

DOMSTOLENS DOM  
den 26 mars 1996 \*

I mål C-392/93,

angående en begäran enligt artikel 177 i EEG-fördraget, från High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

**The Queen**

och

**H. M. Treasury,**

ex parte: **British Telecommunications plc,**

angående tolkningen av artikel 8.1 i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 297, s. 1),

meddelar

\* Rättegångsspråk: engelska.

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G.C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena C.N. Kakouris, D.A.O. Edward och J.-P. Puissochet samt domarna G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida (referent), C. Gulmann och J.L. Murray,

generaladvokat: G. Tesauro,  
justitiesekreterare: byrådirektören L. Hewlett,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- British Telecommunications plc, genom G. Barling, QC, T. Sharpe och G. Davies, barristers, med fullmakt från C. Green, solicitor och Chief Legal adviser,
- Förenade kungarikets regering, genom J. Collins, Assistant Treasury Solicitor, i egenskap av ombud, och J. Beloff, QC,
- Frankrikes regering, genom H. Duchène, secrétaire des affaires étrangères, och C. de Salins, conseiller des affaires étrangères, båda utrikesministeriet, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren H. van Lier, och D. McIntyre, nationell tjänsteman med förordnande vid rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 26 oktober 1994 av: British Telecommunications plc, företrätt av G. Barling, T. Sharpe och H. Davies,

Förenade kungarikets regering, företrädd av J. Collins, K. P. E. Lasok, QC, och S. Richards, barrister, Tysklands regering, företrädd av E. Röder, Ministerialrat, förbundsekonominministeriet, i egenskap av ombud, Italiens regering, företrädd av I. Braguglia, avvocato dello Stato, och kommissionen, företrädd av H. van Lier och D. McIntyre,

och efter att den 28 november 1995 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (nedan kallad Divisional Court) har genom beslut av den 28 juli 1993, som har inkommit till domstolen den 23 augusti samma år, i enlighet med artikel 177 i EEG-fördraget begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande angående fyra frågor som rör tolkningen av artikel 8.1 i rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 297, s. 1, nedan kallat direktivet).
- 2 Dessa frågor har uppkommit i ett mål i vilket British Telecommunications plc (nedan kallat BT) har väckt talan mot den brittiska regeringen angående ogiltigförklaring av bilaga 2 i "Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992" (nedan kallade 1992 års föreskrifter) genom vilka artikel 8.1 i direktivet har genomförts.
- 3 Enligt artikel 2.2 d i direktivet gäller detta bland annat för sådana former av verksamhet som "[t]illhandahållande och drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster".

4 Enligt artikel 2.1 b gäller direktivet upphandlande enheter som "ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna". I artikel 2.3 a anges därutöver att en upphandlande enhet i synnerhet skall anses åtnjuta sådana särskilda rättigheter eller ensamrätter som avses i punkt 1 b när "den i samband med anläggande av de nät och anordningar, som beskrivs i punkt 2, kan utnyttja rätt till expropriation eller bruksrätt eller kan placera nätutrustning på, under eller över allmän väg".

5 Enligt artikel 2.6 uppfyller "[d]e i bilagorna 1 och 10 uppräknade upphandlande enheterna ... ovan nämnda kriterier". I bilaga 10, som just avser "[d]rift av telekommunikationsnät eller tillhandahållande av telekommunikationstjänster", nämns bland annat för Förenade kungarikets del BT, Mercury Communications Ltd (nedan kallat Mercury) och City of Kingston upon Hull plc (nedan kallat Hull).

6 I artikel 8 i direktivet föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv skall inte gälla kontrakt, som upphandlande enheter, vilka bedriver någon av de verksamheter som avses i artikel 2.2 d, tilldelar på upphandlingar, som uteslutande syftar till att göra det möjligt för dem att tillhandahålla en eller flera telekommunikationstjänster, om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor.

2. De upphandlande enheterna skall på kommissionens begäran till kommissionen anmäla de tjänster, som de anser vara undantagna enligt punkt 1. Kommissionen får, i informationssyfte, regelbundet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggöra förteckningar över de tjänster, som den anser vara undantagna. Därvidlag skall kommissionen ta hänsyn till varje känslig kommersiell aspekt, som de upphandlande enheterna kan ange i samband med att de lämnar dessa upplysningar."

