ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (δεύτερο τμήμα)
της 16ης Ιουνίου 2005 *

Στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-462/03 και C-463/03,

με αντικείμενο αιτήσεις εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το Bundesvergabeamt (Αυστρία) με απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2003, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 4 Νοεμβρίου 2003, στο πλαίσιο της δίκης

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

κατά

Österreichische Bundesbahnen,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (δεύτερο τμήμα),

συγκείμενο από τους C. W. A. Timmermans (εισηγητή), πρόεδρο τμήματος, R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, Γ. Αρέστη και J. Klučka δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: P. Léger
γραμματέας: R. Grass

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

— η Strabag AG, εκπροσωπούμενη από τον W. Mecenovic, Rechtsanwalt,

— η Kostmann GmbH, εκπροσωπούμενη από τον R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— ο Österreichische Bundesbahnen, εκπροσωπούμενος από τον J. Schramm, Rechtsanwalt,

— η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

— η Γαλλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους G. de Bergues και D. Petrausch,

— η Κυβέρνηση των Κάτω Χωρών, εκπροσωπούμενη από την S. Terstal και τον N. A. J. Bel,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον K. Wiedner,

κατόπιν της αποφάσεως που έλαβε, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Οι αιτήσεις εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορούν την ερμηνεία του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της

14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84).

2 Οι αιτήσεις αυτές υποβλήθηκαν στο πλαίσιο δύο διαφορών μεταξύ των εταιριών Strabag AG (στο εξής: Strabag) και Kostmann GmbH (στο εξής: Kostmann) και του Österreichische Bundesbahnen (εθνικού οργανισμού αυστριακών σιδηροδρόμων, στο εξής: ÖBB) όσον αφορά την ανάθεση σε ανταγωνίστριές τους επιχειρήσεις έργων σχετικών με την κατασκευή σιδηροδρομικών γραμμών και την επέκτασή τους σε δύο λωρίδες, που αφορούν ιδίως την εκτέλεση έργων επιχωματώσεως, ισοσταθμίσεως και εκχύσεως σκυροδέματος, καθώς και την κατασκευή γεφυρών και σιδηροδρόμων.

Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση

3 Το άρθρο 1 της οδηγίας 93/38 ορίζει ορισμένες από τις έννοιες που χρησιμοποιεί η οδηγία. Συγκεκριμένα, κατά τα σημεία 1, 2, 4 και 7 του εν λόγω άρθρου, νοούνται ως:

«1) "δημόσιες αρχές": το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μίας ή περισσότερων αρχών ή οργανισμών δημοσίου δικαίου.

Νοείται ως οργανισμός δημοσίου δικαίου, κάθε οργανισμός ο οποίος:

— έχει συσταθεί με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στο βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα,

— έχει νομική προσωπικότητα

και

— είτε χρηματοδοτείται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από το κράτος, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, είτε η διαχείρισή του υπόκειται στον έλεγχο των οργανισμών αυτών, είτε διοικείται, διευθύνεται ή εποπτεύεται από όργανο του οποίου περισσότερα από τα μισά μέλη διορίζονται από το κράτος, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου·

2) "δημόσιες επιχειρήσεις": οι επιχειρήσεις στις οποίες οι δημόσιες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, καθοριστική επιρροή είτε επειδή έχουν κυριότητα ή χρηματοδοτική συμμετοχή, είτε λόγω των κανόνων που διέπουν τις επιχειρήσεις αυτές. Η καθοριστική αυτή επιρροή εκ μέρους των δημοσίων αρχών τεκμαίρεται όταν οι εν λόγω αρχές, έμμεσα ή άμεσα:

— κατέχουν το μεγαλύτερο μέρος του καλυφθέντος κεφαλαίου μιας επιχείρησης

ή

— διαθέτουν την πλειονότητα των ψήφων οι οποίες αντιστοιχούν στους τίτλους που έχει εκδώσει η επιχείρηση

ή

— μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης·

[...]

4) "συμβάσεις [...] έργων [...]": οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός από τους αναθέτοντες φορείς που αναφέρονται στο άρθρο 2 και ενός [...] εργολήπτη [...] και έχουν ως αντικείμενο [...] είτε την εκτέλεση, είτε τόσο την εκτέλεση όσο και τον σχεδιασμό, είτε την πραγματοποίηση, με οιοδήποτε μέσον, κτιριακών έργων ή έργων πολιτικού μηχανικού που αναφέρονται στο παράρτημα XI. Οι συμβάσεις αυτές μπορεί, εξάλλου, να περιλαμβάνουν τις προμήθειες και τις υπηρεσίες που είναι αναγκαίες για την εκτέλεσή τους [...].

[...]

