FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 18 maj 2000 *

1. Den huvudsakliga frågan i den begäran om förhandsavgörande som inkommit från Bundesvergabeamt (den federala upphandlingsmyndigheten, nedan kallad BVA), Österrike, är huruvida avtal om koncession avseende offentliga tjänster omfattas av tillämpningsområdet för rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [1] och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. [2] För den händelse att de inte skulle omfattas uppkommer frågan om omfattningen av ett sådant undantag. En rad andra frågor aktualiseras också, såsom huruvida de delar av ett avtal som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG kan särskiljas från de delar som omfattas av dessa direktiv, och skillnaden mellan tjänsteavtal och avtal om köp av varor.

I — Bakgrund och tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

2. Åttonde övervägandet i ingressen till direktiv 92/50/EEG har följande lydelse:

"Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."

* Originalspråk: engelska.

1 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139. Direktiv 92/50/EEG har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 328, s. 1.

2 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177. Detta direktiv har fått ny lydelse genom Europaparlamentets och rådets direktiv av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1).

I artikel 1 i det direktivet stadgas följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) offentliga tjänsteavtal: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

...

v) kontrakt avseende telefoni-, telex-, mobiltelefoni-, personsöknings- och satellittjänster...".

3. I tjugofjärde övervägandet i ingressen till direktiv 93/38/EEG stadgas följande:

"Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv."

Artikel 1.4 i det direktivet har följande lydelse:

"Varu-, bygg- och anläggnings-, samt tjänstekontrakt: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en av de i artikel 2 nämnda upphandlande enheterna och en leverantör, entreprenör eller tjänsteproducent vilka har följande syften:

...

c) Beträffande tjänstekontrakt: upphandling av tjänster som inte omfattas av a och b, med undantag av:

...

iii) kontrakt avseende skiljemanna- och förlikningstjänster,

iv) kontrakt avseende utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument,

...

...

d) Tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster."

vi) ... Kontrakt som innefattar tillhandahållande av tjänster och varor skall betraktas som varukontrakt om det totala varuvärdet är högre än värdet på de tjänster som ingår i kontraktet."

B — *Österrikes lagstiftning och målet vid den nationella domstolen*

I artikel 2.1 stadgas att direktivet "gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2...".

I artikel 2.2 stadgas, såvitt här är relevant, att "[d]etta direktiv gäller följande former av verksamhet:

4. Post & Telekom Austria AG (nedan kallat PTA) är, med verkan från och med den 1 januari 1997, den rättsliga efterföljaren till Post & Telegraphenverwaltung (Post- och telegrafverket). Post & Telegraphenverwaltung var innehavare av det österrikiska monopolet i fråga om post- och teletjänster, vilket innefattade en skyldighet enligt lag att ge ut telefonkataloger. [3] Av ekonomiska skäl hade den emellertid under år 1992 beslutat att inleda ett samarbete med ett privat företag avseende publiceringen av Amtliches Telephonbuch (den officiella telefonkatalogen, populärt kallad Vita sidorna). Ett avtal (som inte formellt var ett avtal om koncession) slöts 1992 och löpte ut 1997. Mot bakgrund av

3 — Artikel 31 i den dåvarande Fernmeldegesetz (lag om telekommunikation).

att avtalet skulle upphöra att gälla offentliggjorde PTA i *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (bulletin bifogad Österrikes officiella tidskrift) och i vissa dagstidningar den 15 maj 1997 en uppmaning att inkomma med anbud i fråga om koncessionen avseende tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniska förteckningar över dess abonnenter. Koncessionsinnehavaren skulle som ersättning för detta åtagande få rätt att begagna sig av koncessionen kommersiellt. PTA skulle äga 40 procent av det bolag som koncessionsinnehavaren skulle bilda för detta ändamål. Koncessionen gavs en kort tid därefter till Herold Business Data AG (nedan kallat HBD), som förefaller vara en rättslig efterföljare till det företag som haft det ursprungliga avtalet från 1992. [4] Koncessionsavtalet slöts därefter den 15 december 1997.

5. Den 1 augusti 1997 trädde Telekommunikationsgesetz (lag om telekommunikation, nedan kallad TKA) i kraft. [5] I 19 § TKA föreskrivs att den som tillhandahåller en offentlig taltelefonitjänst bland annat skall föra en aktuell abonnentförteckning, erbjuda en upplysningstjänst avseende abonnenterna med information om deras telefonnummer, och minst en gång i veckan på begäran av tillsynsmyndigheten enligt den lagen ställa abonnentförteckningen till förfogande i elektroniskt läsbar form. Användare skall, enligt 24 § första och andra styckena TKA, som en del av den allmänna teletjänsten i Österrike, ha rätt att mot rimlig ersättning få tillgång till denna information. Enligt 26 § första stycket TKA är tillsynsmyndigheten skyldig att se till att det föreligger en heltäckande förteckning, med information från alla individuella förteckningar. [6] Dessutom är individuella operatörer enligt 96 § första stycket skyldiga att sammanställa en telefonkatalog, som kan tryckas eller ges ut i elektronisk form.

6. Sökandena i målet vid den nationella domstolen, Telaustria och Telefonadress, ansåg att de förfaranden för upphandling som stadgas i gemenskapsrätten och i nationell rätt borde ha tillämpats på ifrågavarande avtal. I separata men senare förenade ansökningar begärde de att ett skiljeförfarande skulle genomföras enligt 109 § i Bundesvergabegesetz (förbundslagen om upphandling, nedan kallad BVerG). [7] Ett rådgivande yttrande till deras förmån utfärdades den 20 juni 1997 av Bundes-Vergabekontrollkommission (den federala myndigheten för tillsyn över offentlig upphandling), i vilket det angavs att bestämmelserna i BVerG var tillämpliga på avtalet.

7. PTA valde att inte rätta sig efter detta yttrande, utan fortsatte att förhandla om

4 — HBD ägs av ett företag, GTE, som innehar 74 procent av bolaget, och PTA, som innehar 26 procent.

5 — BGBl 1997 I, nr 100.

6 — Fram till den 31 juli 1997 var det enligt 2 § i Poststrukturgesetz (BGBl 1996 I, nr 201) PTA som ålagts skyldigheten att ge ut telefonkataloger.

7 — BGBl 1997 nr 56.

ingående av nämnda avtal i enlighet med vad som offentliggjorts. Enligt PTA utgjorde avtalet i fråga "koncession avseende offentliga tjänster", som uttryckligen var undantaget från tillämpningsområdet för BVerG enligt dess 3 § första stycket punkt 8. Telaustria ingav den 24 juni 1997 en ansökan om att ett prövningsförfarande skulle inledas och att interimistiska åtgärder skulle vidtas, en ansökan som senare stöddes av Telefonadress. Efter att inledningsvis ha beslutat om vissa interimistiska åtgärder till sökandenas förmån, beslutade BVA den 10 juli 1997 att interimistiskt tillåta det föreslagna avtalet mellan PTA och HBD, under förutsättning att avtalet innehöll en bestämmelse som gjorde det möjligt att häva avtalet om det senare skulle konstateras att det omfattades av tillämpningsområdet för gemenskapsreglerna om offentlig upphandling.