7 Slutligen föreskrivs i artikel 33.1 d att:

”1. De upphandlande enheterna skall bevara ändamålsenlig information beträffande varje enskilt kontrakt, så att de vid senare tillfälle kan motivera beslut avseende

...

d) underlåtenhet att tillämpa bestämmelserna i avdelningarna II, III och IV enligt undantagen i avdelning I.”

8 Artikel 8.1 i direktivet har i Förenade kungariket införlivats genom artikel 7.1 i 1992 års föreskrifter som har följande innehåll:

”Dessa föreskrifter är inte tillämpliga på upphandling som görs av ett av de allmännyttiga företag som anges i bilaga 2, vilken uteslutande syftar till att göra det möjligt för detta företag att tillhandahålla en eller flera av de teletjänster som beskrivs i den del i bilaga 2 där denna enhet är angiven.”

9 Del B i ovannämnda bilaga 2 har följande lydelse:

”British Telecommunications plc

## Kingston Communications (Hull) plc

2. Alla allmänna teletjänster, utom de tjänster som anges här nedan om dessa tillhandahålls inom det geografiska område som omfattas av distributörens licens för att bedriva verksamhet som allmän teleoperatör: tjänster som baseras på taltelefoni, tjänster som baseras på dataöverföring, tillhandahållande av privat förhyrda nät och tjänster inom sjöfartssektorn”.

10 I artikel 7.2 görs följande tillägg:

”De allmännyttiga företag som anges i bilaga 2 skall till ministern för vidare befordran till kommissionen överlämna en rapport med beskrivningar av de teletjänster som respektive företag tillhandahåller och som de anser beskrivs i den del av bilaga 2 där företagen anges.”

11 BT är ett aktiebolag med begränsat ansvar som bildades den 1 april 1984 genom British Telecommunications Act 1984 (1984 års lag om telekommunikationer). I samband därmed överfördes till detta bolag samtliga rättigheter och skyldigheter från det föregående offentliga bolaget, även det kallat ”British Telecommunications”, vilket genom British Telecommunications Act 1981 i sin tur hade efterträtt Post Office som fram till dess hade haft monopol på att tillhandahålla telesystem inom nästan hela landets territorium.

12 Förenade kungariket beviljade med anledning av 1984 års lag om telekommunikationer erforderliga licenser till BT och Mercury inom sektorn för teletjänster med användande av fasta förbindelser (exempelvis taltelefoni med fasta terminaler). För

att främja en större konkurrens föreskrevs det i 1984 års lag om telekommunikationer att de två näten skulle vara sammankopplade. BT och Mercury hade till följd därav tillsammans ensamrätt att tillhandahålla teletjänster genom fasta förbindelser fram till 1990 (tvåpartstiden).

- 13 ”Tvåpartspolitiken” övergavs inom denna sektor i början av 1990-talet. Den brittiska regeringen beviljade då ett stort antal licenser. År 1992 kontrollerade emellertid BT fortfarande 90 procent av televerksamheten, medan Mercury kontrollerade 7 procent och de nya tjänsteföretagen enbart 3 procent. Från år 1984 till juli 1993 sålde regeringen löpande ut de aktier som den fortfarande ägde i BT.
- 14 Enligt den licens som BT beviljats för 25 år är bolaget skyldigt att, med vissa undantag, tillhandahålla taltelefonitjänster till alla som begär sådana inom hela Förenade kungariket, och det även om efterfrågan inte är tillräcklig för att täcka de kostnader som uppkommer (skyldighet att allmänt erbjuda tjänsten). BT är den enda av licenstagarna vars taxesättning är reglerad i lag (price cap).
- 15 När artikel 8 i direktivet införlivades genom 1992 års föreskrifter undantogs nästan alla operatörer inom sektorn, inklusive Mercury, från skyldigheten att följa direktivet när det gäller avtal om tillhandahållande av teletjänster. Endast BT (och Hull, i den zon som täcks av dess licens) är skyldigt att följa bestämmelserna i direktivet, men enbart såvitt avser tjänster som baseras på taltelefoni, tjänster som baseras på dataöverföring, tillhandahållande av privat förhyrda nät och tjänster inom sjöfartssektorn.
- 16 BT vill med sin vid Divisional Court väckta talan få bilaga 2 till 1992 års föreskrifter ogiltigförklarad på den grunden att artikel 7.1 i denna bilaga utgör ett oriktigt genomförande av artikel 8 i direktivet. BT anser nämligen att den brittiska regeringen borde ha införlivat de kriterier som nämns i artikel 8.1 i direktivet i stället

för att tillämpa dessa. Genom att för varje upphandlande enhet bestämma vilka av de tjänster som erbjuds som kan uppfylla dessa kriterier, har den brittiska regeringen berövat BT den beslutanderätt som bolaget ges i direktivet.

