URTEIL DES GERICHTSHOFES (Zweite Kammer)

16. Juni 2005 *

In den verbundenen Rechtssachen C-462/03 und C-463/03

betreffend Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Bundesvergabeamt (Österreich) mit Entscheidungen vom 27. Oktober 2003, beim Gerichtshof eingegangen am 4. November 2003, in den Verfahren

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

gegen

Österreichische Bundesbahnen

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans (Berichterstatter), der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter R. Schintgen, G. Arestis und J. Klučka,

Generalanwalt: P. Léger,
Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Strabag AG, vertreten durch Rechtsanwalt W. Mecenovic,

— der Kostmann GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt R. Kurbos,

— der Österreichischen Bundesbahnen, vertreten durch Rechtsanwalt J. Schramm,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

— der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues und D. Petrausch als Bevollmächtigte,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch S. Terstal und N. A. J. Bel als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Wiedner als Bevollmächtigten,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur

Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84).

2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen zweier Rechtsstreitigkeiten der Strabag AG (im Folgenden: Strabag) und der Kostmann GmbH (im Folgenden: Kostmann) gegen die Österreichischen Bundesbahnen (im Folgenden: ÖBB) wegen der Erteilung des Zuschlags für Aufträge über den Bau und den zweigleisigen Ausbau von Schienenstrecken und über u. a. die Durchführung von Erdbewegungs- und Betonarbeiten, der Herstellung einer festen Fahrbahn und über den Bau von Brücken und Eisenbahnbauwerken an Unternehmen, die mit Strabag und Kostmann im Wettbewerb stehen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Artikel 1 der Richtlinie 93/38 definiert einige der in der Richtlinie verwendeten Begriffe. So sind gemäß Artikel 1 Nummern 1, 2, 4 und 7

„1. *staatliche Behörden*: der Staat, die Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind Einrichtungen,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen und

— die Rechtspersönlichkeit besitzen

und

— die überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder deren Leitung einer Kontrolle durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden;

2. *öffentliches Unternehmen*: jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar

— die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen oder

— über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügen oder

— mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können;

...

4. ...*Bau...aufträge:* die zwischen einem der in Artikel 2 aufgeführten Auftraggeber und einem ... Unternehmer ... geschlossenen entgeltlichen schriftlichen Verträge, die folgenden Gegenstand haben: ... entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung oder — gleichgültig mit welchen Mitteln — die Durchführung von Tief- oder Hochbauarbeiten im Sinne des Anhangs XI. Diese Aufträge können darüber hinaus die für ihre Ausführung erforderlichen Lieferungen und Dienstleistungen umfassen ...

...

7. *offene, nicht offene und Verhandlungsverfahren*: die von den Auftraggebern angewandten Vergabeverfahren, bei denen

   a) im Fall des ‚offenen Verfahrens' alle interessierten Lieferanten, Unternehmer und Dienstleistungserbringer ein Angebot abgeben können,

   b) im Fall des ‚nicht offenen Verfahrens' nur die vom Auftraggeber aufgeforderten Bewerber ein Angebot abgeben können,

   c) im Fall von ‚Verhandlungsverfahren' der Auftraggeber ausgewählte Lieferanten, Unternehmer und Dienstleistungserbringer anspricht und mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen verhandelt."

4 Gemäß ihrem Artikel 2 Absatz 1 gilt die Richtlinie 93/38 für „Auftraggeber, die

   a) staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben;

..."

5 Die in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie erwähnten Tätigkeiten, die unter die Richtlinie fallen, werden in Absatz 2 dieses Artikels wie folgt beschrieben:

„a) die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von

i) Trinkwasser

oder

ii) Strom

oder

iii) Gas oder Wärme

oder die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme;

b) die Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der

i) Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen oder

ii) Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luft-, See- oder Binnenschiffsverkehr mit Flughäfen, Häfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen;

c) das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

Im Verkehrsbereich ist ein Netz vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erteilten Auflagen erbracht

wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne;

d) die Bereitstellung oder das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten."