7) "ανοικτή διαδικασία, κλειστή διαδικασία ή διαδικασία με διαπραγμάτευση": οι διαδικασίες σύναψης που εφαρμόζουν οι αναθέτοντες φορείς και στις οποίες:

α) όσον αφορά τις ανοικτές διαδικασίες, όλοι οι ενδιαφερόμενοι προμηθευτές, εργολήπτες, ή παρέχοντες υπηρεσίες μπορούν να υποβάλλουν προσφορά·

β) όσον αφορά τις κλειστές διαδικασίες, μπορούν να υποβάλλουν προσφορά μόνο οι υποψήφιοι που καλούνται από τον αναθέτοντα φορέα·

γ) όσον αφορά τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση, ο αναθέτων φορέας απευθύνεται σε προμηθευτές ή εργολήπτες ή παρέχοντες υπηρεσίες της επιλογής του και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς.»

4 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38, οι διατάξεις της οδηγίας εφαρμόζονται ιδίως στους «αναθέτοντες φορείς οι οποίοι:

α) είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν δραστηριότητα που αναφέρεται στην παράγραφο 2·

[...]»

5 Οι δραστηριότητες που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής —και για τις οποίες γίνεται λόγος στην παράγραφο 1 του ίδιου άρθρου— είναι, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 2, οι ακόλουθες:

«α) η διάθεση ή η εκμετάλλευση σταθερών δικτύων σχεδιασμένων για να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής:

i) πόσιμου νερού

ή

ii) ηλεκτρισμού

ή

iii) αερίου ή θερμότητας

ή η τροφοδότηση των δικτύων αυτών με πόσιμο νερό, ηλεκτρισμό, αέριο ή θερμότητα·

β) η εκμετάλλευση μιας συγκεκριμένης γεωγραφικής περιοχής, με σκοπό:

i) την αναζήτηση, συλλογή ή εξόρυξη πετρελαίου, αερίου, άνθρακα ή άλλων στερεών καυσίμων

ή

ii) τη διάθεση αερολιμένων, θαλάσσιων ή ποτάμιων λιμένων ή άλλων τερματικών σταθμών μεταφορικών μέσων σε αεροπορικούς, θαλάσσιους ή ποτάμιους μεταφορείς·

γ) η εκμετάλλευση δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο.

Όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών, θεωρείται ότι υφίσταται δίκτυο όταν η υπηρεσία παρέχεται με τους όρους που ορίζονται από την αρμόδια αρχή ενός

κράτους μέλους, όπως οι όροι που αφορούν τις ακολουθητέες διαδρομές, τη διαθέσιμη μεταφορική ικανότητα ή τη συχνότητα παροχής της υπηρεσίας·

δ) η διάθεση ή εκμετάλλευση δημοσίων τηλεπικοινωνιακών δικτύων ή η παροχή μιας ή περισσοτέρων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς το κοινό.»

6 Το άρθρο 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 ορίζει τα εξής:

«Για τη σύναψη συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών ή την οργάνωση διαγωνισμών μελετών, οι αναθέτοντες φορείς εφαρμόζουν τις διαδικασίες που είναι προσαρμοσμένες στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας.»

7 Το άρθρο 6, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας διευκρινίζει ότι η οδηγία «δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις ή στους διαγωνισμούς μελετών που συνάπτουν ή οργανώνουν οι αναθέτοντες φορείς με σκοπούς άλλους από τις κατ' άρθρο 2, παράγραφος 2, δραστηριότητές τους, ή για την άσκηση αυτών των δραστηριοτήτων σε τρίτη χώρα, υπό συνθήκες που δεν προϋποθέτουν την υλική εκμετάλλευση ενός δικτύου ή μιας γεωγραφικής περιοχής στο εσωτερικό της Κοινότητας.»

8 Τέλος, κατά το άρθρο 20, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38, «[ο]ι αναθέτοντες φορείς μπορούν να επιλέγουν οποιαδήποτε από τις διαδικασίες που περιγράφονται

στο άρθρο 1, σημείο 7, εφόσον, υπό την επιφύλαξη της παραγράφου 2, έχει προκηρυχθεί διαγωνισμός σύμφωνα με το άρθρο 21». Η εν λόγω παράγραφος 2 αριθμεί επακριβώς τις περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να προσφύγουν σε διαδικασία χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού.

Η εθνική κανονιστική ρύθμιση

Ο ομοσπονδιακός νόμος του 1997 περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων

9 Κατά το αυστριακό δίκαιο, η οδηγία 93/38 τέθηκε σε εφαρμογή με τον ομοσπονδιακό νόμο του 1997 περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, στο εξής: BVergG 1997]. Κατά το άρθρο 84, παράγραφοι 1, 2 και 4, που περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 5 του εν λόγω νόμου το οποίο τιτλοφορείται «Ειδικές διατάξεις περί αναθετουσών αρχών στον τομέα του ύδατος, της ενέργειας και των μεταφορών, καθώς και στον τομέα των τηλεπικοινωνιών»:

«(1) Οι διατάξεις του κεφαλαίου αυτού εφαρμόζονται μόνον αν οι αναθέτουσες αρχές τις οποίες αφορά ο παρών νόμος ασκούν δραστηριότητα κατά την έννοια της παραγράφου 2 [...].

