ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

16 juin 2005 *

Dans les affaires jointes C-462/03 et C-463/03,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduites par le Bundesvergabeamt (Autriche), par décisions du 27 octobre 2003, parvenues à la Cour le 4 novembre 2003, dans les procédures

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

contre

Österreichische Bundesbahnen,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans (rapporteur), président de chambre, M^me^ R. Silva de Lapuerta, MM. R. Schintgen, G. Arestis et J. Klučka, juges,

avocat général: M. P. Léger,
greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

— pour Strabag AG, par M^e^ W. Mecenovic, Rechtsanwalt,

— pour Kostmann GmbH, par M^e^ R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— pour les Österreichische Bundesbahnen, par M^e^ J. Schramm, Rechtsanwalt,

— pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,

— pour le gouvernement français, par MM. G. de Bergues et D. Petrausch, en qualité d'agents,

— pour le gouvernement néerlandais, par M^me^ S. Terstal et M. N. A. J. Bel, en qualité d'agents,

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. K. Wiedner, en qualité d'agent,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant

coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84).

2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux litiges opposant respectivement Strabag AG (ci-après «Strabag») et Kostmann GmbH (ci-après «Kostmann») aux Österreichische Bundesbahnen (Société nationale des chemins de fer autrichiens, ci-après les «ÖBB») au sujet de l'attribution, à des entreprises concurrentes de celles-ci, de marchés relatifs à la construction et au dédoublement de voies ferrées et portant, notamment, sur la réalisation de travaux de terrassement, de nivelage et de bétonnage ainsi que sur la construction de ponts et d'ouvrages ferroviaires.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

3 L'article 1er de la directive 93/38 définit certaines notions que celle-ci utilise. Ainsi, aux termes des points 1, 2, 4 et 7 de cet article, on entend par:

«1) 'pouvoirs publics': l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,

— doté de la personnalité juridique

et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;

2) 'entreprise publique': toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

— détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise

ou

— disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise

ou

— peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise;

[...]

4) 'marchés [...] de travaux [...]': des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre l'une des entités adjudicatrices définies à l'article 2 et un [...] entrepreneur [...] et ayant pour objet [...] soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment ou de génie civil visés à l'annexe XI. Ces marchés peuvent comporter, en outre, les fournitures et les services nécessaires à leur exécution [...].

[...]

7) 'procédures ouvertes, restreintes ou négociées': les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:

a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout fournisseur, tout entrepreneur ou tout prestataire de services intéressé peut soumissionner;

b) en ce qui concerne les procédures restreintes, seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent soumissionner;

c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les fournisseurs, les entrepreneurs ou les prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.»

4 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 93/38, celle-ci s'applique aux «entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

[...]»

5 Décrites à l'article 2, paragraphe 2, de cette directive, les activités relevant du champ d'application de celle-ci — évoquées au paragraphe 1 du même article — sont les suivantes:

«a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution:

i) d'eau potable

ou

ii) d'électricité

ou

iii) de gaz ou de chaleur

ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur;

b) l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides

ou

ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport;

c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité

compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service;

d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.»

6 L'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/38 énonce:

«Pour passer leurs marchés de fournitures, de travaux et de services ou organiser leurs concours, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux dispositions de la présente directive.»

7 L'article 6, paragraphe 1, de la même directive précise que celle-ci «ne s'applique pas aux marchés ou aux concours que les entités adjudicatrices passent ou organisent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées à l'article 2 paragraphe 2 ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté.»

8 Enfin, aux termes de l'article 20, paragraphe 1, de la directive 93/38, «[l]es entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1er point 7,

pour autant que, sous réserve du paragraphe 2, une mise en concurrence ait été effectuée en vertu de l'article 21». Ledit paragraphe 2 énumère précisément les cas dans lesquels les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable.

La réglementation nationale

La loi fédérale de 1997 sur la passation des marchés publics

9 En droit autrichien, la directive 93/38 a été mise en œuvre par la loi fédérale de 1997 sur la passation des marchés publics [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, ci-après le «BVergG 1997»]. Aux termes de l'article 84, paragraphes 1, 2 et 4, figurant au chapitre 5 de cette loi, intitulé «Dispositions particulières relatives aux entités adjudicatrices dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, ainsi que dans le secteur des télécommunications»:

«(1) Seules s'appliquent les dispositions de ce chapitre si les entités adjudicatrices visées par la présente loi exercent une activité au sens du paragraphe 2 [...].

(2) Les activités visées au paragraphe 1 sont les suivantes:

1. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes [...]

