

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

14. november 2002 *

I sag C-411/00,

angående en anmodning, som Bundesvergabeamt (Østrig) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Felix Swoboda GmbH

mod

Österreichische Nationalbank,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Wathelet, og dommerne C.W.A. Timmermans (refererende dommer), D.A.O. Edward, P. Jann og S. von Bahr,

generaladvokat: J. Mischo

justitssekretær: fuldmægtig M.-F. Contet,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Österreichische Nationalbank ved Rechtsanwältin I. Welser

— den østrigske regering ved H. Dossi, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af barrister A. Robertson

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt R. Roniger,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 14. marts 2002 er afgivet mundtlige indlæg af Österreichische Nationalbank ved I. Welser, af den østrigske regering ved M. Winkler, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved M. Nolin, bistået af R. Roniger,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 18. april 2002,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 29. september 2000, indgået til Domstolen den 10. november 2000, har Bundesvergabeamt i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).
- 2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag anlagt af selskabet Felix Swoboda GmbH (herefter »Swoboda«) mod Österreichische Nationalbank (Republikken Østrigs Nationalbank, herefter »ÖNB«) vedrørende sidstnævntes beslutning om at anvende udbud efter forhandling i forbindelse med indgåelse af en offentlig aftale, med henblik på udvælgelse af den tjenesteyder, som skulle gennemføre en flytning til nye lokaler ca. 200 meter fra den oprindelige placering.

Retsgrundlaget

Fællesskabsbestemmelserne

Direktiv 92/50

3 Artikel 1, litra d) til f), i direktiv 92/50 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

- d) *offentligt udbud* nationale fremgangsmåder, hvorved alle interesserede tjenesteydere kan afgive bud

- e) *begrænset udbud* nationale fremgangsmåder, hvorved kun de tjenesteydere, der af den ordregivende myndighed har modtaget opfordring dertil, kan afgive bud

- f) *udbud efter forhandling* nationale fremgangsmåder, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte tjenesteydere og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse.«

4 Artikel 2 i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»Såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som defineret i direktiv 77/62/EØF og tjenesteydelser som defineret i bilag I A og I B [til] nærværende direktiv, falder den ind under nærværende direktivs bestemmelser, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører.«

5 Artikel 7, stk. 3, i direktiv 92/50 bestemmer:

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

6 Artikel 8 i direktiv 92/50 er affattet således:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

7 Artikel 9 i direktiv 92/50 bestemmer:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

8 I artikel 10 i direktiv 92/50 hedder det:

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

9 Det følger af artikel 11, stk. 4, i direktiv 92/50, at anvendelse af udbud efter forhandling i forbindelse med indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler kun kan ske undtagelsesvis, idet de ordregivende myndigheder i alle andre tilfælde end de i bestemmelsens stk. 2 og stk. 3 omhandlede er forpligtet til at anvende offentligt eller begrænset udbud ved indgåelse af sådanne aftaler.

10 De i bilag I A til direktiv 92/50 opførte tjenesteydelser omfatter bl.a., i kategori 2, »[l]andtransport [...] herunder sikkerhedstransport, kurérvirksomhed, undtagen postbesørgelse [og jernbanetransport]«, idet de to sidstnævnte tjenesteydelsesformer er omfattet af henholdsvis kategori 4 i direktivets bilag I A og kategori 18 i direktivets bilag I B. For så vidt angår landtransporttjenesteydelser er der henvist til referencenumrene 712 (undtagen 71235), 7512 og 87304 i De Forenede Nationers fælles vareklassifikation (herefter »CPC-nomenklaturen«).

11 De i bilag I B til direktiv 92/50 opførte tjenesteydelser omfatter i kategori 20 »[s]tøtte- og hjælpetransporttjenesteydelser«, som har referencenummeret 74 i CPC-nomenklaturen.