8. I beslutet om att begära förhandsavgörande har det uppgivits att avtalet mellan PTA och HBD omfattas av tillämpningsområdet för TKA. PTA är ett aktiebolag som, sedan dess bildande, i sin helhet ägs av Republiken Österrike. Det kontrolleras av de österrikiska myndigheterna och är enligt BVA ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 2.1 a i direktiv 93/38/EEG, och är således också en upphandlande enhet i detta direktivs mening.

9. BVA har beskrivit det omtvistade avtalet som "... flera avtal — som delvis griper in i varandra — med olika innehåll men mellan samma parter". Den har uppgivit att föremålet för avtalet om tryckning är "tillverkning av tryckta telefonkataloger".

BVA har påpekat att HBD skall tillhandahålla tjänster avseende "insamling, bearbetning och strukturering av abonnentuppgifter, och därmed göra uppgifterna tekniskt tillgängliga, med andra ord tjänster i den mening som avses i CPC-referensnummer 841b[8] 'utveckling av programvara', CPC-referensnummer 8431 'databearbetning och tabellering', CPC-referensnummer 8432 'datainsamling', och CPC-referensnummer 8439 'andra databearbetningstjänster', möjligen också CPC-referensnummer 844 'databanktjänster'". BVA har ansett att tjänsterna omfattas av "kategori 7, 'Datatjänster och därmed sammanhängande tjänster' i bilaga XVI A till direktiv 93/38/EEG".

10. Den andra delen av avtalet rör produktion av tryckta telefonkataloger, vilket BVA har angett vara en tjänst i den mening som avses i "kategori 15, 'Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt' i bilaga XVI A till direktiv 93/38/EEG". Den sista delen av avtalet enligt BVA omfattar "tjänster i den mening som avses i CPC-referensnummer 871, 'marknadsföringstjänster', vilka således också är tjänster i den mening som avses i kategori 13 i bilaga XVI A till direktiv 93/38/EEG". Enligt BVA:s uppfattning är de tjänster som uppräknas i bilaga XVI A till direktiv 93/38/EEG av större betydelse i avtalet än de som uppräknas i bilaga XVI B, varför

8 — CPC är Förenta nationernas CPC-nomenklatur (gemensam produktklassificering). Beträffande dess relevans, se särskilt punkterna 10, 32 och följande punkter i mitt förslag till avgörande och punkterna 38 och 39 i dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357).

direktivet kan anses vara tillämpligt på avtalet i dess helhet.

11. BVA har intagit ståndpunkten att undantaget för avtal om koncession för offentliga tjänster inte nödvändigtvis medför att PTA:s påstående om att sådana avtal också är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG är riktigt. Mot denna bakgrund, och med hänsyn till den osäkerhet som råder beträffande vad som skall anses vara en sådan koncession, har BVA beslutat ställa följande frågor till domstolen:

"Huvudfråga:

Framgår det av bakgrunden till direktiv 92/50/EEG, särskilt av kommissionens förslag (KOM (90) 372 slutlig, EGT C 23, s. 1) eller av definitionen av begreppet 'offentligt tjänsteavtal' i artikel 1 a i samma direktiv, att vissa kategorier avtal, som en upphandlande enhet, som omfattas av direktivets tillämpningsområde, ingår med företag som tillhandahåller tjänster, enbart med hänsyn till vissa gemensamma kännetecken, såsom dessa anges i kommissionens förslag KOM (90) 372, och utan att artikel 1 a i—viii eller artiklarna 4—6 i direktiv 92/50/EEG är tillämpliga, redan från början är uteslutna från direktivets tillämpningsområde?

För det fall huvudfrågan besvaras jakande ställs följande fråga:

Omfattas sådana kategorier av avtal, särskilt med hänsyn till tjugofjärde övervägandet i ingressen till direktiv 93/38/EEG, även av tillämpningsområdet för nämnda direktiv?

För det fall den andra frågan besvaras jakande ställs följande fråga:

Kan dessa kategorier av avtal som utesluts från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG i analogi med förslag KOM (90) 372 definieras på det sättet att de väsentligen kännetecknas av att en upphandlande enhet som ingår i den personkrets som omfattas av direktiv 93/38/EEG uppdrar åt ett företag som denna själv väljer ut att tillhandahålla en tjänst som den själv är ansvarig för och därefter ger detta företag rätt att utnyttja ifrågavarande tjänst ekonomiskt?

Kompletterande frågor till de första tre frågorna:

Är en upphandlande enhet, som ingår i den personkrets som omfattas av direktiv

93/38/EEG, för det fall ett avtal som denne har slutit innehåller element som kännetecknar ett avtal om tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i artikel 1 punkt 4 a i direktiv 93/38/EEG och därjämte element av annan avtalsmässig natur, skyldig att lyfta ur den del av avtalet som omfattas av nämnda direktiv så långt detta är tekniskt möjligt och inte möter oöverstigliga ekonomiska hinder och låta denna ingå i ett upphandlingsförfarande i den mening som avses i artikel 1.7 i detta direktiv, såsom domstolen beslutade i mål C-3/88 [9] före ikraftträdandet av direktiv 92/50/EEG, avseende ett avtal som inte fullständigt omfattades av direktiv 77/62/EEG?

För det fall denna fråga besvaras jakande ställs följande fråga:

Skall förhållandet att en tjänsteleverantör ges ensamrätten till ekonomiskt utnyttjande av resultatet av tillhandahållandet av en tjänst, varvid tjänsteleverantören får en vinning som visserligen inte exakt kan bestämmas men som enligt allmän erfarenhet med stor sannolikhet inte är ringa och kan förväntas överstiga kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, anses som vederlag för tillhandahållandet av tjänsten, såsom EG-domstolen fastslog i mål C-272/91 [10] rörande ett avtal om varuleverans där en av en myndighet tillerkänd rättighet ersatte normalt vederlag?

Kompletterande fråga till de ovanstående frågorna:

Skall bestämmelserna i artikel 1 punkt 4 a och c i direktiv 93/38/EEG tolkas så, att ett avtal om tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i bilaga XVI A, kategori 15, mister sin karaktär av tjänsteavtal om tjänsten går ut på att framställa ett stort antal likartade materiella rörliga saker med ekonomiskt värde, vilka därmed utgör varor i den mening som avses i artiklarna 9 och 30 i EG-fördraget?

För det fall denna fråga besvaras jakande:

Skall EG-domstolens dom i mål C-3/88 tolkas så, att ett avtal om leverans av en vara skall avskiljas från övriga delar av tillhandahållandeavtalet och underkastas ett upphandlingsförfarande enligt artikel 1.7 i direktiv 93/38/EEG i den mån detta är tekniskt möjligt och ekonomiskt försvarbart?"

9 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035, svensk specialutgåva, volym 10, s. 269, nedan kallat målet Data-processing).

10 — Se dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409) (nedan kallat Lottomatica).

II — Yttranden

12. Skriftliga yttranden har inkommit från Telaustria, PTA, den danska, den nederländska, den franska och den österrikiska regeringen samt från kommissionen. Dessa var, med undantag av den danska och den nederländska regeringen, också representerade vid förhandlingen.

