

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

föredraget den 18 april 2002¹

1. Genom beslut av den 29 september 2000 har Bundesvergabeamt (Österrike), fjärde avdelningen, ställt fyra frågor till domstolen om tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.²

2. I direktiv 92/50 görs det en åtskillnad mellan "prioriterade" tjänster, som hela direktivet är tillämpligt på (avdelning III—VI), och "icke prioriterade" tjänster, som enbart omfattas av artiklarna 14 och 16 i direktivet. Icke prioriterade tjänster, som endast anses ha liten betydelse för handeln över nationsgränserna, berörs sålunda bara av de former för övervakning som införs genom direktivet.³

3. De prioriterade tjänsterna är förtecknade i bilaga I A till direktivet, medan de icke prioriterade tjänsterna är uppräknade i bilaga I B till detta. Klassificeringen av

tjänsterna görs med hänvisning till Förenade nationernas centrala produktklassificering (nedan kallad CPC).

4. För kontrakt som avser både tjänster som är förtecknade i bilaga I A och tjänster som är förtecknade i bilaga I B anges följande i artikel 10 i direktivet:

"Kontrakt... skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III—VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16."

5. Direktiv 92/50 har överförs till österrikisk rätt genom Bundesvergabegesetz (österrikisk federal lag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG).⁴ Bilaga III till denna federala lag motsvarar i allt

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139 (nedan även kallat direktivet).

3 — Se tjugoförsta skälet i direktiv 92/50.

4 — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 1997, nr 56. Tidigare versioner av Bundesvergabegesetz, 1993, BGBl. I, nr 462 och BGBl. I, 1996, nr 776.

väsentligt bilaga I A till direktiv 92/50, medan bilaga IV motsvarar bilaga I B till detta. I 3 § fjärde stycket BVergG införlivas den regel som anges i artikel 10 i direktiv 92/50.

6. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, bolaget Felix Swoboda GmbH (nedan kallat Swoboda), har ifrågasatt just om en offentlig upphandling är lagenlig med avseende på denna 3 § fjärde stycket BVergG. Bolaget har begärt att den nationella domstolen skall fastställa att den federala lagen har åsidosatts, eftersom kontraktet inte tilldelades den anbudsgivare som lämnade det bästa anbudet. Enligt den upphandlande enheten hade Swoboda inte deltagit i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet.

7. Den upphandlande enheten, Österreichische Nationalbank (Österrikes centralbank, nedan kallad ÖNB), inledde i samband med sin flyttning till nya lokaler, belägna cirka 200 meter från dess ursprungliga adress, upphandlingsförfarandet "om tjänster avseende flytt/transporter".

8. Förutom den fysiska flyttningen (nedmontering, förpackning, transport och upppackning), som enligt ÖNB endast omfattade 6,94 procent av upphandlings-

värdet, avsåg huvuddelen av de tjänster som skulle levereras datorunderstödd logistik, samordning av hela flyttningen samt iordningställande och drift av en lagerhall och uppbyggnad av en lagerorganisation. ÖNB ansåg därför att kontraktet främst omfattade "hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporten", som förtecknas i bilaga IV till BVergG, inte "landtransport", som förtecknas i bilaga III till BVergG, och som följaktligen omfattas av hela denna federala lag. ÖNB offentliggjorde därför meddelandet om upphandlingen.

9. Swoboda anser för sin del att upphandlingen borde ha gjorts i enlighet med hela Bundesvergabegesetz, eftersom värdet på de tjänster som ingår i bilaga III till denna i förevarande fall var högre än värdet på dem som förtecknas i bilaga IV.

10. För att lösa tvisten ansåg Bundesvergabeamt det därför nödvändigt att i enlighet med artikel 234 EG ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

1) Skall, enligt det system som upprättats genom direktiv 92/50/EEG och särskilt enligt de tjänstekategorier som anges i bilagorna I A och I B, en tjänst som har

ett enhetligt ändamål, men som kan delas upp i flera deltjänster, klassificeras som en enda tjänst — bestående av en huvudtjänst samt bitjänster som skall underordnas bilagorna I A och I B i direktivet på samma sätt som huvudtjänsten — eller skall det i stället för varje deltjänst för sig prövas om denna i egenskap av prioriterad tjänst omfattas av hela direktivet eller om den i egenskap av icke prioriterad tjänst endast omfattas av vissa enstaka bestämmelser i direktivet?

enligt bilaga I B i direktiv 92/50/EEG (särskilt kategori 20, hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter, samt kategori 27, övriga tjänster), och skall de uppdrag som avser sådana tjänster i enlighet med detta upphandlas enligt artiklarna 14 och 16, och vilka CPC-referensnummer skall tjänsterna hänföras till?

2) I vilken utsträckning kan en tjänst som omfattas av en viss tjänstekategori (till exempel transporttjänster) uppdelas i enstaka tjänster enligt det system som upprättats genom direktiv 92/50/EEG, utan att bestämmelserna om upphandling av tjänster åsidosätts eller att detta direktivs ändamålsenliga verkan kringgås?

4) För det fall att bedömningen av de enskilda deltjänsterna skulle leda till resultatet att vissa deltjänster som enligt bilaga I A i och för sig omfattas av hela direktiv 92/50/EEG undantagsvis inte skall omfattas av direktivbestämmelserna på grund av den princip om övervägande värde som anges i artikel 10 i direktivet, är den offentliga uppdragsgivaren skyldig att undanta enskilda icke prioriterade tjänster från upphandlingen och att upphandla dem separat i syfte att kunna säkerställa tjänstens prioriterade karaktär?