Direktiv 93/36/EØF

- 12 Artikel 1, litra a) i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) »offentlige indkøbsaftaler«, gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde.«

- 13 I artikel 5, stk. 6, i direktiv 93/36 er det bestemt:

»Et påtænkt indkøb af en vis mængde varer må ikke opdeles med henblik på at unddrage det fra dette direktivs anvendelsesområde.«

Direktiv 93/37/EØF

- 14 Artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-kontrakter (EFT L 199, s. 54) bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

- a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov.«

Direktiv 93/38/EØF

- 15 Artikel 1, nr. 4, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

- 4) *indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler*: gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, og en leverandør, entreprenør eller tjenesteyder, og som har til formål:
- a) for indkøbsaftaler: køb, leasing eller leje, med eller uden forkøbsret, af varer
 - b) for bygge- og anlægskontrakter: enten udførelse eller både udførelse og projektering eller gennemførelse, uanset midlet, af bygge- eller anlægsvirksomhed som omhandlet i bilag XI. Disse kontrakter kan desuden omfatte sådanne leverancer og tjenesteydelser, som er nødvendige for deres opfyldelse
 - c) for tjenesteydelsesaftaler: ethvert andet formål end de i litra a) og b) nævnte [...]

[...]

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

16 Endelig bestemmer artikel 14, stk. 8, i direktiv 93/38:

»Den anslåede værdi af en aftale, der omfatter både tjenesteydelser og vareleverancer, beregnes på grundlag af tjenesteydelsernes og vareleverancerens samlede værdi uanset deres respektive andele. Beregningen omfatter værdien af montering og installation.«

De nationale bestemmelser

17 Direktiv 92/50 er blevet gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (forbundslov om offentlige indkøbsaftaler, BGBl. 1993/462, i den affattelse, som er trykt i BGBl. 1996/776, herefter »BVergG 1993«). Denne lov blev i 1997 erstattet af en lov med samme titel (BGBl. I, 1997/56, herefter »BVergG 1997«).

18 I overensstemmelse med direktiv 92/50 er den ordning, som finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler i Østrig, afhængig af, hvilken form for tjenesteydelser der er tale om. Mens samtlige bestemmelser i BVergG 1993 og BVergG 1997 finder anvendelse på aftaler om tjenesteydelser, der er omhandlet i de nævnte loves bilag III — som i det væsentlige svarer til bilag I A til direktiv 92/50 — er det alene bestemmelserne i disse loves første og fjerde afsnit om lovenes anvendelsesområde og om retsmidler, samt fire bestemmelser om bekendtgørelse af aftaler, om anvendelse af Common Procurement Vocabulary (CPV-glossaret, herefter »CPV«) og om de tekniske specifikationer, som finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler, der er omfattet af bilag IV til BVergG 1993 og bilag IV til BVergG 1997, hvilke bilag i det væsentlige er identiske med bilag I B til direktiv 92/50.

19 De nævnte love indeholder i øvrigt en bestemmelse, der er inspireret af artikel 10 i direktiv 92/50, eftersom det fremgår af § 1b, stk. 3, i BVergG 1993 og § 3, stk. 3,

i BVergG 1997, at i de tilfælde, hvor aftalens genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag III til de nævnte love, og de tjenesteydelser, der er opført i deres bilag IV, finder de i lovene indeholdte bestemmelser anvendelse i deres helhed, hvis værdien af de i bilag III opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag IV opførte tjenesteydelser. I modsat fald er det alene lovenes første og fjerde afsnit samt de i foregående præmis nævnte fire bestemmelser, som finder anvendelse på aftalerne.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 20 Efter at ÖNB i efteråret 1996 havde afholdt et begrænset udbud med henblik på udvælgelse af den tjenesteyder, som skulle gennemføre en flytning fra ÖNB's lokaler i Wien (Østrig) til nye lokaler ca. 200 meter væk — hvilket udbud var blevet annulleret i marts 1997 — foretog den som led i et udbud efter forhandling tildeling af denne aftale og offentliggjorde i april 1997 en bekendtgørelse herom. I bekendtgørelsen henviste ÖNB, for så vidt angik den procedure, som var anvendt i forbindelse med tildelingen af aftalen, til »Verhandlungsverfahren für Dienstleistungen gemäß Paragraph 1b (2) und (3) BVergG mit überwiegendem Wert der Dienstleistung nach Anhang IV/BVergG (udbud efter forhandling vedrørende tjenesteydelser i henhold til § 1b, stk. 2 og 3, i BVergG, med større værdi af tjenesteydelserne i henhold til bilag IV til BVergG)«, samtidig med, at ÖNB ved beskrivelsen af de tjenesteydelser, der var omfattet af kontrakten, henviste til CPV-referencenumrene 63100000-0 (Godsbehandling), 63210000-4 (Anden hjælpevirksomhed i forbindelse med landtransport), 63400000-3 (Anden transportformidling) og 60240000-2 (Vejgodstransport).
- 21 Swoboda anlagde ved Bundesvergabeamt en sag, hvori selskabet anfægtede ÖNB's beslutning om tildeling af aftalen. Det nedlagde påstand om, at den forelæggende ret skulle fastslå, at aftalen ikke var blevet tildelt den bydende, som havde afgivet det mest fordelagtige bud, som følge af, at der var sket tilsidesættelse af forbundslovgivningen om indgåelse af offentlige kontrakter eller af gennemførelsesbestemmelserne hertil. Swoboda gjorde i denne forbindelse gældende, at værdien af de tjenesteydelser, som er opført i bilag III til BVergG 1993 og BVergG 1997, langt oversteg værdien af de tjenesteydelser, som er opført i de nævnte loves bilag IV, hvorfor disses bestemmelser skulle finde anvendelse i deres helhed.