III — Bedömning

13. Enligt min mening aktualiseras följande frågeställningar genom den nationella domstolens beslut att begära förhandsavgörande:

(i) Omfattas avtalet i fråga, under antagande att gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling skall tillämpas, av direktiv 93/38/EEG?

(ii) Är avtal om koncession avseende offentliga tjänster undantagna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG?

(iii) Vad innefattar begreppet avtal om koncession avseende offentliga tjänster enligt gemenskapsrätten, och hur skall en sådan koncession definieras?

(iv) För det fall de relevanta gemenskapsbestämmelserna om upphandling inte skall tillämpas — vilka, om några, regler om insyn och publicitet skall med hänvisning till allmänna principer i fördraget i så fall tillämpas?

(v) För det fall direktiv 93/38/EEG inte skall tillämpas — innebär den omständigheten att koncessionen är avsedd att leda till produktion av ett stort antal telefonkataloger (i pappersformat) att avtalet helt eller delvis skall anses utgöra ett varukontrakt, och således omfattas av reglerna om offentlig upphandling i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor? [11]

Även om frågorna delvis går in i varandra kommer jag att behandla dem i tur och ordning.

11 — EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126.

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

14. Om direktiv 93/38/EEG vore tillämpligt på ett avtal som det mellan PTA och HBD skulle det vara onödigt att besvara den nationella domstolens första fråga. Det är därför enligt min mening lämpligt att först undersöka om detta sektorsdirektiv är tillämpligt, innan jag undersöker de mer allmänt utformade direktiven. Även om endast direktiv 93/38/EEG skulle vara tillämpligt i detta fall, kan emellertid andra gemenskapsbestämmelser om offentlig upphandling användas som tolkningsdata vid tolkningen av direktivet.

15. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att PTA, som är ett offentligt ägt telebolag, i princip skall anses vara en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 93/38/EEG. Denna uppfattning stöds också av trettonde övervägandet i ingressen till det direktivet, enligt vilket direktivet inte skall "tillämpas på dessa organs verksamhet, som... faller utanför... telekommunikationssektor[n]". Direktiv 93/38/EEG skall enligt dess artikel 2.1 bara tillämpas när en upphandlande enhet "bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2", vilket innefattar "[t]illhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster". [12] Även om PTA inte längre är det enda företag som tillhandahåller sådana tjänster på den österrikiska marknaden, har BVA angett att PTA:s "uppgifter" innefattar "tillhandahållande och drift av offentliga telekommunikationsnät och tillhandahållande av offentliga telekommunikationstjänster". PTA är, som kommissionen framhållit, helt klart en sektoriell upphandlande enhet. Det är allmänt vedertaget att produktionen av telefonkataloger i såväl elektronisk form som i pappersformat har direkt samband med tillhandahållandet av dessa typer av tjänster.

16. BVA har tills vidare intagit ståndpunkten att de tjänster som omfattas av avtalet mellan PTA och HBD, sedda som en helhet, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG, och att det skall anses vara ett "varukontrakt" i den mening som avses i dess artikel 15. För att avgöra om avtalet i fråga omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG finns det inget, förutom att det skulle kunna vara undantaget med hänvisning till att det är ett avtal om koncession, i de uppgifter som domstolen har tillgång till som kan medföra att BVA:s bedömning att avtalet skall omfattas av det direktivet skulle ifrågasättas. Enligt min mening är det inte nödvändigt att, för att besvara de frågor som den nationella domstolen ställt, ta ställning till om det rör sig om ett "varukontrakt" eller ett "kontrakt avseende tjänster". Om avtalet i fråga skall anses gälla varor eller tjänster i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 93/38/EEG, skall reglerna om upphandling i antingen artikel 15 eller artikel 16 i det direktivet tillämpas.

12 — Se artikel 2.2 d, som i sin helhet återgivits i punkt 3 ovan.

17. Jag instämmer inte i PTA:s bedömning att det endast är de tjänster som uppkommer i slutet av en lång kedja tjänster och som, såvitt avser förevarande mål, har direkt samband med tillhandahållande av taltelefonitjänster som omfattas av direktiv 93/38/EEG. Det framgår klart av sjuttonde övervägandet i ingressen till direktiv 92/50/EEG att bestämmelserna i det direktivet inte var avsedda att påverka tillämpningen av föregångaren till direktiv 93/38/EEG. Om ett avtal omfattas av det direktivet skall de mer allmänna bestämmelserna i direktiv 92/50/EEG inte tillämpas. Även om de typer av tjänster som det senare direktivet omfattar har uppräknats bland annat i bilaga I A till direktivet, där "telekommunikationstjänster" ingår (kategori 5), framgår det av fotnoten till den kategorin att taltelefonitjänster inte omfattas. Bara en mycket restriktiv tolkning av direktiv 93/38/EEG skulle rättfärdiga PTA:s uppfattning att ett avtal om produktion av telefonkataloger skulle ha så lite samband med tillhandahållande av taltelefonitjänster att det direktivet inte vore tillämpligt. Enligt min mening är en så restriktiv tolkning inte riktig. Det är i synnerhet relevant att påpeka, såsom gjorts i begäran om förhandsavgörande, att kategori 15 i bilaga XVI till direktiv 93/38/EEG uttryckligen innefattar "Förlags- och tryckeritjänster" bland de typer av tjänster som omfattas av upphandlingsreglerna i artikel 15.

18. Dessutom har i artikel 1.4 i direktiv 93/38/EEG de tjänsteavtal som omfattas av direktivet beskrivits som "[skriftliga onerösa avtal] mellan en av de i artikel 2 nämnda upphandlande enheterna och en leverantör, entreprenör eller tjänsteproducent", som avser (se artikel 1.4 ii) "kontrakt avseende telefonitjänster". Jag är därmed övertygad om att BVA har gjort en riktig bedömning när den angett att det i princip är direktiv 93/38/EEG som skall tillämpas i detta mål. Den andra, den tredje och den femte frågan (och indirekt även den första frågan) skall därmed förstås så att dessa frågor gäller huruvida det förhållandet att avtalet mellan PTA och HBD slutits i form av ett koncessionsavtal skall medföra att direktiv 93/38/EEG inte skall tillämpas. Detta är i själva verket huvudfrågan i målet.

B — *Omfattas avtal om koncession avseende offentliga tjänster av direktivets tillämpningsområde?*

19. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att koncession avseende offentliga tjänster omfattas av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling, eftersom en motsatt tolkning skulle medföra att tillämpningen av dessa bestämmelser skulle vara beroende av vad som anses vara offentliga tjänster enligt nationell lagstiftning, vilket skiljer sig åt från en medlemsstat till en annan. Behovet av att tolka undantag från tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling restriktivt medför att ett sådant undantag inte kan komma i fråga. Om koncession av offentliga tjänster ändå skulle undantas, måste det vara fråga om en verklig överföring av en verksamhet som är av allmänintresse för att ett sådant undantag skall tillämpas. Så är enligt sökandena inte fallet beträffande produktionen av telefonkataloger. De har framhållit den omständigheten att det inte

funnits något uttryckligt förslag från kommissionen om att koncession avseende offentliga tjänster skulle ingå i tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG, och menat att det inte vore riktigt att utifrån den omständigheten att det i direktivet inte sägs något om detta komma fram till att direktivet inte omfattar sådana avtal.