(2) Οι δραστηριότητες στις οποίες αναφέρεται η παράγραφος 1 είναι οι ακόλουθες:

1. η διάθεση ή η εκμετάλλευση σταθερών δικτύων [...],

2. η εκμετάλλευση συγκεκριμένης γεωγραφικής περιοχής με σκοπό [...],

3. η εκμετάλλευση σταθερών δικτύων με σκοπό την παροχή στο κοινό υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών και των μεταφορών με αυτόματα συστήματα, τραμ, λεωφορεία, τρόλεϊ ή καλωδιοφόρα μέσα·

4. η διάθεση ή εκμετάλλευση των κρατικών δικτύων τηλεπικοινωνιών ή η παροχή υπηρεσιών τηλεπικοινωνίας.

[...]

(4) Όσον αφορά τις υπηρεσίες μεταφορών στις οποίες αναφέρεται η παράγραφος 2, στοιχείο 3, γίνεται δεκτό ότι υφίσταται δίκτυο όταν η υπηρεσία παρέχεται υπό τους όρους που θέτει αρμόδια αρχή, όπως είναι οι όροι περί των δρομολογίων που πρέπει να εκτελούνται, περί της διαθέσιμης μεταφορικής ικανότητας ή περί της συχνότητας παροχής της υπηρεσίας. [...]»

10 Το άρθρο 113 του BVergG 1997 καθορίζει τις αρμοδιότητες του Bundesvergabeamt (ομοσπονδιακό γραφείο δημοσίων διαγωνισμών). Προβλέπει τα εξής:

«(1) Το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να εκδικάζει τις προσφυγές, των οποίων επιλαμβάνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του ακόλουθου κεφαλαίου.

(2) Προς άρση των παραβάσεων του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο, μέχρι τη σύναψη της συμβάσεως, για:

1. τη λήψη προσωρινών μέτρων και

2. την ακύρωση παρανόμων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

(3) Μετά τη σύναψη της συμβάσεως ή την ολοκλήρωση της διαδικασίας αναθέσεως του αντικειμένου της, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να εξακριβώνει αν, κατά παράβαση του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του, το αντικείμενο της συμβάσεως δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά. [...]»

Ο ομοσπονδιακός νόμος του 2002 για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων

11 Ο BVergG 1997 καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε, από 1ης Σεπτεμβρίου 2002, από νέο ομοσπονδιακό νόμο περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002, στο εξής: BVergG 2002]. Το άρθρο 120 του τελευταίου αυτού νόμου επαναλαμβάνει, σε μεγάλο βαθμό, τη διατύπωση του άρθρου 84 του BVergG 1997. Ωστόσο, αντιθέτως προς το τελευταίο αυτό άρθρο, το άρθρο 120, παράγραφος 2, σημείο 3, του BVergG 2002 ορίζει ότι, όσον αφορά τον τομέα των μεταφορών, τόσο η εκμετάλλευση όσο και η διάθεση δικτύων με σκοπό την παροχή υπηρεσίας στο κοινό στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών και των μεταφορών με αυτόματα συστήματα, τραμ, λεωφορεία, τρόλεϊ ή καλωδιοφόρα μέσα συγκαταλέγονται στις δραστηριότητες οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παραγράφου 1 του εν λόγω άρθρου και διέπονται, κατά συνέπεια, από το ειδικό καθεστώς που προβλέπει η οδηγία 93/38.

12 Όσον αφορά τις αρμοδιότητες του Bundesvergabeamt, ο BVergG 2002 στηρίζεται επίσης, σε μεγάλο βαθμό, στις διατάξεις του BVergG 1997, και, συγκεκριμένα, το άρθρο 162 του BVergG 2002 επαναλαμβάνει, με ορισμένες τροποποιήσεις, ιδίως τη διατύπωση του άρθρου 113 του BVergG 1997.

13 Το άρθρο 188 του BVergG 2002, που αφορά τη θέση σε ισχύ του νόμου αυτού και την κατάργηση του BVergG 1997, διευκρινίζει, με την παράγραφο 1, ότι ο BVergG 2002 δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων που κινήθηκαν πριν από την ημερομηνία θέσεώς του σε ισχύ. Κατά συνέπεια, η παράγραφος 3 του ίδιου

άρθρου προβλέπει ότι, αν ασκήθηκαν προσφυγές ενώπιον του Bundesvergabeamt πριν την 1η Σεπτεμβρίου 2002, το όργανο αυτό υποχρεούται καταρχήν να εξετάσει τις εν λόγω προσφυγές βάσει των διατάξεων του BVergG 1997, όπως δημοσιεύθηκε στο BGBl. I, 136/2001.