22 ÖNB bestred for den forelæggende ret dette synspunkt. ÖNB anførte, at den overvejende del af de tjenesteydelser, som skulle præsteres af den udvalgte tjenesteyder, i det foreliggende tilfælde bestod i logistik og edb-understøttet administration, planlægning og koordination af flytteaktiviteterne samt tilrådgivningsstilling af lagerplads — mens flytning og transport af kontorindretninger ikke i sig selv udgjorde mere end 6,94% af den samlede kontraktværdi — og ÖNB gjorde gældende, at aftalen hovedsageligt vedrørte »hjelpevirksomhed i forbindelse med transport«, som omhandlet i bilag IV til BVergG 1993 og BVergG 1997, på hvilke tjenesteydelser det alene er første og fjerde afsnit i disse love, samt de fire bestemmelser, nævnt i præmis 18 i denne dom, som finder anvendelse. ÖNB henviste i denne forbindelse bl.a. til CPC-nomenklaturen, hvis gruppe 74 omfatter samtlige tjenesteydelser, der rubriceres som hjælpevirksomhed i forbindelse med transport, herunder, i undergruppe 742, »storage and warehousing services«, og i undergruppe 7480, »Freight transport agency services, freight forwarding services (primarily transport organization or arrangement services on behalf of the shipper or consignee), ship and aircraft brokerage services, and freight consolidation and break bulk services«, som i det væsentlige svarer til tjenesteydelser vedrørende koordination og logistik.

23 Da Bundesvergabeamt under disse omstændigheder har fundet det uklart, hvorledes direktiv 92/50 skal fortolkes, under hensyntagen bl.a. til dom af 19. april 1994, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (Sml. I, s. 1329), og af 24. september 1998, sag C-76/97, Tögel (Sml. I, s. 5357), har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal en tjenesteydelse, der tjener et samlet formål, men som imidlertid kan opdeles i delydelser, i henhold til opbygningen af direktiv 92/50/EØF, blandt andet beskrivelsen af tjenesteydelser i bilag I A og I B, anses for en samlet ydelse, der består af en hovedydelse og dertil knyttede biydelse, og indordnes efter sit hovedformål i henhold til bilag I A og I B til direktivet, eller skal hver enkelt delydelse prøves særskilt med hensyn til, om den som primær tjenesteydelse i fuldt omfang er omfattet af direktivet eller som ikke-primær tjenesteydelse kun er omfattet af enkelte bestemmelser i direktivet?

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

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

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

Formaliteten

- 24 Indledningsvis skal Kommissionens og ÖNB's argumenter om afvisning af de præjudicielle spørgsmål undersøges.

