processing.

10 — Ks. asia C-272/91, komissio v. Italia, tuomio 26.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1409), jäljempänä asia Lottomatica.

II Huomautukset

12. Kirjalliset huomautukset asiassa ovat esittäneet Telaustria, PTA, Tanskan, Alankomaiden, Ranskan ja Itävallan hallitukset sekä Euroopan yhteisöjen komissio. Kaikki edellä mainitut, Tanskan ja Alankomaiden hallituksia lukuun ottamatta, ovat myös esittäneet asiassa suulliset huomautukset.

III Tapauksen tarkastelu

13. Kansallisen tuomioistuimen esittämät erilliset ennakkoratkaisukysymykset voidaan nähdäkseni tiivistää seuraavasti:

i) Koskeeko direktiivi 93/38/ETY nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kysymyksessä olevaa sopimusta, edellyttäen että julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä sovelletaan tässä asiassa?

ii) Ovatko julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset suljettu pois direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta?

iii) Mikä on julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten laajuus ja miten kyseiset sopimukset määritellään?

iv) Mikäli yhteisön julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä olevia, asian kannalta merkityksellisiä hankintojen ilmoittamista koskevia sääntöjä ei sovelleta tähän tapaukseen, mitä mahdollisia julkaisemisvaatimuksia seuraa perustamissopimuksen yleisten periaatteiden soveltamisesta?

v) Jos direktiiviä 93/38/ETY ei sovelleta tapaukseen, seuraako siitä seikasta, että konsessiosopimuksen tarkoituksena on lukuisten (painettujen) puhelinluetteloiden tuottaminen, että sopimus on kokonaan tai osittain tavaranhankintaa koskeva sopimus, johon sovelletaan julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/36/ETY säännöksiä? [11]

Ehdotan, että käsittelen kysymyksiä käytännön syistä yksitellen siitä huolimatta, että ne menevät osin päällekkäin.

11 — EYVL L 199, s. 1.

A *Direktiivi 92/50/ETY vai direktiivi 93/38/ETY?*

14. Jos on niin, että direktiiviä 93/38/ETY sovelletaan PTA:n ja HBD:n välillä tehdyn sopimuksen kaltaisiin sopimuksiin, BVA:n esittämään ensimmäiseen kysymykseen olisi tarpeetonta vastata erikseen. Täten on mielestäni tarkoituksenmukaista harkita tämän tiettyä sektoria koskevan direktiivin mahdollista soveltuvuutta ennen yleisempien direktiivien soveltamisalan tarkastelua. Vaikka tähän sopimukseen sovellettaisiin sitten yksinomaan direktiiviä 93/38/ETY, se ei estä julkisia hankintoja koskevien sääntöjen hyväksikäyttöä direktiivin tulkinnoissa.

15. Ennakkoratkaisupyynnön perusteella on selvää, että PTA on telekommunikaatiopalveluja tuottavana julkisena yrityksenä periaatteessa katsottava direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi hankintayksiköksi. Tukea tälle kannalle voidaan myös saada direktiivin johdanto-osan 13. perustelukappaleesta, jossa säädetään, että direktiiviä ei sovelleta "näiden yksiköiden toimintaan, joka ei liity — — tai teletoiminnan alaan — — ". Direktiiviä 93/38/ETY sovelletaan sen 2 artiklan 1 kohdan mukaan vain hankintayksiköihin, jotka harjoittavat "jotakin 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa". Tällainen toiminta on esimerkiksi "yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelun tarjoaminen". [12] Vaikka PTA ei enää olisi yksin tarjoamassa kyseisiä palveluja Itävallan markkinoilla, sen "tehtäviin" kuuluu, kuten BVA on itse kuvannut, "yleisten televerkkojen saattaminen saataville ja niiden ylläpito sekä yleisten telepalvelujen tarjoaminen". PTA on, kuten komissio on esittänyt, selvästi tietyllä alalla toimiva hankintayksikkö. On tavanomaista, että kyseisten palveluiden tarjoaminen liittyy välittömästi painettujen ja sähköisten puhelinluetteloiden tekemiseen.

16. BVA itse on toistaiseksi sillä kannalla, että kokonaisuutena tarkasteltuna PTA:n ja HBD:n välillä sovitut palvelut kuuluvat direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan ja että sopimusta on pidettävä 15 artiklan kannalta "tavaranhankintasopimuksena". Sopimuksen direktiivin 93/38/ETY asialliseen soveltamisalaan tapahtuvan luokittelun osalta on todettava, että sitä seikkaa lukuun ottamatta, että sopimus olisi komissiosopimuksena jätettävä direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, mikään muu yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevasta aineistosta ilmenevä seikka ei aseta kyseenalaiseksi BVA:n tekemää arviota, jonka mukaan sopimus kuuluu direktiivin soveltamisalaan. Ennakkoratkaisukysymyksiin vastattaessa on mielestäni tarpeetonta ottaa kantaa siihen, onko sopimuksen osalta kysymys "tavaranhankinnoista" tai "palveluista". Tämä johtuu siitä, että jos pääasiassa kysymyksessä olevan sopimuksen kaltainen sopimus voidaan katsoa direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuksi tavarantoimitus- tai palveluhankintasopimukseksi, direktiivin 15 artiklan taikka 16 artiklan julkaisemissäännöt soveltuvat sopimukseen.

12 — Katso edellä 3 kohdassa kokonaisuudessaan siteerattu 2 artiklan 2 kohdan d alakohta.

17. En yhdy PTA:n kantaan siitä, että direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan kuuluisivat vain ne palvelut, jotka ovat pitkän palveluketjun lopussa ja jotka — kun kysymystä tarkastellaan tämän asian kannalta — ovat suoraan yhteydessä varsinaisten puhelinpalveluiden tarjoamiseen. Direktiivin 92/50/ETY johdanto-osan 17. perustelukappaleen sanamuodon mukaan on selvää, ettei direktiivin säännöksillä ollut tarkoitus puuttua direktiivin 93/38/ETY edeltäjädirektiiviin. Toisin sanoen, niiltä osin kuin sopimus kuuluu tämän alakohtaisen direktiivin soveltamisalaan, yleisesti sovellettavan direktiivin 92/50/ETY säännöksiä voidaan soveltaa. Koska jälkimmäisen direktiivin soveltamisalaan kuuluvat palvelut on lueteltu muun muassa direktiivin liitteessä I A ja kun tämä luettelo sisältää "Teleliikenteen palvelut" (5 pääluokka), kyseiseen luokkaan liittyvän alaviitteen perusteella on selvää, etteivät puhelinpalvelut kuulu sen soveltamisalaan. PTA:n kantaa, jonka mukaan puhelinluetteloiden tekeminen ei riittävällä tavalla liity puhelinpalveluiden tarjoamiseen, jotta se voisi kuulua direktiivin soveltamisalaan, voidaan perustella ainoastaan direktiivin 93/38/ETY soveltamisalan hyvin suppean tulkinnan avulla. Näin suppea tulkinta perustuu nähdäkseni väärinkäsitykseen. Kuten ennakkoratkaisupyynnössä on todettu, asian kannalta on merkitystä erityisesti sillä, että "julkaisu- ja painamispalvelut" on nimenomaisesti sisällytetty direktiivin 93/38/ETY XVI liitteen 15 pääluokkaan niiden palveluiden joukkoon, joita artiklan mukaiset ilmoittamista koskevat säännöt koskevat.