20. PTA har, med stöd av de medlemsstater som yttrat sig och av kommissionen, väsentligen framhållit att det framgår såväl av bakgrunden till direktiv 92/50/EEG som av överväganden beträffande det generella syftet med gemenskapens direktiv om offentlig upphandling att rådet inte hade för avsikt att låta koncession avseende offentliga tjänster omfattas av vare sig det direktivet eller av direktiv 93/38/EEG. Det materiella tillämpningsområdet för det senare direktivet är begränsat till de typer av avtal som nämns däri, bland vilka koncession avseende offentliga tjänster inte ingår.

21. Enligt min uppfattning står det klart att rådet avslog kommissionens förslag att låta direktiv 92/50/EEG omfatta koncession avseende offentliga tjänster. I kommissionens ursprungliga förslag av den 13 december 1990 gjordes i artikel 1 a vi skillnad mellan "koncession avseende offentliga tjänster" och "kontrakt avseende offentliga tjänster". Begreppet definierades i artikel 1 a h och omfattades av reglerna om upphandling i artikel 2 i förslaget till direktiv. [13] Förutom en något ändrad definition av begreppet "koncession avseende offentliga tjänster" återfanns i huvudsak samma bestämmelser i det ändrade förslag som lades fram den 28 augusti 1991. [14] Den anledning som kommissionen ursprungligen uppgivit för att låta direktivet omfatta sådan koncession angavs i tionde övervägandet i förslaget, där kommissionen uttalade att "för att säkerställa kongruens mellan olika upphandlingsförfaranden är det viktigt att koncession avseende offentliga tjänster omfattas av detta direktiv på samma sätt som direktiv 71/305/EEG är tillämpligt på koncessionsavtal rörande bygg- och anläggningsarbeten". Hänvisningen till det senare direktivet togs inte med i tionde övervägandet i det ändrade förslaget, där det helt enkelt fastslogs att koncession avseende offentliga tjänster skulle omfattas av direktivet för att "säkerställa kongruens mellan olika upphandlingsförfaranden". Under lagstiftningsförfarandet beslutade rådet att utesluta alla hänvisningar till koncession avseende offentliga tjänster från förslaget. Rådets skäl framgår av det dokument i vilket skälen för den gemensamma ståndpunkten angivits, ett dokument som den franska regeringen hänvisat till i sitt skriftliga yttrande. [15] Rådets beslut kan endast, som den franska regeringen framhållit, förstås som en otvetydig viljeyttring att inte låta sådana koncessioner omfattas av direktiv 92/50/EEG.

13 — Förslag till rådets direktiv avseende samordningen av förfarandet för tilldelning av avtal om offentliga tjänster, KOM (90) 372 slutlig, EGT C 23, 1991, s. 1. Särskilda regler om den situationen att koncessionshavaren är en upphandlande enhet angavs i artikel 3 i förslaget.

14 — Ändrat förslag till rådets direktiv avseende samordningen av förfarandet vid tilldelning av avtal om offentliga tjänster, KOM (91) 322 slutlig, EGT C 250, s. 4.

15 — Dokument nr 4444-92-ADD-1 av den 25 februari 1992. Rådet var av den uppfattningen att skillnaderna mellan medlemsstaternas lagstiftning avseende sådan koncession var så stor att det föreslagna direktivet inte skulle få samma verkningar i olika medlemsstater. Den österrikiska regeringen har i det skriftliga yttrandet påpekat att tveksamheten motiverades av den omständigheten att i vissa medlemsstater gavs koncession bara genom offentliga förvaltningsbeslut, vilka således inte skulle ha omfattats av kommissionens förslag, eftersom det tog sikte på koncessioner som gavs genom privaträttsliga avtal. Detta erkände och beklagade kommissionen i sitt meddelande till Europaparlamentet avseende den gemensamma ståndpunkten, se SEC(2) 406 slutlig av den 5 mars 1992.

22. Det är mot denna bakgrund som jag bedömer kommissionens underlåtenhet att ens ta med koncession avseende offentliga tjänster i förslaget av den 27 september 1991, som senare blev direktiv 93/38/EEG, vara av betydelse.[16] Av än större betydelse är emellertid den omständigheten att i dess ändrade förslag till vad som senare blev föregångaren till direktiv 93/38/EEG — rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna,[17] det första sektoriella direktivet om offentlig upphandling — hade kommissionen föreslagit vissa regler för koncession avseende offentliga tjänster.[18] Detta förslag antogs inte av rådet, eftersom sådan koncession endast förekom i en medlemsstat och rådet ansåg att det var olämpligt att införa bestämmelser utan att genomföra en grundlig undersökning av olika former av koncession avseende offentliga tjänster i medlemsstaterna med avseende på sektorerna för vatten, gas och elektricitet.[19] Av denna genomgång av bakgrunden till direktivet framgår det klart att avsikten med att direktiv 93/38/EEG inte innehåller några bestämmelser om koncession avseende offentliga tjänster har varit att de inte skall omfattas av direktivets tillämpningsområde. Denna bakgrund ger således god hjälp att i detta mål tolka det direktiv som rådet slutligen antog.

23. Ytterligare stöd för denna uppfattning ges i direktiven rörande offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. I det första direktivet på det området, rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, stadgas i artikel 3.1 ett uttryckligt undantag för koncessionsavtal från tillämpningsområdet för begreppet "offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten", vilket i artikel 1 a definierats som "skriftliga onerösa avtal mellan ett företag... och en upphandlande enhet".[20] I rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten har en definition av koncession intagits (se artikel 1 d i dess lydelse enligt artikel 1.1 i direktiv 89/440/EEG) och bestämmelser om "publicering" av koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten införts (se artikel 1 b, som införts genom artikel 1.2 i direktiv 89/440/EEG).[21] Detta är av stort intresse, eftersom detta är första gången som fenomenet koncessioner behandlats i gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling. Vid tidpunkten för avtalet i fråga återfanns de tillämpliga bestämmelserna i det konsoliderade direktiv som ersatt direktiv 71/305/EEG, nämligen rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaran-

16 — Förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 90/531/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, KOM (91) 347 slutlig, EGT C 337, s. 1.

17 — EGT L 297, s. 1.

18 — Ändrat förslag till rådets direktiv om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, se KOM (89) 380 slutlig, EGT C 264, s. 22.

19 — Se punkt 10 i rådets dokument nr 5250/90 av den 22 mars 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, som bifogats kommissionens skriftliga yttrande.

20 — EGT L 185, s. 5.