- 25 Med henvisning til Bundesvergabeamts forelæggelseskendelse af 11. juli 2001 i sag C-314/01, Siemens og Arge Telekom & Partner, som er verserende for Domstolen, anser Kommissionen det for tvivlsomt, om den forelæggende ret har karakter af en domstol, idet Bundesvergabeamt i den nævnte kendelse skulle have erkendt, at dens afgørelser ikke indeholder »påbud til den ordregivende myndighed, som kan tvangsfuldbyrdes«. Under disse omstændigheder finder Kommissionen, at de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt i denne sag, næppe kan antages til realitetsbehandling under hensyn til Domstolens praksis, herunder navnlig dom af 12. november 1998, sag C-134/97, Victoria Film (Sml. I, s. 7023, præmis 14), og af 14. juni 2001, sag C-178/99, Salzmann (Sml. I, s. 4421, præmis 14), hvorefter de nationale retsinstanser kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag.
- 26 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at fastslå, at de af Kommissionen rejste formalitetsindsigelser med hensyn til de præjudicielle spørgsmål, som begrundes med, at Bundesvergabeamts afgørelser ikke har karakter af bindende afgørelser — hvilket såvel ÖNB som den østrigske regering kategorisk har bestridt under retsmødet — er uden betydning for hovedsagen under de foreliggende omstændigheder.
- 27 Som Kommissionen selv erkendte under retsmødet, som svar på et spørgsmål fra Domstolen, vedrører hovedsagen perioden efter tildelingen af aftalen. Det er ubestridt, at i henhold til østrigsk ret er såvel parterne som de civile domstole, ved hvilke der i denne periode måtte blive anlagt sag med påstand om erstatning, under alle omstændigheder bundet af Bundesvergabeamts konstateringer.
- 28 Under disse omstændigheder kan den bindende karakter af Bundesvergabeamts afgørelse i hovedsagen ikke med føje drages i tvivl.
- 29 ÖNB anser det også for tvivlsomt, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, og har herved anført følgende begrundelse. For det første har

sagsøgeren i hovedsagen hverken deltaget i udbudsproceduren som bydende eller som ansøger, hvorfor selskabet ikke selv har nogen subjektive rettigheder i forhold til den ordregivende myndighed. For det andet har Domstolen allerede udtalt sig om tilsvarende faktiske omstændigheder og spørgsmål i Tögel-sagen, hvorfor den enten bør afvise de forelagte spørgsmål som værende irrelevante for hovedsagen eller træffe afgørelse ved begrundet kendelse i henhold til artikel 104, stk. 3, i Domstolens procesreglement. For det tredje indeholder den i hovedsagen omhandlede aftale ikke noget grænseoverskridende element, hvilket ifølge ÖNB medfører, at den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at anvende en udbudsprocedure på fællesskabsplan ved aftaleindgåelsen. ÖNB har i den sidstnævnte henseende henvist til dom af 9. september 1999, sag C-108/98, R.I.SAN. (Sml. I, s. 5219), der ligeledes vedrørte en udbudsprocedure, hvori Domstolen udtalte, at »EF-traktatens artikel 55 (nu artikel 45 EF) [ikke] finder [...] anvendelse på en situation som den i hovedsagen foreliggende, hvis elementer alle hører hjemme i en enkelt medlemsstat, og som derfor ikke rummer noget element med tilknytning til en af de situationer, der er omhandlet i fællesskabsrettens bestemmelser om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser«.

30 Det skal for det første, for så vidt angår ÖNB's argument, hvorefter sagsøgeren i hovedsagen ikke har deltaget i den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure som ansøger eller som bydende, blot bemærkes, at spørgsmål om søgsmålsberettigelse er undergivet de nationale processuelle regler. Det tilkommer ikke Domstolen at udtale sig om anvendelsen af disse regler i hovedsagen.

31 Endvidere bemærkes, for så vidt angår argumentet om, at Domstolen i Tögel-sagen allerede har udtalt sig om tilsvarende faktiske omstændigheder og spørgsmål — hvilket fritager den for at udtale sig i den foreliggende sag, eller i hvert fald medfører, at den kan træffe afgørelse ved begrundet kendelse — at de faktiske omstændigheder og de forelagte spørgsmål i denne sag er klart forskellige fra dem, der lå til grund for Tögel-dommen. Domstolen skulle således i Tögel-sagen f.eks. ikke udtale sig om, hvorvidt en aftale, der har et samlet formål, men er sammensat af forskellige tjenesteydelser, hvoraf nogle henhører under bilag I A til direktiv 92/50, mens andre henhører under direktivets bilag I B, skal klassificeres i henhold til sin hovedgenstand.