18. Lisäksi direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdassa muun muassa palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan "rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty jonkun 2 artiklassa määritellyn hankintayksikön ja tavarantoimittajan, urakoitsijan tai palvelujen suorittajan välillä", ja joiden kohteena on (katso 1 artiklan 4 kohdan ii alakohta) "puhelin-, — — palvelut". Olen täten vakuuttunut siitä, että BVA on aivan oikein lähtenyt siitä, että nyt kyseessä olevaan sopimukseen sovelletaan direktiiviä 93/38/ETY. Toinen, kolmas ja viides kysymys (kuten myös epäsuorasti ensimmäinen kysymys) on ymmärrettävä kysymyksinä siitä, estääkö PTA:n ja HBD:n välillä solmitun sopimuksen luonne konsessiosopimuksena sen kuulumisen direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan. Itse asiassa tämä muodostaa tämän asian ydinkysymyksen.

B *Julkisia hankintoja koskevien konsessiosopimusten poissulkeminen direktiivin soveltamisalasta.*

19. Hakijat ovat esittäneet, että julkisia palveluita koskevia konsessiosopimuksia ei ole katsottava jätetyn yhteisön lainsäädännön julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, koska sellaisen tulkinnan vuoksi näiden sääntöjen soveltaminen riippuisi siitä, mikä toiminta eri kansallisissa lainsäädännöissä katsotaan julkiseksi toiminnaksi. Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen suppeaa tulkintaa koskevan vaatimuksen takia sellainen poikkeus ei ole mahdollinen. Jos konsessiosopimukset kuitenkin jätetään pois sääntöjen soveltamisalasta, konsessiosopimuksen täytyy koskea julkisen edun mukaista aitoa toiminnan siirtämistä. Niiden mukaan tästä ei ole kuitenkaan kyse puhelinluetteloiden teon osalta. Hakijat viittaavat siihen, ettei komissio ollut

nimenomaisesti ehdottanut julkisia palveluita koskevien konsessiosopimuksien sisällyttämistä direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan ja päättelevät sen takia, että siitä, ettei direktiivi mainitse asiasta mitään, olisi perusteetonta johtaa, että ne on jätetty pois direktiivin soveltamisalasta.

20. Huomautuksensa esittäneiden jäsenvaltioiden ja komission tukemana PTA väittää ennen kaikkea, että direktiivin 92/50/ETY syntyhistorian ja yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien koko soveltamisalan perusteella on selvää, ettei neuvosto tarkoittanut, että konsessiosopimukset kuuluisivat tämän direktiivin tai direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan. Jälkimmäisen direktiivin aineellinen ulottuvuus rajoittuu direktiivissä lueteltuihin sopimustyyppeihin, eivätkä konsessiosopimukset kuulu näihin tyyppeihin.

21. Mielestäni on täysin selvää, että neuvosto hylkäsi komission ehdotuksen konsessiosopimusten sisällyttämisestä direktiivin 92/50/ETY soveltamisalaan. Komission 13.12.1990 antaman ensimmäisen ehdotuksen 1 artiklan a alakohdan vi luetelmakohdassa erotettiin toisistaan "julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" ja "julkisia palveluja koskevat sopimukset". Nämä käsitteet määriteltiin ehdotuksen 1 artiklan a alakohdan h alakohdassa ja niitä koskivat 2 artiklan julkaisemissäännöt. [13] Komission 28.8.1991 antama muutettu ehdotus oli oleellisin osin samansisältöinen lukuun ottamatta "julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten" kehittyneempää määritelmää. [14] Alkuperäinen syy sille, miksi komissio sisällytti nämä sopimukset direktiivin soveltamisalaan, ilmeni ehdotuksen 10. perustelukappaleesta, jossa komissio totesi, että jotta voitaisiin "taata julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn johdonmukaisuus, on tärkeää, että tämä direktiivi kattaa julkisia palveluja koskevat konsessiosopimukset samalla tavalla kuin julkisiin urakkasopimuksiin sovellettava direktiivi 71/305/ETY". Viittaus tähän jälkimmäiseen direktiiviin jätettiin pois muutetun ehdotuksen 10. perustelukappaleesta, jossa vain todettiin, että julkisia palveluja koskevien konsessiosopimusten sisällyttäminen oli välttämätöntä, jotta voidaan "taata tekomenettelyjen johdonmukaisuus". Lainsäädäntömenettelyn aikana neuvosto päätti poistaa ehdotuksesta kaikki viittaukset julkisia palveluita koskeviin konsessiosopimuksiin. Neuvoston tätä koskevat perustelut ilmenevät yhteisen kannan perusteluja koskevasta asiakirjasta, jota Ranska lainaa kirjallisissa huomautuksissaan. [15] Kuten Ranska on väittänyt, neuvoston päätöstä voidaan tulkita vain nimenomaisena kieltäytymisenä näiden konsessiosopimusten sisällyttämisestä direktiivin 92/50/ETY soveltamisalaan.

13 — Komission antama ehdotus neuvoston direktiiviksi julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyiden yhteensovittamisesta, KOM (90) 372 lopullinen, EYVL C 23, 1991, s. 1. Ehdotuksen artiklassa 3 annettiin erityisiä sääntöjä sellaista tilannetta varten, jossa konsessionhaltija on hankintayksikkö.

14 — Komission antama muutettu ehdotus neuvoston direktiiviksi julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyiden yhteensovittamisesta, KOM (91) 322 lopullinen, EYVL C 250, s. 4.