2. l'exploitation d'une aire géographique délimitée aux fins de [...]

3. l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, bus, trolleybus ou câble;

4. la mise à disposition ou l'exploitation des réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

[...]

(4) En ce qui concerne les services de transport visés au paragraphe 2, point 3, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service. [...]»

10 L'article 113 du BVergG 1997 détermine les compétences du Bundesvergabeamt (office fédéral des adjudications). Il prévoit:

«(1) Le Bundesvergabeamt est compétent pour instruire les procédures de recours dont il est saisi, conformément aux dispositions du chapitre suivant.

(2) En vue de mettre fin aux violations de la présente loi fédérale et de ses règlements d'application, le Bundesvergabeamt est compétent, jusqu'à l'attribution du marché, pour:

1. adopter des mesures provisoires, et

2. annuler des décisions illégales de l'entité adjudicatrice du pouvoir adjudicateur.

(3) Après l'attribution du marché ou après la clôture de la procédure d'adjudication, le Bundesvergabeamt est compétent pour constater que, du fait d'une infraction à la présente loi fédérale ou à ses règlements d'application, le marché n'a pas été attribué au mieux-disant. [...]»

La loi fédérale de 2002 sur la passation des marchés publics

11 Le BVergG 1997 a été abrogé et remplacé, à compter du 1er septembre 2002, par une nouvelle loi fédérale relative à la passation des marchés publics [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002, ci-après le «BVergG 2002»]. L'article 120 de cette dernière loi reprend, dans une très large mesure, les termes de l'article 84 du BVergG 1997. À la différence de ce dernier article, ledit article 120, paragraphe 2, point 3, dispose toutefois, s'agissant du secteur des transports, qu'aussi bien l'exploitation que la mise à disposition de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, bus, trolleybus ou câble figurent au nombre des activités visées à son paragraphe 1 et auxquelles s'appliquent, en conséquence, le régime spécifique prévu par la directive 93/38.

12 En ce qui concerne les compétences reconnues au Bundesvergabeamt, le BVergG 2002 s'inspire également, dans une large mesure, des dispositions du BVergG 1997, l'article 162 du BVergG 2002 reprenant notamment, avec quelques modifications, les termes de l'article 113 du BVergG 1997.

13 L'article 188 du BVergG 2002, relatif à l'entrée en vigueur de cette loi et à l'abrogation du BVergG 1997, précise, à son paragraphe 1, que le BVergG 2002 n'est pas applicable aux procédures de passation de marchés engagées avant la date de son entrée en vigueur. En conséquence, le paragraphe 3 du même article prévoit que, si

des recours ont été introduits devant le Bundesvergabeamt avant le 1er septembre 2002, cette juridiction est en principe tenue de poursuivre l'examen desdits recours sur le fondement des dispositions du BVergG 1997, dans sa version publiée au BGBl. I, 136/2001.

14 En vertu de la deuxième phrase de la même disposition, cette règle n'est toutefois pas applicable en cas de suspension de la procédure ou de demande de décision préjudicielle [...]. Dans ces deux hypothèses, le Bundesvergabeamt est en effet tenu, après avoir statué sur la question ayant entraîné ladite suspension ou après réception de la décision préjudicielle, de poursuivre la procédure sur le fondement du BVergG 2002.

Les litiges au principal et les questions préjudicielles

15 Les litiges au principal reposent sur des faits similaires. Ils trouvent leur origine dans la décision par laquelle les ÖBB — société dont l'intégralité du capital est détenu par l'État autrichien et dont la mission consiste, conformément à l'article 1er, paragraphe 3, de la loi fédérale de 1992 sur les chemins de fer (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992), à assurer le transport des personnes et des biens ainsi qu'à construire et à entretenir les infrastructures nécessaires à cet effet — ont écarté les offres présentées par les sociétés demanderesses au principal et ont attribué à des entreprises concurrentes de ces dernières les marchés de travaux en cause dans ces deux affaires. Strabag et Kostmann contestent, en substance, le recours, par les ÖBB, à la procédure négociée de passation des marchés.

Affaire C-462/03

16 Par communication du 29 décembre 2000, les ÖBB ont fait publier, au *Journal officiel des Communautés européennes*, un avis de marché portant sur la réalisation de divers travaux de mise en œuvre de béton armé et sur la construction d'ouvrages ferroviaires ainsi que de ponts-rail.