- 32 Under alle omstændigheder giver procesreglementets artikel 104, stk. 3, mulighed for at træffe afgørelse ved begrundet kendelse i de tre situationer, bestemmelsen omfatter, men den forpligter ikke Domstolen hertil, idet denne i disse situationer stadig har ret til at træffe afgørelse ved dom.
- 33 Endelig bemærkes, for så vidt angår argumentet om, at det ikke var nødvendigt at bekendtgøre den i hovedsagen omhandlede aftale for erhvervsdrivende i andre medlemsstater end Republikken Østrig, fordi aftalen ikke indeholder et grænseoverskridende element, at denne omstændighed, forudsat at det godtgøres, at den er korrekt, ikke kan fritage den ordregivende myndighed for at overholde forpligtelserne i henhold til direktiv 92/50. Som det fremgår af 20. betragtning til direktivet, tilsigter dette netop at forbedre tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne med henblik på at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed og begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter i særdeleshed.
- 34 På baggrund af det ovenfor anførte skal det fastslås, at de af Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

De præjudicielle spørgsmål

- 35 Ved de spørgsmål, den har forelagt Domstolen, ønsker Bundesvergabeamt nærmere bestemt oplyst, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som samtidig består af tjenesteydelser, der henhører under bilag I A til direktiv 92/50 — som den forelæggende ret kalder »primære« tjenesteydelser — og af tjenesteydelser, der henhører under dette direktivs bilag I B — såkaldte »ikke-primære« tjenesteydelser. I denne forbindelse ønsker Bundesvergabeamt nærmere bestemt svar på, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en aftale om flytning som den i hovedsagen omhandlede, hvoraf den egentlige transport kun udgør en relativt lille del, idet aftalen i det væsentlige omfatter koordinations-, planlægnings- og lageraktiviteter.

- 36 Da det første, andet og fjerde spørgsmål vedrører rækkevidden af direktiv 92/50, skal de behandles forud for det tredje spørgsmål, som vedrører klassificeringen i direktivets bilag af de tjenesteydelser, der er omhandlet i hovedsagen.

Det første spørgsmål

- 37 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilken betydning en aftales formål har for afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den. Bundesvergabeamt ønsker nærmere bestemt oplyst, om der, ved indgåelse af en aftale, som har et samlet formål, men er sammensat af forskellige tjenesteydelser, skal foretages en individuel klassificering af disse tjenesteydelser i de kategorier, som er fastsat i bilag I A og I B til direktiv 92/50 med henblik på at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på aftalen i overensstemmelse med direktivets artikel 8-10, eller om man tværtimod skal identificere aftalens hovedformål, idet de hermed forbundne tjenesteydelser i så fald er underlagt de bestemmelser, som gælder med hensyn til hovedformålet. Bundesvergabeamt har i denne forbindelse bl.a. henvist til Gestión Hotelera Internacional-dommen, hvori Domstolen har fastsat et princip om, at der ved afgørelsen af, hvilket direktiv der finder anvendelse på en bestemt aftale, skal tages hensyn til aftalens hovedformål.

Indlæg til Domstolen

- 38 Såvel ÖNB som Det Forenede Kongeriges regering mener, at den sidstnævnte fremgangsmåde er fuldstændig udelukket i forhold til direktiv 92/50. I denne forbindelse har disse parter gjort gældende, at direktivet ikke indeholder nogen definition af aftalens hovedformål, idet dets artikel 10 tværtimod udtrykkeligt anerkender, at en aftales genstand kan være præstation af forskellige tjenesteydelser, som henhører under forskellige af direktivets bilag.

- 39 Det Forenede Kongeriges regering har i den forbindelse også anført, at Domstolen i Tögel-dommen har anerkendt, at de henvisninger, der findes i bilagene til direktiv 92/50 til CPC-nomenklaturen, er bindende. Ud fra denne synsvinkel ville det være i strid med direktivets formål at klassificere en aftale, der består af flere forskellige tjenesteydelser, som er omfattet af forskellige positioner i CPC-nomenklaturen, i relation til en enkelt af disse tjenesteydelser.
- 40 Hvad i øvrigt angår Bundesvergabeamts henvisning til Gestión Hotelera Internacional-dommen har ÖNB og Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at den nævnte dom er irrelevant for hovedsagen, for det første fordi dens formål var at afgøre, om en bestemt kontrakt var en bygge- og anlægskontrakt eller en anden form for aftale, og for det andet fordi Domstolen i dommen har udtalt, at det er et kriterium, om ændringsarbejderne alene er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud, på grundlag af den definition af en offentlig bygge- og anlægsaftale, som fremgik af artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5), og som nu er gentaget i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37. Ifølge ÖNB ville Domstolen, hvis den i den nævnte dom havde været af den opfattelse, at det afgørende element i afgrænsningen af bygge- og anlægskontrakter i forhold til tjenesteydelsesaftaler er, hvilken ydelse der har den største værdi, udtrykkeligt have udtalt dette, med henvisning til artikel 10 i direktiv 92/50 og ikke til direktivets 16. betragtning, hvori det hedder, at for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt.
- 41 Den østrigske regering mener derimod, at der ved indgåelse af en aftale, der har et samlet formål, men er sammensat af flere forskellige tjenesteydelser, skal foretages en angivelse af dette formål og af den hermed forbundne primære tjenesteydelse, og at disse angivelser er afgørende for aftalens klassificering.
- 42 Den østrigske regering har i denne forbindelse først og fremmest henvist til CPC-referencenumrene og de forklarende bemærkninger hertil, som ikke