15 — Asiakirja nro 4444/92 ADD 1, 25.2.1992. Neuvoston kantana oli pääkohdin, että konsessioita koskevien erilaisten kansallisten lainsäädäntöjen välillä on lian suuria eroja, joten ehdotuksen hyväksymisestä seuraisi, että direktiivi ei vaikuttaisi kaikissa jäsenvaltioissa samalla tavalla. Kirjallisissa huomautuksissaan Itävalta totesi, että hylkääminen oli perusteltua, koska eräissä jäsenvaltioissa konsessiot myönnettiin vain julkisen (hallinnollisen) toimenpiteen nojalla, jotka olisivat jääneet komission ehdottaman yksityisoikeudellisiin sopimuksiin perustuvan, konsessioita koskevan määritelmän soveltamisalueen ulkopuolelle. Komissio itse hyväksyi, vaikkakin pahoitellen tämän kannan Euroopan parlamentille toimittamassaan tiedonannossa yhteisestä kannasta. Ks. SEC(2) 406 lopullinen, 5.3.1992.

22. Tätä taustaa vasten tulkitsen merkittäväksi sen seikan, että komissio ei edes sisällyttänyt julkisia palveluita koskevia konsessiosopimuksia siihen 27.9.1991 antamaansa ehdotukseen, joka johti sitten direktiivin 93/38/ETY antamiseen. [16] Suurempi merkitys on kuitenkin sillä seikalla, että komission 18.7.1989 antamassa muutetussa ehdotuksessa neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien tekomenettelyiden yhteensovittamisesta, joka johti ensimmäisen alakohtaisen julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevan direktiiviä 93/38/ETY [17] edeltäneen direktiivin 90/531/ETY antamiseen, komissio oli ehdottanut tiettyjen säännösten antamista julkisia palveluja koskevien konsessiosopimusten sääntelemiseksi. [18] Neuvosto ei hyväksynyt tätä ehdotusta, koska sellaisia konsessiosopimuksia oli vain yhdessä jäsenvaltiossa ja neuvosto katsoi epätarkoituksenmukaiseksi antaa niistä säännöksiä ilman jäsenvaltioissa tehtyä perusteellista tutkimusta vesi-, kaasu- ja sähköaloilla tehdyistä konsessiosopimusmuodoista. [19] Tämä lainsäädäntöhistorian arviointi osoittaa selvästi, että se, että konsessiosopimuksia ei ollut mainittu direktiivissä 93/38/ETY, oli harkittua ja että ne oli tarkoitus jättää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Nyt käsillä olevassa asiassa tästä on selvästi apua tulkittaessa direktiiviä siinä muodossa kuin neuvosto hyväksyi sen.

23. Hakisin lisätukea tälle kannalle julkista rakennusurakka-alaa koskevista direktiiveistä. Ensimmäisessä julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevassa julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annetun direktiivin 3 artiklan 1 kohdan nimenomaisella säännöksellä suljettiin konsessiosopimukset pois "julkisista rakennusurakoista", jotka määriteltiin 1 artiklan a kohdassa "kirjallisiksi vastikkeellisiksi sopimuksiksi, jotka on solmittu urakoitsijan — — ja hankintaviranomaisen välillä". [20] Vuonna 1989 direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18.7.1989 annettuun direktiiviin 89/440/ETY otettiin julkisia rakennusurakoita koskevien konsessiosopimusten määritelmä (katso uusi 1 artiklan d kohta, joka on lisätty direktiiviin direktiivin 89/440/ETY 1 artiklan 1 kohdalla) ja sopimuksiin määrättiin sovellettavaksi "ilmoittamissäännöksiä" (katso uusi 1 artiklan b kohta, joka on lisätty direktiiviin direktiivin 89/440/ETY 1 artiklan 2 kohdan nojalla). [21] Tämä on hyvin merkittävää, koska ilmiötä konsessiosopimukset käsiteltiin ensimmäistä kertaa yhteisön julkisia hankintoja koskevissa säännöissä. Pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen tekohetkellä sovellettavat säännökset sisältyivät siihen konsolidoituun direktiiviin, jolla korvattiin direktiivi 71/305/ETY, eli julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta

16 — Ehdotus neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyiden yhteensovittamisesta annetun direktiivin 90/531/ETY muuttamisesta, KOM(91) 347 lopullinen, EYVL C 337, s. 1.

17 — EYVL L 297, s. 1.

18 — Muutettu ehdotus neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien tekomenettelyiden yhteensovittamisesta, KOM(89) 380 lopullinen, EYVL C 264, s. 22.

19 — Katso komission kirjalliseen huomautukseen liitetty 22.3.1990 annettu neuvoston asiakirja nro 5250/90, MAP 7, PRO-COOP 28, 10 kohta.

20 — Katso EYVL L 185, s. 5.

21 — Katso EYVL L 210, s. 1.

1993 annettuun neuvoston direktiiviin 93/37/ETY.[22] Tämä direktiivi hyväksyttiin samana päivänä kuin direktiivi 93/38/ETY. Näin ollen on mielestäni ilmeistä, että jos neuvosto olisi halunnut sisällyttää julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan, se olisi tehnyt sen nimenomaisesti kuten se teki säätäessään direktiiviä 93/37/ETY. Sen, että neuvosto ei tehnyt näin, perusteella voidaan loogisesti päätyä ainoastaan samaan lopputulokseen kuin julkisasiamies La Pergola asiassa BFI Holding antamassaan ratkaisuehdotuksessa, nimittäin siihen, että direktiivi 93/38/ETY "kattaa vain palveluhankinnat".[23]

24. Tämän nojalla on selvää, että konsessiosopimukset eivät ole koskaan kuuluneet yhteisön julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön käsitteeseen "*rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset*" (kursivointi tässä), joka sisältyy ensimmäisestä direktiivistä 71/305/ETY alkaen jokaiseen direktiiviin direktiiviin 93/38/ETY saakka. Ei voida väittää, kuten hakijat implisiittisesti tekevät, että tuon käsitteen, sellaisena kuin se on direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdassa, sanamuotoon perustuvan tulkinnan avulla voitaisiin katsoa, että sellaiset kirjalliset konsessionkaltaiset sopimukset, joiden vastasuoritus koostuu kokonaan käyttöoikeudesta, tai osittain käyttöoikeudesta ja osittain hankintayksikön suorittamasta maksusta, kuuluisivat direktiivin soveltamisalaan. Toisin sanoen, vaikka lainsäädännön historiallinen tausta jätettäisiin ottamatta huomioon, käsitteen vastike osalta suoritettavan asiayhteyteen perustuvan tulkinnan nojalla, johon on päädyttävä, koska direktiivissä 93/38/ETY ei määritellä tätä käsitettä, on katsottava, että konsessiosopimukset jäävät direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

25. Täten yhteisöjen tuomioistuimen tulisi mielestäni vahvistaa, etteivät "julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan.