3) Skall de tjänster som omnämns under faktiska omständigheter (med hänsyn till artikel 10 i direktiv 92/50/EEG) klassificeras som tjänster enligt bilaga I A i direktiv 92/50/EEG (kategori 2, landtransport), och skall de uppdrag som avser sådana tjänster i enlighet med detta upphandlas enligt bestämmelserna i avdelningarna III—VI i direktivet, eller skall dessa uppdrag klassificeras som tjänster

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

11. Då kommissionen och svaranden vid den nationella domstolen har framfört invändningar mot att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning, bör först och främst den frågan besvaras.

12. Kommissionen har till att börja med undrat om Bundesvergabeamt verkligen är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG, då detta är ett villkor för att tolkningsfrågorna skall kunna tas upp till sakprövning.

13. I det avseendet hänvisar jag direkt till domen i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.⁵ I den domen erkände domstolen underförstått men obestriddligen att Bundesvergabeamt var en domstol, eftersom den gick med på att besvara de frågor som denna hade hänskjutit. Detta erkännande kan än mindre bestridas eftersom generaladvokaten Léger i sitt förslag till avgörande hade tagit upp frågan huruvida Bundesvergabeamt kunde betecknas som en domstol. I slutet av sitt resonemang, som jag instämmer i, drog han slutsatsen att den österrikiska federala upphandlingsmyndigheten borde anses som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Slutligen har domstolen, genom att flera gånger besvara tolkningsfrågor från samma Bundesvergabeamt,⁶ bekräftat detta erkännande av att den kan betraktas som en domstol.

14. Kommissionen har hänvisat till domstolens rättspraxis där den har krävt att

nationella domstolar som hänvänder sig till den i enlighet med artikel 234 EG skall avkunna beslut av "domstolskaraktär". Den österrikiska federala upphandlingsmyndigheten har, som den erkände i sitt beslut om hänskjutande av den 9 augusti 2001 i det pågående målet Siemens och ARGE Telekom,⁷ inte befogenhet att besluta om förelägganden. Kommissionen drog därav slutsatsen att dess beslut inte har den erforderliga domstolskaraktären.⁸

15. I det avseendet kan jag konstatera att en instans kan fatta beslut av domstolskaraktär, även om den inte är behörig att besluta om förelägganden. Det bästa beviset på detta är att domstolen själv inte heller har någon sådan rätt att besluta om förelägganden, utom då den fattar interimistiska beslut.⁹ Ingen har dock, åtminstone hittills, försökt ifrågasätta att den är en domstol.

16. Även om Bundesvergabeamt inte har denna befogenhet att utfärda förelägganden till upphandlingsmyndigheter, har den dock, åtminstone fram till tilldelningen av kontraktet, rätt att ogiltigförklara deras beslut, vilket räcker för att beteckna den

5 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73). Se även generaladvokaten Légers förslag till avgörande i den domen, av den 16 september 1997.

6 — Se dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357), i mål C-111/97, EvoBus Austria (REG 1997, s. I-5411), av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697), av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), av den 7 december 2000 i mål, C-94/99, ARGE (REG 2000, s. I-11037) och i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745).

7 — Svensk översättning av Bundesvergabeamts beslut om hänskjutande av den 9 augusti 2001 i mål C-314/01, s. 28—31.

8 — Se sidan 9 i den franska översättningen av kommissionens yttrande i det ovan nämnda målet Siemens och ARGE Telekom.

9 — Beslut av den 26 oktober 1995 i mål C-199/94 P och C-200/94 P, Pevasa och Inpesca mot kommissionen (REG 1995, s. I-3709), punkt 24. Se även dom av den 5 juli 1995 i mål C-21/94, Parlamentet mot rådet (REG 1995, s. I-1827), punkt 33.

som domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Generaladvokaten Léger påpekade nämligen i sitt ovannämnda förslag till avgörande att Bundesvergabeamts beslut är "av tvingande karaktär, vilket särskilt framgår av dess behörighet att med stöd av lag ogiltigförklara beslut".¹⁰

17. Eftersom det kontrakt som avses här redan hade tilldelats, kan inte Bundesvergabeamt vara tvungen att besluta om ogiltigförklaring i målet vid den nationella domstolen. Detta mål ligger nämligen inom ramen för 113 § tredje stycket i BVergG, där följande anges:

"Efter det att kontraktet har tilldelats, eller efter det att upphandlingsförfarandet har avslutats, är den federala upphandlingsmyndigheten behörig att avgöra om ett kontrakt, på grund av brott mot denna federala lag eller mot dess bestämmelser, inte har tilldelats den som har lämnat det bästa anbudet. I ett sådant förfarande är den federala upphandlingsmyndigheten dessutom behörig att, på begäran av den upphandlande myndigheten, avgöra om en utkonkurrerad sökande eller anbudsgivare inte har fått en reell chans att tilldelas kontraktet vid en tillämpning i enlighet med bestämmelserna i denna federala lag och i dess bestämmelser."