indeholder en udtømmende opregning af de pågældende tjenesteydelser, men blot en beskrivelse af det typiske indhold af disse tjenesteydelser eller af de aktiviteter, som er nødvendige for udførelsen heraf.

- 43 Den østrigske regering har endvidere henvist til artikel 7, stk. 3, i direktiv 92/50 og artikel 5, stk. 6, i direktiv 93/36, hvoraf det fremgår, at det er ulovligt at foretage opdeling af en tjenesteydelse i delydelser og separat tildeling af aftaler, der omfatter disse delydelser, især når den enkelte ydelses værdi ikke når over tærskelværdien, og den ordregivende myndighed derfor undgår, at direktivernes bestemmelser finder anvendelse.
- 44 Endelig har den østrigske regering påberåbt sig artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 og artikel 1, nr. 4, litra b), i direktiv 93/38 vedrørende definitionen af henholdsvis offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Det fremgår klart af disse bestemmelser, at fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter definerer en primær tjenesteydelse, som er afgørende for aftalens klassificering.

Domstolens bemærkninger

- 45 Det bemærkes, at direktiv 92/50 grundlæggende forfølger det samme formål som direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og indkøbskontrakter, dvs. — som det fremgår af fast retspraksis — at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og at udelukke muligheden for, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske (jf. i den retning bl.a. dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73,

præmis 33, af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 42 og 43, og af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 17). Direktiv 92/50 finder imidlertid ikke anvendelse på samme måde på alle offentlige tjenesteydelsesaftaler.

- 46 Det er således i direktivets 21. betragtning præciseret, at dets bestemmelser i en overgangsperiode kun skal finde fuld anvendelse på aftaler om udførelse af tjenesteydelser, for hvilke dets bestemmelser vil gøre det muligt at udnytte alle muligheder for en øget samhandel på tværs af landegrænserne, idet aftaler om udførelse af andre tjenesteydelser i denne periode alene er omfattet af en overvågningsmekanisme.
- 47 Direktiv 92/50 anlægger set ud fra denne synsvinkel en sondring mellem de aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, som i henhold til direktivets artikel 8 indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, og de aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, som i henhold til direktivets artikel 9 indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.
- 48 I artikel 10 i direktiv 92/50 er det endvidere bestemt, at de aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser, og at de i modsat fald indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.
- 49 Det følger af disse bestemmelser, at det ikke i relation til direktiv 92/50 kan antages, at aftalens hovedformål er afgørende for, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den.

- 50 For det første bemærkes, at direktiv 92/50 selv i syvende betragtning præciserer, at med henblik på anvendelse af reglerne om udbud og af tilsynsmæssige hensyn beskrives tjenesteydelsesområdet bedst ved at inddele tjenesteydelserne i kategorier, der svarer til bestemte positioner i en fælles nomenklatur, i det foreliggende tilfælde CPC-nomenklaturen.
- 51 I præmis 37 i Tögel-dommen har Domstolen udtalt, at den i bilag I A og I B til direktiv 92/50 indeholdte henvisning til CPC-nomenklaturen er bindende.
- 52 For det andet bemærkes, at artikel 10 i direktiv 92/50 indeholder et klart kriterium for afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en aftale, der består af forskellige tjenesteydelser, nemlig en sammenligning af værdien af de tjenesteydelser, der er omfattet af direktivets bilag I A, med værdien af de tjenesteydelser, der er omfattet af bilag I B.
- 53 På grundlag af det ovenfor anførte skal det første spørgsmål således besvares med, at afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, der dels består af tjenesteydelser, der henhører under bilag I A til direktiv 92/50, dels af tjenesteydelser, der henhører under direktivets bilag I B, ikke afhænger af det primære formål med disse aftaler, men træffes i henhold til det klare kriterium, der er opstillet i direktivets artikel 10.

