YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)

16 päivänä kesäkuuta 2005 *

Yhdistetyissä asioissa C-462/03 ja C-463/03,

joissa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöistä, jotka Bundesvergabeamt (Itävalta) on esittänyt 27.10.2003 tekemillään päätöksillä, jotka ovat saapuneet yhteisöjen tuomioistuimeen 4.11.2003, saadakseen ennakkoratkaisun asioissa

Strabag AG (C-462/03) ja

Kostmann GmbH (C-463/03)

vastaan

Österreichische Bundesbahnen,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja C. W. A. Timmermans (esittelevä tuomari) sekä tuomarit R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis ja J. Klučka,

julkisasiamies: P. Léger,
kirjaaja: R. Grass,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Strabag AG, edustajanaan Rechtsanwalt W. Mecenovic,

— Kostmann GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt R. Kurbos,

— Österreichische Bundesbahnen, edustajanaan Rechtsanwalt J. Schramm,

— Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

— Ranskan hallitus, asiamiehinään G. de Bergues ja D. Petrausch,

— Alankomaiden hallitus, asiamiehinään S. Terstal ja N. A. J. Bel,

— Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään K. Wiedner,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyynnöt koskevat vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY (EYVL L 199, s. 84) 2 artiklan 2 kohdan c alakohdan tulkintaa.

2 Nämä pyynnöt on esitetty kahdessa asiassa, joissa asianosaisina ovat Strabag AG (jäljempänä Strabag) ja Kostmann GmbH (jäljempänä Kostmann) vastapuolenaan Österreichische Bundesbahnen (Itävallan rautatiet, jäljempänä ÖBB) ja joissa on kyse siitä, että näiden yritysten kilpailijoiden kanssa on tehty sopimuksia, jotka liittyvät rautateiden ja kaksiraiteisen radan rakentamiseen ja jotka koskevat muun muassa maansiirtotöiden, tasoitustöiden ja betonitöiden toteuttamista sekä siltojen ja rautatierakenteiden rakentamista.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön lainsäädäntö

3 Direktiivin 93/38 1 artiklassa määritellään joitakin siinä käytettäviä käsitteitä. Tämä artiklan 1, 2, 4 ja 7 kohdassa siis säädetään seuraavaa:

" 1) 'Viranomaisilla' tarkoitetaan valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen taikka julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

'Julkisoikeudellisella laitoksella' tarkoitetaan laitosta,

— joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia [muita kuin teollisia tai kaupallisia] tarpeita

— joka on oikeushenkilö

ja

— jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet

2) 'julkisella yrityksellä' tarkoitetaan yritystä, johon viranomaiset voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien sääntöjen perusteella. Viranomaisilla katsotaan olevan määräysvalta, kun ne suoraan tai välillisesti:

— omistavat enemmistön kyseisen yrityksen merkitystä pääomasta

— tai hallitsevat yrityksen osakkeisiin perustuvan äänioikeuden enemmistöä

— tai voivat nimittää enemmän kuin puolet yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä

— — —

4) ' — — rakennusurakoita — — koskevilla — — sopimuksilla' tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty jonkin 2 artiklassa määritellyn hankintayksikön ja — — urakoitsijan — — välillä ja joiden tarkoituksena on liitteessä XI tarkoitetun talon- tai maanrakennusurakan toteuttaminen taikka sen suunnittelu ja toteuttaminen millä tahansa tavalla. Nämä sopimukset voivat lisäksi sisältää rakennusurakan toteuttamisessa tarvittavien tavaroiden ja palvelujen toimitukset — —.

— —

7) 'avoimilla menettelyillä, rajoitetuilla menettelyillä ja neuvottelumenettelyillä' tarkoitetaan hankintayksiköiden noudattamia sopimusten tekomenettelyjä, joista:

a) avoimissa menettelyissä kaikki halukkaat tavarantoimittajat, urakoitsijat tai palvelujen suorittajat voivat jättää tarjouksia

b) rajoitetuissa menettelyissä vain hankintayksikön kutsumat ehdokkaat voivat jättää tarjouksia

c) neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö ottaa yhteyttä valitsemiinsa tavarantoimittajiin, urakoitsijoihin tai palvelujen suorittajiin ja niistä yhden tai useamman kanssa neuvottelee sopimuksen ehdoista."