C *Julkisia palveluita koskevan konsessiosopimuksen käsitteen ulottuvuus*

26. Koska olen sillä kannalla, että julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset eivät kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmannen ja viidennen kysymyksen vastaamiseksi on välttämätöntä tarkastella minkälaista "järjestelyä" on pidettävä sellaisena konsessiona, johon ei sovelleta direktiivin julkaisemissääntöjä. Tämän teen tietoisena siitä, että yhteisön lainsäätäjä ei ole, paitsi niissä tapauksissa kun konsessiot on mainittu nimenomaisesti, katsonut tarpeelliseksi määritellä käsitettä "julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset". Olen tämän takia samaa mieltä asian käsittelyyn osallistuneiden jäsenvaltioiden ja komission kanssa siitä, että lainsäädännöllisen määritelmän puuttuessa yhteisöjen tuomioistuimen on, jotta se voi auttaa BVA:ta tämän asian ratkaisemisessa, määritettävä ne kriteerit, joiden nojalla vahvistetaan, että kysymyksessä on konsessio.

22 — EYVL L 199, s. 54. Käytännön syistä tulen jatkossa nimittämään direktiivejä 89/440/ETY ja 93/37/ETY yhteisesti julkisia hankintoja koskeviksi direktiiveiksi.

23 — Julkisasiamies La Pergolan 19.2.1998 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-360/96, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 26 kohta).

27. Hakijat ovat väittäneet, että konsession olennaisin tunnusmerkki on se, että konsession myöntäjä ei maksa mitään palkkiota konsessionhaltijalle. Jälkimmäiselle on täten vain annettava oikeus hyödyntää konsessiota taloudellisesti vaikka tähän oikeuteen voidaan heidän kantansa mukaan liittää velvollisuus suorittaa vastasuoritus konsession myöntäjälle. He myös väittävät, että konsession kohteen tulee olla julkisen vallan käyttöön liittyvä julkisen edun mukainen palvelu. Tästä ei hakijoiden mukaan nyt ole kysymys, koska kaikkien telepalveluja tarjoavien on TKG:n 96 §:n 1 momentin nojalla julkaistava tilaajaluettelot.

28. Muiden asianosaisten ja asian käsittelyyn osallistuneiden tahojen huomautukset ovat kuta kuinkin samansisältöiset konsession olennaisten tunnusmerkkien osalta. Niiden mukaan konsessio määritellään kolmen keskeisen tunnusmerkin perusteella. Ensinnäkin palveluiden vastaanottajana täytyy olla itse konsessionmyöntäjästä erillinen kolmas taho. Toiseksi konsession kohteena tulee olla yleisen edun mukainen palvelu. Kolmanneksi konsessionhaltijan tulee kantaa kyseisten palveluiden suorittamiseen liittyvä taloudellinen riski.

29. Ensinnäkin on muistettava, että "julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" eivät kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan. Tästä syystä en hyväksy hakijoiden kantaa siitä, että niitä tulisi välttämättä tulkita suppeasti. Konsessiosopimukset eivät muodosta poikkeusta direktiivin julkaisemissäännöistä vaan edustavat eräänlaista "järjestelyä", joka ei kuulu direktiivin soveltamisalaan, jota nämä säännöt eivät myöskään siten koske.

30. Mielestäni on tarkoituksenmukaista aloittaa tarkastelu yhteisön julkisia rakennusurakoita koskevista direktiiveistä, koska ne sisältävät toistaiseksi ainoan yhteisön lainsäätäjän hyväksymän määritelmän. Direktiivin 89/440/ETY 1 artiklan d alakohdan mukaan "julkisella käyttöoikeusurakalla" tarkoitettiin alun perin "muuten samanlaista sopimusta kuin [julkisia rakennusurakoita koskevilla sopimuksilla] paitsi, että toteutettavan rakennustyön korvauksena on joko yksinomaan rakennuskohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä".[24] Direktiivin johdanto-osan 11. perustelukappaleessa annettiin seuraavat perustelut kyseisten konsessiosopimusten ottamisesta direktiivin soveltamisalaan: "ottaen huomioon julkisia käyttöoikeusurakoita koskevien sopimusten lisääntyvä merkitys ja niiden erityislaatu, — — ".[25] Samansisältöiset määritelmät ja perustelut "julkisten käyttöoikeusurakoiden" sisällyttämiseksi sisältyivät myöhemmin direktiiviin 93/37/ETY.[26] Nähdäkseni yhteisön lainsäätäjä on katsonut, että konsession keskeisenä tunnusmerkkinä on vastasuorituksen, taikka ainakin täyden vastasuorituksen puuttuminen konsessionmyöntäjän ja konsessionhaltijan välillä. Olen samaa mieltä siitä,

24 — Tämä määritelmä on siis pääasiassa samansisältöinen kuin aiempi määritelmä siltä osin kuin se poikkeaa direktiivin 71/305/ETY 3 artiklan 1 kohdan käsitteestä "rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset".

25 — Näitä "sopimuksia" koskevat julkisuussäännöt sisältyivät direktiivin 89/440/ETY 1 artiklan 2 kohdalla direktiiviin 71/305/ETY lisättyyn uuteen 1 artiklan b kohtaan.

26 — Katso direktiivin 1 artiklan d alakohta ja johdanto-osan viides perustelukappale.

että tämä muodostaa perustavaa laatua olevan konsession tunnusmerkin, jonka merkitys ei rajoitu julkisiin käyttöoikeusurakoihin. Tätä tunnusmerkkiä kuvastaa mielestäni se, että konsessionhaltijan on itse kannettava se taloudellinen päävastuu, tai ainakin aineellinen vastuu, joka liittyy kyseisen palvelun suorittamiseen. Jos kansallinen tuomioistuin on vakuuttunut siitä, että taloudellinen taakka tai riski on tosiasiallisesti siirtynyt konsessionmyöntäjältä konsessionhaltijalle, on olemassa vahva presumptio siitä, että osapuolten välillä oleva "järjestely" on luonteeltaan pikemminkin konsessio kuin sopimus.