18. Detta betyder dock inte att Bundesvergabeamt inte kommer att fatta ett

bindande beslut som har rättskraft. Enligt 125 § andra stycket BVergG kan en begäran om skadestånd från en utkonkurrerad anbudsgivare endast upptas till sakprövning om Bundesvergabeamt först har fastställt att tilldelningen av kontraktet är olaglig på grundval av 113 § tredje stycket BVergG. Den tvistemålsdomstol som skall avgöra denna begäran om skadestånd, och även de berörda parterna, är bundna av denna fastställelse.

19. Det verkar faktiskt som om kommissionens tvivel beror på en beklaglig sammanblandning. Av den omständigheten att Bundesvergabeamt, i det mål som gav upphov till begäran om förhandsavgörande i det ovannämnda målet Siemens och ARGE Telekom, undrade om den hade tillräckliga befogenheter med avseende på rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten,¹¹ har kommissionen felaktigt trott sig kunna dra slutsatsen att Bundesvergabeamt hade börjat tvivla på att den kunde betraktas som en domstol.

20. Jag anser därför att Bundesvergabeamt i det förfarande som inletts av Swoboda i vilket fall som helst kan betraktas som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG, vilket ger den rätt att ställa tolkningsfrågor till domstolen.

10 — Se generaladvokaten Légers förslag till avgörande i den ovannämnda domen i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkt 40.

11 — EGT L 395, s. 33.; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

21. ÖNB har för sin del ifrågasatt Swobodas rätt att väcka talan vid den nationella domstolen och argumenterat att bolaget inte kan betraktas som en utkonkurrerad anbudsgivare eller sökande, vilket enligt nationell rätt är nödvändigt för att väcka en sådan talan. Eftersom Swoboda inte kan göra anspråk på skadestånd, får fastställelsen av ett eventuellt åsidosättande av direktiv 92/50 endast deklatorisk karaktär, utan någon som helst materiell betydelse för målet vid den nationella domstolen.

22. I det avseendet kan jag bara konstatera att frågan huruvida sökanden vid den nationella domstolen är behörig att väcka talan regleras av de nationella rättegångsreglerna. Det ankommer inte på domstolen att avgöra sådana frågor. Det åligger nämligen enbart den nationella domstolen att lösa rättsliga frågor av rent nationell natur och att bedöma om det är nödvändigt att ställa en tolkningsfråga. De enda frågor om tolkning av gemenskapsrätten som domstolen kan vägra att besvara trots en hemställan från den nationella domstolen är hypotetiska frågor eller frågor som uppkommer ur tvister vid den nationella domstolen som har konstruerats på ett konstlat sätt.¹² I förevarande fall är det klart att det inte är fråga om något sådant undantagsfall.

23. ÖNB har även gjort gällande att domstolen redan i domen i det ovannämnda

ålet Tögel har tagit ställning till frågor som är jämförbara med dem som har hänskjutits till domstolen i förevarande fall och den skulle därför helt enkelt kunna besvara dessa frågor genom ett motiverat beslut med hänvisning till denna dom.

24. Det skall understrykas att artikel 104.3 i domstolens rättegångsregler bara ger den en möjlighet att besvara tolkningsfrågor genom ett motiverat beslut. Det är på intet sätt fråga om någon skyldighet.

25. Dessutom framstår omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, liksom de frågor som har ställts till domstolen i det ovannämnda målet Tögel, som märkbart olika de frågor detta mål gäller. Domstolen behövde nämligen inte besvara den huvudfråga som Bundesvergabeamt ställt här och som syftar till att klargöra huruvida ett kontrakt som har ett enhetligt ändamål, men som består av flera deltjänster, skall omfattas av det system för upphandling som gäller för huvudtjänsten, eller om den i stället skall omfattas av systemet för del-tjänster som i värde utgör den övervägande delen av kontraktet.

26. ÖNB har slutligen hävdats att det ifrågavarande kontraktet inte till någon del är gränsöverskridande och inte är av något som helst intresse för något utländskt företag. Följaktligen är gemenskapsrätten inte tillämplig på saken i fråga, eftersom

12 — Se dom av den 11 mars 1980 i mål 104/79, Foglia (REG 1980, s. 745; svensk specialutgåva, volym 5, s. 73), och av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243).

det inte finns någon anknytning till en gränsöverskridande situation. ÖNB har till stöd för sin argumentation särskilt hänvisat till domen i målet R.I.S.A.N.,¹³ där domstolen fann att ett upphandlingsförfarande inte omfattades av gemenskapsrätten om det inte till någon del förelåg någon gränsöverskridande verksamhet.

27. Vi har här att göra med en klart felaktig tolkning av domstolens dom. I domen i målet R.I.S.A.N. fann domstolen att artikel 55 i EG-fördraget (nu artikel 45 EG) inte är tillämplig i en situation i den nationella domstolen där alla fakta hänför sig till en medlemsstat. Den tog däremot inte ställning till tillämpligheten av direktiv 92/50 med hänsyn till detta krav på gränsöverskridande verksamhet.

28. Gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling syftar dock till att införa förfaranden som är samordnade på gemenskapsnivå, oavsett om det finns gränsöverskridande moment i de ifrågakvarande kontrakten eller inte. Den omständigheten att det kontrakt som givit upphov till tvisten bara har begränsad betydelse för en utländsk anbudsgivare är inte tillräckligt skäl för att göra avsteg från tillämpningen av direktiv 92/50. Att dessutom kräva att utgångspunkten och destinationen för den tjänst som skall tillhandahållas skall ligga

på två sidor om en gräns skulle vara ett överdrivet krav jämfört med direktivets syfte, som är att öppna marknader, även om de är belägna helt och hållet inom en enda medlemsstat, för potentiella anbudsgivare som är etablerade i de andra medlemsstaterna.

