DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

16. juni 2005 *

I de forenede sager C-462/03 og C-463/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Bundesvergabeamt (Østrig), ved beslutninger af 27. oktober 2003, indgået til Domstolen den 4. november 2003, i sagerne

Strabag AG (sag C-462/03),

Kostmann GmbH (sag C-463/03)

mod

Österreichische Bundesbahnen,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans (refererende dommer), og dommerne R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis og J. Klučka,

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Strabag AG ved Rechtsanwalt W. Mecenovic

— Kostmann GmbH ved Rechtsanwalt R. Kurbos

— Österreichische Bundesbahnen ved Rechtsanwalt J. Schramm

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den franske regering ved G. de Bergues og D. Petrausch, som befuldmægtigede

— den nederlandske regering ved S. Terstal og N.A.J. Bel, som befuldmægtigede

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, som befuldmægtiget,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra c), i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af

fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

2 Disse anmodninger er indgivet under to sager mellem henholdsvis Strabag AG (herefter »Strabag«) og Kostmann GmbH (herefter »Kostmann«) på den ene side og Österreichische Bundesbahnen (det nationale østrigske jernbaneselskab, herefter »ÖBB«) på den anden side vedrørende tildeling til virksomheder, der konkurrerer med de førstnævnte, af kontrakter om anlæg og tosporet udvidelse af jernbaner, som navnlig vedrørte udførelse af jord-, nivellerings- og betonarbejder samt bygning af jernbanebroer og -anlæg.

De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelserne

3 Artikel 1 i direktiv 93/38 definerer en række begreber, som anvendes i direktivet. Ifølge denne bestemmelses nr. 1, 2, 4 og 7 forstås således ved:

»1) »offentlige myndigheder«: staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer.

Et organ anses for offentligretligt, hvis:

— dets opgave er at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter

— det er en juridisk person

og

— dets aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af staten eller de lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, eller dets forvaltning er underlagt disses kontrol, eller hvis staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

2) »offentlig virksomhed«: enhver virksomhed, som de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler. Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

— besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital

eller

— råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt

eller

— kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan

[...]

4) »bygge- og anlægskontrakter [...]«: gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en af de ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, og en [...], entreprenør [...], og som har til formål: enten udførelse eller både udførelse og projektering eller gennemførelse, uanset midlet, af bygge- eller anlægsvirksomhed som omhandlet i bilag XI. Disse kontrakter kan desuden omfatte sådanne leverancer og tjenesteydelser, som er nødvendige for deres opfyldelse [...]

[...]

7) »offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling«: udbudsprocedurer, der anvendes af ordregiverne på følgende måde:

a) ved offentligt udbud kan alle interesserede leverandører, entreprenører eller tjenesteydere afgive bud

b) ved begrænset udbud kan kun de ansøgere, der af ordregiveren modtager opfordring hertil, afgive bud

c) ved udbud efter forhandling henvender ordregiveren sig til bestemte leverandører, entreprenører eller tjenesteydere efter eget valg og forhandler kontraktvilkårene med en eller flere af disse.«

4 Ifølge artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/38 gælder direktivet for »ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

[...]«

5 Ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, omfatter dets anvendelsesområde — som er nævnt i samme bestemmelses stk. 1 — følgende former for virksomhed:

»a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af:

i) drikkevand

eller

ii) elektricitet

eller

iii) gas eller varme

eller forsyning af disse net med drikkevand, elektricitet, gas eller varme

b) udnyttelse af et geografisk område med henblik på:

i) efterforskning efter eller udvikling af olie, gas, kul eller andet fast brændsel

eller

ii) tilrådighedsstillelse af lufthavne, søhavne eller havne ved indre vandveje eller andre transportterminaler for transportvirksomheder, der opererer til vands eller i luften

c) drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat

d) tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelse af en eller flere offentlige teletjenester.«

6 Artikel 4, stk. 1, i direktiv 93/38 bestemmer:

»Ved indgåelse af indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler og ved afholdelse af projektkonkurrencer anvender ordregiverne udbudsprocedurer, der er tilpasset bestemmelserne i dette direktiv.«

7 Samme direktivs artikel 6, stk. 1, præciserer, at dette »[ikke] gælder for kontrakter eller projektkonkurrencer, som ordregivere indgår eller afholder i andet øjemed end udøvelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for virksomhed eller med henblik på udøvelse af sådan virksomhed i et tredjeland under omstændigheder, som ikke indebærer fysisk udnyttelse af et net eller geografisk område inden for Fællesskabet«.

