ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

16 juni 2005 *

In de gevoegde zaken C-462/03 en C-463/03,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Bundesvergabeamt (Oostenrijk) bij beslissingen van 27 oktober 2003, ingekomen bij het Hof op 4 november 2003, in de procedures

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

tegen

Österreichische Bundesbahnen,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans (rapporteur), kamerpresident, R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis en J. Klučka, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen ingediend door:

— Strabag AG, vertegenwoordigd door W. Mecenovic, Rechtsanwalt,

— Kostmann GmbH, vertegenwoordigd door R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— de Österreichische Bundesbahnen, vertegenwoordigd door J. Schramm, Rechtsanwalt,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en D. Petrausch als gemachtigden,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door S. Terstal en N. A. J. Bel als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner als gemachtigde,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende

coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen tussen Strabag AG (hierna: „Strabag") respectievelijk Kostmann GmbH (hierna: „Kostmann") en de Österreichische Bundesbahnen (Oostenrijkse nationale spoorwegmaatschappij; hierna: „ÖBB") over de gunning, aan concurrenten van verzoeksters, van opdrachten voor de bouw en de aanleg van een tweede treinspoor, met name voor graafwerken, nivellering en de betonnering alsmede voor het bouwen van spoorwegbruggen en de uitvoering van spoorwegwerken.

Het rechtskader

De communautaire regeling

3 Artikel 1 van richtlijn 93/38 definieert sommige van de daarin gebruikte begrippen. Volgens artikel 1, punten 1, 2, 4 en 7, wordt verstaan onder:

„1. ‚overheidsdiensten': de staat, zijn territoriale overheden, publiekrechtelijke lichamen en verenigingen bestaande uit een of meer van deze overheden of publiekrechtelijke lichamen.

Een lichaam wordt als publiekrechtelijk lichaam aangemerkt, indien het

— is ingesteld met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en niet van industriële of commerciële aard is,

en

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— in hoofdzaak door de staat, door territoriale overheden of door andere publiekrechtelijke lichamen wordt gefinancierd, dan wel indien het beheer ervan onderworpen is aan het toezicht van die lichamen, of ook indien de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft worden aangesteld door de staat, door territoriale overheden of door andere publiekrechtelijke lichamen;

2. ‚openbaar bedrijf': bedrijf waarover overheidsdiensten rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of het bedrijf betreffende voorschriften. Een dominerende invloed wordt geacht aanwezig te zijn, wanneer de overheidsdiensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

— de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,

of

— over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen beschikken,

of

— meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan van het bedrijf kunnen aanstellen;

[...]

4. ‚opdrachten [...] voor de uitvoering van werken [...]': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één van de in artikel 2 omschreven aanbestedende diensten en een [...] aannemer [...], die betrekking hebben op [...] de uitvoering dan wel het ontwerp en de uitvoering tezamen, dan wel het uitvoeren, met welke middelen dan ook, van de in bijlage XI bedoelde werkzaamheden van de bouwnijverheid. Deze opdrachten kunnen daarnaast ook de voor uitvoering daarvan vereiste leveringen en diensten omvatten [...]

[...]

7. ‚openbare procedures, niet-openbare procedures en procedures van gunning via onderhandelingen': de door de aanbestedende diensten gevolgde aanbestedingsprocedures, waarbij:

   a) in het geval van de openbare procedures, alle belangstellende leveranciers, aannemers of dienstverrichters mogen inschrijven;

   b) in het geval van niet-openbare procedures, alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte gegadigden mogen inschrijven;

   c) in het geval van de procedures van gunning via onderhandelingen, de aanbestedende dienst de door hem gekozen leveranciers, aannemers of dienstverrichters raadpleegt en in onderhandelingen met een of meer van hen de inhoud van de overeenkomst vaststelt."

4 Ingevolge artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/38 geldt deze richtlijn voor de „aanbestedende diensten die:

   a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

[...]"