29. De frågor som har ställts av den nationella domstolen bör därför behandlas. För sammanhangets skull svarar jag på den fjärde frågan innan jag går in på den tredje.

Den första frågan

30. För att undvika upprepningar i svaren till den nationella domstolen och för att göra en ändamålsenlig tolkning av direktiv 92/50 anser jag att Bundesvergabebamt med sin första fråga i huvudsak har bett domstolen klargöra hur systemet för offentlig upphandling av tjänster bestäms, när denna upphandling har ett enhetligt ändamål samtidigt som den kan delas upp i flera deltjänster. Skall klassificeringen av uppdraget i bilagorna I A eller I B i direktiv 92/50 göras med hänsyn till upphandlingens huvudföremål, eller med hänsyn till deltjänsterna, vilka i värde utgör den övervägande delen av uppdraget?

13 — Dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, R.I.S.A.N. (REG 1999, s. I-5219).

31. Bundesvergabeamt har i sitt beslut om hänskjutande hänvisat till domen i målet *Gestión Hotelera Internacional*¹⁴ och påpekat att denna dom bekräftar en princip om övervägande värde, enligt vilken upphandlingens huvudföremål, vid bestämning av vilket tjänsteupphandlingsdirektiv som är tillämpligt på ett visst uppdrag, omfattar de bitjänster som är knutna till det.

32. Enligt min uppfattning är inte hänvisningen till den domen relevant för att besvara den fråga som här har ställts till domstolen.

33. I domen i det ovannämnda målet *Gestión Hotelera Internacional* hade domstolen att ta ställning till tillämpligheten av rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten¹⁵ på ett kontrakt vars föremål i huvudsak var ett avyttrande av tillgångar. Domstolen ansåg då faktiskt att "... ett blandkontrakt som avser såväl utförande av arbeten som avyttrande av tillgångar inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 71/305, om utförandet av arbetena endast är av accessorisk karaktär i förhållande till avyttrandet av tillgångarna".¹⁶

34. Denna lösning i rättspraxis bekräftas nämligen av det sextonde skälet i direktiv 92/50:

"I vissa fall kan offentlig upphandling av tjänster, särskilt i fråga om fastighetsförvaltning, även omfatta bygg- och anläggningsarbeten. Det framgår av direktiv 71/305/EEG att endast sådana kontrakt som avser slutförande av ett arbete skall betraktas som offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten."

35. Den fråga som här har ställts till domstolen framstår dock som klart annorlunda. Frågan gäller inte vilket direktiv som är tillämpligt på den ifrågavarande upphandlingen. I samtliga skriftliga yttranden som har ingivits till domstolen erkänns att direktiv 92/50 är tillämpligt. Problemet rör bestämningen, inom själva direktivet 92/50, av vilket system som är tillämpligt på uppdraget. Det måste konstateras att direktivet inte innehåller någon bestämmelse om att huvudföremålet för upphandlingen skulle kunna vara avgörande för vilken bilaga till direktivet som är tillämplig och följaktligen för vilket system det ifrågavarande förfarandet skulle höra till.

36. Tvärtom anges i artikel 10 i direktiv 92/50 en särskild princip för att bestämma

14 — Dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional* (REG 1994, s. I-1329).

15 — EGT L 185, s. 5.

16 — Punkt 29 i den ovannämnda domen.

vilket system som skall tillämpas. Det tillämpliga systemet är det som gäller för den bilaga till vilken de tjänster hör som har övervägande värde inom hela uppdraget. Det finns ingen hänvisning i nämnda artikel 10 till huvudföremålet för uppdraget. Direktivet framstår på så sätt som tillräckligt tydligt i det avseendet. Det finns därför ingen anledning att införa ytterligare ett kriterium, som hänger ihop med huvudföremålet för uppdraget, för att avgöra vilket system upphandlingen skall omfattas av.

37. Det yttrande som den österrikiska regeringen har ingivit i det avseendet kan enligt min mening inte leda till en omprövning av detta konstaterande.

38. Den österrikiska regeringen anser att endast CPC-klassificeringen är avgörande vid klassificering av tjänsterna.¹⁷ Med CPC införs enligt den österrikiska regeringen en klassificering per verksamhetstyp i stället för enstaka, noga specificerade tjänster. En tjänst som har ett enhetligt ändamål borde klassificeras som en enda tjänst, eftersom samtliga upphandlingsdirektiv utgår från en enda tjänstekategori som inbegriper de olika bitjänsterna. Artikel 10 i direktiv 92/50 har en speciell tillämpning, som är begränsad till de fall där det ifrågasvarande uppdraget avser flera tjänstekategorier.

39. Även om jag är överens med den österrikiska regeringen om att enbart CPC-nomenklaturen är avgörande för klassificeringen av tjänster, verkar det enligt min mening däremot som om CPC-klassificeringen är tillräckligt klar för att medge att artikel 10 i direktiv 92/50 tillämpas fullt ut utan att behöva hänvisa till något eventuellt huvudföremål för kontraktet. Ett kontrakt kan mycket väl ha ett enhetligt ändamål och, för att avgöra vilket system som är tillämpligt, delas upp i olika del-tjänster som motsvarar lika många koder i CPC.