6 Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 lautet:

„Die Auftraggeber wenden bei der Vergabe ihrer Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge oder der Durchführung ihrer Wettbewerbe Verfahren an, die den Vorschriften dieser Richtlinie entsprechen."

7 In Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie heißt es: „Diese Richtlinie gilt nicht für Aufträge oder Wettbewerbe, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als der Durchführung der in Artikel 2 Absatz 2 beschriebenen Aufgaben oder zur Durchführung derartiger Aufgaben in einem Drittland in einer Weise, die nicht mit der tatsächlichen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Gemeinschaft verbunden ist, vergeben bzw. veranstalten."

8 Schließlich bestimmt Artikel 20 Absatz 1 der Richtlinie 93/38, dass „[d]ie Auftraggeber jedes der in Artikel 1 Nummer 7 bezeichneten Verfahren wählen

[können], vorausgesetzt, dass vorbehaltlich des Absatzes 2 ein Aufruf zum Wettbewerb gemäß Artikel 21 durchgeführt wird". Dieser Absatz 2 führt konkret die Fälle auf, in denen die Auftraggeber auf ein Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zurückgreifen können.

Nationales Recht

Das Bundesgesetz 1997 über die Vergabe von Aufträgen

9 Im österreichischen Recht wurde die Richtlinie 93/38 durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (BGBl. I Nr. 56/1997, im Folgenden: BVergG 1997) umgesetzt. § 84 Absätze 1, 2 und 4 im 5. Hauptstück dieses Gesetzes mit der Überschrift „Besondere Bestimmungen für Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor" sieht vor:

„(1) Soweit von diesem Bundesgesetz erfasste Auftraggeber eine Tätigkeit im Sinne des Abs. 2 ausüben, gelten ... ausschließlich die Bestimmungen dieses Hauptstückes.

(2) Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 sind

1. die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze ...;

2. die Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der ...;

3. das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel;

4. die Bereitstellung oder das Betreiben öffentlicher Telekommunikationsnetze oder das Angebot eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste.

...

(4) Im Verkehrsbereich (Abs. 2 Z 3) liegt ein Netz vor, wenn die Verkehrsleistung gemäß einer von einer zuständigen Behörde erteilten Auflage erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, der Transportkapazitäten oder der Fahrpläne. ...“

10 § 113 BVergG 1997 bestimmt die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes. Er sieht vor:

„(1) Das Bundesvergabeamt ist auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen des folgenden Hauptstückes zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers.

(3) Nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. ...“

Das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen von 2002

11 Das BVergG 1997 wurde mit Wirkung vom 1. September 2002 durch ein neues Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002 (BGBl. I Nr. 99/2002, im Folgenden: BVergG 2002) aufgehoben und ersetzt. § 120 dieses Gesetzes übernimmt sehr weitgehend den Wortlaut des § 84 BVergG 1997. Im Unterschied zu dieser Vorschrift bestimmt § 120 Absatz 2 Nummer 3 BVergG 2002 jedoch für den Bereich der Verkehrsversorgung, dass sowohl das Betreiben als auch die Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel zu den Tätigkeiten im Sinne des Absatzes 1 gehören, für die daher die in der Richtlinie 93/38 vorgesehene Sonderregelung gilt.

12 Was die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes betrifft, so geht das BVergG 2002 weitgehend auf die Bestimmungen des BVergG 1997 zurück, wobei § 162 BVergG 2002 insbesondere den Wortlaut des § 113 BVergG 1997 mit einigen Änderungen übernimmt.

13 § 188 BVergG 2002 über das Inkrafttreten dieses Gesetzes und die Aufhebung des BVergG 1997 bestimmt in Absatz 1, dass das BVergG 2002 nicht für die im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits eingeleiteten Vergabeverfahren gilt. Dementsprechend sieht § 188 Absatz 3 BVergG 2002 vor, dass am 1. September 2002

beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt grundsätzlich nach den Bestimmungen des BVergG 1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2001 fortzuführen sind.