14 Κατά τη δεύτερη περίοδο της ίδιας διατάξεως, πάντως, ο κανόνας αυτός δεν εφαρμόζεται σε περίπτωση αναστολής της διαδικασίας ή υποβολής αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως [...]. Στις δύο αυτές περιπτώσεις, το Bundesvergabeamt οφείλει, συγκεκριμένα, αφού αποφανθεί επί του ζητήματος στο οποίο στηρίχθηκε η αναστολή ή αφού λάβει την απόφαση περί παραπομπής, να κινήσει τη σχετική διαδικασία βάσει του BVergG 2002.

Οι διαφορές της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

15 Οι διαφορές της κύριας δίκης στηρίζονται σε παρεμφερή πραγματικά περιστατικά. Αφετηρία τους είναι η απόφαση με την οποία ο ÖBB — οργανισμός του οποίου το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στο αυστριακό Δημόσιο και του οποίου αποστολή είναι, σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 3, του ομοσπονδιακού νόμου του 1992 περί σιδηροδρόμων (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992), να εξασφαλίζει τη μεταφορά των προσώπων και των εμπορευμάτων, καθώς και να κατασκευάζει και να συντηρεί τις σχετικές εγκαταστάσεις — απέρριψε τις προσφορές που υπέβαλαν οι αιτούσες της κύριας δίκης εταιρίες και ανέθεσαν την εκτέλεση των επίδικων στις δύο αυτές υποθέσεις έργων σε ανταγωνίστριες εταιρίες. Οι εταιρίες Strabag και Kostmann βάλλουν, κατ' ουσίαν, κατά της εκ μέρους του ÖBB εφαρμογής διαδικασίας συνάψεως των συμβάσεων με διαπραγμάτευση.

Υπόθεση C-462/03

16 Με ανακοίνωση της 29ης Δεκεμβρίου 2000, ο ÖBB δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* προκήρυξη διαγωνισμού για την εκτέλεση διαφόρων έργων τοποθετήσεως οπλισμένου σκυροδέματος και την κατασκευή σιδηροδρόμων, καθώς και σιδηροδρομικών γεφυρών.

17 Δεκατέσσερις επιχειρήσεις κατασκευών, μεταξύ των οποίων οι εταιρίες Strabag και Kostmann, υπέβαλαν προσφορά στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού. Οι προσφορές των εν λόγω εταιριών ωστόσο απορρίφθηκαν. Η Strabag, έχοντας ενημερωθεί, με τηλεομοιοτυπία της 5ης Ιουλίου 2002, για το όνομα του αναδόχου που όρισε ο ÖBB, αποφάσισε να ασκήσει προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως του εν λόγω έργου, με την οποία ζήτησε, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 113, παράγραφος 2, του BVergG 1997, αφενός, την ακύρωση της εν λόγω αποφάσεως και, αφετέρου, τη λήψη προσωρινών μέτρων προκειμένου να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να εμποδίσει τη σύναψη της επίδικης συμβάσεως πριν εκδοθεί απόφαση επί της ουσίας.

18 Με μια πρώτη απόφαση που εκδόθηκε στις 22 Ιουλίου 2002, ήτοι αυθημερόν της συνάψεως της συμβάσεως μεταξύ του ÖBB και της αναδόχου επιχειρήσεως, το Bundesvergabeamt δέχθηκε την αίτηση λήψεως προσωρινών μέτρων και απηύθυνε τη διαταγή που ζήτησε η Strabag.

19 Με τη δεύτερη απόφασή του, της 30ής Αυγούστου 2002, το εν λόγω δικαστήριο, αποφαινόμενο επί της ουσίας, έκρινε, ωστόσο, ότι η ανάθεση στην οποία προέβη