40. Påståendet att samtliga ”upphandlingsdirektiv utgår från en enda tjänstekategori” är egentligen detsamma som ett förnekande av att artikel 10 i direktiv 92/50 har något existensberättigande eller någon ändamålsenlig verkan.

41. Varje gång ett kontrakt har ett enhetligt ändamål, men omfattar olika tjänster som motsvarar flera olika koder i CPC, som för vissa hör till bilaga I A och för andra till bilaga I B i direktiv 92/50, skall artikel 10 i detta direktiv tillämpas.

42. Som svar på den första frågan anser jag därför att man, för att avgöra vilket system som är tillämpligt på ett tjänstekontrakt som har ett enhetligt ändamål men som kan

¹⁷ — Se domen i det ovannämnda målet Tögel, punkt 35.

delas upp i deltjänster, bör kontrollera till vilken bilaga till direktiv 92/50 varje deltjänst hör. Enligt artikel 10 i detta direktiv skall upphandlingen göras i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III—VI i direktivet, om värdet av de tjänster som är förtecknade i bilaga I A till detsamma överstiger värdet på de tjänster som är förtecknade i bilaga I B. Omvänt skall upphandlingen, om värdet på de tjänster som är förtecknade i bilaga I B överstiger värdet på de tjänster som är förtecknade i bilaga I A, göras enbart i enlighet med artiklarna 14 och 16 i samma direktiv. På så sätt bestäms vilket system som är tillämpligt oberoende av uppdragets huvudföremål.

Den andra frågan

43. Mot bakgrund av Bundesvergabeamts förklaringar i motiveringen till beslutet om hänskjutande har den nationella domstolen enligt min uppfattning med sin andra fråga sökt utröna i vilken utsträckning direktiv 92/50 medger att man, för att bestämma vilket system som är tillämpligt på ett visst kontrakt, delar upp detta i olika deltjänster.

44. Bundesvergabeamt har konstaterat att en sådan uppdelning i förevarande fall skulle leda till att ett kontrakt som har en transport som huvudföremål inte omfattas av det system som gäller för klassifice-

ringen "transport", det vill säga systemet för prioriterade tjänster. Uppdelningen i deltjänster skulle nämligen resultera i att artikel 10 i direktiv 92/50 tillämpades och, följaktligen, i att det tillämpliga systemet blev det som gäller för bitjänsterna till transporten, för vilka värdet överväger. Dessa "hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporten" har dock en egen klassifikation i CPC och förtecknas i bilaga I B i direktiv 92/50.

45. Den nationella domstolen har i detta avseende understrukit att även om värdet för dessa bitjänster överväger, behöver de bara tillhandahållas i den mån den tjänst som den betraktar som huvudtjänst, det vill säga transporten, föreligger. Dessutom har den understrukit att en sådan uppdelning skulle få till följd att transportsträckan blev avgörande för vilket system kontraktet som helhet skulle omfattas av, eftersom denna direkt skulle påverka värdet av transporten i kontraktet. Detta skulle vara till skada för anbudsgivarnas rättssäkerhet, eftersom klassificeringen av kontraktet skulle bero på en yttre faktor som dessutom är svårbestämbar.

46. Den andra frågan besvaras enligt min mening med redogörelsen ovan i samband med den första frågan.

47. Varje gång ett kontrakt består av flera deltjänster, som motsvarar olika CPC-klas-

sificeringskoder, bör kontraktet nämligen delas upp för att avgöra vilket system som är tillämpligt på detta.

48. Denna fastställelse följer direkt dels av den tvingande karaktären av hänvisningen till CPC-klassificeringen, dels av själva förekomsten av artikel 10 i direktiv 92/50.

49. Man kan nämligen inte bortse från att uppdraget består av tjänster som motsvarar flera olika koder i CPC-klassificeringen, under förevändning att man vill tillämpa direktivet i sin helhet på ett visst uppdrag, i synnerhet som direktiv 92/50, genom artikel 10, erbjuder en särskild lösning i en sådan situation.

50. Som ÖNB med rätta har understrukt, ansåg således inte domstolen i domen i det ovannämnda målet Tögel, som rörde en sjuktransporttjänst, att enbart transporten avgjorde vilket system som var tillämpligt på kontraktet, under förevändning att hälsovårdstjänsterna bara var nödvändiga i den mån transporten verkligen ägde rum. Den fann tvärtom i punkterna 39 och 40 i domen att

”... det, av CPC-referensnumret 93, vilket anges i kategori 25 (Hälsovård och social-

tjänst) i bilaga I B, klart framgår att denna kategori enbart avser hälso- och sjukvårdsaspekterna i ett sådant offentligt kontrakt som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, och därmed inte de transportaspekter som omfattas av kategori 2 (Landtransport), som har CPC-referensnumret 712.

... transporter av skadade och sjuka i närvaro av en sjukvårdare omfattas av såväl bilaga I A, kategori 2, som bilaga I B, kategori 25, till direktiv 92/50, vilket innebär att ett kontrakt som avser sådana tjänster faller under artikel 10 i direktiv 92/50”.

51. När det gäller tjänster som motsvarar olika CPC-referensnummer förefaller det enligt min mening således som om det är nödvändigt att göra en uppdelning för att avgöra vilket system som skall tillämpas på kontraktet som helhet, även om denna uppdelning får till följd att en prioriterad tjänst bara omfattas av en begränsad tillämpning av direktiv 92/50. Detta innebär ingalunda att direktiv 92/50 fråntas sin ändamålsenliga verkan, utan det är en direkt följd av gemenskapslagstiftarens önskan, som uttrycks i artiklarna 9 och 10 i detta direktiv.