17 Quatorze entreprises de construction, au nombre desquelles figuraient Strabag et Kostmann, ont présenté une offre dans le cadre de ce marché. Toutefois, les offres de ces dernières ont été écartées. Ayant été avisée, par télécopie du 5 juillet 2002, du nom de l'adjudicataire désigné par les ÖBB, Strabag a décidé de former un recours contre la décision d'attribution dudit marché devant le Bundesvergabeamt, auquel elle a demandé, en application de l'article 113, paragraphe 2, du BVergG 1997, d'une part, d'annuler cette décision et, d'autre part, d'adopter des mesures provisoires consistant, en l'espèce, à adresser une injonction au pouvoir adjudicateur en vue d'empêcher la conclusion du marché en cause avant qu'il ait été statué sur le fond du recours.

18 Par une première décision adoptée le 22 juillet 2002, soit le jour même de la conclusion du contrat entre les ÖBB et l'entreprise adjudicataire, le Bundesvergabeamt a réservé une suite favorable à la demande de mesures provisoires et a prononcé l'injonction sollicitée par Strabag.

19 Par sa seconde décision, datée du 30 août 2002, cette juridiction, statuant au fond, a toutefois jugé que l'adjudication à laquelle il avait été procédé était conforme aux

règles nationales et communautaires relatives aux marchés publics, de sorte qu'il n'était plus possible de faire droit à la demande d'annulation dudit contrat. Dans cette même décision, le Bundesvergabeamt a néanmoins constaté que le recours à la procédure négociée de passation des marchés était illégal. Il s'est fondé, à cet égard, sur le fait que le projet d'infrastructures en cause dans l'affaire au principal concernait une «mise à disposition» d'un réseau de transport public et ne pouvait donc pas être considéré comme une activité relevant du secteur visé à l'article 84, paragraphe 2, point 3, du BVergG 1997. Selon le Bundesvergabeamt, un tel constat d'illégalité n'exigerait cependant pas que la Cour soit saisie d'une question tendant à l'interprétation de la réglementation communautaire dès lors que les dispositions concernées du droit national seraient claires et refléteraient fidèlement, sur ce point, les termes de la directive 93/38 et, plus particulièrement, ceux de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de celle-ci.

20 À la suite de l'adoption de cette dernière décision, Strabag a, d'une part, formé un recours contre celle-ci devant le Verfassungsgerichtshof en faisant valoir, notamment, que c'est à tort que la demande de renvoi préjudiciel qu'elle avait présentée avait été rejetée par le Bundesvergabeamt. D'autre part, Strabag a demandé à celui-ci de constater, en vertu de l'article 113, paragraphe 3, du BVergG 1997, que, à la suite d'une violation de cette loi, le marché n'avait pas été attribué au mieux-disant. Ladite société s'est fondée, à cet égard, sur le constat effectué par cette même juridiction, selon lequel le choix de la procédure négociée de passation des marchés par les ÖBB était erroné. Formée le 30 août 2002, cette dernière demande est parvenue au Bundesvergabeamt le 2 septembre suivant, soit le lendemain de l'entrée en vigueur du BVergG 2002.

21 Estimant, dans de telles circonstances, qu'il était confronté à une question nécessitant une interprétation du droit communautaire au vu, notamment, de la nouvelle rédaction de la disposition du BVergG 2002 relative au secteur des transports, à savoir l'article 120, paragraphe 2, point 3, de cette loi, et des différences existant, tant sur le plan terminologique que linguistique, entre les hypothèses

visées, d'une part, à l'article 2, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 93/38 et celles évoquées, d'autre part, au même paragraphe, sous b) et c), le Bundesvergabeamt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Faut-il interpréter l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38/CEE en ce sens que, en ce qui concerne les services de transport, contrairement aux autres hypothèses de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, [c'est] 'uniquement' l'exploitation des réseaux qui doit être considérée comme une activité sectorielle?

2) Quelles sont les activités qui sont comprises dans l'expression 'exploitation de réseaux destinée à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer', en application de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38/CEE? Dans quelle mesure peut-on y inclure, en particulier, les projets en matière d'infrastructures ? Dans quelle mesure de tels projets sont-ils compris dans l'expression 'mise à disposition de réseaux'?

3) Dans la mesure où, dans le domaine du transport (par chemin de fer), c'est uniquement l'exploitation des réseaux qui relève de la directive 93/38/CEE (et donc en cas de réponse positive à la première question): l'autorité chargée du recours est-elle tenue d'écarter l'application d'une disposition nationale selon laquelle, contrairement au libellé de la directive 93/38/CEE, la 'mise à disposition de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer' constitue également une activité sectorielle?»