14 Gemäß Satz 2 dieser Vorschrift gilt dies jedoch nicht, wenn das Verfahren ausgesetzt oder ein Antrag auf Fällung einer Vorabentscheidung gestellt ist. In diesen beiden Fällen ist das Verfahren vom Bundesvergabeamt erst nach Entscheidung der Vorfrage oder nach Einlangen der Vorabentscheidung nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen.

Ausgangverfahren und Vorlagefragen

15 Die Ausgangsverfahren beruhen auf ähnlichen Sachverhalten. Sie gehen auf die Entscheidung zurück, mit der die ÖBB — eine Gesellschaft, die zu 100 % im Eigentum des österreichischen Staates steht und deren Aufgabe gemäß § 1 Absatz 3 des Bundesbahngesetzes 1992 (BGBl. 825/1992) darin besteht, die Beförderung von Personen und Gütern sowie die Herstellung und die Unterhaltung aller hierzu notwendigen Einrichtungen sicherzustellen —, die von den Klägerinnen der Ausgangsverfahren eingereichten Angebote abgelehnt und die in Rede stehenden Bauaufträge an Gesellschaften vergeben haben, die mit den Klägerinnen in Wettbewerb stehen. Strabag und Kostmann wenden sich mit ihrer Klage im Wesentlichen dagegen, dass die ÖBB auf das Verhandlungsverfahren zur Auftragsvergabe zurückgegriffen haben.

Rechtssache C-462/03

16 Mit Bekanntmachung vom 29. Dezember 2000 ließen die ÖBB im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* eine Ausschreibung über die Durchführung verschiedener Stahlbetonarbeiten sowie den Bau von Eisenbahnbauwerken und Brücken ausschreiben.

17 Vierzehn Bauunternehmen reichten für diesen Auftrag ein Angebot ein, darunter Strabag und Kostmann. Deren Angebote wurden jedoch nicht berücksichtigt. Nachdem Strabag mit Telefax vom 5. Juli 2002 mitgeteilt worden war, wem der Zuschlag von den ÖBB erteilt werden sollte, beschloss sie, ein Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Entscheidung über die Vergabe dieses Auftrags beim Bundesvergabeamt anzustrengen, in dem sie gemäß § 113 Absatz 2 BVergG 1997 beantragte, diese Entscheidung für nichtig zu erklären und eine einstweilige Verfügung gegenüber dem Auftraggeber zu erlassen, um die Erteilung des fraglichen Auftrags vor dem Erlass einer Sachentscheidung im Nachprüfungsverfahren zu verhindern.

18 Mit einem ersten Bescheid vom 22. Juli 2002, also dem Tag des Vertragsschlusses zwischen den ÖBB und dem beauftragten Unternehmen, gab das Bundesvergabeamt dem Antrag von Strabag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt.

19 Mit seinem zweiten Bescheid vom 30. August 2002 gelangte das Bundesvergabeamt bei der Entscheidung zur Sache jedoch zu dem Schluss, dass der von ihm erteilte

Zuschlag den nationalen und gemeinschaftlichen vergaberechtlichen Bestimmungen entspreche, so dass eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich sei. In diesem Bescheid stellte das Bundesvergabeamt aber die Rechtswidrigkeit des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren zur Auftragsvergabe fest. Es stützte sich dabei darauf, dass das in Rede stehende Infrastrukturvorhaben die „Bereitstellung" eines öffentlichen Verkehrsnetzes betreffe und daher nicht als eine Sektorentätigkeit im Sinne von § 84 Absatz 2 Nummer 3 BVergG 1997 angesehen werden könne. Nach seiner Ansicht erforderte eine solche Feststellung der Rechtswidrigkeit jedoch nicht die Befassung des Gerichtshofes mit einer Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, da die betreffenden Bestimmungen des nationalen Rechts eindeutig seien und in diesem Punkt den Wortlaut der Richtlinie 92/38, insbesondere des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe c, genau widerspiegelten.