17 BT har bland annat yrkat ersättning för den skada som det påstår sig ha lidit till följd av att direktivet inte har införlivats på ett korrekt sätt, dvs. de extra kostnader som bolaget har haft för att följa 1992 års föreskrifter. Dessa föreskrifter har enligt BT även hindrat bolaget från att träffa vinstgivande uppgörelser och har medfört olägenheter i handels- och konkurrenshänseende på grund av att BT, till skillnad från andra operatörer inom sektorn, är skyldigt att offentliggöra sina upphandlingsplaner och kontrakt i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

18 Divisional Court har vilandeförklarat det av BT anhängiggjorda målet och har i en begäran om förhandsavgörande ställt följande frågor till domstolen:

”1) Skall rådets direktiv 90/531/EEG tolkas så, att en medlemsstat, när den genomför artikel 8.1 i direktivet, i kraft av artikel 189 i EEG-fördraget har rätt att själv bestämma vilka av de teletjänster som erbjuds av respektive upphandlande enhet som skall omfattas av det undantag som anges i den artikeln, och vilka som inte skall det?

2) a) Avses med orden ’om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor’ i artikel 8.1 enbart ’frihet’ och ’villkor’ i lagstiftningshänseende?

b) Om fråga 2 a skall besvaras nekande:



i) Vad avses därutöver med dessa ord?

ii) Har en upphandlande enhets ställning på marknaden för en viss teletjänst någon betydelse i detta sammanhang?

iii) Om dess ställning på marknaden har betydelse: vilken är denna betydelse och, i synnerhet, när har ställningen en avgörande betydelse?

c) Påverkas svaren på frågorna under punkt b ii och b iii ovan av den omständigheten att enheten är underkastad lagstadgade begränsningar och, om så är fallet, på vilket sätt påverkas svaren?

3) Om fråga 1 skall besvaras jakande:

a) Hur skall en nationell domstol, vid vilken pågår en tvist mellan en upphandlande enhet och de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1, kunna säkerställa att tillämpningskriterierna för det i artikel 8.1 angivna undantaget tillämpas på ett riktigt sätt, och, i synnerhet, måste den godta den bedömning som de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1 har gjort av hur det i artikel 8.1 angivna undantaget skall tillämpas, i stället för att göra en egen bedömning av detta?

b) Har direktiv 90/531/EEG eller någon allmän princip i gemenskapsrätten, i synnerhet rättssäkerhetsprincipen, åsidosatts då en nationell domstol finner att de definitioner av teletjänster som har fastställts av de nationella myndigheter som är ansvariga för genomförandet av artikel 8.1 för att avgöra om en viss tjänst omfattas av undantaget eller inte, är utformade på ett sådant sätt att det är omöjligt för den upphandlande enheten att avgöra om en viss tjänst omfattas därav eller inte?

- c) Har en medlemsstat, när den definierar vissa teletjänster, rätt att fastställa definitioner som är baserade på beskrivningar av de tekniska medel som används för att tillhandahålla tjänsten i stället för en beskrivning av själva tjänsten?
- 4) Är en medlemsstat som på ett felaktigt sätt har införlivat artikel 8.1 i rådets direktiv 90/531/EEG skyldig enligt gemenskapsrätten att ersätta den upphandlande enheten för den skada som denna har lidit till följd av detta fel och, om så är fallet, vilka förutsättningar måste föreligga för att en sådan skyldighet skall uppkomma?"