8 Endelig bestemmer artikel 20, stk. 1, i direktiv 93/38, at »[o]rdregiverne kan vælge en af de procedurer, der er omhandlet i artikel 1, nr. 7, såfremt der har været udbud i

overensstemmelse med artikel 21, jf. dog stk. 2«. Artikel 20, stk. 2, opregner netop de tilfælde, hvor ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud.

De nationale bestemmelser

Forbundsloven af 1997 om udbud

9 I østrigsk ret er direktiv 93/38 gennemført ved forbundsloven af 1997 om offentlige udbud (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, herefter »BVergG 1997«). Artikel 84, stk. 1, 2 og 4, i denne lovs kapitel 5, der har overskriften »Særlige bestemmelser for ordregivere inden for vand og energiforsyning samt transport og telekommunikation«, bestemmer:

»(1) Såfremt de af denne lov omfattede ordregivere udøver en virksomhed som omhandlet i stk. 2, gælder udelukkende bestemmelserne i dette kapitel [...].

(2) De i stk. 1 omhandlede former for virksomhed er følgende:

1. tilrådighedsstillelse eller drift af faste net [...]

2. udnyttelse af et geografisk afgrænset område med henblik på [...]

3. drift af faste net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, bus, trolleybus eller kabel

4. tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige telenet eller ydelser af en eller flere teletjenester.

[...]

(4) For transportydelser som omhandlet i stk. 2, nr. 3, anses der for at bestå et net, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat [...]«

10 Artikel 113 i BVergG 1997 fastlægger beføjelserne for Bundesvergabeamt (forbundsmyndigheden for udbud). Den bestemmer følgende:

»(1) Bundesvergabeamt er kompetent til at behandle de klagesager, der indbringes for den efter bestemmelserne i det følgende kapitel.

(2) Indtil tildelingen af kontrakten er Bundesvergabeamt, med henblik på at bringe tilsidesættelser af denne forbundslov og gennemførelsesbestemmelserne hertil til ophør, kompetent til:

1. at træffe foreløbige forholdsregler, og

2. at annullere ulovlige beslutninger truffet af den ordregivende myndighed.

(3) Efter tildelingen af kontrakten eller efter udbudsprocedurens afslutning er Bundesvergabeamt kompetent til at fastslå, at kontrakten på grund af en tilsidesættelse af denne forbundslov eller gennemførelsesbestemmelserne hertil ikke er blevet tildelt den bydende, der afgav det bedste bud. [...]«

Forbundsloven af 2002 om udbud

11 BVergG 1997 blev den 1. september 2002 ophævet og erstattet af en ny forbundslov om udbud (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002, herefter »BVergG 2002«). Denne lovs § 120 gentager i meget vidt omfang ordlyden af artikel 84 i BVergG 1997. Til forskel fra den sidstnævnte artikel bestemmer artikel 120, stk. 2, nr. 3, imidlertid med hensyn til transportsektoren, at såvel drift som tilrådighedsstillelse af net, der har til formål at betjene offentligheden på området for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, bus, trolleybus eller kabel, hører til de former for virksomhed, der er nævnt i bestemmelsens stk. 1, og som følgelig er omfattet af den særlige ordning, der er fastsat ved direktiv 93/38.

12 Med hensyn til kompetence, som er tillagt Bundesvergabeamt, er BVergG 2002 ligeledes i vidt omfang inspireret af bestemmelserne i BVergG 1997, idet artikel 162 i BVergG 2002, med nogle ændringer, bl.a. gentager bestemmelserne i artikel 113 i BVergG 1997.

13 Artikel 188 i BVergG 2002 om denne lovs ikrafttræden og ophævelsen af BVergG 1997 præciserer i stk. 1, at BVergG 2002 ikke finder anvendelse på udbudsprocedurer, der er indledt før datoen for dens ikrafttræden. Følgelig bestemmer samme artikels stk. 3, at såfremt sager er blevet indbragt for Bundesvergabeamt før

den 1. september 2002, er denne ret i princippet forpligtet til at fortsætte behandlingen af disse sager på grundlag af bestemmelserne i BVergG 1997 i den version, der er offentliggjort i BGBl. I, 136/2001.