5 De activiteiten die volgens artikel 2, lid 1, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, zijn in lid 2 van datzelfde artikel opgesomd als volgt:

a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten die aan het publiek een dienst verlenen op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van:

i) drinkwater,

of

ii) elektriciteit,

of

iii) gas of warmte;

of de drinkwater-, elektriciteits-, gas- of warmtetoevoer aan die netten;

b) de exploitatie van een geografisch gebied met het oogmerk van

i) prospectie of winning van aardolie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen,

of

ii) het verstrekken van luchthaven-, zeehaven-, binnenhaven- of andere aanlandingsfaciliteiten voor vervoer door de lucht, over zee of over de binnenwateren;

c) de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of bus of kabel.

Ten aanzien van vervoerdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een

bevoegde instantie van een lidstaat, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst;

d) de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek."

6 Artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/38 luidt als volgt:

„Bij het plaatsen van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten of bij het organiseren van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten de procedures toe die zijn aangepast aan de bepalingen van deze richtlijn."

7 Volgens artikel 6, lid 1, is deze richtlijn „niet van toepassing op opdrachten of prijsvragen voor ontwerpen waarmede de aanbestedende diensten iets anders beogen dan de uitoefening van hun in artikel 2, lid 2, bedoelde activiteiten of voor de uitoefening van die activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen sprake is van de fysieke exploitatie van een netwerk of van een geografisch gebied binnen de Gemeenschap".

8 Ten slotte bepaalt artikel 20, lid 1, van richtlijn 93/38: „Aanbestedende diensten kunnen een keuze maken uit de in artikel 1, lid 7, genoemde procedures, mits,

behoudens het in lid 2 bepaalde, een oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 21 is gedaan." Lid 2 noemt de gevallen waarin aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van een procedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging.

De nationale regeling

De federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

9 Richtlijn 93/38 is in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl. I, 56/1997; hierna: „BVergG 1997"). § 84, leden 1, 2 en 4, van hoofdstuk 5 van deze wet, „Bijzondere bepalingen voor aanbestedende diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie", bepaalt:

„(1) Voor de in de onderhavige federale wet bedoelde aanbestedende diensten, voorzover zij een activiteit in de zin van lid 2 uitoefenen, gelden [...] uitsluitend de bepalingen van dit hoofdstuk.

(2) De in lid 1 bedoelde activiteiten zijn:

1. de beschikbaarstelling of de exploitatie van vaste netten [...]

2. de exploitatie van een afgebakend geografisch gebied om [...]

3. de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, bus, trolleybus of kabel;

4. de beschikbaarstelling of de exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van een of meer telecommunicatiediensten.

[...]

(4) Ten aanzien van vervoerdiensten in de zin van lid 2, sub 3, wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een bevoegde instantie, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. [...]"

10 § 113 BVerG 1997, waarin de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt zijn geregeld, bepaalt:

„(1) Het Bundesvergabeamt is bevoegd om in beroepsprocedures op verzoek uitspraak te doen overeenkomstig de bepalingen van het volgende hoofdstuk.

(2) Het Bundesvergabeamt is tot op het tijdstip van de gunning bevoegd om ter opheffing van overtredingen van deze federale wet en van de uitvoeringsbesluiten daarvan,

1. voorlopige maatregelen te nemen, en

2. onrechtmatige besluiten van de aanbestedende dienst van de opdrachtgever nietig te verklaren.

(3) Na de gunning van een opdracht of na de beëindiging van de aanbestedingsprocedure is het Bundesvergabeamt bevoegd om vast te stellen of als gevolg van een overtreding van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de laagste inschrijver is gegund. [...]"

De federale wet van 2002 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

11 Het BVergG 1997 is met ingang van 1 september 2002 opgeheven en vervangen door een nieuwe federale wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002; hierna: „BVergG 2002"]. § 120 van laatstgenoemde wet bepaalt grotendeels hetzelfde als § 84 BVergG 1997. Anders dan dit laatste artikel, bepaalt § 120, lid 2, sub 3, echter dat in de vervoersector zowel de exploitatie als de beschikbaarstelling van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, bus, trolleybus of kabel activiteiten in de zin van lid 1 ervan zijn, waarop de in richtlijn 93/38 bedoelde specifieke regeling dus van toepassing is.

12 Wat de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt betreft, volgt het BVergG 2002 ook grotendeels het BVergG 1997, in die zin dat § 162 BVergG 2002, op enkele wijzigingen na, de tekst van § 113 BVergG 1997 overneemt.