### Den första frågan

- 19 Genom sin första fråga önskar Divisional Court i huvudsak få klarhet i om en medlemsstat, när den införlivar ett direktiv, kan bestämma vilka teletjänster som skall vara undantagna från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 8.1, eller om det ankommer på de upphandlande enheterna att själva bestämma detta.
- 20 Den tyska, den franska, den italienska och den brittiska regeringen anser att direktivet inte utgör något hinder för medlemsstaterna att bestämma vilka av de teletjänster som erbjuds av respektive upphandlande enhet som skall omfattas av det i artikel 8.1 angivna undantaget. Genom att de handlar på detta sätt preciserar de innehållet i denna bestämmelse och möjliggör en rättslig kontroll, vilken annars inte skulle vara möjlig att göra.
- 21 Den tyska och den brittiska regeringen anser dessutom att ett sådant genomförande av artikel 8.1 kan visa sig vara särskilt nödvändigt när det finns skillnader mellan en medlemsstats och en upphandlande enhets definition av undantagets tillämpningsområde, vilket för övrigt är fallet i detta mål. Den tyska regeringen har

tillagt att medlemsstaterna har bättre förutsättningar än kommissionen för att bedöma om det råder konkurrens i fråga om en viss tjänst på telemarknaden och att en konkretisering av artikel 8.1 som görs av dessa medlemsstater följaktligen möjliggör en mer effektiv kontroll än den som kommissionen skulle kunna utöva på grundval av de upplysningar den erhåller enligt punkt 2 i samma artikel.

22 Slutligen har den sistnämnda regeringen betonat att det av artiklarna 8.2 och 33.1 d inte går att dra den slutsatsen att det enbart är de upphandlande enheterna som får bestämma vilka tjänster som skall anses vara undantagna. Den omständigheten att dessa enheter enligt de nämnda bestämmelserna är skyldiga att förse kommissionen med upplysningar om de tjänster som har undantagits liksom att bevara ändamålsenlig information beträffande varje enskilt kontrakt så att de vid ett senare tillfälle kan motivera underlåtenhet att tillämpa bestämmelserna i avdelningarna II, III och IV i direktivet, kan inte medföra att medlemsstaterna skall anses sakna befogenhet att själva bestämma tillämpningsområdet för det i artikel 8.1 angivna undantaget.

23 Dessa argument kan inte godtas.

24 I artikel 8.2 i direktivet, liksom för övrigt i artiklarna 6.3 och 7.2, föreskrivs nämligen att de upphandlande enheterna på kommissionens begäran skall anmäla de tjänster som de anser vara undantagna enligt de ovannämnda artiklarna till kommissionen. Om det ankom på medlemsstaterna att bestämma tjänsterna i fråga, borde även medlemsstaterna vara skyldiga att anmäla de tjänster som på så sätt uteslutits från direktivets tillämpningsområde till kommissionen för att denna skall kunna fullgöra sin uppgift enligt de nämnda artiklarna.

25 Eftersom det i direktivet inte, såsom i artikel 3.4, föreskrivs någon sådan skyldighet för medlemsstaterna, tillkommer det enbart de upphandlande enheterna att bestämma vilka tjänster som skall vara undantagna enligt artikel 8.1.

- 26 Denna tolkning vinner stöd av syftet med rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 76, s. 14, nedan kallad direktiv 92/13), som är att tillförsäkra ett adekvat rättsligt skydd för leverantörer och entreprenörer när gemenskapsrättsliga bestämmelser avseende offentlig upphandling överträds (se i denna mening det femte övervägandet i direktiv 92/13).
- 27 Om det ankom på medlemsstaterna att bestämma vilka tjänster som skulle vara undantagna från direktivets tillämpningsområde, skulle de ekonomiska aktörerna inte kunna dra nytta av de rättsmedel som fastställs i direktiv 92/13 när gemenskapsrättsliga bestämmelser avseende offentlig upphandling överträds av de upphandlande enheterna, i synnerhet rätten till skadestånd och de tvångsåtgärder som föreskrivs i artikel 2.1 för att få överträdelsen att upphöra.
- 28 Den gjorda tolkningen gör det möjligt att säkerställa att de upphandlande enheterna behandlas likadant som sina leverantörer eftersom samma regler då kommer att gälla för samtliga.
- 29 Den första frågan skall följaktligen besvaras så, att en medlemsstat när den införlivar direktivet inte får bestämma vilka teletjänster som skall vara undantagna från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 8.1, utan denna befogenhet tillkommer de upphandlande enheterna själva.