4 Direktiivin 93/38 2 artiklan 1 kohdan mukaan direktiiviä sovelletaan "hankintayksiköihin, jotka

a) ovat viranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotakin 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa

— —"

5 Tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluva toiminta, johon viitataan sen 2 artiklan 1 kohdassa, on määritelty sen 2 artiklan 2 kohdassa seuraavasti:

"a) sellaisten pysyvien verkkojen saattaminen saataville tai ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota:

i) juomaveden

tai

ii) sähkön

tai

iii) kaasun tai lämmön

tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä julkisia palveluja, tai juomaveden, sähkön, kaasun tai lämmön toimittaminen sellaisiin verkkoihin;

b) maantieteellisen alueen hyödyntäminen:

i) öljyn, kaasun, hiilen tai muiden kiinteiden polttoaineiden etsimiseksi tai talteen ottamiseksi,

tai

ii) lentokenttien, meri- tai sisävesisatamien taikka muiden tilojen saattamiseksi lento-, meri- tai sisävesiliikenteen harjoittajien saataville;

c) sellaisten verkkojen ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluja rautateitse, automatisoiduin järjestelmin, raitioteitse, johdinautoilla, linja-autoilla tai kaapeliradoilla.

Kuljetuspalvelujen verkon katsotaan olevan kyseessä, kun palvelua tarjotaan jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen asettamin edellytyksin, kuten liiken-

nöitäviä linjoja, käytettävissä olevaa kuljetuskapasiteettia tai vuorotiheyttä koskevin edellytyksin;

d) yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelun tarjoaminen."

6 Direktiivin 93/38 4 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Tavaranhankintoja, rakennusurakoita ja palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään tai suunnittelukilpailuja järjestäessään hankintayksiköiden on noudatettava tämän direktiivin säännöksiin mukautettuja menettelyjä."

7 Saman direktiivin 6 artiklan 1 kohdassa täsmennetään, että sitä "ei sovelleta sopimuksiin eikä suunnittelukilpailuihin, joita hankintayksiköt tekevät tai järjestävät muutoin kuin 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun toiminnan harjoittamiseksi tai kyseisen toiminnan harjoittamiseksi kolmannessa maassa siten, ettei yhteisön sisäistä verkkoa tai maantieteellistä aluetta käytetä".

8 Lopuksi direktiivin 93/38 20 artiklan 1 kohdassa säädetään, että "hankintayksiköt voivat valita jonkin 1 artiklan 7 alakohdassa määritellyistä menettelyistä, jos

tarjouskilpailukutsu 2 kohdassa säädettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta on esitetty 21 artiklan mukaisesti". Kyseisessä 2 kohdassa luetellaan tarkasti tapaukset, joissa hankintayksiköt voivat noudattaa menettelyä ilman ennalta esitettyä tarjouskilpailukutsua.

Kansallinen lainsäädäntö

Julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä vuonna 1997 annettu liittovaltion laki

9 Direktiivi 93/38 on saatettu osaksi Itävallan oikeutta julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä vuonna 1997 annetulla liittovaltion lailla (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997; jäljempänä vuoden 1997 BVergG). Tämän lain 5 luvussa, jonka otsikko on "Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alojen hankintayksiköitä koskevat erityissäännökset", olevan 84 §:n 1, 2 ja 4 momentissa säädetään seuraavaa:

"(1) Yksinomaan tämän luvun säännöksiä sovelletaan, jos tässä laissa tarkoitetut hankintayksiköt harjoittavat 2 momentissa tarkoitettua toimintaa — —.

(2) Toiminta, jota 1 momentissa tarkoitetaan, on

1. pysyvien verkkojen saattaminen saataville — —

2. — — varten rajatun maantieteellisen alueen hyödyntäminen

3. sellaisten pysyvien verkkojen ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluja rautateitse, automatisoiduin järjestelmin, raitioteitse, linja-autoilla, johdinautoilla tai kaapeliradoilla

4. yleisten televerkkojen saattaminen saataville tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelun tarjoaminen.

— —

(4) Edellä 2 momentin 3 kohdassa tarkoitettujen kuljetuspalvelujen verkon katsotaan olevan kyseessä, kun palvelua tarjotaan jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen asettamin edellytyksin, kuten liikennöitäviä linjoja, käytettävissä olevaa kuljetuskapasiteettia tai vuorotiheyttä koskevin edellytyksin. — —"

10 Vuoden 1997 BVergG:n 113 §:ssä määritellään Bundesvergabeamtin (liittovaltion hankintaviranomainen) toimivalta. Siinä säädetään seuraavaa:

"(1) Bundesvergabeamtilla on toimivalta tutkia seuraavassa luvussa olevien säännösten mukaisesti hakemukset, jotka on saatettu sen käsiteltäväksi.

(2) Tähän liittovaltion lakiin ja sen soveltamisasetuksiin kohdistuvien rikkomisten päättämiseksi Bundesvergabeamtilla on sopimuksen tekemiseen asti toimivalta

1. määrätä turvaamistoimista ja

2. kumota hankintaviranomaisen hankintayksikön laittomat päätökset.