14 I henhold til samme bestemmelses andet punktum finder denne bestemmelse dog ikke anvendelse, såfremt sagen udsættes eller i tilfælde af en anmodning om præjudiciel afgørelse [...]. I disse to tilfælde er Bundesvergabeamt nemlig forpligtet til, efter at have truffet afgørelse om det spørgsmål, der har medført den nævnte udsættelse, eller efter modtagelse af den præjudicielle afgørelse, at fortsætte behandlingen af sagen på grundlag af BVergG 2002.

Tvisten i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

15 Tvisten i hovedsagerne er baseret på faktiske omstændigheder, der ligner hinanden. De udspringer af den beslutning, hvorved ÖBB — et selskab, hvis kapital i sin helhed indehaves af den østrigske stat, og hvis opgave i henhold til artikel 1, stk. 3, i forbundsloven af 1992 om jernbaner (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992) er at varetage person- og godsbefordring samt at opføre og vedligeholde den hertil nødvendige infrastruktur — forkastede de bud, der var indgivet af de sagsøgende selskaber i hovedsagerne og tildelte virksomheder, der konkurrerede med disse, de kontrakter, som disse to sager drejer sig om. Strabag og Kostmann har i det væsentlige anfægtet, at ÖBB har anvendt udbud efter forhandling ved tildelingen.

Sag C-462/03

16 Ved bekendtgørelse af 29. december 2000 udskrev ÖBB i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* et udbud vedrørende udførelse af forskellige arbejder i armeret beton og opførelse af jernbaneanlæg samt jernbanebroer.

17 14 byggevirksomheder, heriblandt Strabag og Kostmann, afgav bud under dette udbud. Imidlertid blev de sidstnævntes bud forkastet. Efter at de ved telefax af 5. juli 2002 havde fået meddelt navnet på den af ÖBB udvalgte tilbudsgiver, besluttede Strabag at anlægge sag til prøvelse af beslutningen om tildeling af denne kontrakt ved Bundesvergabeamt, hvorunder Strabag i henhold til artikel 113, stk. 2, i BVergG 1997 nedlagde påstand om, dels at denne beslutning blev annulleret, dels at der blev truffet foreløbige forholdsregler, som i dette tilfælde bestod i et forbud mod, at den ordregivende myndighed indgik den pågældende kontrakt, før der var truffet afgørelse om sagens realitet.

18 Ved en første afgørelse truffet den 2. juli 2202, altså samme dag som indgåelse af kontrakten mellem ÖBB og den udvalgte tilbudsgiver, tog Bundesvergabeamt begæringen om foreløbige forholdsregler til følge og nedlagde det af Strabag begærede forbud.

19 Ved sin anden afgørelse af 30. august 2002 vedrørende sagens realitet udtalte denne ret imidlertid, at den skete kontrakttildeling var i overensstemmelse med de

nationale og fællesskabsretlige udbudsregler, således at det ikke længere var muligt at give medhold i påstanden om annullation af den nævnte kontrakt. I samme afgørelse fastslog Bundesvergabeamt imidlertid, at anvendelsen af udbud efter forhandling var ulovlig. Som begrundelse herfor udtalte den, at det i hovedsagen omhandlede infrastrukturprojekt vedrørte »tilrådighedsstillelse« af et offentligt transportnet og således ikke kunne anses for en sektorvirksomhed som omhandlet i artikel 84, stk. 2, nr. 3, i BVergG 1997. Ifølge Bundesvergabeamt gjorde en sådan konstatering af ulovlighed det imidlertid ikke nødvendigt, at Domstolen blev forelagt et spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsbestemmelserne, da de pågældende bestemmelserne i national ret var klare og på dette punkt var en tro gengivelse af ordlyden af direktiv 93/38, nærmere bestemt af dettes artikel 2, stk. 2, litra c).