### Den andra frågan

- 30 Genom sin andra fråga önskar Divisional Court få klarhet i om det villkor som uppställs i artikel 8.1 och som lyder "om andra enheter fritt kan erbjuda samma

tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor”, skall vara uppfyllt i enbart rättsligt avseende eller om det även avser faktiska förhållanden. För det fall att det är den senare tolkningen som skall gälla önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av om det råder konkurrens i fråga om en viss tjänst på telemarknaden.

- 31 BT har hävdat att det villkor som anges i artikel 8.1 är uppfyllt då det finns bestämmelser i lagar eller andra författningar genom vilka fri konkurrens rättsligen säkerställs inom den berörda sektorn, och att det således inte är nödvändigt att undersöka om det faktiskt råder sådan konkurrens.
- 32 Det skall i detta avseende anmärkas att en sådan tolkning strider mot lydelsen av artikel 8.1 och mot syftet med denna bestämmelse. Det villkor som innebär att de andra upphandlande enheterna måste kunna erbjuda samma tjänster på i stort sett samma villkor är nämligen utformat i allmänna ordalag i artikel 8.1. Dessutom bekräftas i det trettonde övervägandet i direktivet att de upphandlande enheternas verksamhetsområden, för att vara undantagna från direktivets tillämpningsområde, skall avse ”en marknad där det råder fri konkurrens”.
- 33 Det villkor som uppställs i artikel 8.1 skall följaktligen tolkas på så sätt att de andra upphandlande enheterna inte bara måste ha tillstånd att agera på tjänstemarknaden i fråga — till vilken tillgången inte får vara begränsad genom lagstiftning — utan även måste vara i stånd att faktiskt erbjuda tjänsterna i fråga på samma villkor som den upphandlande enheten.
- 34 Under sådana omständigheter måste beslutet att undanta vissa tjänster från direktivets tillämpningsområde fattas från fall till fall, med hänsyn tagen bland annat till tjänsternas utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kan ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, den upphandlande enhetens dominerande ställning på marknaden samt förekomsten av eventuella lagstadgade begränsningar.

- 35 Den andra frågan skall följaktligen besvaras så, att det villkor som uppställs i artikel 8.1 i direktivet, och som lyder "om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor", måste vara uppfyllt i såväl rättsligt som faktiskt avseende, och att hänsyn därvid skall tas till tjänsternas utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kan ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, den upphandlande enhetens dominerande ställning på marknaden samt eventuella lagstadgade begränsningar.

### Den tredje frågan

- 36 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den tredje frågan.

### Den fjärde frågan

- 37 Genom sin fjärde fråga önskar Divisional Court få klarhet i om en medlemsstat som, i samband med att den införlivade direktivet, själv har bestämt vilka av en upphandlande enhets tjänster som är undantagna enligt artikel 8, enligt gemenskapsrätten är skyldig att ersätta den upphandlande enheten för den skada som denna har lidit till följd av det fel som därigenom har begåtts.
- 38 Det är inledningsvis lämpligt att erinra om att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaterna utgör en väsentlig del av fördragets system (dom av den 19 november 1991, Francovich m. fl., C-6/90 och C-9/90, Rec. s. I-5357, punkt 35, och av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame, C-46/93 och C-48/93, REG s. I-1029, punkt 31). Av detta följer att principen gäller för varje fall då en medlemsstat överträder gemenskapsrätten (ovannämnda dom i målet Brasserie du pêcheur och i målet Factortame, punkt 32).