Det andet og det fjerde spørgsmål

- 54 Med det andet og det fjerde spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det — ved indgåelse af en aftale, som har et samlet formål, men er sammensat af forskellige tjenesteydelser —

ophæver den effektive virkning af direktiv 92/50, at der er foretaget en klassificering af disse tjenesteydelser i direktivets bilag I A og I B. Den ønsker ligeledes oplyst, om den ordregivende myndighed, når det efter foretagelsen af denne klassificering fremgår, at værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I B, overstiger værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I A, er forpligtet til at udskille de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, fra aftalen, og at indgå særskilte aftaler vedrørende disse.

55 I denne forbindelse skal det blot bemærkes, at det klart fremgår af besvarelsen af det første spørgsmål, at klassificeringen af tjenesteydelser i bilag I A og I B til direktiv 92/50 — selv hvor der er tale om en aftale med et samlet formål — er i overensstemmelse med den ordning, der er fastsat ved direktivet, således som det bl.a. fremgår af dets syvende og 21. betragtning samt af artikel 8-10, der forudsætter en todelte anvendelse af direktivet.

56 Direktiv 92/50 skal derfor fortolkes således, at det ikke på nogen måde foreskriver, at der skal foretages en særskilt tildeling af en aftale vedrørende de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B til direktivet, når værdien af disse tjenesteydelser, i henhold til den klassificering, som er gennemført under henvisning til CPC-nomenklaturen, for den pågældende aftale overstiger værdien af de tjenesteydelser, der er opført i direktivets bilag I A. Som generaladvokaten har anført i punkt 55 i sit forslag til afgørelse, ville artikel 10 i direktiv 92/50 fuldstændigt blive frataget sin virkning, såfremt der i den nævnte situation stilles krav om en sådan adskillelse. I henhold til artikel 10, andet punktum, i direktiv 92/50, er aftalen alene underlagt bestemmelserne i direktivets artikel 14 og 16.

57 Noget andet kan alene antages, hvis den ordregivende myndighed kunstigt lader tjenesteydelser af forskellig art være omfattet af samme aftale, uden at der er en eller anden form for tilknytning mellem disse tjenesteydelser som følge af et fælles formål eller en fælles transaktion, alene med det formål at forøge aftalens andel af tjenesteydelser omfattet af bilag I B til direktiv 92/50 og dermed ved hjælp af direktivets artikel 10, andet punktum, undgå, at samtlige dets bestemmelser anvendes på aftalen.

- 58 Denne konklusion underbygges i øvrigt af artikel 7, stk. 3, i direktiv 92/50, hvorefter valget af metode til beregning af en aftales værdi ikke må foretages i den hensigt at undgå, at dette direktivs bestemmelser anvendes på aftalen. Selv om denne bestemmelse vedrører en anden situation, nemlig den, hvor der foretages en kunstig opdeling af aftalen, er dens formål, nemlig ønsket om at undgå enhver risiko for manipulation, også til hinder for, at en ordregivende myndighed kunstigt samler forskellige tjenesteydelser i én og samme aftale med det ene formål at undgå, at samtlige direktivets bestemmelser finder anvendelse på denne aftale.
- 59 I det i hovedsagen foreliggende tilfælde kan der imidlertid ikke være tale om en sådan kunstig samling i én aftale, idet Bundesvergabeamt klart har fastslået, at de tjenesteydelser, som er genstand for den af ÖNB tildelte aftale, selv om de er af forskellig art, alle tjener opfyldelsen af et samlet formål.
- 60 På grundlag af det ovenfor anførte skal det andet og det fjerde spørgsmål således besvares med, at ved indgåelsen af en aftale, som har et samlet formål, men er sammensat af forskellige tjenesteydelser, ophæver det ikke den effektive virkning af direktiv 92/50, at der er foretaget en klassificering af disse tjenesteydelser i direktivets bilag I A og I B, idet dette tværtimod er i overensstemmelse med den ordning, som er indført ved dette direktiv. Den ordregivende myndighed er ikke — når det efter foretagelsen af denne klassificering, som henviser til CPC-nomenklaturen, fremgår, at værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I B, overstiger værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I A — forpligtet til at udskille de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, fra aftalen, og indgå særskilte aftaler vedrørende disse.