ήταν σύμφωνη προς τους εθνικούς και κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, οπότε δεν ήταν πλέον δυνατό να γίνει δεκτή η αίτηση ακυρώσεως της εν λόγω συμβάσεως. Με την ίδια αυτή απόφαση, το Bundesvergabeamt διαπίστωσε, εντούτοις, ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση που εφαρμόστηκε για τη σύναψη των συμβάσεων ήταν παράνομη. Στηρίχθηκε, επί του σημείου αυτού, στο ότι το επίδικο στην υπόθεση της κύριας δίκης σχέδιο υποδομών αφορούσε τη «διάθεση» δημοσίου δικτύου μεταφορών και, συνεπώς, δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως δραστηριότητα εμπίπτουσα στον πεδίο εφαρμογής του άρθρου 84, παράγραφος 2, σημείο 3, του BVergG 1997. Κατά το Bundesvergabeamt, ωστόσο, για να διαπιστωθεί ο παράνομος χαρακτήρας μιας τέτοιας διαδικασίας δεν απαιτείται να έχει υποβληθεί στην κρίση του Δικαστηρίου ζήτημα ερμηνείας της κοινοτικής κανονιστικής ρυθμίσεως, καθόσον οι κρίσιμες διατάξεις του εθνικού δικαίου είναι σαφείς και επαναλαμβάνουν πιστά, επί του σημείου αυτού, τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 93/38 και, ειδικότερα, του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', αυτής.

20 Κατόπιν της εκδόσεως της τελευταίας αυτής αποφάσεως, η Strabag, αφενός, την προσέβαλε ενώπιον του Verfassungsgerichtshof υποστηρίζοντας, μεταξύ άλλων, ότι κακώς το Bundesvergabeamt απέρριψε την αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε ενώπιον του. Αφετέρου, η Strabag ζήτησε από το Bundesvergabeamt να διαπιστώσει, βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG 1997, ότι, κατόπιν παραβάσεως του εν λόγω νόμου, το έργο δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά. Στηρίχθηκε, επί του σημείου αυτού, στη διαπίστωση στην οποία προέβη το ίδιο αυτό δικαστήριο, ότι δηλαδή η εκ μέρους του ÖBB επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη συμβάσεων ήταν εσφαλμένη. Η εν λόγω αίτηση, η οποία υποβλήθηκε στις 30 Αυγούστου 2002, περιήλθε στο Bundesvergabeamt στις 2 Σεπτεμβρίου 2002, ήτοι την επομένη της θέσεως σε ισχύ του BVergG 2002.

21 Το Bundesvergabeamt, εκτιμώντας, υπό τις συνθήκες αυτές, ότι επρόκειτο περί ζητήματος το οποίο απαιτεί ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της επαναδιατυπώσεως της διατάξεως του BVergG 2002 περί μεταφορών, ήτοι του άρθρου 120, παράγραφος 2, σημείο 3, του νόμου αυτού, και των διαφορών, σε επίπεδο τόσο ορολογίας όσο και γλωσσικής αποδόσεως, μεταξύ των

περιπτώσεων τις οποίες διέπουν, αφενός, το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχεία α' και δ', της οδηγίας 93/38 και, αφετέρου, τα στοιχεία β' και γ' της ίδιας παραγράφου, αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Πρέπει το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, όσον αφορά τον τομέα των μεταφορών, αντιθέτως προς ό,τι ισχύει για τις άλλες περιπτώσεις του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', "μόνον" η εκμετάλλευση των δικτύων πρέπει να θεωρείται τομεακή δραστηριότητα;

2) Ποιες δραστηριότητες εμπίπτουν στην έννοια "εκμετάλλευση δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο" σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ; Κατά πόσον εμπίπτουν σε αυτήν, ειδικότερα, μέτρα στον τομέα των υποδομών; Κατά πόσον τέτοια μέτρα εμπίπτουν στην έννοια "διάθεση δικτύων";

3) Κατά το μέτρο που, στον τομέα των μεταφορών (με σιδηρόδρομο), μόνον η εκμετάλλευση δικτύων εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ (ήτοι σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα): πρέπει η εκδικάζουσα την προσφυγή αρχή να μην εφαρμόσει εθνική νομοθετική ρύθμιση η οποία, αντιθέτως προς το γράμμα της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, αναγράφει και τη "διάθεση δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο" ως τομεακή δραστηριότητα;»

22 Όπως επισημάνθηκε με τη σκέψη 15 της παρούσας αποφάσεως, τα πραγματικά περιστατικά της δεύτερης αυτής υποθέσεως είναι ανάλογα εκείνων της υποθέσεως C-462/03. Κατόπιν της εκ μέρους του ÖBB προκηρύξεως διαφόρων διαγωνισμών για την εκτέλεση έργων ανασκαφής, επιχωματώσεως, ισοσταθμίσεως και εκχύσεως σκυροδέματος, καθώς και την κατασκευή γεφυρών, φρεατίων, σηράγγων και υπογείων διαβάσεων προς διευκόλυνση της κατασκευής ή της επεκτάσεως σε δύο λωρίδες ορισμένων σιδηροδρομικών γραμμών, η Kostmann υπέβαλε τις προσφορές της προκειμένου να της ανατεθούν τα εν λόγω έργα.