52. En mekanisk tillämpning av detta system och ett noggrant iakttagande av CPC-referensnumren som klassificeringar i bilagorna I A och I B i direktivet är ingalunda

till skada för de ekonomiska aktörernas rättssäkerhet, utan garanterar öppenhet och stabilitet vid bestämning av vilka offentliga upphandlingssystem för tjänster som skall tillämpas.

kontrakt som omfattar både prioriterade tjänster och icke prioriterade tjänster som avses i artikel 10 i detta direktiv. Den innebär inte alls att det föreskrivs någon särskiljning av upphandlingen. Den innebär tvärtom att det införs ett system för att fastställa en gemensam ordning för samtliga tjänster, såväl prioriterade som icke prioriterade, som ingår i upphandlingen.

Den fjärde frågan

53. Med sin fjärde fråga önskar Bundesvergabeamt veta om direktiv 92/50, för att hela direktivet skall kunna tillämpas på de prioriterade deltjänsterna, ålägger den upphandlande myndigheten för ett kontrakt som till övervägande värde utgörs av icke prioriterade deltjänster att dela upp detta kontrakt i två, det vill säga att göra en upphandling för de prioriterade tjänsterna och en annan för de icke prioriterade tjänsterna.

54. Mot bakgrund av svaren på de föregående frågorna verkar det enligt min mening som om artikel 10 i direktiv 92/50 utesluter varje skyldighet att dela upp ett sådant kontrakt.

55. Att föreskriva att en upphandling av icke prioriterade tjänster skall skiljas från en upphandling av prioriterade tjänster skulle i vilket fall som helst innebära att artikel 10 i direktiv 92/50 berövades varje tillämpningsområde. Det är nämligen just

56. Jag är ändå av den meningen att en sådan uppdelning skulle kunna åläggas den upphandlande myndigheten om det ifrågasvarande kontraktets enhetlighet framstod som konstlad eller motsägelsefull och endast syftade till att undvika just att hela direktivet tillämpades på prioriterade tjänster.

57. Direktiv 92/50 behandlar inte direkt en sådan situation. I artikel 7 begränsas dock direktivets tillämplighet till de kontrakt vilkas uppskattade värde totalt uppgår till minst 200 000 ecu (euro) och, för att förhindra att detta villkor för direktivets tillämplighet manipuleras, anges följande i punkt 3 i samma artikel:

”Valet av beräkningsmetod får inte ske i syfte att kringgå detta direktiv och ej heller får en given kvantitet tjänster som krävs vid en upphandling delas upp i syfte att kringgå tillämpningen av denna artikel.”

58. Om denna artikel avser ett missbruk av direktivet genom en ohederlig beräkning av kontraktets värde, verkar det enligt min mening vara möjligt att utvidga detta förbud mot manipulation till en omvänd situation där en upphandlande myndighet på ett konstlat sätt har sammanfört olika uppdrag, en del prioriterade, andra inte, i syfte att undgå att tillämpa hela direktivet på de prioriterade tjänsterna.

59. Detta skulle vara fallet om det sammantagna kontrakt som upprättats på detta sätt inte hade ett enhetligt ändamål och uppenbarligen inte uppfyllde kraven på teknisk och ekonomisk enhet.

60. Domstolen fann således i sin dom i målet kommissionen mot Italien¹⁸ att Republiken Italien hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte särskilja kontrakt för inköp av å ena sidan datautrustning och å andra sidan ett data-systems utformning och drift. Dessa två beståndsdelar, inköp av utrustning och verksamheten med datatjänster, samverkade visserligen till att uppnå ett enhetligt ändamål. Domstolen fann dock att de inte kunde delas upp och att den italienska regeringen i verkligheten vid upphandling av kontraktet för inköp av utrustning försökte kringgå rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor.¹⁹

18 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269).

19 — EGT L 13, 1977, s. 1.

61. Det skulle emellertid vara en alltför extensiv tolkning av denna dom att dra slutsatsen att en upphandlande myndighet alltid skulle vara skyldig att göra separata upphandlingar av prioriterade deltjänster och icke prioriterade deltjänster som samverkar till att förverkliga ett och samma mål.

62. Denna dom avkunnades nämligen före antagandet av direktiv 92/50. Den regel i artikel 2 i detta direktiv enligt vilken ett blandkontrakt för leverans av tjänster och varor omfattas av detta direktiv om tjänsterna har övervägande värde, var inte i kraft då. Det rörde sig således om ett fall där Republiken Italien, genom att göra en sådan konstlad omgruppering av uppdrag, helt uteslöt att gemenskapsrätten skulle tillämpas på kontraktet som helhet. En sådan situation skulle inte längre kunna uppstå i dag, eftersom kontraktet, i och med att det överskrider tröskeln på 200 000 ecu, med nödvändighet skulle omfattas antingen av direktiv 77/62 eller av direktiv 92/50.