20 Efter at denne afgørelse var truffet, anlagde Strabag sag til prøvelse heraf ved Verfassungsgerichtshof og gjorde bl.a. gældende, at det er med urette, at den begæring om præjudiciel forelæggelse, som Strabag havde fremsat, var blevet forkastet af Bundesvergabeamt. Desuden nedlagde Strabag påstand om, at Bundesvergabeamt i henhold til artikel 113, stk. 3, i BVergG 1997 skulle fastslå, at kontrakten som følge af en tilsidesættelse af denne lov ikke var blevet tildelt den bydende, der havde afgivet det bedste bud. Selskabet henviste i denne forbindelse til, at denne ret selv havde fastslået, at ÖBB's valg af proceduren udbud efter forhandling var fejlagtigt. Det indlæg af 30. august 2002, hvori den sidstnævnte påstand var indeholdt, nåede frem til Bundesvergabeamt den 2. september samme år, altså dagen efter at BVergG 2002 var trådt i kraft.

21 Bundesvergabeamt fandt, at den under disse omstændigheder var stillet over for et spørgsmål, der nødvendiggjorde en fortolkning af fællesskabsretten, navnlig i betragtning af den nye affattelse af bestemmelsen i BVergG 2002 om transportsektoren, nemlig denne lovs artikel 120, stk. 2, nr. 3, og i betragtning af de forskelle, såvel terminologiske som lingvistiske, der bestod mellem de tilfælde, der

nævnes dels i artikel 2, stk. 2, litra a) og d), i direktiv 93/38, dels dem, der nævnes i samme stk., litra b) og c), og Bundesvergabeamt besluttede derfor at udsætte sagen og at stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38/EØF fortolkes således, at det, i modsætning til de øvrige former for virksomhed, som er omfattet af artikel 2, stk. 2, litra c), på transportområdet »kun« er drift af net, der skal anses for at være sektorvirksomhed?

2) Hvilke former for virksomhed er omfattet af begrebet »drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane« i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38/EØF? I hvilket omfang skal foranstaltninger på infrastrukturområdet henregnes hertil? I hvilket omfang er foranstaltninger på infrastrukturområdet omfattet af begrebet »tilrådighedsstillelse af net«?

3) Såfremt drift af net på (jernbane-)transportområdet udelukkende henhører under direktiv 93/38/EØF (dvs. for det tilfælde, at spørgsmål 1 besvares bekræftende), spørges: Er klageinstansen forpligtet til at undlade at anvende en national bestemmelse, hvori »tilrådighedsstillelse af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, i strid med ordlyden af direktiv 93/38/EØF, er opført som en sektorvirksomhed?«

22 Som nævnt i nærværende doms præmis 15, svarer de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for denne sag, til dem, der har givet anledning til sag C-462/03. Efter at ÖBB havde offentliggjort forskellige udbudsbekendtgørelser om udførelse af udgravnings-, jord-, nivellerings- og betonarbejder samt opførelse af broer, brønde, tunneller og underjordiske passager i tilknytning til anlæg eller tosporet udvidelse af visse jernbaner, indgav Kostmann bud med henblik på at få tildelt disse kontrakter.

23 Efter at være blevet underrettet af ÖBB om, at det bud, Kostmann havde indgivet under det første udbud, ikke var blevet antaget, og at kontrakten var blevet tildelt en konkurrerende virksomhed, fremsatte Kostmann ved skrivelse af 13. december 2000 krav om, at Bundesvergabeamt i henhold til artikel 113, stk. 3, i BVergG 1997 fastslog, at kontrakten ikke var blevet tildelt den bydende, der havde afgivet det bedste bud, fordi der ifølge Kostmann i strid med denne lov med urette var blevet anvendt udbud efter forhandling.

24 Spørgsmålet, om det er lovligt at anvende denne form for udbud, er ligeledes blevet rejst i den tvist, der verserer mellem Kostmann og ÖBB vedrørende de andre udbudsbekendtgørelser, der er offentliggjort af ÖBB, i forbindelse med annullationssager, der er anlagt af Kostmann for samme ret ved skrivelser af 13. december 2000 og 13. januar 2001, altså nogle dage efter offentliggørelsen af disse bekendtgørelser i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Også i disse sager er kontrakterne blevet tildelt virksomheder, der konkurrerer med sagsøgeren i hovedsagen, efter at den begæring om foreløbige forholdsregler, som denne havde fremsat, i nogle tilfælde ikke var blevet taget til følge.