23 Η Kostmann, αφού ενημερώθηκε από τον ÖBB ότι η προσφορά που είχε υποβάλει στο πλαίσιο του πρώτου διαγωνισμού δεν έγινε δεκτή και ότι η εν λόγω σύμβαση ανατέθηκε σε ανταγωνίστρια επιχείρηση, ζήτησε από το Bundesvergabeamt, με έγγραφο της 13ης Δεκεμβρίου 2000, να διαπιστώσει, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG 1997, ότι η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά, λόγω, όπως υποστηρίζει, της αδικαιολόγητης εφαρμογής, κατά παράβαση του εν λόγω νόμου, διαδικασίας με διαπραγμάτευση.

24 Η νομιμότητα της εφαρμογής της τελευταίας αυτής διαδικασίας προσβάλλεται επίσης στο πλαίσιο της διαφοράς μεταξύ της Kostmann και του ÖBB όσον αφορά τις λοιπές προκηρύξεις διαγωνισμού που δημοσιεύθηκαν κατόπιν αιτήσεως των εν λόγω εταιριών, στο πλαίσιο προσφυγής ακυρώσεως που άσκησε η Kostmann ενώπιον του δικαστηρίου αυτού, με έγγραφα της 13ης Δεκεμβρίου 2000 και της 13ης Ιανουαρίου 2001, ήτοι λίγες μόνον ημέρες μετά τη δημοσίευση των εν λόγω προκηρύξεων στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*. Στις υποθέσεις αυτές, οι συμβάσεις ανατέθηκαν, επίσης, σε ανταγωνίστριες επιχειρήσεις της αιτούσας της κύριας δίκης, αφού απορρίφθηκε, σε ορισμένες περιπτώσεις, η εκ μέρους της υποβληθείσα αίτηση λήψεως προσωρινών μέτρων.

25 Τα επιχειρήματα που προβλήθηκαν ενώπιον του Bundesvergabeamt στο πλαίσιο των διαφόρων αυτών διαδικασιών συμπίπτουν, κατ' ουσίαν, με εκείνα της

υποθέσεως C-462/03. Ο ÖBB τάσσεται υπέρ της εφαρμογής της διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη συμβάσεων, στηριζόμενος στο ότι τα σχέδια υποδομών που αποτέλεσαν αντικείμενο των διαφόρων προκηρύξεων διαγωνισμών αποτελούν δραστηριότητα εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38, καθώς και της αντίστοιχης διατάξεως του BVergG 1997, οπότε, σύμφωνα με το άρθρο 20, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορούσε ελεύθερα να εφαρμόσει ανοικτή, κλειστή ή με διαπραγμάτευση διαδικασία. Αντιθέτως, η Kostmann υποστηρίζει ότι ο ÖBB έπρεπε να προσφύγει στους συνήθεις κανόνες συνάψεως συμβάσεων και ιδίως στους κανόνες που προβλέπει η οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), η οποία προβλέπει απλώς την κατ' εξαίρεση εφαρμογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, καθόσον τα επίδικα έργα υποδομής δεν περιλαμβάνονται στις δραστηριότητες του τομέα τον οποίο διέπει το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38.

26 Το Bundesvergabeamt, εκτιμώντας, υπό τις συνθήκες αυτές, ότι οι διατάξεις της τελευταίας αυτής οδηγίας έχρηζαν ερμηνείας, αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τρία προδικαστικά ερωτήματα, των οποίων η διατύπωση συμπίπτει με εκείνη των ερωτημάτων που παρατίθενται στη σκέψη 21 της παρούσας αποφάσεως.

27 Με διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 16ης Ιανουαρίου 2004, οι υποθέσεις C-462/03 και C-463/03 ενώθηκαν προς διευκόλυνση της γραπτής και προφορικής διαδικασίας και προς έκδοση κοινής αποφάσεως.

Επί του παραδεκτού των προδικαστικών ερωτημάτων

28 Με τις παρατηρήσεις που υπέβαλε ενώπιον του Δικαστηρίου, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων εκφράζει, καταρχάς, αμφιβολίες ως προς το παραδεκτό των υποβληθέντων ερωτημάτων. Υποστηρίζει, συναφώς, ότι τα ερωτήματα αυτά

είναι αμιγώς θεωρητικού χαρακτήρα, δεδομένου ότι ο ÖBB έχει χαρακτήρα αναθέτουσας αρχής ασκούσας δραστηριότητα την οποία προβλέπει ειδικώς το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38 και ότι τα επίδικα στην κύρια δίκη σχέδια υποδομών συνδέονται άμεσα με την εν λόγω δραστηριότητα. Συνεπώς, το ζήτημα αν η διάθεση σιδηροδρομικών δικτύων εμπίπτει, εν γένει, στην παράγραφο 2, στοιχείο γ', του άρθρου αυτού δεν ασκεί επιρροή στις υποθέσεις της κύριας δίκης.