63. När det gäller det kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen, och med hänsyn till de fakta i målet som jag förfogar över, anser jag inte att det utgör en konstlad omgruppering av prioriterade och icke prioriterade tjänster. Som svaranden och den österrikiska regeringen har anfört med hållbara argument, skulle det i förevarande fall ha framstått som otillbörligt

att, på tekniskt liksom på ekonomiskt plan, göra två upphandlingar: en för den egentliga transporten och en annan för alla logistikverksamheterna och flyttning. Detta skulle nämligen ha medfört ytterligare samordningskostnader. Det är dock den nationella domstolen som skall bedöma sammanhanget i kontraktet som helhet.

64. Jag förslår således att den fjärde frågan skall besvaras på följande sätt:

När ett kontrakt som helhet utgör en ekonomisk och teknisk enhet, är de upphandlande myndigheterna inte på något sätt skyldiga att frångå tillämpningen av artikel 10 i direktiv 92/50 och göra separata upphandlingar för icke prioriterade deltjänster och prioriterade deltjänster som samverkar till att förverkliga ett och samma mål.

Den tredje frågan

65. Med den tredje frågan har Bundesvergabeamt sökt klarhet i vilken bilaga i direktivet och vilket CPC-referensnummer som gäller för de tjänster som ingår i det kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen.

66. Såsom domstolen fastslog i domen i det ovannämnda målet Tögel,²⁰ skall klassificeringen av tjänsterna i bilagorna I A och I B till direktiv 92/50 göras med hänvisning till CPC-nomenklaturen.

67. Trots att anknytningen till ett CPC-referensnummer för varje tjänst i målet vid den nationella domstolen är en faktisk omständighet, som den nationella domstolen skall bedöma, anser jag att domstolen i det avseendet skulle kunna ge anvisningar som kan vara vägledande för den hänskjutande domstolen vid utövandet av dess befogenhet.

68. Jag vill därför fästa den nationella domstolens uppmärksamhet på vissa CPC-referensnummer.

69. Magasineringen, som enligt ÖNB utgör 23,91 procent av det totala upphandlingsvärdet, återfinns i CPC-huvudgrupp nr 74 "hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter" under referensnummer 742 "magasinerings". I förevarande fall verkar enligt min mening undergrupp nr 74290 "annan magasinerings" relevant. Huvudgrupp nr 74 CPC återfinns i bilaga I B till direktiv 92/50 (kategori 20).

20 — Punkterna 35—37. Se även generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande inför denna dom, punkterna 32—35.

70. Dessutom skall samordnings- och logistikverksamheterna, som enligt ÖNB uppgår till 32,13 procent av det kontraktets totala värde, sannolikt också klassificeras i huvudgrupp nr 74, närmare bestämt i undergrupp nr 74800 "fraktförmedling", som förklaras på följande sätt:

"Varuförmedling, spedition (främst organisation av transporten för avsändarens eller mottagarens räkning), Förmedling av utrymme på båt och flyg, Samlastning och distribution. [Freight brokerage services, freight forwarding services (primarily transport organization or arrangement services on behalf of the shipper or consignee), ship and aircraft space brokerage services, and freight consolidation and break bulk services]."

71. Undergrupp nr 74900 "andra hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporten" verkar, med undantag för själva transporten, vara den som de egentliga flyttningsverksamheterna hör till, vilka enligt ÖNB utgör 5,55 procent av kontraktets värde. Denna undergrupp motsvarar egentligen följande tjänster:

"Varuförmedling, fakturakontroll och prisinformation, upprättande av transporthandlingar, förpackning och uppäckning, inspektion, vägning och provtagning, mottagande och godtagande av varorna (inklusive avhämtning och leverans på platsen). [Freight brokerage services; bill auditing and freight rate information services; transportation document preparation services; packing and crating and unpacking and de-crating services; freight inspection,

weighing and sampling services; and freight receiving and acceptance services (including local pick-up and delivery)]."

72. Enligt kommissionen borde till och med samtliga tjänster som ingår i det kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen höra till denna undergrupp, eftersom de utgör en enda och sammantagen tjänst. Slutmärkningen "inklusive avhämtning och leverans på platsen" innebär enligt kommissionen att alla de tjänster som ÖNB kräver av sin avtalspartner inbegrips i undergrupp nr 74900.

73. Jag delar inte kommissionens uppfattning på den punkten. "Andra hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporten" kan nämligen inte, för den som har läst CPC:s tolkningsregler uppmärksam, inbegripa själva transporten, som, även om den bara utgör en liten del av uppdraget, inte kan undvikas helt och hållet. Det betonas nämligen i CPC:s tolkningsregler att klassificeringen skall bestämmas med hänsyn till hur kategorierna betecknas i rubrikerna. Uttrycket "landtransport" som är rubriken på huvudgrupp 71, kunde inte vara tydligare, och det finns ingen tvekan om att transporttjänster av det slag vi har att göra med inte kan klassificeras i någon annan kategori. Om det rådde någon tvekan om detta, skulle dessutom regeln att den mest utmärkande kategorin skall ges företräde framför kategorier med mer allmän räckvidd tillämpas. Det råder dock ingen tve-

kan om att undergrupp nr 71234 "transport med flyttbilar" till exempel är mer utmärkande för de egentliga transporttjänsterna än undergrupp nr 74900 "andra hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporten". Uttrycket "avhämtning och leverans på platsen", på vilket kommissionens resonemang är grundat, är bara ett förtydligande av begreppet "mottagande och godtagande av varor". Det avses således bara de första och sista faserna i en transport, nämligen övertagandet och leveransen, som omger den egentliga transporten, vilken, beroende på omständigheterna, kan göras med flyg, till sjöss eller till lands.