31. Mielestäni tärkein yksittäinen seikka, jonka perusteella ratkaistaan se, onko konsessionhaltijan kannettava taloudellinen riski, selviää tutkittaessa sitä, minkäluonteista konsession nojalla suoritettavaksi vaadittu käyttö on. Edellä mainittu tuomio BFI Holding viittaa selvästi siihen, että yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että aidon konsessiosopimuksen ytimenä on, että siirrettyä oikeutta on hyödynnettävä palkkion saamiseksi. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi Ranskan kirjallisissa huomautuksissa esittämän sen väitteen johdosta, että asiassa kyseessä olleet sopimukset olisivat julkisia palveluita koskevia konsessiosopimuksia (asia koski ARA-nimistä yhtiötä, joka oli kahden hollantilaisen kunnan kunnallista jätteiden keräystä ja teiden puhtaanapitoa varten perustama yhteisyritys), ilman, että se olisi katsonut tarpeelliseksi tulkita julkista palvelua koskevan konsessiosopimuksen käsitettä, että kyseisestä sopimuksesta ilmeni selvästi, että "ARA:lle *maksettu palkkio koostuu ainoastaan rahallisesta korvauksesta eikä oikeudesta harjoittaa palvelutoimintaa*".[27]

32. Asian suullisessa käsittelyssä komission edustaja viittasi luonnokseen komission tiedonannoksi konsessioista yhteisön oikeudessa.[28] Tässä tiedonannossa, johon suullisessa käsittelyssä viitattiin lukuisia kertoja, komissio kuvaa useita sen tietoon tulleita tapauksia, joissa vaatimus, jonka mukaan konsessionhaltijan on kannettava riski, jää sen mielestä täyttymättä.[29] Täten komissio katsoi, että "järjestely" ei ole konsessio, jos julkinen viranomainen on tosiasiassa antanut konsessionhaltijalle vakuuden tulevien tappioiden kattamiseksi, taikka jos konsession kohteena olevaa palvelua ei todella hyödynnetä.

33. Olisin kuitenkin samaa mieltä Ranskan hallituksen kanssa siitä, ettei käsitteelle

27 — Tuomion 25 kohta (kursivointi tässä). Yhteisöjen tuomioistuin yhtyi täten implisiittisesti julkisasiamies La Pergolan siihen käsitykseen, että palveluita koskevien konsessiosopimusten tärkeänä piirteenä yhteisössä on se, että konsessionhaltija ottaa automaattisesti kantaakseen ne taloudelliset riskit, jotka liittyvät *konsession kohteena olevien palveluiden tuottamiseen ja hallinnointiin*, ratkaisuehdotuksen 26 kohta (kursivointi tässä).

28 — Suullisen käsittelyn ajankohtana (23.3.2000) tämä luonnos oli julkaistu vain Internetissä, katso "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), ja oli ilmeisesti saatavilla vain ranskaksi. Sittemmin (29.4.2000) se on julkaistu tulkitsevana tiedonantona Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä, katso EYVL C 121, s. 2.

29 — Katso erityisesti tiedonannon alaviite 10.

"julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" ole annettu vielä selvää määritelmää. Asioissa Lottomatica ja BFI Holding annettujen tuomioiden perusteella selviää vain, että silloin kun palkkio on vahvistettu taikka se voidaan määritellä, järjestelyä on pidettävä sopimuksena, joka kuuluu ensi näkemältä kyseisen alan julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan. Asiassa Lottomatica Italian valtio oli julkaissut hankintailmoituksen niin sanotusta Italian veikkauspelien tietokoneistamista koskevasta "konsessiosta". Italia väitti, että koska kyseessä oli julkista palvelua koskeva konsessiosopimus, se ei kuulunut direktiivin 77/62/ETY soveltamisalaan.[30] Yhteisöjen tuomioistuin ei hyväksynyt tätä väitettä. Se totesi, että "kyseisen tietokonejärjestelmän käyttöönoton myötä konsessionhaltijalle ei siirry mitään itse veikkauspeliin kuuluviin toimintoihin liittyviä vastuita", ja että asiassa on selvää, että "kyseinen sopimus koski yhtenäisen tietokonejärjestelmän toimittamista ja että siihen sisältyi nimenomaisesti hallinnon käyttöön tulevien tiettyjen tavaroiden toimittaminen".[31] Se seikka, että järjestelmän omistusoikeuden piti siirtyä hallinnolle sopimussuhteen päätyttyä, oli "vailla merkitystä", koska "'kauppahinta' toimituksesta suoritettiin vuosittaisena tuottoihin suhteutettuna maksuna".[32] Tämän johdosta on kussakin yksittäisessä tapauksessa otettava huomioon useita tekijöitä, joiden perusteella voidaan päätellä, onko osapuolten välinen järjestely todella rahallista vastiketta vastaan tehty sopimus. Yhteisöjen tuomioistuimelle jätetyissä huomautuksissa on oltu yhtä mieltä julkisasiamies La Pergolan asiassa BFI Holding esittämän sen arviointiperusteen merkittävyydestä, jonka mukaan "[konsessiosopimuksen] ollessa kyseessä palvelusta hyötyvä on kolmas osapuoli, joka ei ole sopimussuhteen osapuoli".[33] Vaikka en kokonaan hylkäisi tämän tekijän mahdollista käyttökelpoisuutta tietyissä rajatapauksissa, se ei mielestäni tuo juuri mitään lisää siihen vaatimukseen, että konsessionhaltijan tulee saada vähintään merkittävä osa palkkiostaan palvelun hyödyntämisestä, sen sijaan että se saisi sen konsession myöntäjältä. Jos konsessionhaltijan ainoana asiakkaana sopimuksen alusta alkaen on konsession myöntäjä, eikä kolmansia osapuolia ole, on vaikea ajatella, että niiden välinen "järjestely" olisi muu kuin "rahallista vastiketta vastaan tehty kirjallinen sopimus". Itse asiassa vastaavanlainen tilanne muistuttaisi asian Lottomatica olosuhteita, jossa konsessionhaltijaksi väitetyn yksikön ainoana asiakkaana oli selvästi Italian veikkauspeleistä vastannut viranomainen.

34. Sen sijaan huomautuksissa ei ole oltu yhtä yksimielisiä sen arviointiperusteen merkittävyydestä, jonka mukaan siirretyn palvelun on oltava yleisen edun mukainen. Julkisasiamies La Pergola ilmaisi ratkaisuehdotuksessaan edellä mainitussa asiassa BFI Holding, että "yhteisön oikeudessa palvelu[ja koskevilta konsessiosopimuksilta] edellytetään myös, että kyseinen palvelu on yleishyödyllistä toimintaa siitä syystä, että sen suorittaminen kuuluu institutionaalisesti viranomaisille".[34] Hän jatkaa toteamalla, että siitä, että palvelujen tuottajana on kolmas, seuraa, että konsessionhaltija astuu niiden konsessionmyöntäjälle asetettujen velvoitteiden osalta kon-

30 — Julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 21 päivänä joulukuuta 1976 annettu neuvoston direktiivi 77/62/ETY, EYVL L 13, s. 1.

31 — Ks. tuomion 24 kohta.

32 — Ks. tuomion 25 kohta.

33 — Ks. ratkaisuehdotuksen 26 kohta.