Affaire C-463/03

22 Ainsi qu'il a été relevé au point 15 du présent arrêt, les faits à l'origine de cette seconde affaire sont analogues à ceux qui ont donné lieu à l'affaire C-462/03. À la suite de la publication, par les ÖBB, de divers avis de marchés portant sur la réalisation de travaux de fouille, de terrassement, de nivelage et de bétonnage ainsi que sur la construction de ponts, de puits, de tunnels et de passages souterrains liés à la construction ou au dédoublement de certaines voies ferrées, Kostmann a déposé des offres en vue de se voir attribuer lesdits marchés.

23 Ayant été avisée par les ÖBB que l'offre qu'elle avait présentée dans le cadre du premier marché n'avait pas été retenue et que celui-ci avait été attribué à une entreprise concurrente, Kostmann a, par lettre du 13 décembre 2000, demandé au Bundesvergabeamt de constater, en application de l'article 113, paragraphe 3, du BVergG 1997, que le marché n'avait pas été attribué au mieux-disant en raison, selon elle, du recours injustifié, en méconnaissance de cette loi, à la procédure négociée.

24 La légalité du recours à cette dernière procédure est également en cause dans le différend qui oppose Kostmann aux ÖBB en ce qui concerne les autres avis de marchés publiés à la demande de celles-ci, dans le cadre de recours en annulation formés par Kostmann devant cette même juridiction, par lettres des 13 décembre 2000 et 13 janvier 2001, soit quelques jours seulement après la publication desdits avis au *Journal officiel des Communautés européennes*. Dans ces affaires également, les marchés ont été attribués à des entreprises concurrentes de la demanderesse au principal après que, dans certains cas, la demande de mesures provisoires que celle-ci avait présentée a été rejetée.

25 L'argumentation invoquée devant le Bundesvergabeamt dans ces différentes procédures est, en substance, la même que celle qui est à l'origine de l'affaire

C-462/03. Les ÖBB défendent le recours à la procédure négociée de passation des marchés en arguant du fait que les projets d'infrastructures ayant donné lieu aux différents avis de marché relèvent du secteur visé à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, ainsi qu'à la disposition correspondante du BVergG 1997, de sorte que, conformément à l'article 20, paragraphe 1, de cette directive, le pouvoir adjudicateur pouvait librement recourir à une procédure ouverte, restreinte ou négociée. En revanche, Kostmann soutient que les ÖBB devaient recourir aux règles ordinaires de passation des marchés et, notamment, à celles prévues par la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), qui ne prévoit qu'un recours exceptionnel à la procédure négociée, dès lors que les travaux d'infrastructure en cause au principal ne figurent pas parmi les activités relevant du secteur visé à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38.

26 Estimant, dans ces conditions, que les termes de cette dernière directive nécessitaient une interprétation, le Bundesvergabeamt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour trois questions préjudicielles, dont le libellé est identique à celui des questions énoncées au point 21 du présent arrêt.

27 Par ordonnance du président de la Cour du 16 janvier 2004, les affaires C-462/03 et C-463/03 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

Sur la recevabilité des questions préjudicielles

28 Dans les observations qu'elle a soumises à la Cour, la Commission des Communautés européennes exprime, à titre liminaire, des doutes quant à la recevabilité des questions posées. Elle fait valoir, à cet égard, que ces dernières

revêtent un caractère purement théorique dès lors que les ÖBB ont la qualité d'entité adjudicatrice exerçant une activité spécifiquement mentionnée à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38 et que les projets d'infrastructures en cause au principal présentent un lien direct avec cette activité. La question de savoir si la mise à disposition de réseaux de chemin de fer relève, de manière générale, du paragraphe 2, sous c), de cet article serait donc dépourvue de toute pertinence s'agissant des affaires au principal.

29 À cet égard, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, il appartient en principe au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. Le refus, par cette dernière, de statuer sur une question posée par une juridiction nationale n'est donc possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêts du 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Rec. p. I-607, points 18 et 19; du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, points 21 et 22, ainsi que du 5 février 2004, Schneider, C-380/01, Rec. p. I-1389, points 21 et 22).

30 En l'espèce, il n'apparaît pas de manière manifeste que les questions posées par la juridiction de renvoi relèvent de l'un de ces cas de figure.

31 D'une part, en effet, il ne saurait être soutenu que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet des litiges au

principal ou que le problème posé est de nature hypothétique puisque l'appréciation, par ladite juridiction, de la légalité du recours à la procédure négociée de passation des marchés dépend, notamment, de la question de savoir si les projets d'infrastructures en cause au principal relèvent ou non du champ d'application matériel de la directive 93/38.