13 § 188, lid 1, BVergG 2002, betreffende de inwerkingtreding van deze wet en de opheffing van het BVergG 1997, preciseert dat het BVergG 2002 niet van toepassing is op de procedures van plaatsing van opdrachten die vóór de inwerkingtreding ervan zijn begonnen. Bijgevolg bepaalt lid 3 van hetzelfde artikel dat het

Bundesvergabeamt het onderzoek van beroepen die vóór 1 september 2002 bij deze rechterlijke instantie zijn ingesteld, in de regel moet voortzetten op basis van de bepalingen van het BVergG 1997 in de in het BGBl. I, 136/2001 bekendgemaakte versie.

14 Volgens de tweede volzin van deze bepaling is deze regel evenwel niet van toepassing in geval van schorsing van de procedure en in geval van een verzoek om een prejudiciële beslissing. In deze twee gevallen moet het Bundesvergabeamt immers, na uitspraak te hebben gedaan over de grond voor schorsing of na ontvangst van de prejudiciële beslissing, de procedure voortzetten op basis van het BVergG 2002.

De hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

15 Aan de hoofdgedingen liggen grotendeels overeenstemmende feiten ten grondslag. De aanleiding voor de hoofdgedingen was het besluit van de ÖBB — een vennootschap waarvan alle aandelen in handen van de Oostenrijkse Staat zijn en die overeenkomstig § 1, lid 3, Bundesbahngesetz 1992 (federale spoorwegwet van 1992, BGBl. 825/1992) belast is met het vervoer van personen en goederen alsmede met de bouw en het onderhoud van de daartoe noodzakelijke infrastructuur — om de door verzoeksters in de hoofdgedingen ingediende offertes terzijde te schuiven en de in deze twee zaken bedoelde opdrachten voor de uitvoering van werken te gunnen aan concurrenten van verzoeksters. Strabag en Kostmann betwisten in wezen dat de ÖBB gebruik konden maken van de procedure van gunning via onderhandelingen.

Zaak C-462/03

16 Bij mededeling van 29 december 2000 hebben de ÖBB in het [*Supplement op het*] *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* een aankondiging van een opdracht voor de uitvoering van diverse werken, namelijk aanleg van een spoorweg en van spoorbruggen en betonwerk van gewapend beton bekendgemaakt.

17 Veertien bouwondernemingen, waaronder Strabag en Kostmann, hebben voor deze opdracht een offerte ingediend. De offertes van verzoeksters werden echter terzijde geschoven. Nadat Strabag per fax van 5 juli 2002 op de hoogte was gesteld van de naam van de door de ÖBB gekozen inschrijver, heeft zij tegen het besluit tot gunning van deze opdracht beroep ingesteld bij het Bundesvergabeamt. Zij verzoekt het Bundesvergabeambt krachtens § 113, lid 2, BVergG 1997 dat besluit nietig te verklaren en voorlopige maatregelen te nemen, te weten de aanbestedende dienst te verbieden de overeenkomst voor de betrokken opdracht te sluiten alvorens uitspraak is gedaan over de grond van de zaak.

18 Bij een eerste beslissing van 22 juli 2002, de dag zelf waarop de overeenkomst tussen de ÖBB en de gekozen inschrijver werd gesloten, heeft het Bundesvergabeamt het verzoek om voorlopige maatregelen toegewezen en het door Strabag gevraagde verbod uitgesproken.

19 Bij haar tweede beslissing, de dato 30 augustus 2002, over de grond van de zaak, heeft deze rechterlijke instantie echter geoordeeld dat de gunning overeenkomstig

de nationale en communautaire regels inzake overheidsopdrachten was verricht, zodat de vordering tot nietigverklaring van deze overeenkomst niet kon worden toegewezen. In diezelfde beslissing heeft het Bundesvergabeamt echter vastgesteld dat onrechtmatig gebruik was gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen, daar het in het hoofdgeding bedoelde infrastructuurproject een „beschikbaarstelling" van een net van openbaar vervoer was en dus niet kon worden aangemerkt als een activiteit waarop § 84, lid 2, sub 3, BVergG 1997 van toepassing is. Volgens het Bundesvergabeamt behoeft voor de vaststelling van deze onrechtmatigheid echter geen vraag betreffende de uitlegging van de communautaire regeling aan het Hof te worden gesteld, aangezien de relevante nationale bepalingen duidelijk zijn en op dit punt de bewoordingen van richtlijn 93/38, inzonderheid artikel 2, lid 2, sub c, ervan, getrouw weergeven.