34 — Ks. ratkaisuehdotuksen 26 kohta.

sessionmyöntäjän tilalle, joilla on määrä varmistaa palvelujen tarjoaminen yhteisölle.[35] Päinvastoin kuin hakijat ovat väittäneet, en katso, että niin sanotussa tietojenkäsittelyasiassa annettu tuomio tukee tätä kantaa. Kyseisessä tuomiossa oleva viittaus julkiseen palveluun liittyi siihen, että yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi Italian sen väitteen, jonka mukaan tietotekniikkajärjestelmän kehittäminen tiettyjen julkisten toimien suorittamiseksi oli itsessään julkinen palvelu, joka ei kuulu direktiivin 77/62/ETY soveltamisalaan.[36] Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, että tarvittavien laitteistojen toimitukset ja ohjelmistojen suunnittelu tosin mahdollistavat sen, että "viranomaiset voivat täyttää velvollisuutensa, — — mutta ne eivät muodosta[neet] itsessään julkisia palveluita".[37]

35. Näyttää siltä, että se merkittäväksi väitetty arviointiperuste, jonka mukaan konsession kohteena olevan palvelun tulisi olla julkisen edun mukainen palvelu, johtuu komission julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin alkuperäisessä ja muutetussa ehdotuksessa ehdottamasta määritelmästä. Komissio viittasi ehdotuksensa 1 artiklan h kohdassa hankintaviranomaisen tekemään siirtoon, joka koskee "kyseisen viranomaisen vastuualueeseen kuuluvan yleisölle suunnatun palvelun toimeenpanoa".[38] En ole vakuuttunut siitä, tuleeko käsitettä "yleisölle suunnattu palvelu" ymmärtää, jos sitä ei sitten tulkita sen sanamuodon laajimmassa merkityksessä, siten, että tehtävän on oltava "julkisen edun mukainen". Päinvastoin katsoisin, että sen pitäisi viitata siihen, että niinä aidon "julkisia palveluita koskevan konsession" palveluiden hyödynsaajina, joille palvelu yleensä tähdätään, ovat kolmannet, eli väestö tai tietty väestöryhmä. En katso missään tapauksessa, että tämä olisi tarpeen, jotta kyseinen palvelu voitaisiin katsoa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liitettäväksi palveluksi sellaisena kuin sitä on tulkittu EY:n perustamissopimuksen 90 artiklan (josta on tullut EY 86 artikla) yhteydessä.[39] Toisin sanoen, mielestäni ei pitäisi olla mitään laadullista vaatimusta sen osalta, minkä tyyppisiä palveluja konsession myöntäjä aikoo siirtää konsessiosopimuksella vaikka onkin todennäköistä, että useimpiin näin siirrettyihin palveluihin liittyy yleinen etu.

36. En missään tapauksessa pidä mahdollisena, että yhteisöjen tuomioistuin voisi määritellä niitä edellytyksiä, joiden nojalla voidaan määrittää, milloin palvelu täyttää yleisen edun vaatimukset. Jos yhteisöjen lainsäätäjä päättää yhteismarkkinoiden edun vuoksi yhdenmukaistaa julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten sääntelyt, sen kuuluu mielestäni silloin todeta, että ainoastaan yleisen edun mukaiset palvelut voivat olla julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten kohteena ja antaa sitä varten tarvittava

35 — Idem.

36 — Ks. edellä 30 alaviite.

37 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu tuomio Data-processing, 26 kohta.

38 — Katso EYVL C 23, 1991, s. 1 ja EYVL C 250, 1991, s. 4, joihin on viitattu edellä alaviitteissä 13 ja 14.

39 — Katso esim. asia C-67/96, Albany International, tuomio 21.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5751), 102—107 kohta.

yleisen edun määritelmä. Tätä kantaa tukee se, että komissio totesi suullisessa käsittelyssä, ettei Itävallan oikeudessa ole selkeää määritelmää julkiselle edulle, ja että käsitteen määritteleminen on kansallisen tuomioistuimen tehtävä. Tällaisen periaatteen hyväksyminen johtaisi tietenkin direktiivin 92/50/ETY epäyhtenäiseen soveltamiseen, koska eräät kansalliset tuomioistuimet katsoisivat direktiivin soveltuvan konsessioihin, koska siirretyn palvelun kohdetta ei voitaisi määritellä kyseisen jäsenvaltion julkisen edun mukaiseksi. Tämä tilanne pitäisi välttää. Tässä tapauksessa ei kuitenkaan välttämättä tarvitse ottaa lopullista kantaa tähän asiaan, koska yhdyn siihen PTA:n suullisessa käsittelyssä esittämään argumentointiin, jonka mukaan julkisoikeudessa säädetyn velvoitteen, jollaisesta on säädetty nyt käsillä olevassa tapauksessa TKG:n 26 §:n 1 momentissa ja 96 §:n 1 momentissa, suorittaminen voidaan katsoa kyseisen jäsenvaltion julkisen edun mukaiseksi. Merkitystä ei myöskään pitäisi olla sillä, onko konsession myöntäjäyksikkö yksin vai yhdessä muiden yksiköiden kanssa velvollinen suorittamaan konsession kohteena olevan palvelun tai sillä, onko kokonaisvastuu palvelun suorittamisesta sääntelyviranomaisella.

37. Yhteenvetona voidaan näin todeta, että kysymys siitä, onko kyseessä konsessio vai palveluhankintasopimus, tulisi ratkaista tapauskohtaisesti ottaen huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat, joista tärkein on se, liittyykö olemassa olevaksi väitettyyn konsessioon oikeus hyödyntää tiettyä palvelua, sekä siirtyykö samanaikainen sellaiseen siirtoon liittyvästä riskistä huomattava osa konsessionhaltijalle.

38. Hakijat ovat yrittäneet osoittaa huomautuksissaan eri tavoin, että todellisuudessa PTA suorittaa vastiketta HBD:lle. Yhteisöjen tuomioistuimen asiana ei ole vahvistaa mitään tätä koskevia tosiseikkoja ennakkoratkaisuasian yhteydessä, vaan ne jäävät kokonaisuudessaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen vahvistettavaksi. Koska varsinkin BVA:n viidennestä kysymyksestä voidaan selvästi päätellä sen olevan epävarma konsessionhaltijan kannattavaksi tulevan taloudellisen riskin suuruudesta, BVA:lle voi olla avuksi, että käsittelen tässä lyhyesti eräitä hakijoiden tekemiä väitteitä. Ne ovat väittäneet, että HBD:lle myönnetty oikeus käyttää PTA:n logoa on taloudellisesti huomattavan arvokas. Tämä, sekä se, että kaikki HBD:lle syntyvät kulut ovat suhteellisen helposti määriteltävissä ennalta käsin ja että sillä on mahdollisuus myydä mainostilaa puhelinluetteloihin, mikä muodostaa "varsinaisen kultakaivoksen", kuten suullisessa käsittelyssä väitettiin, osoittavat hakijoiden mielestä vääräksi sen väitteen, että HBD kantoi varsinaisen taloudellisen riskin.