29 Συναφώς, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, απόκειται καταρχήν στο εθνικό δικαστήριο που έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της δικαστικής αποφάσεως που πρόκειται να εκδοθεί να εκτιμήσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιομορφίες της υποθέσεως, τόσο την αναγκαιότητα μιας προδικαστικής αποφάσεως για την έκδοση της δικής του αποφάσεως όσο και τη λυσιτέλεια των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Συνεπώς, άρνηση απαντήσεως σε προδικαστικό ερώτημα εθνικού δικαστηρίου μπορεί να προβληθεί μόνον όταν προδήλως προκύπτει ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου την οποία ζητεί το εθνικό δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή ακόμα όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 22ας Ιανουαρίου 2002, C-390/99, Canal Satélite Digital, Συλλογή 2002, σ. I-607, σκέψεις 18 και 19, της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-373/00, Adolf Truley, Συλλογή 2003, σ. I-1931, σκέψεις 21 και 22, καθώς και της 5ης Φεβρουαρίου 2004, C-380/01, Schneider, Συλλογή 2004, σ. I-1389, σκέψεις 21 και 22).

30 Εν προκειμένω, δεν προκύπτει προδήλως ότι τα ερωτήματα που έθεσε το αιτούν δικαστήριο εμπίπτουν σε μία από αυτές τις κατηγορίες περιπτώσεων.

31 Αφενός, συγκεκριμένα, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου που ζητείται από το Δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το

αντικείμενο των διαφορών της κύριας δίκης ή ότι το πρόβλημα που τίθεται είναι υποθετικής φύσεως, καθόσον η εκ μέρους του εν λόγω δικαστηρίου εκτίμηση της νομιμότητας της εφαρμογής διαδικασίας με διαπραγμάτευση για τη σύναψη των συμβάσεων εξαρτάται, μεταξύ άλλων, από το αν τα επίδικα στην κύρια δίκη σχέδια υποδομών εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38.

32 Αφετέρου, το Bundesvergabeamt παρέσχε στο Δικαστήριο όλα τα στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν.

33 Συνεπώς, τα ερωτήματα αυτά πρέπει να κηρυχθούν παραδεκτά.

Επί του πρώτου και του δευτέρου ερωτήματος

34 Με τα δύο πρώτα ερωτήματά του, τα οποία πρέπει να εξεταστούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται, κατ' ουσίαν, επί του καθ' ύλην πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 93/38. Συγκεκριμένα, τόσο από τις εξηγήσεις που περιλαμβάνουν οι διατάξεις περί παραπομπής όσο και από τις παρατηρήσεις που υποβλήθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου προκύπτει ότι το Bundesvergabeamt, με τα ερωτήματά του περί του περιεχομένου των όρων «εκμετάλλευση» και «διάθεση» δικτύων μεταφοράς, επιδιώκει να εξακριβώσει αν τα επίδικα στην κύρια δίκη σχέδια υποδομών συγκαταλέγονται στις δραστηριότητες του τομέα στον οποίο αναφέρεται το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της εν λόγω οδηγίας και αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε, κατά συνέπεια, να παρεκκλίνει από τους συνήθεις κανόνες συνάψεως συμβάσεων τους οποίους προβλέπει η οδηγία 93/37 και να εφαρμόσει τους κανόνες της οδηγίας 93/38, οι οποίοι παρέχουν τη δυνατότητα ευρύτερης εφαρμογής διαδικασίας με διαπραγμάτευση.

35 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί, αφενός, ότι η οδηγία 93/38, κατά το άρθρο της 2, παράγραφος 1, στοιχείο α΄, εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι αποτελούν δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν μία από τις δραστηριότητες στις οποίες αναφέρεται η παράγραφος 2 του ίδιου άρθρου.

36 Από το άρθρο 4, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας προκύπτει, αφετέρου, ότι οι αναθέτουσες αρχές, όταν συνάπτουν τις συμβάσεις τους προμηθειών, έργων ή υπηρεσιών, ή όταν οργανώνουν τις προκηρύξεις των διαγωνισμών τους, εφαρμόζουν τις διαδικασίες που συνάδουν προς τις διατάξεις της ίδιας οδηγίας.