74. Denna tolkning bekräftas dessutom av den förklaring till referensnumret i undergrupp nr 71234 "transport med flyttbilar" som omfattar tillhandahållandet av vägtransporttjänster "alla sträckor". Antingen transportsträckan är kort eller lång, är det ändå fråga om en transporttjänst, som har ett eget CPC-referensnummer och som inte kan ingå i "hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporten".

75. Vägtransporttjänsterna, med CPC-referens nr 712, är klassificerade i bilaga I A i direktiv 92/50 (kategori 2). Det är möjligt att inbegripa de transporttjänster som har genomförts vid utförandet av det uppdrag som avses i målet vid den nationella domstolen i undergrupperna 71234 "transport-

tjänster med flyttbilar" och 71239 "andra varutransporter".

76. Jag vill även uppmärksamma den nationella domstolen på två andra CPC-referenser, som inte är irrelevanta för de tjänster som har beskrivits i beslutet om hänskjutande:

- CPC-referens nr 8129 "andra försäkringstjänster och livförsäkringar" vars undergrupper 81294 "fraktförsäkring", 81295 "brandförsäkring och egendomsskador" och 81299 "andra försäkringstjänster" verkar enligt min mening vara relevanta. Försäkringstjänsterna återfinns i bilaga I A i direktiv 92/50 (kategori 6).
- CPC-huvudgrupp nr 94, närmare bestämt undergrupp nr 94020 "sophämtning" som bland annat omfattar hämtning, transport och bortskaffande av industri- och handelsavfall. Denna CPC-referens faller även under bilaga I A i direktiv 92/50 (kategori 16).

77. Jag anser slutligen att lönen till tjänsteleverantörernas personal skall inkluderas i de tjänster den motsvarar och som den utgör en integrerad del av. Det skulle nämligen vara svårt att skilja på exempelvis förpackningsverksamheten och paketerar-

nas lön utan att denna verksamhet för-
lorade sitt innehåll. När det slutligen gäller
exemplet med paketerarnas lön skall den,
liksom själva förpackningsverksamheten,
hänföras till undergrupp nr 74900 ”andra
hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till
transporten”.

78. I det avseendet förefaller det enligt min
mening rent allmänt som om en överdriven
uppdelning av tjänsterna skulle riskera att
dels frånta vissa tjänster deras innehåll, dels
resultera i en alltför komplicerad teoretisk
beskrivning av uppdraget som inte stämmer
med den konkreta verkligheten.

79. Som svar på den tredje frågan anser jag
därför att en del av de tjänster som
omnämns under faktiska omständigheter
skall hänföras till bilaga I A till
direktiv 92/50, andra till bilaga I B till
detsamma. Med tanke på uppdelningen av
dessa tjänster, som den beskrivs i beslutet
om hänskjutande, verkar det enligt min
mening som om de tjänster som inordnas
under referensnummer 74 i CPC, ”hjälp-
tjänster och tjänster i anslutning till trans-
porten”, i värde utgör den största delen av
kontraktet. Då detta referensnummer åter-
finns i bilaga I B till direktiv 92/50 (kate-
gori 20), förefaller det enligt artikel 10 i
detta direktiv, som om hela upphandlingen,
med förbehåll för de bedömningar som
ankommer på den nationella domstolen,
bör göras i enlighet med artiklarna 14 och
16 i samma direktiv.

Förslag till avgörande

80. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de
frågor som har hänskjutits av Bundesvergabeamt på följande sätt:

- 1) För att avgöra vilket system som är tillämpligt på ett kontrakt avseende
tjänster som har ett enhetligt ändamål men som kan delas upp i deltjänster,
bör det kontrolleras till vilken bilaga till direktivet varje deltjänst hör. Enligt
artikel 10 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av
förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, skall upphandlingen göras

i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III—VI i direktivet, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I A till detsamma överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I B. I motsatt fall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I B överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga I A, skall kontrakten tilldelas i enlighet med artiklarna 14 och 16 i direktiv 92/50.

- 2) När det gäller tjänster som motsvarar olika CPC-referensnummer, är det nödvändigt att göra en uppdelning för att avgöra vilket system som skall tillämpas på kontraktet i sin helhet, även om denna uppdelning får till följd att en prioriterad tjänst bara underkastas en begränsad tillämpning av direktiv 92/50.
- 3) En del av de tjänster som omnämns under faktiska omständigheter skall hänföras till bilaga I A till direktiv 92/50, andra till bilaga I B till detsamma. Med tanke på uppdelningen av dessa tjänster, som den beskrivs i beslutet om hänskjutande, verkar det som om de tjänster som inordnas under referensnummer 74 i CPC, "hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporten", i värde utgör den största delen av kontraktet. Då detta referensnummer återfinns i bilaga I B till direktiv 92/50 (kategori 20), bör enligt artikel 10 i detta direktiv hela upphandlingen, med förbehåll för de bedömningar som ankommer på den nationella domstolen, göras i enlighet med artiklarna 14 och 16 i samma direktiv.
- 4) När ett kontrakt i sin helhet utgör en viss ekonomisk och teknisk enhet, är de upphandlande myndigheterna inte på något sätt skyldiga att frångå tillämpningen av artikel 10 i direktiv 92/50 och göra separata upphandlingar för icke prioriterade del-tjänster och prioriterade del-tjänster som samverkar till att förverkliga ett och samma mål.