- 39 Det bör vidare erinras om att domstolen i sistnämnda dom har fastställt att det, i fall av överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas en medlemsstat som handlar inom ett område där den förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att göra normativa val, enligt gemenskapsrätten föreligger en rätt till skadestånd då tre förutsättningar är uppfyllda, nämligen att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar och att det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit (punkt 50—51).
- 40 Dessa förutsättningar skall tillämpas på det fall som den nationella domstolen har hänskjutit till domstolen, dvs. att en medlemsstat inte på ett korrekt sätt har införlivat ett gemenskapsdirektiv i sin nationella rätt. De restriktiva förutsättningarna för medlemsstatens ansvar är i ett sådant fall motiverade av samma skäl som domstolen redan har ansett motivera de restriktiva förutsättningarna för institutionernas eller medlemsstaternas utomobligatoriska ansvar vid utövandet av normgivningsverksamhet inom områden som regleras av gemenskapsrätten och där det finns ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Det rör sig särskilt om hänsynen till att denna normgivande verksamhet inte får hindras av att det är möjligt att väcka skadeståndstalan när allmänintresset kräver av dessa institutioner eller medlemsstater att de vidtar normativa åtgärder som kan skada enskildas intressen (se särskilt domarna av den 25 maj 1978, HNL m. fl. mot rådet och kommissionen, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 och 40/77, Rec. s. 1209, punkterna 5 och 6, samt ovan nämnda dom i målet Brasserie du pêcheur och i målet Factortame, punkt 45).
- 41 Även om det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma om förutsättningarna för medlemsstaternas ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten är uppfyllda eller inte, kan konstateras att domstolen i det förevarande målet förfogar över samtliga tolkningsdata som krävs för att bedöma om omständigheterna i det aktuella fallet skall kvalificeras som utgörande en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten.
- 42 Det framgår av domstolens rättspraxis att en överträdelse av gemenskapsrätten är tillräckligt klar om en medlemsstat eller en gemenskapsinstitution vid utövandet

av normgivningsverksamhet uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (ovannämnda domarna i målen HNL m. fl. mot rådet och kommissionen, punkt 6, samt dom i målet Brasserie du pêcheur och i målet Factortame, punkt 55). Det finns i detta hänseende anledning att, bland de omständigheter som den behöriga domstolen kan behöva ta hänsyn till, framhålla den överträdde regelns grad av klarhet och precision (domen i målet Brasserie du pêcheur och i målet Factortame, punkt 56).

- 43 Såvitt avser det förevarande fallet kan konstateras att artikel 8.1 inte är precis och att den rimligen kunde leda till den tolkning som i god tro har gjorts av Förenade kungariket på grundval av argument som inte saknar all relevans (se punkt 20—22 ovan), förutom den tolkning som domstolen har gjort i denna dom. En sådan tolkning, som även delades av andra medlemsstater, var inte uppenbart oförenlig med direktivets lydelse eller syfte.
- 44 Det bör dessutom särskilt framhållas att det inte fanns någon vägledning för Förenade kungariket i domstolens rättspraxis avseende tolkningen av bestämmelsen i fråga, vilken kommissionen inte hade yttrat sig närmare över när 1992 års förordningar antogs.
- 45 Under sådana omständigheter kan det förhållandet att en medlemsstat vid införlivandet av direktivet har ansett att det var nödvändigt att den själv fastställde vilka tjänster som enligt artikel 8 skulle vara undantagna från direktivets tillämpningsområde inte anses utgöra en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten i den mening som avses i den ovannämnda domen i målet Brasserie du pêcheur och i målet Factortame.
- 46 Den fjärde frågan skall följaktligen besvaras så, att en medlemsstat, som vid införlivandet av direktivet i sin nationella rätt själv har fastställt vilka tjänster av en upphandlande enhet som skall vara undantagna enligt artikel 8, enligt gemenskapsrätten inte är skyldig att ersätta denna enhet för den skada som den har vållats till följd av det fel som därigenom har begåtts.



## Rättegångskostnader

- 47 De kostnader som har förorsakats den tyska, den franska och den italienska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission, som har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

## DOMSTOLEN

— angående de frågor som genom beslut av den 28 juli 1993 förts vidare av High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court — följande dom:

- 1) En medlemsstat får när den införlivar rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikations-sektorerna inte bestämma vilka teletjänster som skall vara undantagna från direktivets tillämpningsområde enligt artikel 8.1, utan denna befogenhet tillkommer de upphandlande enheterna själva.
- 2) Det villkor som uppställs i artikel 8.1 i direktivet, och som lyder "om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor", måste vara uppfyllt i såväl rättsligt som faktiskt avseende, och hänsyn skall därvid särskilt tas till tjänsternas utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kan ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, den upphandlande enhetens dominerande ställning på marknaden samt eventuella lagstadgade begränsningar.

- 3) En medlemsstat som vid införlivandet av direktiv 90/531 i sin nationella rätt själv har fastställt vilka tjänster av en upphandlande enhet som skall vara undantagna enligt artikel 8 är enligt gemenskapsrätten inte skyldig att ersätta denna enhet för den skada som den har vållats till följd av det fel som därigenom har begåtts.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Puissochet

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 26 mars 1996.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitisekreterare

Ordförande