37 Όπως ορθώς επισήμανε η Επιτροπή με τις γραπτές παρατηρήσεις της, από τον συνδυασμό των δύο αυτών διατάξεων προκύπτει ότι η εφαρμογή της οδηγίας 93/38 εξαρτάται από τη δραστηριότητα που ασκεί η οικεία αναθέτουσα αρχή καθώς και από τη σχέση μεταξύ της δραστηριότητας αυτής και της συμβάσεως που σχεδιάζει η εν λόγω επιχείρηση. Αν η επιχείρηση αυτή ασκεί μία από τις δραστηριότητες του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38 και, στο πλαίσιο της εν λόγω δραστηριότητας, σχεδιάζει, πράγμα που το εθνικό δικαστήριο πρέπει να εξακριβώσει, να συνάψει σύμβαση υπηρεσιών, έργων ή προμηθειών, ή να οργανώσει διαγωνισμό, οι διατάξεις της οδηγίας αυτής εφαρμόζονται στην εν λόγω σύμβαση ή στον εν λόγω διαγωνισμό. Στην αντίθετη περίπτωση, η εν λόγω σύμβαση ή ο εν λόγω διαγωνισμός διέπονται από τους κανόνες που προβλέπει η οδηγία σχετικά με τη σύναψη συμβάσεων υπηρεσιών, έργων ή προμηθειών, αντιστοίχως.

38 Υπέρ της ερμηνείας αυτής συνηγορεί, εξάλλου, τόσο η ίδια η διατύπωση του άρθρου 6, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38, κατά το οποίο η εν λόγω οδηγία δεν εφαρμόζεται, μεταξύ άλλων, στις συμβάσεις ή στους διαγωνισμούς που οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν ή οργανώνουν για άλλο σκοπό πλην της ασκήσεως των δραστηριοτήτων τους που προβλέπονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της ίδιας οδηγίας, όσο και η διατύπωση της δεκάτης τρίτης αιτιολογικής σκέψεως της οδηγίας, η οποία διευκρινίζει ότι η οδηγία αυτή δεν εφαρμόζεται στις δραστηριότητες των εν λόγω επιχειρήσεων που δεν αφορούν τους τομείς του ύδατος, της

ενέργειας, των μεταφορών ή των τηλεπικοινωνιών ή στις δραστηριότητες που, μολονότι εμπίπτουν στις εν λόγω δραστηριότητες, είναι απευθείας εκτεθειμένες στον ανταγωνισμό σε αγορές στις οποίες η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη.

39 Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, επιβάλλεται, συνεπώς, να δοθεί στα δύο πρώτα ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο καθεμίας από τις υποθέσεις της κύριας δίκης η απάντηση ότι, όταν μια αναθέτουσα αρχή που ασκεί μία από τις δραστηριότητες στις οποίες αναφέρεται ειδικώς το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38 σχεδιάζει, κατά την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας, να συνάψει σύμβαση υπηρεσιών, έργων ή προμηθειών, ή να οργανώσει διαγωνισμό, η εν λόγω σύμβαση ή ο εν λόγω διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας αυτής.

Επί του τρίτου ερωτήματος

40 Με το τρίτο ερώτημά του, η διατύπωση του οποίου είναι κοινή σε όλες τις υποθέσεις της κύριας δίκης, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν πρέπει να μη λάβει υπόψη μια διάταξη του εθνικού δικαίου που, αντιθέτως προς τη διατύπωση του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ΄, της οδηγίας 93/38, προβλέπει ότι η διάθεση δικτύων με σκοπό την παροχή στο κοινό υπηρεσίας στον τομέα των σιδηροδρομικών μεταφορών αποτελεί επίσης δραστηριότητα εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας.

41 Το ερώτημα αυτό στηρίζεται στο αξίωμα ότι έργα υποδομών όπως τα επίδικα στην κύρια δίκη δεν εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38, δεδομένου ότι, κατά το αιτούν δικαστήριο, τα εν λόγω έργα θα έπρεπε να εξομοιωθούν με «διάθεση» δικτύων μεταφοράς, η δε σχετική δραστηριότητα δεν

συγκαταλεγόταν στις δραστηριότητες στις οποίες αναφέρεται ρητώς το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της εν λόγω οδηγίας.

42 Το εν λόγω αξίωμα όμως είναι εσφαλμένο. Όπως επισημάνθηκε με τη σκέψη 37 της παρούσας αποφάσεως, η εφαρμογή της οδηγίας 93/38 εξαρτάται από τη δραστηριότητα που ασκεί η οικεία αναθέτουσα αρχή καθώς και από τη σχέση μεταξύ της εν λόγω δραστηριότητας και της συμβάσεως που σχεδιάζει η εν λόγω επιχείρηση.

43 Υπό τις συνθήκες αυτές, παρέλκει η απάντηση επί του τρίτου ερωτήματος.

Επί των δικαστικών εξόδων

44 Δεδομένου ότι η διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (δεύτερο τμήμα) αποφαίνεται:

Όταν μια αναθέτουσα αρχή που ασκεί μία από τις δραστηριότητες στις οποίες αναφέρεται ειδικώς το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, σχεδιάζει, κατά την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας, να συνάψει σύμβαση υπηρεσιών, έργων ή προμηθειών, ή να οργανώσει διαγωνισμό, η εν λόγω σύμβαση ή ο εν λόγω διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας αυτής.

(υπογραφές)