20 Tegen deze laatste beslissing heeft Strabag beroep ingesteld bij het Verfassungsgerichtshof op grond dat het Bundesvergabeamt haar verzoek om een prejudiciële verwijzing ten onrechte had afgewezen. Daarnaast heeft Strabag het Bundesvergabeamt verzocht krachtens § 113, lid 3, BVergG 1997 vast te stellen dat als gevolg van een inbreuk op deze wet de opdracht niet aan de laagste inschrijver was gegund. Daartoe baseerde deze vennootschap zich op de vaststelling door diezelfde rechterlijke instantie dat ten onrechte was gekozen voor de procedure van gunning via onderhandelingen. Dit laatste verzoek, dat op 30 augustus 2002 is geformuleerd, is bij het Bundesvergabeamt ingekomen op 2 september daaraanvolgend, dit is de dag na de inwerkingtreding van het BVergG 2002.

21 Van oordeel dat in die omstandigheden de beslechting van het geding uitlegging van het gemeenschapsrecht vergde, met name gelet op de nieuwe versie van de bepaling van het BVergG 2002 betreffende de vervoersector, namelijk § 120, lid 2, sub 3, en op de zowel terminologische als taalkundige verschillen tussen de gevallen bedoeld in artikel 2, lid 2, sub a en d, van richtlijn 93/38 en die bedoeld in datzelfde lid, sub b en

c, heeft het Bundesvergabeamt de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38/EEG aldus worden uitgelegd dat, anders dan voor de andere in artikel 2, lid 2, bedoelde activiteiten op het gebied van vervoer, ‚alleen' de exploitatie van netten als relevante activiteit moet worden aangemerkt?

2) Welke activiteiten behoren tot het begrip ‚exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein' in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38/EEG? In hoeverre vallen infrastructuurprojecten daaronder? In hoeverre vallen dergelijke projecten onder het begrip ‚beschikbaarstelling van netten'?

3) Voorzover op het gebied van vervoer (per trein) uitsluitend de exploitatie van netten onder richtlijn 93/38/EEG valt (bevestigend antwoord op vraag 1): moet een beroepsinstantie een nationale bepaling die, in strijd met de bewoordingen van richtlijn 93/38/EEG, ook de ‚beschikbaarstelling van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein' als een relevante activiteit aanmerkt, dan buiten toepassing laten?"

22 Zoals in punt 15 van dit arrest is opgemerkt, zijn de aan deze tweede zaak ten grondslag liggende feiten nagenoeg dezelfde als die in zaak C-462/03. Na de bekendmaking, door de ÖBB, van verschillende aankondigingen van opdrachten voor graaf- en grondwerken, nivellering en betonnering alsmede voor het aanleggen van bruggen, het graven van putten, tunnels en ondergrondse doorgangen in het kader van de bouw van spoorlijnen en de aanleg van een tweede spoorlijn op bepaalde trajecten, heeft Kostmann voor deze opdrachten offertes ingediend.

23 Nadat de ÖBB Kostmann hadden laten weten dat haar offerte voor de eerste opdracht was afgewezen en dat deze opdracht was gegund aan een concurrent, heeft Kostmann bij brief van 13 december 2000 het Bundesvergabeamt verzocht, krachtens § 113, lid 3, BVergG 1997 vast te stellen dat de opdracht niet aan de laagste inschrijver was gegund omdat volgens haar in strijd met deze wet ten onrechte gebruik was gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen.

24 De vraag of van deze procedure rechtmatig gebruik kon worden gemaakt, is ook een twistpunt in het geschil tussen Kostmann en de ÖBB betreffende de andere, op verzoek van de ÖBB bekendgemaakte aankondigingen van opdrachten, in het kader waarvan Kostmann bij brieven van 13 december 2000 en 13 januari 2001, dus slechts enkele dagen na de bekendmaking van deze aankondigingen in het [*Supplement op het*] *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, bij dezelfde rechterlijke instantie beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld. Ook in deze zaken zijn de opdrachten gegund aan concurrenten van de verzoekster in het hoofdgeding nadat haar verzoek om voorlopige maatregelen, in enkele gevallen, was afgewezen.