25 Den argumentation, der er fremført for Bundesvergabeamt i disse forskellige sager, er i det væsentlige den samme som den, der ligger til grund for sag C-462/03. ÖBB

har forsvaret anvendelsen af udbud efter forhandling ved tildelingen af kontrakterne under henvisning til, at de infrastrukturprojekter, der har givet anledning til de forskellige udbudsbekendtgørelser, henhører under den sektor, der omhandles i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 samt i den tilsvarende bestemmelse i BVergG 1997, således at ordregiveren i henhold til direktivets artikel 20, stk. 1, frit kunne anvende offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling. Heroverfor har Kostmann anført, at ÖBB skulle have anvendt de almindelige bestemmelser for indgåelse af kontrakter, navnlig bestemmelserne i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som bestemmer, at der kun undtagelsesvis kan anvendes udbud efter forhandling, nemlig når de pågældende infrastrukturarbejder ikke figurerer blandt de former for virksomhed, der henhører under den i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 omhandlede sektor.

26 Bundesvergabeamt fandt på denne baggrund, at ordlyden af det sidstnævnte direktiv nødvendiggjorde en fortolkning, og besluttede at udsætte sagen og at stille Domstolen tre præjudicielle spørgsmål, hvis ordlyd er identisk med ordlyden af de i nærværende doms præmis 21 nævnte.

27 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 16. januar 2004 er sagerne C-462/03 og C-463/03 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt domsafsigelsen.

Spørgsmålet, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling

28 I de indlæg, den har indgivet for Domstolen, har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber indledningsvis udtrykt tvivl om, hvorvidt de stillede spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Den har i denne forbindelse gjort gældende, at disse

har rent teoretisk karakter, da ÖBB har egenskab af en ordregiver, der udøver en form for virksomhed, som specifikt er nævnt i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38, og da de i hovedsagen omhandlede infrastrukturprojekter har en direkte forbindelse med denne virksomhed. Spørgsmålet, om tilrådighedsstillelse af jernbanenet i almindelighed henhører under denne artikels stk. 2, litra c), har således ingen betydning for hovedsagerne.

29 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det i overensstemmelse med fast retspraksis inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 234 EF er indført mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, udelukkende tilkommer den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Denne kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 18 og 19, af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 21 og 22, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 21 og 22).

30 I den foreliggende sag fremgår det ikke klart, at de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, falder ind under et af disse tilfælde.

31 For det første kan det nemlig ikke hævdes, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes

genstand, da den nævnte rets stillingtagen til lovligheden af at anvende udbud efter forhandling ved indgåelsen af kontrakter navnlig afhænger af spørgsmålet, om de i hovedsagen omhandlede infrastrukturprojekter er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38.

32 For det andet bemærkes, at Bundesvergabeamt faktisk har givet Domstolen alle de oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage give en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål.

33 Disse må derfor antages til realitetsbehandling.

Det første og det andet spørgsmål

34 Med sine to første spørgsmål, som skal behandles under ét, ønsker den forelæggende ret reelt oplyst, hvad der er det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38. Det fremgår såvel af de forklaringer, der er givet i forelæggelsesbeslutningerne, som af de indlæg, der er indgivet for Domstolen, at Bundesvergabeamt med sine spørgsmål om rækkevidden af udtrykkene »drift« og »tilrådighedsstillelse« af transportnet ønsker at vide, om de i hovedsagen omhandlede infrastrukturprojekter hører til de former for virksomhed, der henhører under den i direktivets artikel 2, stk. 2, litra c), nævnte sektor, og om den ordregivende myndighed følgelig kunne fravige de almindelige bestemmelser om indgåelse af kontrakter i direktiv 93/37 til fordel for dem, der findes i direktiv 93/38, og som giver en mere vidtgående adgang til at anvende udbud efter forhandling.

35 Hertil bemærkes for det første, at direktiv 93/38 ifølge sin artikel 2, stk. 1, litra a), gælder for ordregivere, der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i samme bestemmelses stk. 2.