32 D'autre part, le Bundesvergabeamt a bien fourni à la Cour tous les éléments nécessaires pour qu'elle soit en mesure d'apporter une réponse utile aux questions posées.

33 Celles-ci doivent, dès lors, être déclarées recevables.

Sur les première et deuxième questions

34 Par ses deux premières questions, qu'il convient de traiter conjointement, la juridiction de renvoi s'interroge, en substance, sur le champ d'application matériel de la directive 93/38. Il ressort en effet tant des explications fournies dans les décisions de renvoi que des observations soumises à la Cour que, par ses questions relatives à la portée des termes «exploitation» et «mise à disposition» de réseaux de transport, le Bundesvergabeamt cherche à savoir si les projets d'infrastructures en cause au principal figurent parmi les activités relevant du secteur visé à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de ladite directive et si le pouvoir adjudicateur pouvait, en conséquence, déroger aux règles ordinaires de passation des marchés prévues par la directive 93/37 au profit de celles contenues dans la directive 93/38, autorisant un recours plus large à la procédure négociée.

35 À cet égard, il convient de rappeler, d'une part, que, selon l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38, celle-ci s'applique aux entités adjudicatrices, qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent l'une des activités visées au paragraphe 2 du même article.

36 Il ressort d'autre part de l'article 4, paragraphe 1, de ladite directive que, lorsqu'elles passent leurs marchés de fournitures, de travaux ou de services ou organisent leurs concours, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux dispositions de la même directive.

37 Ainsi que la Commission l'a relevé à bon droit dans ses observations écrites, il résulte de la lecture combinée de ces deux dispositions que l'applicabilité de la directive 93/38 dépend de l'activité exercée par l'entité adjudicatrice concernée ainsi que des liens existant entre cette même activité et le marché projeté par ladite entité. Si cette dernière exerce l'une des activités visées à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/38 et envisage dans l'exercice d'une telle activité, ce qu'il incombe au juge national de vérifier, de passer un marché de services, de travaux ou de fournitures ou d'organiser un concours, les dispositions de cette directive sont applicables à ce marché ou à ce concours. Dans le cas contraire, ledit marché ou concours sera régi par les règles prévues par les directives concernant, selon le cas, la passation des marchés de services, de travaux ou de fournitures.

38 Cette interprétation est, au demeurant, corroborée de manière explicite tant par le libellé même de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/38, selon lequel cette dernière ne s'applique pas, notamment, aux marchés ou aux concours que les entités adjudicatrices passent ou organisent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées à l'article 2, paragraphe 2, de la même directive, que par la lecture du treizième considérant de celle-ci, lequel précise que ladite directive ne doit pas s'appliquer aux activités de ces entités qui ne concernent pas les secteurs de l'eau, de

l'énergie, des transports ou des télécommunications ou qui, bien qu'en faisant partie, sont directement exposées à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

39 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux deux premières questions posées dans chacune des affaires au principal que lorsqu'une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités spécifiquement visées à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/38 envisage, dans l'exercice de cette activité, de passer un marché de services, de travaux ou de fournitures ou d'organiser un concours, ce marché ou ce concours est régi par les dispositions de cette directive.

Sur la troisième question

40 Par sa troisième question, formulée en termes identiques dans chacune des affaires au principal, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si elle est tenue d'écarter une disposition du droit national qui, contrairement au libellé de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, prévoit que la mise à disposition de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer constitue également une activité relevant d'un secteur visé par cette directive.

41 Cette question est fondée sur la prémisse selon laquelle des travaux d'infrastructure tels que ceux en cause au principal ne relèveraient pas du champ d'application matériel de la directive 93/38 étant donné que, selon la juridiction de renvoi, de tels travaux devraient être assimilés à une «mise à disposition» de réseaux de transport

et que cette activité ne figurerait pas parmi celles qui sont expressément mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de ladite directive.

42 Or, une telle prémisse est erronée. Ainsi qu'il a été relevé au point 37 du présent arrêt, l'applicabilité de la directive 93/38 dépend en effet de l'activité exercée par l'entité adjudicatrice concernée et des liens existant entre cette activité et le marché projeté par ladite entité.

43 Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question.

Sur les dépens

44 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

Lorsqu'une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités spécifiquement visées à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, envisage, dans l'exercice de cette activité, de passer un marché de services, de travaux ou de fournitures ou d'organiser un concours, ce marché ou ce concours est régi par les dispositions de cette directive.

Signatures.