25 In al deze procedures worden voor het Bundesvergabeamt in wezen dezelfde argumenten aangevoerd als in de procedure die ten grondslag ligt aan zaak

C-462/03. Ter verdediging van het gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen beroepen de ÖBB zich op het feit dat de infrastructuurprojecten waarvoor de verschillende aankondigingen zijn bekendgemaakt, relevante activiteiten in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 en in de zin van de daarmee overeenstemmende bepaling van het BVergG 1997 zijn, zodat de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 20, lid 1, van deze richtlijn vrij kon kiezen tussen een openbare procedure, een niet-openbare procedure dan wel een procedure van gunning via onderhandelingen. Kostmann stelt daarentegen dat de ÖBB de algemene regels voor plaatsing van opdrachten hadden moeten volgen, met name de regels van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), volgens welke slechts in uitzonderlijke gevallen van de procedure van gunning via onderhandelingen gebruik mag worden gemaakt, aangezien de in het hoofdgeding bedoelde infrastructuurwerken geen relevante activiteiten in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 vormen.

26 Van oordeel dat de bewoordingen van laatstgenoemde richtlijn uitlegging vergen, heeft het Bundesvergabeamt de behandeling van de zaak geschorst en het Hof drie prejudiciële vragen gesteld, die in dezelfde bewoordingen zijn geformuleerd als de in punt 21 van dit arrest weergegeven vragen.

27 Bij beschikking van de president van het Hof van 16 januari 2004 zijn de zaken C-462/03 en C-463/03 gevoegd voor de mondelinge en de schriftelijke behandeling en voor het arrest.

De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

28 In haar bij het Hof ingediende opmerkingen betwijfelt de Commissie van de Europese Gemeenschappen allereerst of de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn. Volgens haar zijn deze vragen louter theoretisch, aangezien de ÖBB een

aanbestedende dienst zijn die een in artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 specifiek genoemde activiteit uitoefenen, en de in de hoofdgedingen bedoelde infrastructuurprojecten rechtstreeks verband houden met deze activiteit. De vraag of de beschikbaarstelling van spoorwegnetten in het algemeen onder lid 2, sub c, van dat artikel valt, is dus voor de hoofdgedingen niet relevant.

29 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het in beginsel uitsluitend een zaak van de nationale rechter is aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Het Hof kan dus slechts weigeren uitspraak te doen op een vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arresten van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punten 18 en 19; 27 februari 2003, Adolf Truley, C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punten 21 en 22, en 5 februari 2004, Schneider, C-380/01, Jurispr. blz. I-1389, punten 21 en 22).

30 In casu vallen de vragen van de verwijzende rechter niet kennelijk onder een van deze categorieën.

31 Er kan immers niet op goede gronden worden gesteld dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met

het voorwerp van de hoofdgedingen of dat het vraagstuk van hypothetische aard is, want het oordeel van genoemde rechter of rechtmatig gebruik is gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen, hangt met name af van het antwoord op de vraag of de in de hoofdgedingen bedoelde infrastructuurprojecten binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen.

32 Bovendien heeft het Bundesvergabeamt het Hof alle gegevens verstrekt die het nodig heeft om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.

33 Derhalve dienen deze vragen ontvankelijk te worden verklaard.

Beantwoording van de eerste en de tweede vraag

34 Met zijn eerste twee vragen, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/38 is. Zowel uit de toelichting in de verwijzingsbeschikkingen als uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt immers dat het Bundesvergabeamt met zijn vragen over de draagwijdte van de begrippen „exploitatie" en „beschikbaarstelling" van vervoernetten wenst te vernemen of de in de hoofdgedingen bedoelde infrastructuurprojecten activiteiten in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van deze richtlijn zijn, en of de aanbestedende dienst bijgevolg mocht afwijken van de algemene regels inzake plaatsing van opdrachten die zijn neergelegd in richtlijn 93/37, en toepassing mocht maken van de regels van richtlijn 93/38, die een ruimer gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen toestaat.