21 — EGT L 210, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 5, s. 3.

dena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningssektorn.[22] Detta direktiv antogs samma dag som direktiv 93/38/EEG. Det är därför, enligt min mening, uppenbart att om rådet hade avsett att koncession avseende offentliga tjänster skulle omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG skulle detta ha framgått uttryckligen, som i direktiv 93/37/EEG. Den enda rimliga slutsatsen av denna underlåtenhet är den som generaladvokat La Pergola redan kommit fram till i sitt förslag till avgörande i målet BFI Holding, nämligen att direktiv 93/38/EEG "uteslutande rör upphandling av tjänster".[23]

24. Det framgår således att begreppet "skriftliga onerösa avtal" (min kursivering) i gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, som återfinns i alla direktiv från direktiv 71/305/EEG, det första direktivet, till och med direktiv 93/38/EEG, aldrig har inbegripit koncessionsavtal. Det är inte riktigt att, vilket sökandena underförstått har gjort, hävda att en tolkning enligt ordalydelsen av det begreppet, som numera återfinns i artikel 1.4 i direktiv 93/38/EEG, skulle medföra att skriftliga koncessionsavtal, där ersättningen helt eller delvis består i rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt, omfattades av direktivet. Även med bortseende från bakgrunden till direktivet skulle med andra ord en tolkning enligt ordalydelsen av begreppet onerös, vilken är nödvändig eftersom detta begrepp inte definierats i direktiv 93/38/EEG, inte innefatta koncessionsavtal.

25. Domstolens svar bör således enligt min mening bli att "*[avtal om]* koncession avseende offentliga tjänster" inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG.

C — *Omfattningen av begreppet koncession avseende offentliga tjänster*

26. Eftersom min uppfattning är att koncession avseende offentliga tjänster inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG är det för besvarandet av den nationella domstolens tredje och femte frågor nödvändigt att diskutera vilka slags "arrangemang" som kan anses vara sådana slags koncessioner, och som således inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. I denna diskussion är jag medveten om att gemenskapslagstiftaren inte har funnit det nödvändigt att definiera begreppet "koncession avseende offentliga tjänster", utom i de fall där koncessioner uttryckligen omfattas av rättsaktens tillämpningsområde. Under dessa förhållanden är jag ense med såväl de medlemsstater som yttrat sig som med kommissionen om att i avsaknad av en lagfäst definition är det nödvändigt att domstolen, för att hjälpa BVA att döma i målet slår fast kriterier för att avgöra vad som utgör en koncession.

22 — EGT L 199, s. 54. Direktiven 89/440 och 93/37/EEG kommer av bekvämlighetsskäl fortsättningsvis att gemensamt kallas direktiven om offentliga upphandlingskontrakt.

23 — Förslag till avgörande av den 19 februari 1998 (dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, REG 1998, s. I-6821, punkt 26).

27. Sökandena har framhållit att det som främst kännetecknar begreppet koncession är att den myndighet som tilldelar koncessionen inte betalar något till koncessionären. Den senare måste därför ges rätten att exploatera rättigheten kommersiellt, även om denna rätt enligt sökandena kan förenas med en skyldighet att utge vederlag till den som meddelat koncessionen. De har också anfört att föremålet för koncessionen måste vara en tjänst som är av allmänintresse och har samband med offentlig maktutövning. Så är enligt sökandena inte fallet här, eftersom alla teleoperatörer enligt 96 § första stycket TKA är skyldiga att utge en telefonkatalog.

28. Övriga parter och de medlemsstater som inkommit med yttranden är i huvudsak eniga om vad som utgör de viktigaste särdragen i begreppet koncession. Enligt dem kännetecknas en koncession av tre väsentliga särdrag. För det första måste tjänsterna utföras till nytta för tredje man, snarare än för den som meddelat koncessionen. För det andra måste koncessionen avse en verksamhet av allmänintresse. För det tredje måste koncessionären bära den ekonomiska risk som är förenad med utförandet av tjänsten i fråga.

29. För det första är det viktigt att ha i åtanke att "koncession avseende offentliga tjänster" inte omfattas av direktiv 93/38/EEG. Jag instämmer därför inte i vad sökandena anfört om att det är nödvändigt att tolka begreppets omfattning restriktivt. Sådana koncessioner utgör inte undantag från direktivets bestämmelser om upphandling, utan snarare en typ av "arrangemang" som inte omfattas av direktivet och således befinner sig utanför reglernas tillämpningsområde.

30. Den definition som finns i direktiven om upphandlingskontrakt förefaller mig vara en god utgångspunkt, eftersom det är den enda definition som hittills har antagits av gemenskapslagstiftaren. I artikel 1 d i direktiv 89/440/EEG har "koncession" definierats som "ett kontrakt av samma typ som [offentliga upphandlingskontrakt] utom det att ersättningen för utförda arbeten består i antingen enbart rätten till nyttjande av anläggningen eller en kombination av denna rätt och betalning".[24] Motiveringen för att låta sådana koncessioner omfattas av direktivets tillämpningsområde, som angavs i elfte övervägandet i ingressen till direktivet, var "den ökande förekomsten av koncessioner inom området för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och med hänsyn till de speciella egenskaperna hos dessa...".[25] En identisk definition av koncession tillsammans med en identisk motivering för att låta sådana koncessioner omfattas återfanns senare i direktiv 93/37/EEG.[26] Enligt min mening har gemenskapslagstiftaren ansett frånvaron av, i vart fall full, ersättning från den som meddelat koncessionen till koncessionären vara det som främst kännetecknar begreppet koncession. Jag instämmer i att detta är ett grundläggande

24 — Denna definition är således i huvudsak likalydande med vad som undantagits från begreppet "skriftliga onerösa avtal" i artikel 3.1 i direktiv 71/305.

25 — De bestämmelser om publicering som var tillämpliga på sådana "kontrakt" angavs i den nya artikel 1 b som infördes i direktiv 71/305 genom artikel 1.2 i direktiv 89/440.

26 — Se artikel 1 d och femte övervägandet i ingressen till direktivet.

särdrag i begreppet koncession, och dess betydelse är inte begränsad till koncessioner avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten. Enligt min mening kommer detta särdrag till uttryck i den omständigheten att koncessionären måste stå i vart fall huvuddelen av den ekonomiska risken som är förknippad med utförandet av tjänsten. Om den nationella domstolen är övertygad om att den ekonomiska risken faktiskt har övergått från den som meddelat koncessionen till koncessionären, föreligger det en mycket stark presumtion för att parternas "arrangemang" skall anses vara en koncession snarare än ett avtal.