20 Gegen diesen Bescheid erhob Strabag beim Verfassungsgerichtshof Beschwerde, u. a. weil ihr Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung vom Bundesvergabeamt zu Unrecht abgelehnt worden sei. Außerdem beantragte sie beim Bundesvergabeamt, gemäß § 113 Absatz 3 BVergG 1997 festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Sie stützte sich hierzu auf die Feststellung des Bundesvergabeamtes, dass die Entscheidung für das Verhandlungsverfahren für die Auftragsvergabe durch die ÖBB fehlerhaft gewesen sei. Dieser letztgenannte Antrag vom 30. August 2002 ging am 2. September 2002, also am Tag nach dem Inkrafttreten des BVergG 2002, beim Bundesvergabeamt ein.

21 Da sich das Bundesvergabeamt mit einer Frage konfrontiert sieht, die nach seiner Ansicht eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts erfordert, berücksichtige man insbesondere die Neufassung der Bestimmung des BVergG 2002 über den Verkehrssektor, nämlich § 120 Absatz 2 Nummer 3 dieses Gesetzes, und die sprachlichen Unterschiede zwischen den Tatbeständen des Artikels 2 Absatz 2

Buchstaben a und d der Richtlinie 93/38 und denen der Buchstaben b und c dieser Vorschrift, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Vorabentscheidungsfragen vorzulegen:

1. Ist Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38/EWG dahin gehend zu verstehen, dass im Gegensatz zu anderen Tatbeständen des Artikels 2 Absatz 2 leg. cit. im Verkehrsbereich „lediglich" das Betreiben von Netzen als Sektorentätigkeit anzusehen ist?

2. Welche Tätigkeiten unterliegen dem Begriff „Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene" gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38? Inwieweit sind darunter insbesondere Maßnahmen im Infrastrukturbereich zu subsumieren? Inwieweit sind derartige Maßnahmen im infrastrukturellen Bereich dem Begriff „Bereitstellung von Netzen" zuzuordnen?

3. Sofern im (Schienen-)Verkehrsbereich ausschließlich das Betreiben von Netzen der Richtlinie 93/38 unterliegt (Bejahung der Frage 1): Hat eine Nachprüfungsbehörde eine nationale Bestimmung, die entgegen dem Wortlaut der Richtlinie 93/38 auch die „Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene" als Sektorentätigkeit anführt, unangewendet zu lassen?

Rechtssache C-463/03

22 Wie in Randnummer 15 des vorliegenden Urteils ausgeführt, ähnelt der Sachverhalt in dieser zweiten Rechtssache dem in der Rechtssache C-462/03. Nachdem die ÖBB mehrere Ausschreibungen über Aushub- und Erdbewegungsarbeiten, die Herstellung einer festen Fahrbahn und Betonarbeiten sowie über den Bau von Brücken, Schächten, Tunneln und Unterführungen im Zusammenhang mit dem Bau oder zweigleisigen Ausbau bestimmter Schienenstrecken veröffentlicht hatte, reichte Kostmann Angebote ein, um den Zuschlag für diese Aufträge zu erhalten.

23 Da Kostmann von den ÖBB darüber unterrichtet worden war, dass das von ihr im Rahmen des ersten Auftrags eingereichte Angebot nicht zum Zuge gekommen sei und ein Konkurrenzunternehmen den Zuschlag erhalten habe, beantragte sie mit Schreiben vom 13. Dezember 2000 beim Bundesvergabeamt, gemäß § 113 Absatz 3 BVergG 1997 festzustellen, dass wegen des ihrer Meinung nach ungerechtfertigten Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren der Zuschlag unter Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem Bestbieter erteilt worden sei.

24 Um die Rechtmäßigkeit des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren geht es in dem Rechtsstreit zwischen Kostmann und den ÖBB auch hinsichtlich der weiteren, auf Ersuchen der ÖBB veröffentlichten Ausschreibungen im Rahmen der Nachprüfungsverfahren wegen Nichtigerklärung, die Kostmann beim Bundesvergabeamt mit Schreiben vom 13. Dezember 2000 und 13. Januar 2001, also nur einige Tage nach der Veröffentlichung dieser Ausschreibungen im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, angestrengt hatte. Auch in diesen Verfahren erhielten Konkurrenzunternehmen der Klägerin den Zuschlag für die Aufträge, nachdem in einigen Fällen der Antrag der Klägerin auf einstweilige Verfügungen abgelehnt worden war.