Det tredje spørgsmål

- 61 Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilket bilag til direktiv 92/50 og hvilke referencenumre i CPC-nomenklaturen de i hovedsagen omhandlede tjenesteydelser henhører under.

- 62 I denne forbindelse skal det fremhæves, at klassificeringen af tjenesteydelser i bilag I A og bilag I B til direktiv 92/50 først og fremmest er spørgsmål om faktiske omstændigheder, som det tilkommer den ordregivende myndighed at bedømme under de nationale domstoles kontrol.
- 63 I det foreliggende tilfælde tilkommer det derfor den forelæggende ret at efterprøve den klassificering, ÖNB har foretaget, idet den bl.a. skal tage hensyn til de principper, der fremgår af præmis 49 til 51 i denne dom. Bundesvergabeamt skal nærmere bestemt kontrollere overensstemmelsen mellem de tjenesteydelser, aftalen udgøres af, og referencenumrene i CPC-nomenklaturen.
- 64 Under alle omstændigheder skal det dog bemærkes, at Kommissionens standpunkt, hvorefter kategori 20 i bilag I B til direktiv 92/50, der omhandler støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser, kan fortolkes som omfattende samtlige tjenesteydelser, der er genstand for den i hovedsagen omtvistede aftale, må forkastes.
- 65 Det følger nemlig af overskriften til denne kategori, at de tjenesteydelser, der henhører herunder, ikke omfatter selve transporten. I denne forbindelse er det ubestridt, at landtransporttjenesteydelser henhører under kategori 2 i bilag I A til direktiv 92/50, bortset fra postbesørgelse og jernbanetransport, som er omfattet af henholdsvis kategori 4 i direktivets bilag I A og kategori 18 i direktivets bilag I B.
- 66 På grundlag af det ovenfor anførte skal det tredje spørgsmål besvares med, at det tilkommer den forelæggende ret på grundlag af artikel 10 i direktiv 92/50 at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den aftale, der er genstand for hovedsagen, idet den bl.a. skal kontrollere overensstemmelsen mellem de tjenesteydelser, aftalen udgøres af, og referencenumrene i CPC-nomenklaturen. Under alle omstændigheder kan kategori 20 i direktivets bilag I B ikke fortolkes således, at den også omfatter landtransporttjenesteydelser som sådanne, idet disse tjenesteydelser udtrykkeligt er omfattet af kategori 2 i direktivets bilag I A.

Sagens omkostninger

- 67 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering, Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesvergabeamt ved kendelse af 29. september 2000, for ret:

- 1) Afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, der dels består af tjenesteydelser, der henhører under bilag I A til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, dels af tjenesteydelser, der henhører under direktivets bilag I B, afhænger ikke af det primære formål med disse aftaler, men træffes i henhold til det klare kriterium, der er opstillet i direktivets artikel 10.

- 2) Ved indgåelsen af en aftale, som har et samlet formål, men er sammensat af forskellige tjenesteydelser, ophæver det ikke den effektive virkning af direktiv 92/50, at der er foretaget en klassificering af disse tjenesteydelser i direktivets bilag I A og I B, idet dette tværtimod er i overensstemmelse med den ordning, som er indført ved dette direktiv. Den ordregivende myndighed er ikke — når det efter foretagelsen af denne klassificering, som henviser til De Forenede Nationers fælles vareklassifikation, fremgår, at værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I B, overstiger værdien af de tjenesteydelser, der henhører under bilag I A — forpligtet til at udskille de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, fra aftalen, og indgå særskilte aftaler vedrørende disse.
- 3) Det tilkommer den forelæggende ret på grundlag af artikel 10 i direktiv 92/50 at afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den aftale, der er genstand for hovedsagen, idet den bl.a. skal kontrollere overensstemmelsen mellem de tjenesteydelser, aftalen udgøres af, og referencenumrene i De Forenede Nationers fælles vareklassifikation. Under alle omstændigheder kan kategori 20 i direktivets bilag I B ikke fortolkes således, at den også omfatter landtransporttjenesteydelser som sådan, idet disse tjenesteydelser udtrykkeligt er omfattet af kategori 2 i direktivets bilag I A.

Wathelet

Timmermans

Edward

Jann

von Bahr

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. november 2002.

R. Grass

M. Wathelet

Justitssekretær

Formand for Femte Afdeling