31. Enligt min uppfattning skulle den viktigaste indikationen på huruvida den ekonomiska risken faktiskt kommer att bäras av koncessionären framgå av en undersökning av arten av den exploatering som den förmodade koncessionen är avsedd att medföra. I domen i det ovan nämnda målet BFI Holding har domstolen tydligt anvisat att den anser behovet av att kommersiellt exploatera den överlåtna rätten för att erhålla ekonomisk ersättning vara det som främst kännetecknar en koncession. Domstolen fastslog, som svar på vad den franska regeringen yttrat om att de avtal som var i fråga i det målet (som rörde ett joint venture mellan två nederländska kommuner i syfte att tillhandahålla renhållnings- och vägrengöringstjänster genom bolaget ARA, som bildats för detta ändamål), att det framgick av de bakomliggande avtalen att "den ersättning som har utbetalats till ARA *enbart utgör ett pris och inte en rätt att utöva tjänsten*". [27]

32. Vid förhandlingen hänvisade kommissionens representant till ett förslag till meddelande från kommissionen om tolkningen av gemenskapsrätten avseende koncessioner och offentlig upphandling. [28] I detta meddelande, till vilket flera hänvisningar gjordes vid förhandlingen, har kommissionen angett en rad belysande omständigheter som kommit till dess kännedom, men som enligt dess uppfattning inte medförde att kravet på att koncessionären skall bära den ekonomiska risken ansågs vara uppfyllt. [29] I fall där de offentliga myndigheterna åtar sig att ersätta koncessionären för framtida förluster, eller där koncessionären inte exploaterat den rätt att utföra tjänster som överlåtits kommersiellt har kommissionen således ansett att "arrangemanget" inte utgjort en koncession.

33. Jag instämmer emellertid med den franska regeringen i dess uppfattning om

27 — Punkt 25 (kursiverat här). Domstolen instämde således underförstått i generaladvokat La Pergolas uppfattning att ett "annat utmärkande drag för koncession av tjänster inom gemenskapens område har samband med den nyss nämnda aspekten, nämligen att koncessionshavaren påtar sig den ekonomiska risk som följer av *tillhandahållandet och förvaltningen av de tjänster som är föremål för koncessionen*", punkt 26 i förslaget till avgörande (kursiverat här).

28 — Vid tidpunkten för förhandlingen (som var den 23 mars 2000) hade endast ett utkast publicerats på Internet, se "Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marché publics", DG XV XV/B — 24 februari 1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf), som tydligen bara fanns tillgängligt i fransk språkversion. Den har emellertid sedan dess (den 29 april 2000) publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning, se EGT C 121, s. 2.

29 — Se i synnerhet fotnot 10 i meddelandet.

att det inte finns någon heltäckande definition av vad som skall anses utgöra en "koncession avseende offentliga tjänster". Det enda som, genom domarna i de ovan nämnda målen Lottomatica och BFI Holding, står klart är att i de fall där ersättningen är fastställd eller bestämbar på förhand skall arrangemanget anses vara ett avtal, och *prima facie* omfattas av tillämpningsområdet för det relevanta upphandlingsdirektivet. I det ovan nämnda målet Lottomatica hade den italienska staten publicerat ett meddelande om en föregiven "koncession" avseende datoriseringen av det italienska lottospelet. Italien gjorde gällande att en koncession att genomföra en offentlig tjänst inte omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 77/62/EEG.[30] Domstolen avfärdade detta resonemang. Den fastslog att "införandet av ifrågavarande datorsystem inte medför någon överföring av ansvar till koncessionären i fråga om de olika förfaranden som är förknippade med lotteriet", och att det var "allmänt vedertaget att avtalet i fråga hade samband med tillhandahållande av ett integrerat datorsystem, innefattande i synnerhet tillhandahållande av vissa varor till förvaltningen".[31] Den omständigheten att systemet var avsett att komma i förvaltningens ägo vid utgången av avtalstiden var "irrelevant", eftersom "'priset' för [systemet] erlades i form av en årlig betalning i förhållande till intäkterna".[32] Det är därför nödvändigt att i varje enskilt fall beakta ett antal omständigheter som kan visa huruvida ett arrangemang mellan parterna verkligen kan anses utgöra ett skriftligt oneröst avtal avseende tillhandahållande av tjänster. I yttrandena till domstolen råder allmän samstämmighet avseende relevansen av den ytterligare omständigheten som generaladvokat La Pergola framfört i sitt förslag till avgörande i det ovan nämnda målet BFI Holding, nämligen att "i koncessionsfallet [är] den som åtnjuter tjänsten ... en tredje man som står utanför avtalsförhållandet".[33] Även om jag inte helt vill avfärda den möjliga hjälp som detta kriterium kan medföra i vissa tveksamma fall, förefaller det mig inte tillföra något väsentligt till kriteriet att koncessionären skall erhålla i vart fall en väsentlig andel av sin ersättning genom att exploatera tjänsten kommersiellt, och inte från den som meddelat koncessionen. Om koncessionärens enda kund från början avsågs vara den som meddelat koncessionen, i motsats till tredje man, är det svårt att se hur "arrangemanget" dem emellan skulle kunna undgå att vara ett "skriftligt oneröst avtal". En sådan situation skulle faktiskt påminna om den i målet Lottomatica, där den uppgivna koncessionärens enda kund var den offentliga förvaltning som var ansvarig för att genomföra lotterier i Italien.

34. Det råder en mindre grad av samstämmighet i de yttranden som inkommit till domstolen beträffande relevansen av graden av allmänintresse som den ifrågavarande tjänsten har. I sitt förslag till avgörande inför domen i det ovan nämnda målet BFI Holding har generaladvokat La Pergola givit uttryck för uppfattningen att det "[f]ör att det enligt gemenskapsrätten skall vara fråga om koncession på tjänster [även] krävs... att den ifrågavarande tjänsten är av allmänintresse så att tillhandahållandet av denna institutionellt ankommer på en offentlig myndighet".[34] Han fortsatte med att framhålla att "[d]en omständigheten att det är en tredje man som tillhandahåller tjänsten således medför

30 — Rådets direktiv av den 21 december 1976 om samordning av förfarande för tilldelning av offentliga upphandlingsavtal (EGT L 13, 1977, s. 1).

31 — Punkt 24.

32 — Punkt 25.

33 — Punkt 26.

34 — Punkt 26.

att koncessionsgivaren byts ut mot koncessionshavaren vad beträffar den sistnämndes skyldighet att tillhandahålla myndigheten tjänsten". [35] I motsats till vad sökandena anfört anser jag inte att domen i det ovan nämnda målet Data-processing ger stöd åt denna uppfattning. Hänvisningen till offentliga tjänster i den domen hade samband med domstolens avfärdande av Italiens argument att utvecklingen av system för databearbetning för utförande av vissa offentliga uppgifter i sig var en offentlig tjänst som var undantagen från tillämpningsområdet för direktiv 77/62/EEG. [36] Domstolen slog fast att varken tillhandahållandet av den nödvändiga utrustningen eller utvecklingen av systemet i fråga kan, även om det "ger... den offentliga förvaltningen möjlighet att bedriva sin verksamhet,..... i sig... anses som offentliga tjänster". [37]

35. Det förefaller som om den förmodade relevansen av graden av allmänintresse som den tjänst har som koncessionen avser framgår av den definition som kommissionen föreslagit såväl i sitt ursprungliga som i sitt ändrade förslag till direktiv om offentlig upphandling av offentliga tjänster, där den i artikel 1 h i bägge dessa versioner av förslaget hänvisade till en övergång från den myndighet som meddelat koncessionen av "utförandet av en tjänst till allmänheten inom dess anvsarsområde". [38] Jag är inte övertygad om att begreppet tjänst till allmänheten, utom i dess mest omfattande betydelse, skall tolkas så att det krävs att den är av "allmänintresse". Tvärtom förefaller det mig som om det innebär att den som normalt sett gynnar en "koncession avseende offentliga tjänster" är allmänheten eller en särskild kategori av denna. Det är absolut inte nödvändigt att tjänsten i fråga anses ha allmänintresse i den mening som det begreppet kommit att få vid tilllämpningen av artikel 90 i EG-fördraget (nu artikel 86 EG). [39] Med andra ord bör det inte finnas något hinder i kvalitativt hänseende för myndigheter att meddela koncession avseende vissa typer av tjänster, även om det är sannolikt att det finns ett allmänintresse i de flesta av de tjänster som blir föremål för sådan koncession.