36 For det andet fremgår det af direktivets artikel 4, stk. 1, at ordregiverne, når de indgår deres vareindkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler eller afholder projektkonkurrencer, anvender udbudsprocedurer, der er tilpasset bestemmelserne i samme direktiv.

37 Som Kommissionen med rette har anført i sine skriftlige indlæg, fremgår det af disse to bestemmelser set under ét, at spørgsmålet, om direktiv 93/38 kan finde anvendelse, afhænger af den virksomhed, som udøves af den pågældende ordregiver, samt de forbindelser, der er mellem denne virksomhed og den kontrakt, som den nævnte ordregiver påtænker at indgå. Såfremt ordregiveren udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/38, og — hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve — som led i en sådan virksomhed påtænker at indgå en tjenesteydelsesaftale, en bygge- og anlægskontrakt eller en vareindkøbsaftale eller at afholde en projektkonkurrence, finder dette direktivs bestemmelser anvendelse på denne kontrakt eller denne projektkonkurrence. I modsat fald er den nævnte kontrakt eller projektkonkurrence omfattet af bestemmelserne i direktiverne om indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser, bygge- og anlægsarbejder eller indkøb, alt efter det konkrete tilfælde.

38 Denne fortolkning støttes i øvrigt udtrykkeligt såvel af selve ordlyden af artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/38, hvorefter dette direktiv ikke gælder for bl.a. kontrakter eller projektkonkurrencer, som ordregivere indgår eller afholder i andet øjemed end udøvelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for virksomhed, som af ordlyden af 13. betragtning til direktivet, som præciserer, at dette direktiv ikke finder anvendelse på de nævnte virksomheders aktiviteter, som falder uden for vand-,

energi-, transport- og telekommunikationssektorerne, eller som falder inden for disse sektorer, men er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

39 På baggrund af de foregående betragtninger skal de to første spørgsmål, som er stillet i hver af hovedsagerne, besvares således, at når en ordregiver, der udøver en af de former for virksomhed, som specielt er omhandlet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/38, som led i udøvelsen af denne virksomhed påtænker at indgå en tjenesteydelsesaftale, en bygge- og anlægskontrakt eller en indkøbsaftale eller afholde en projektkonkurrence, er denne kontrakt eller denne projektkonkurrence omfattet af dette direktivs bestemmelser.

Det tredje spørgsmål

40 Med sit tredje spørgsmål, som er formuleret i enslydende vendinger i hver af hovedsagerne, ønsker den forelæggende ret reelt oplyst, om den er forpligtet til at undlade at anvende en bestemmelse i national ret, som, i strid med ordlyden af artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 93/38 bestemmer, at tilrådighedsstillelse af net til betjening af offentligheden i forbindelse med transport med jernbane ligeledes udgør en virksomhed, der henhører under en sektor, som er omfattet af dette direktiv.

41 Dette spørgsmål stilles ud fra den forudsætning, at infrastrukturarbejder som de i hovedsagen omhandlede ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/38, da sådanne arbejder ifølge den forelæggende ret må sidestilles med »tilrådighedsstillelse« af transportnet, og da denne form for virksomhed ikke

figurerer blandt dem, der udtrykkeligt nævnes i det nævnte direktivs artikel 2, stk. 2, litra c).

42 En sådan forudsætning er imidlertid fejlagtig. Som anført i nærværende doms præmis 37, afhænger spørgsmålet, om direktiv 93/38 kan finde anvendelse, nemlig af den virksomhed, som udøves af den pågældende ordregiver, og de forbindelser, der består mellem denne virksomhed og den kontrakt, som påtænkes indgået af den nævnte ordregiver.

43 Under disse omstændigheder er det ikke fornødent at besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

44 Da sagens behandling i forhold til parterne i hovedsagen udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. De udgifter, der er afholdt i forbindelse med indgivelse af en sag for Domstolen, bortset fra de nævnte parters indlæg, kan ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

Når en ordregiver, der udøver en af de former for virksomhed, som specielt er nævnt i artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som led i udøvelsen af denne virksomhed påtænker at indgå en tjenesteydelsesaftale, en bygge- og anlægskontrakt eller en indkøbsaftale eller afholde en projektkonkurrence, er denne kontrakt eller denne projektkonkurrence omfattet af dette direktivs bestemmelser.

Underskrifter