39. PTA on luonnollisesti kiistänyt tämän arvion. PTA on esittänyt, että sopimuksen

16 kohdassa vastuu luetteloiden tekemisestä annetaan nimenomaisesti HBD:lle. PTA on ilmoittanut myöntäneensä HDB:lle luvan käyttää vastiketta vastaan tiedostojaan luettelon tekemiseksi. Tämä lupa ei kuitenkaan poikkea sellaisesta luvasta, jonka se olisi valmis myöntämään mille tahansa yritykselle, joka haluaisi hyödyntää kyseistä tietoa. Mitä tulee logoon, PTA ei ole ainoastaan myöntänyt HDB:lle oikeutta käyttää sitä, vaan on velvoittanut sen käyttämään sitä. Tämä järjestely hyödyttää PTA:ta, koska se saa täten luetteloon tietyn määrän edullisesti sijoitettua ilmaista mainostilaa. Edelleen sitä, että PTA on vastiketta vastaan hankkinut osakkeita HBD:ssä — millä sinänsä ei ole mitään tekemistä konsession kanssa —, ei voida pitää HBD:lle konsessiosta maksettuna vastasuorituksena.

40. Nähdäkseni kansallinen tuomioistuin ei voisi pelkästään sillä perusteella, että on mahdollista, että konsessionhaltija voi hyödyntää konsession kohdetta voittoa tuottavalla tavalla, katsoa, ettei konsessionhaltijalla ole taloudellista riskiä. Mielestäni kansallisen tuomioistuimen tulisi olla vakuuttunut siitä, että asiassa on näytetty, että tappion vaara on pieni taikka olematon. Vaikka tämän arvioiminen tässä tapauksessa on BVA:n tehtävänä, en ole vakuuttunut siitä, että hakijoiden tekemät väitteet riittävät siihen, että niiden perusteella voidaan katsoa, ettei tosiasiallista tai todellista riskiä ole. HBD:n on täytynyt suorittaa vastiketta käyttämästään tiedosta, joka olisi samoilla ehdoilla muiden yritysten saatavilla. HBD:lle asetetusta vaatimuksesta käyttää PTA:n logoa on ilmeisesti taloudellista hyötyä PTA:lle. Pelkästään se seikka, että sillä voi olla hyötyä myös HBD:lle, ei tee konsessiota hankintasopimukseksi, koska tätä hyötyä ei voida ennalta määrittää määrällisesti.

D *Perustamissopimuksen yleiset vaatimukset*

41. Yhteisöjen tuomioistuimelle annetuissa huomautuksissa on oltu yhtä mieltä siitä, että vaikka "julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" eivät kuuluisi direktiivien 92/50/ETY tai 93/38/ETY soveltamisalaan, niitä tekevien hankintayksiköiden on kuitenkin noudatettava perustamissopimusta. Yksimielisyys vallitsee myös siitä, että EY:n perustamissopimuksen 52 ja 59 artiklan (joista on muutettuina tullut EY 43 ja EY 49 artikla) nojalla erityisesti kaikkinainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä. Toisin sanoen sopimuksia tekevien hankintayksiköiden on noudatettava yhdenvertaisen kohtelun periaatetta tarjoajien osalta. Niiden on myös varmistettava, ettei tarjoajille aseteta sellaisia ehtoja, jotka voisivat olla ristiriidassa esimerkiksi EY:n perustamissopimuksen 30 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) kanssa. Nyt käsillä olevassa asiassa ei ole ainakaan suoraan väitetty, että asiassa oli rikottu jotakin edellä mainituista perustamissopimuksen artikloista.

42. Komissio on kuitenkin väittänyt, että "julkisia palveluita koskevia konsessioso-

pimuksia" tekeviä hankintayksiköitä velvoittaa yleisempi, EY:n perustamissopimuksen 30, 52 ja 59 artiklan päämääristä johdettu velvollisuus taata hankintamenettelyiden avoimuus. Tämän kantansa tueksi komissio viittasi suullisessa käsittelyssä asiassa Unitron Scandinavia ja 3-S annettuun tuomioon.[40] Kyseinen asia koski sellaisen muun yksikön kuin hankintaviranomaisen, jolle oli myönnetty erityis- tai yksinoikeuksia harjoittaa julkista palvelutoimintaa, velvollisuuksia sen tehdessä hankintasopimuksia kolmansien kanssa. Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuin totesi, "että kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta ei voida tulkita suppeasti. Periaate edellyttää muun muassa avoimuutta, jotta hankintaviranomainen voi varmistua sen noudattamisesta".[41] Vastauksena suullisessa käsittelyssä tämän velvollisuuden laajuudesta esitettyihin kysymyksiin, komissio oli haluton ehdottamaan, että se ulottuisi vaatimukseen julkaista aiottuja "julkisia palveluita koskevia konsessiosopimuksia".

43. Katson, että kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon noudattaminen edellyttää, että konsessiosopimusten tekomenettelyssä noudatetaan julkisuutta ja avoimuutta koskevia vähimmäisvaatimuksia. Yhdyn komission näkemykseen siitä, että on kaikin keinoin estettävä konsessioiden tekeminen salassa tai ilman avoimuutta. Hyväksyn myös Itävallan hallituksen asiamiehen kannan siitä, ettei julkisuuden välttämättä tarvitse merkitä julkaisemista. Avoimuusperiaatetta nähdäkseni noudatetaisiin, jos hankintaviranomainen kääntyisi suoraan potentiaalisten tarjoajien puoleen, edellyttäen, että kaikilla tai lähes kaikilla yrityksillä ei ole sama kansalaisuus kuin hankintaviranomaisella. Avoimuusvelvollisuus tarkoittaa tässä yhteydessä, että hankintamenettelyssä taataan perustavanlaatuinen oikeudenmukaisuus ja avoimuus varsinkin kaikkien niiden potentiaalisten tarjoajien osalta, jotka ovat sijoittautuneet eri jäsenvaltioon kuin hankintaviranomainen. Tämä ei kuitenkaan mielestäni tarkoita sitä, että hankintaviranomainen soveltaisi analogisesti kaikkein merkityksellisimpiä julkisia hankintoja koskevia yhteisön säännöksiä.