35 In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38 bepaalt dat deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 van dat artikel bedoelde activiteiten tot taak hebben.

36 Bovendien bepaalt artikel 4, lid 1, van deze richtlijn dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van hun opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten of bij het organiseren van hun prijsvragen voor ontwerpen, de procedures toepassen die zijn aangepast aan de bepalingen van dezelfde richtlijn.

37 Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft opgemerkt, volgt uit deze twee bepalingen, in hun onderlinge samenhang gelezen, dat de activiteit die de betrokken aanbestedende dienst uitoefent, en het verband tussen deze activiteit en de door deze dienst geplande opdracht bepalen of richtlijn 93/38 van toepassing is. Wanneer de aanbestedende dienst een van de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/38 genoemde activiteiten tot taak heeft en in het kader van de uitoefening van deze activiteit, hetgeen de nationale rechter moet controleren, van plan is, een opdracht voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten te plaatsen of een prijsvraag voor ontwerpen te organiseren, zijn de bepalingen van deze richtlijn op deze opdracht of deze prijsvraag van toepassing. Anders gelden voor de opdracht of de prijsvraag, naar gelang van het geval, de regels van de richtlijnen betreffende de plaatsing van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten.

38 Deze uitlegging vindt overigens uitdrukkelijk steun in de bewoordingen van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/38, volgens hetwelk deze richtlijn niet van toepassing is op met name opdrachten of prijsvragen waarmee de aanbestedende diensten iets anders beogen dan de uitoefening van hun in artikel 2, lid 2, van deze richtlijn bedoelde activiteiten, en in de dertiende overweging van de considerans ervan, waarin wordt verklaard dat de werkingssfeer van deze richtlijn zich niet dient uit te strekken tot werkzaamheden van deze diensten die buiten de sectoren water- en

energievoorziening, vervoer en telecommunicatie liggen, dan wel erbinnen liggen maar toch rechtstreeks blootstaan aan de concurrentie op marktgebieden waar de toegang niet aan beperking onderhevig is.

39 Gelet op een en ander dient op de eerste twee vragen in elk van de twee hoofdgedingen te worden geantwoord dat wanneer een aanbestedende dienst een van de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/38 specifiek genoemde activiteiten tot taak heeft en in het kader van de uitoefening van deze activiteit van plan is, een opdracht voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten te plaatsen of een prijsvraag voor ontwerpen te organiseren, de bepalingen van deze richtlijn van toepassing zijn op deze opdracht of deze prijsvraag.

Beantwoording van de derde vraag

40 Met zijn derde vraag, die in de twee hoofdgedingen in dezelfde bewoordingen is geformuleerd, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of hij een nationale rechtsregel die in strijd met artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 bepaalt dat ook de beschikbaarstelling van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein een activiteit is die onder een van de in deze richtlijn bedoelde sectoren valt, buiten toepassing moet laten.

41 Deze vraag berust op de premisse dat infrastructuurwerken als aan de orde in de hoofdgedingen niet binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallen, aangezien volgens de verwijzende rechter dergelijke werken moeten worden

gelijkgesteld met een „beschikbaarstelling" van vervoernetten en deze activiteit niet uitdrukkelijk wordt genoemd in artikel 2, lid 2, sub c, van deze richtlijn.

42 Deze premisse is echter onjuist. Zoals in punt 37 van dit arrest is opgemerkt, bepalen de door de betrokken aanbestedende dienst uitgeoefende activiteit en het verband tussen deze activiteit en de door deze dienst geplande opdracht, of richtlijn 93/38 van toepassing is.

43 In die omstandigheden behoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

44 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Wanneer een aanbestedende dienst een van de activiteiten, specifiek genoemd in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, tot taak heeft en in het kader van de uitoefening van deze activiteit van plan is, een opdracht voor leveringen, voor de uitvoering van werken of voor het verrichten van diensten te plaatsen of een prijsvraag voor ontwerpen te organiseren, zijn de bepalingen van deze richtlijn van toepassing op deze opdracht of deze prijsvraag.

ondertekeningen