25 Die Argumente, die vor dem Bundesvergabeamt in diesen verschiedenen Verfahren vorgebracht wurden, sind im Wesentlichen die gleichen wie die, die der Rechtssache

C-462/03 zugrunde liegen. Die ÖBB verteidigen den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren zur Auftragsvergabe unter Berufung darauf, dass die Infrastrukturmaßnahmen, die zu den verschiedenen Ausschreibungen geführt hätten, zu dem in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38 genannten Sektor gehörten und unter die entsprechende Bestimmung des BVergG 1997 fielen, so dass es dem öffentlichen Auftraggeber gemäß Artikel 20 Absatz 1 dieser Richtlinie frei gestanden habe, ein offenes, ein nicht offenes oder ein Verhandlungsverfahren zu wählen. Kostmann ist dagegen der Ansicht, dass die ÖBB auf die gewöhnlichen Regeln für die Auftragsvergabe zurückgreifen müssten, insbesondere auf die der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54), die einen Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren nur in Ausnahmefällen vorsehe, da die fraglichen Infrastrukturarbeiten nicht zu den Tätigkeiten gehörten, die in den in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38 genannten Sektor fielen.

26 Da das Bundesvergabeamt unter diesen Umständen die Auffassung vertreten hat, dass der Wortlaut der Richtlinie 93/38 auszulegen sei, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof drei Vorabentscheidungsfragen vorzulegen, die mit den in Randnummer 21 des vorliegenden Urteils aufgeführten Fragen identisch sind.

27 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 16. Januar 2004 sind die Rechtssachen C-462/03 und C-463/03 zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

28 In ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen äußert die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zunächst Zweifel an der Zulässigkeit der Vorlagefragen. Sie macht geltend, dass diese Fragen rein theoretischen Charakter hätten, da

die ÖBB die Eigenschaft eines Auftraggebers hätten, der eine in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38 speziell genannte Tätigkeit ausübe, und die in Rede stehenden Infrastrukturmaßnahmen mit dieser Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang stünden. Die Frage, ob die Bereitstellung von Netzen für den Schienenverkehr allgemein von diesem Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c erfasst werde, sei daher in den Ausgangsverfahren völlig irrelevant.

29 Dazu ist festzustellen, dass es nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung übernehmen muss, im Hinblick auf die Besonderheiten des Falles sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Der Gerichtshof kann die Entscheidung über eine Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur dann ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. u. a. Urteile vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnrn. 18 und 19, vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-1931, Randnrn. 21 und 22, und vom 5. Februar 2004 in der Rechtssache C-380/01, Schneider, Slg. 2004, I-1389, Randnrn. 21 und 22).

30 Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die Fragen des vorlegenden Gerichts unter eine dieser Voraussetzungen fielen.

31 Es lässt sich nämlich nicht behaupten, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand der

Ausgangsrechtsverfahren stünde oder dass das aufgeworfene Problem hypothetischer Natur wäre, da die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren zur Auftragsvergabe durch das vorlegende Gericht insbesondere von der Frage abhängt, ob die in Rede stehenden Infrastrukturmaßnahmen in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fallen.

32 Darüber hinaus hat das Bundesvergabeamt dem Gerichtshof alle Angaben geliefert, die erforderlich sind, um ihn in die Lage zu versetzen, die vorgelegten Fragen sachdienlich zu beantworten.

33 Diese Fragen sind daher für zulässig zu erklären.

Zur ersten und zur zweiten Frage

34 Mit seinen ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen Auskunft über den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 erhalten. Denn sowohl aus den Erläuterungen in den Vorlagebeschlüssen als auch in den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen geht hervor, dass das Bundesvergabeamt mit seinen Fragen zur Tragweite der Begriffe „Betreiben" und „Bereitstellung" von Verkehrsnetzen wissen möchte, ob die in Rede stehenden Infrastrukturmaßnahmen zu den Tätigkeiten gehören, die unter den in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c dieser Richtlinie genannten Sektor fallen, und ob der öffentliche Auftraggeber daher von den in der Richtlinie 93/37 vorgesehenen gewöhnlichen Vorschriften über die Auftragsvergabe zugunsten der Vorschriften der Richtlinie 93/38 abweichen konnte, die einen erweiterten Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren zulassen.