44. Nyt käsillä olevassa tapauksessa ei kuitenkaan ole syytä epäillä sitä, etteikö avoimuusvelvoitetta olisi noudatettu riittävässä määrin. Tarjouspyyntö julkaistiin Itävallan virallisessa lehdessä, tietyissä itävaltalaisissa sanomalehdissä ja tietyissä johtavissa kansainvälisissä sanomalehdissä. Ei ole myöskään väitetty, että jälkimmäisissä lehdissä julkaistu tieto olisi eronnut ensiksi mainitussa lehdessä julkaistusta tiedosta. Päättelisin, että sanotun laajuinen julkisuus vastasi ensi näkemältä avoimuusvelvoitteen vaatimuksia. Hakijat ovat kuitenkin väittäneet, että koska aikaisemman sopimuksen perusteella HDB:n edeltäjän kanssa vuosien 1992 ja 1997 välillä toteutetun pilottiohjelman tuloksia ei ollut julkaistu, muiden tarjoajien kuin HBD:n oli mahdotonta tehdä varteenotettavaa konsessiota koskevaa tarjousta. Yhteisöjen tuomioistuin ei voi varmistaa tämän väitteen paikkansapitävyyttä. Nähdäkseni BVA:n on vahvistettava, ettei PTA:n valitsema ja täytäntöönpanema menettely ollut ristiriidassa yhteisö-

40 — Asia C-275/98, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8291).
41 — Ks. tuomion 31 kohta.

oikeuden kanssa, ellei se ole vakuuttunut siitä, että kyseinen julkaiseminen taikka tämän tiedon saattaminen potentiaalisten vakavasti otettavien ja kiinnostuneiden tarjoajien käyttöön olisi ollut välttämätöntä sen varmistamiseksi, että ne pystyivät tekemään tarjouksensa varteenotettavalla tavalla.

E *Sopimuksen jakaminen*

45. BVA:n neljännen, kuudennen ja seitsemännen kysymyksen esiintuoma kysymys palveluhankintasopimusten ja tavaranhankintasopimusten erosta on ajankohtainen vain mikäli yhteisöjen tuomioistuin toteaisi nyt käsillä olevan asian sopimuksen kaltaisten sopimusten konsessioon viittaavista tunnusmerkeistä huolimatta, että direktiiviä 93/38/ETY voitaisiin periaatteessa soveltaa tapaukseen. Koska katson, ettei sen sisältöinen sopimus, josta on kyse pääasiassa, kuulu direktiivin soveltamisalaan, jos kyseisen palvelun hyödyntämiseen liittyvä taloudellisen riskin taakka on siirtynyt olennaisilta osin konsessionhaltijalle, käsittelen tätä asiaa ainoastaan toissijaisesti.

46. BVA haluaa itse asiassa tietää, voidaanko sellaisen sopimuksen, jonka voidaan katsoa sisältävän tavarantoimituselementtejä, ja joka koskee puhelinluetteloiden tekemistä PTA:lle tai PTA:n lukuun, katsoa kuuluvan direktiivin 93/36/ETY soveltamisalaan.[42] Vastaus tuohon kysymykseen ilmenee mielestäni selvästi direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohdasta (jota on siteerattu edellä 3 kohdassa). Näin ollen sopimuksia, "jotka sisältävät palveluja tavarahankintoja on pidettävä tavaranhankintoja koskevina sopimuksina, jos tavaranhankintojen kokonaisarvo on suurempi kuin sopimuksen alaan kuuluvien palvelujen arvo". Yhteisöjen tuomioistuin on painottanut erityisesti asiassa Gestión Hotelera Internacional antamassaan tuomiossa sopimuksen tärkeimmän elementin määrittämistä silloin, kun sopimuksen osat kuuluvat kahden eri yhteisön julkisia hankintoja koskevan direktiivin soveltamisalaan.[43] Kuitenkin "kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää, onko urakka liitännäinen sopimuksen pääkohteeseen nähden."[44] Kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi jää näin ollen direktiivin 93/38/ETY 1 artiklan 4 kohtaa soveltamalla päättää, ylittääkö sen, joka voidaan katsoa tavarahankinnaksi, arvo ainoastaan puhtaiksi palveluiksi katsottavien osioiden arvon. Jos näin on, ja olettaen, ettei nyt käsillä olevan sopimuksen katsota olevan "julkisia palveluita koskeva konsessiosopimus", asiassa sovelletaan ainoastaan direktiivin 93/36/ETY julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.

42 — Ks. edellä alaviite 11.

43 — Katso asia C-331/92, tuomio 19.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1329, erityisesti 25—27 kohta).

44 — Idem, 28 kohta.

IV Ratkaisuehdotus

47. Edellä olevan perusteella esitän kantanani, että yhteisöjen tuomioistuimen tulisi vastata Bundesvergabeamtin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 2 kohdan d alakohdassa tarkoitettu yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman telepalvelun tarjoaminen sisältää sopimukset, joiden tarkoituksena on tilaajaluetteloiden tekeminen.

2) "Julkisia palveluita koskevat konsessiosopimukset" eivät kuulu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan.

3) Koska yhteisön lainsäätäjä ei ole määritellyt "julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten" käsitettä, kansallisen tuomioistuimen on kussakin yksittäistapauksessa harkittava kaikkia niitä tekijöitä, joiden nojalla voidaan päätellä, onko osapuolten välinen järjestely todella rahallista vastiketta vastaan tehty palveluhankinta. Tämänkaltaisen konsession tärkeimpänä ja tyypillisimpänä tunnusmerkkinä on se, että siinä on myönnetty oikeus käyttää tiettyä palvelua hyödyksi, ja että siihen kuuluu samalla palvelun tuottamiseen liittyvä taloudellinen riski.

4) Perustamissopimukseen sisältyvän kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevan periaatteen noudattaminen edellyttää, että "julkisia palveluita koskevien konsessiosopimusten" tekomenettelyissä noudatetaan julkisuutta ja avoimuutta koskevia vähimmäisvaatimuksia, joiden tarkoituksena tulisi olla perustavanlaatuisen oikeudenmukaisuuden takaaminen tekomenettelyissä ja kohtuullisen tarjousten tekemistä koskevan mahdollisuuden antaminen niille tarjoajille, jotka ovat sijoittautuneet eri jäsenvaltioon kuin hankintayksikkö.

5) Sopimuksia, jotka kuuluvat direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan ja jotka sisältävät sekä tavara- että palveluhankintoja, on direktiivin 1 artiklan 4 kohdan nojalla pidettävä tavaranhankintoja koskevina sopimuksina, jos tavaranhankintojen kokonaisarvo on suurempi kuin sopimuksen alaan kuuluvien palvelujen arvo.