36. I alla händelser kan jag inte förstå hur domstolen skulle kunna fastslå kriterier för vad som kan eller inte kan anses vara av allmänintresse. Enligt min mening är uppfattningen att det endast är tjänster av allmänintresse som kan vara föremål för "koncession avseende offentliga tjänster" och att den därmed sammanhängande definitionen av vad som skall anses vara av allmänintresse är en sak för gemenskapslagstiftaren att hantera, om den skulle välja att i den inre marknadens intresse harmonisera bestämmelserna för sådana koncessioner. Denna uppfattning stöds av den omständigheten att kommissionen vid förhandlingen godtog att det inte finns någon klar definition av vad som skall anses vara

35 — Ibidem.

36 — Se ovan fotnot 30.

37 — Domen i det ovan nämnda målet Data-processing, punkt 26.

38 — Se EGT C 23, 1991, s. 1, och EGT C 250, 1991, s. 4, ursprungligen hänvisade till i fotnoterna 13 och 14 ovan.

39 — Se, till exempel, domstolens nyligen avkunnade dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), punkterna 102—107.

av allmänintresse i österrikisk rätt, och att det måste ankomma på de nationella domstolarna att bestämma omfattningen av detta begrepp. Godtagandet av en sådan princip skulle naturligtvis leda till en icke enhetlig tillämpning av direktiv 92/50/EEG, där vissa nationella domstolar skulle inta ståndpunkten att direktivet skulle tillämpas på vissa koncessioner eftersom föremålet för den tjänst som de avser inte ansågs omfattas av allmänintresset enligt innebörden av detta begrepp i den medlemsstaten. Detta bör undvikas. Under alla förhållanden är det inte nödvändigt att ta ställning till denna fråga i detta mål. Jag instämmer med vad PTA anfört vid förhandlingen om att så länge skyldigheten att utföra en viss uppgift har fastslagits i offentligrättsliga bestämmelser — såsom skett i detta mål genom 26 § första stycket och 96 § första stycket TKA — kan den anses omfattas av allmänintresset i den berörda medlemsstaten. Det är också irrelevant huruvida den som meddelat koncessionen är den enda eller endast en av många som ålagts att utföra den tjänst som avses, och huruvida den övergripande skyldigheten för att säkerställa att uppgiften fullgörs ankommer på en myndighet.

37. Sammanfattningsvis bör således frågan huruvida ett avtal innebär en koncession eller ett upphandlingskontrakt avgöras från fall till fall, med hänsyn till alla omständigheter, varav de viktigaste är huruvida den föregivna koncessionen innebär en överföring av en rätt att kommersiellt exploatera en viss tjänst och huruvida en väsentlig del av den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten överförts till koncessionären.

38. I sina yttranden har sökandena försökt visa att PTA faktiskt utger vederlag till HBD. Det ankommer inte på denna domstol att inom ramen för ett mål om förhandsavgörande avgöra om så är fallet. Det är något som omfattas av den nationella domstolens exklusiva behörighet. Eftersom det framgår av BVA:s femte fråga att den hyser vissa tvivel beträffande i vilken utsträckning den ekonomiska risken måste bäras av koncessionären kan det vara värdefullt att göra en kortfattad bedömning av vissa av sökandenas påståenden. De har uppgett att den rätt att använda PTA:s logotyp som HBD givits har ett avsevärt ekonomiskt värde. Detta, tillsammans med de omständigheterna att alla kostnader för HBD relativt enkelt kan bestämmas på förhand, och att möjligheterna att sälja annonsutrymme i telefonkatalogerna, enligt vad som uppgavs vid förhandlingen, utgör "en riktig guldgruva", medför enligt sökandena att HBD inte skall anses bära någon verklig ekonomisk risk.

39. Detta påstående har naturligtvis med kraft tilbakavisats av PTA, som påpekat att

i punkt 16 i avtalet har skyldigheten att upprätta förteckningen uttryckligen överförts till HBD. PTA har uppgett att det har givit licens till HBD att mot ersättning använda dess data för att upprätta den förteckningen. Denna licens är emellertid inte annorlunda utformad jämfört med vad den skulle ha varit beredd att meddela till vilket annat företag som helst som velat exploatera dessa data. Vad gäller logotypen har PTA inte gett HBD rätt att använda denna, utan PTA har ålagt HBD en skyldighet att göra detta. Detta arrangemang är till PTA:s fördel, eftersom det innebär att PTA får vissa annonser med bra placering i katalogen utan att behöva utge ersättning för detta. Dessutom kan inte den omständigheten att PTA betalt för aktier i HBD, vilket inte har något samband med koncessionen, anses innebära att vederlag utgetts till HBD för denna koncession.

40. Enligt min mening innebär den omständigheten att det är sannolikt att koncessionären kommer att kunna bedriva verksamheten med vinst inte i sig att den nationella domstolen bör komma fram till att koncessionären inte tagit någon ekonomisk risk. Det måste föreligga övertygande bevisning för att risken för förlust varit minimal eller obefintlig. Även om det ankommer på BVA att göra den bedömningen i detta mål, är jag inte övertygad om att de påståenden som sökandena framfört skulle kunna leda till slutsatsen att det inte förelegat någon ekonomisk risk. HBD har varit tvunget att betala för användningen av data, vilka kunnat användas på samma sätt av andra företag. Det krav som PTA ställt på HBD avseende användningen av logotypen är helt klart till ekonomisk fördel för PTA. Den omständigheten att detta också kan vara till nytta för HBD medför inte att koncessionen skall anses vara ett upphandlingskontrakt, eftersom det inte på förhand kan fastställas vilket belopp denna fördel motsvarar.

D — *Allmänna bestämmelser i fördraget*

41. Det råder enighet i de yttranden som inkommit till domstolen om att även om tilldelningen av en "koncession avseende offentliga tjänster" inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 92/50/EEG eller 93/38/EEG, skall de myndigheter som meddelat koncessionen ändå tillämpa relevanta bestämmelser i fördraget. Det råder likaledes enighet om att artiklarna 52 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 43 EG och 49 EG i ändrad lydelse) förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Med andra ord är de myndigheter som beviljar en koncession skyldiga att tillämpa principen om likabehandling av anbudsgivarna. De är också skyldiga att säkerställa att inga krav som i sig skulle innebära en överträdelse av, till exempel, artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 i ändrad lydelse) ställs på anbudsgivarna. Det har inte gjorts gällande att någon av dessa fördragsbestämmelser har överträtts i detta mål, i varje fall inte direkt.