35 Dazu ist zum einen daran zu erinnern, dass die Richtlinie 93/38 nach ihrem Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a für solche Auftraggeber gilt, die staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 dieses Artikels ausüben.

36 Zum anderen geht aus Artikel 4 Absatz 1 dieser Richtlinie hervor, dass die Auftraggeber bei Vergabe ihrer Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge oder bei Durchführung ihrer Wettbewerbe die den Vorschriften dieser Richtlinie entsprechenden Verfahren anwenden.

37 Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend vorgetragen hat, ergibt sich aus der Lektüre dieser beiden Bestimmungen insgesamt, dass die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38 von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem Auftrag, den er plant, abhängt. Wenn der Auftraggeber eine der Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/38 ausübt und, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat, in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Vergabe eines Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrags oder die Durchführung eines Wettbewerbs beabsichtigt, sind die Bestimmungen dieser Richtlinie auf diesen Auftrag oder Wettbewerb anwendbar. Andernfalls gelten für diesen Auftrag oder Wettbewerb die Bestimmungen, die jeweils in den Richtlinien über die Vergabe von Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferaufträgen vorgesehen sind.

38 Diese Auslegung wird übrigens ausdrücklich bestätigt durch den Wortlaut des Artikels 6 Absatz 1 der Richtlinie 93/38, wonach diese Richtlinie u. a. nicht für Aufträge oder Wettbewerbe gilt, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als der Durchführung der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie beschriebenen Aufgaben vergeben bzw. veranstalten, wie auch durch die dreizehnte Begründungserwägung der Richtlinie 93/38, wonach diese Richtlinie keine Anwendung auf solche Tätigkeiten der Auftraggeber findet, die nicht die Sektoren Wasser, Energie,

Verkehr und Telekommunikation betreffen oder die zwar Bestandteil derselben sind, aber auf Märkten ohne Zugangsbeschränkungen unmittelbar dem Wettbewerb unterliegen.

39 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die in den Ausgangsverfahren vorgelegten ersten beiden Fragen zu antworten, dass, wenn ein Auftraggeber, der eine der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/38 speziell erwähnten Tätigkeiten ausübt, in Ausübung dieser Tätigkeit beabsichtigt, einen Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrag zu vergeben oder einen Wettbewerb durchzuführen, für diesen Auftrag oder Wettbewerb die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten.

Zur dritten Frage

40 Mit seiner dritten Frage, die in beiden Ausgangsverfahren gleichlautend ist, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob es eine Bestimmung des nationalen Rechts, wonach entgegen dem Wortlaut des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38 auch die Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene eine Sektorentätigkeit im Sinne dieser Richtlinie darstellt, unangewendet zu lassen hat.

41 Diese Frage geht von der Prämisse aus, dass Infrastrukturmaßnahmen wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fallen, da solche Arbeiten nach Ansicht des vorlegenden Gerichts der „Bereitstellung" von Verkehrsnetzen gleichzustellen ist und diese Tätigkeit nicht

zu den in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c dieser Richtlinie ausdrücklich genannten Tätigkeiten gehört.

42 Diese Prämisse ist jedoch falsch. Wie in Randnummer 37 des vorliegenden Urteils ausgeführt, hängt die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38 von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem Auftrag, den er plant, ab.

43 Die dritte Frage braucht demnach nicht beantwortet zu werden.

Kosten

44 Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in den bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreitigkeiten; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt:

Beabsichtigt ein Auftraggeber, der eine der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor speziell erwähnten Tätigkeiten ausübt, in Ausübung dieser Tätigkeit einen Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrag zu vergeben oder einen Wettbewerb durchzuführen, so gelten für diesen Auftrag oder diesen Wettbewerb die Bestimmungen dieser Richtlinie.

Unterschriften.