42. Kommissionen har emellertid uppgivit att den som beviljar en "koncession avse-

ende offentliga tjänster" också omfattas av den mer allmänna skyldigheten att lämna insyn i förfarandet, som den förefaller anse följer av artiklarna 30, 52 och 59 i EG-fördraget. Vid förhandlingen hänvisade kommissionen till domstolens dom i målet Unitron Scandinavia och 3-S som stöd för denna uppfattning.[40] Det målet rörde skyldigheter för en annan enhet än den upphandlande enheten, som givits speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet av den sistnämnda, när den ingår avtal om inköp av varor med tredje man. Domstolen fastslog att "principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet inte får tolkas restriktivt. Principen innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas."[41] På frågor vid förhandlingen angående omfattningen av denna skyldighet ville kommissionen inte gå så långt att den skulle innebära en skyldighet att publicera tilltänkta "koncessioner avseende offentliga tjänster".

43. Jag anser att ett iakttagande av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet innefattar ett krav att meddelande av koncessioner sker under former som i varje fall innebär ett minimum av publicitet och insyn. Jag instämmer med kommissionens uppfattning att ett meddelande av koncessioner i hemlighet och utan insyn till varje pris måste undvikas. Jag godtar också den synpunkten som framfördes av den österrikiska regeringens representant att publicitet inte nödvändigtvis innebär publicering. Om den enhet som meddelat koncessionen således själv vänt sig till ett antal potentiella anbudsgivare, och under förutsättning att inte alla eller nästan alla dessa är av samma nationalitet som enheten i fråga, har kravet på insyn enligt min mening uppfyllts. Insyn i detta sammanhang syftar således till att säkerställa en grundläggande rättvisa och öppenhet i förfarandet för meddelande av koncessioner, i synnerhet i förhållande till potentiella anbudsgivare som inte är etablerade i samma medlemsstat som den enhet som meddelar koncessionen. Det innebär emellertid enligt min uppfattning inte att dessa enheter är skyldiga att tillämpa bestämmelserna i de mest relevanta gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling analogt.

44. I alla händelser råder det inte något tvivel om att kravet på insyn varit uppfyllt i detta mål. Anbudsinfordran publicerades i Österrikes officiella tidskrift, i några av de österrikiska dagstidningarna och i vissa ledande internationella dagstidningar. Det har heller inte gjorts gällande att den information som publicerats i de senare har skilt sig från den information som publicerats i de förra. Jag menar att denna grad av publicering *prima facie* innebär att kravet på insyn varit uppfyllt. Sökandena har emellertid hävdat att det, i avsaknad av publicering av resultaten av det pilotprogram som genomförts enligt det tidigare avtalet med HBD mellan 1992 och 1997, varit omöjligt för andra anbudsgivare än HBD att konkurrera om den föreslagna koncessionen. Riktigheten i detta påstående kan inte avgöras av denna domstol. Enligt

40 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98 (REG 1999, s. I-8291).

41 — Punkt 31.

min mening åligger det BVA att, om den inte är övertygad om att publicering av dessa uppgifter eller tillkännagivande av dem på annat sätt för potentiella anbudsgivare varit av avgörande betydelse för att de på ett effektivt sätt skulle kunna utforma sina anbud, fastslå att det förfarande som PTA genomfört inte strider mot gemenskapsrätten.

E — *Möjligheterna att skilja mellan avtalen*

45. Frågan om skillnader mellan varukontrakt och kontrakt avseende tjänster, som framgår av den nationella domstolens fjärde, sjätte och sjunde frågor, skulle aktualiseras bara om domstolen slog fast att sådana avtal som är i fråga i målet vid den nationella domstolen i princip omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG, trots dess inslag av koncession. Eftersom min uppfattning är att en koncession som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte skall anses omfattas av det direktivet under förutsättning att den ekonomiska risken i huvudsak har övergått till koncessionären kommer jag att behandla denna fråga mycket kortfattat.

46. Vad BVA i själva verket vill få svar på är huruvida ett avtal som till viss del rör varor, nämligen produktion av telefonkataloger för PTA eller å dess vägnar, skall anses omfattas av direktiv 93/36/EEG om upphandling av varor.[42] Svaret på den frågan framgår enligt min mening klart av artikel 1.4 i direktiv 93/38/EEG (återgiven ovan i punkt 3). Således skall avtal som "innefattar tillhandahållande av tjänster och varor... betraktas som varukontrakt om det totala varuvärdet är högre än värdet på de tjänster som ingår i kontraktet". Domstolen har, i synnerhet i domen i målet Gestión Hotelera Internacional, framhållit vikten av att avgöra vad som är den huvudsakliga beståndsdelen i ett avtal som kan omfattas av två olika gemenskapsdirektiv om offentlig upphandling.[43] "Det ankommer [emellertid] på den nationella domstolen att avgöra om arbetet är en bisak i förhållande till avtalets huvudsakliga syfte."[44] Det ankommer således på den nationella domstolen att med tillämpning av artikel 1.4 i direktiv 93/38/EEG avgöra huruvida värdet av vad som kan anses utgöra varor överstiger värdet av vad som kan anses utgöra tjänster. Om så är fallet, och om avtalet i fråga inte skall anses utgöra en "koncession av offentliga tjänster", skall endast bestämmelserna om offentlig upphandling i direktiv 93/36/EEG tillämpas.

42 — Ovan fotnot 11.

43 — Dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92 (REG 1994, s. I-1329), se särskilt punkterna 25—27.

44 — Ibidem, punkt 28.

IV — Förslag till avgörande

47. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att de frågor som ställts av Bundesvergabeamt besvaras enligt följande:

1) Tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster i den mening som avses i artikel 2.2 d i rådets direktiv 93/38/EEG innefattar avtal rörande produktion av telefonkataloger.

2) "Koncessioner avseende offentliga tjänster" omfattas inte av tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG.

3) I avsaknad av en i gemenskapslagstiftningen fastslagen definition av begreppet "koncession avseende offentliga tjänster" ankommer det på den nationella domstolen att i varje enskilt fall ta hänsyn till alla omständigheter som kan ge vägledning om huruvida arrangemanget mellan parterna utgör ett skriftligt oneröst avtal avseende tillhandahållande av tjänster. Det främsta kännetecknet för en sådan koncession är att rätten att kommersiellt exploatera tjänsten tillsammans med den därmed förknippade ekonomiska risken har övergått på koncessionären.

4) Det i fördraget stadgade principiella förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet medför att förfarandet för att meddela en "koncession avseende offentliga tjänster" skall uppfylla vissa minimikrav avseende publicitet och insyn, för att säkerställa att grundläggande rättvisekrav uppfylls i förfarandet och att anbudsgivare som inte är etablerade i den medlemsstat där koncessionen skall meddelas i praktiken har en rimlig möjlighet att lämna anbud.

5) Avtal som omfattas av direktiv 93/38/EEG och som rör tillhandahållande av såväl varor som tjänster, skall i enlighet med artikel 1.4 i det direktivet anses utgöra varukontrakt i den mening som avses i gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling, om det totala värdet av varorna är större än värdet av de tjänster som omfattas av avtalet.