(3) Sopimuksen tekemisen tai hankintamenettelyn päättymisen jälkeen Bundesvergabeamtilla on toimivalta todeta, että sopimusta ei ole tämän liittovaltion lain tai sen soveltamisasetusten rikkomisen vuoksi tehty parhaan tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa. — —"

Julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä vuonna 2002 annettu liittovaltion laki

11 Vuoden 1997 BVergG kumottiin ja korvattiin 1.9.2002 alkaen uudella julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemisestä annetulla liittovaltion lailla (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002; jäljempänä vuoden 2002 BVergG). Tämän viimeksi mainitun lain 120 §:ssä toistetaan hyvin suurelta osin vuoden 1997 BVergG:n 84 §:n sanamuoto. Toisin kuin tässä viimeksi mainitussa pykälässä kyseisen 120 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädetään kuitenkin kuljetusalan osalta, että sen 1 momentissa tarkoitettua toimintaa, johon näin ollen sovelletaan direktiivillä 93/38 säädettyä erityisjärjestelmää, on sellaisten verkkojen sekä ylläpito että saataville saattaminen, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluja rautateitse, automatisoiduin järjestelmin, raitioteitse, johdinautoilla, linja-autoilla tai kaapeliradoilla.

12 Bundesvergabeamtin toimivallan osalta vuoden 2002 BVergG on myös saanut laajasti vaikutteita vuoden 1997 BVergG:sta, koska vuoden 2002 BVergG:n 162 §:ssä toistetaan pienin muutoksin muun muassa vuoden 1997 BVergG:n 113 §:n sanamuoto.

13 Vuoden 2002 BVergG:n 188 §:n, joka koskee tämän lain voimaantuloa ja vuoden 1997 BVergG:n kumoamista, 1 momentissa täsmennetään, että vuoden 2002 BVergG:a ei sovelleta ennen sen voimaantuloa aloitettuihin hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyihin. Tämän johdosta saman pykälän 3 momentissa

säädetään, että jos Bundesvergabeamtissa on vireillä ennen 1.9.2002 aloitettuja menettelyitä, tällä tuomioistuimella on lähtökohtaisesti velvollisuus jatkaa näiden hakemusten tutkimista vuoden 1997 BVergG:n, sellaisena kuin se on julkaistu BGBl. I:ssä nro 136/2001, säännösten perusteella.

14 Saman säännöksen toisen virkkeen nojalla tätä sääntöä ei kuitenkaan sovelleta, jos asian käsittelyä lykätään tai jos esitetään ennakkoratkaisukysymys — —. Näissä kahdessa tapauksessa Bundesvergabeamt on nimittäin tähän lykkäämiseen johtaneesta kysymyksestä lausuttuaan tai ennakkoratkaisukysymystä koskevan päätöksen vastaanottamisen jälkeen velvollinen jatkamaan menettelyä vuoden 2002 BVergG:n nojalla.

Pääasiat ja ennakkoratkaisukysymykset

15 Pääasioiden oikeudenkäynnit perustuvat samankaltaisille tosiseikoille. Ne ovat alkaneet päätöksestä, jolla ÖBB — yhtiö, jonka koko pääoma on Itävallan valtion omistuksessa ja jonka tehtävä on rautateistä vuonna 1992 annetun liittovaltion lain (Bundesbahngesetz 1992; BGBl. 825/1992) 1 §:n 3 momentin mukaisesti taata henkilöiden ja tavaroiden kuljetus ja rakentaa ja ylläpitää tätä varten tarpeellisia infrastruktuureita — hylkäsi pääasioiden kantajina olevien yhtiöiden esittämät tarjoukset ja päätti tehdä näissä kahdessa asiassa kyseessä olevat rakennusurakoita koskevat sopimukset viimeksi mainittujen yhtiöiden kilpailijoiden kanssa. Strabag ja Kostmann riitauttavat sen, että ÖBB käytti sopimusten tekemisessä neuvottelumenettelyä.

Asia C-462/03

16 ÖBB julkaisi 29.12.2000 päivätyllä tiedonannolla Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä hankintailmoituksen, joka koski erilaisten teräsbetonitöiden suorittamista ja rautateiden sekä rautatiesiltojen rakentamista.

17 Neljätoista rakennusalan yritystä, muiden muassa Strabag ja Kostmann, toimittivat tarjouksen tämän urakan yhteydessä. Näiden viimeksi mainittujen tarjoukset kuitenkin hylättiin. Koska Strabagille ilmoitettiin 5.7.2002 päivätyllä faksilla ÖBB:n valitseman tarjouksen tekijän nimi, se päätti hakea muutosta kyseisen sopimuksen tekemistä koskevaan päätökseen Bundesvergabeamtissa, jossa se vaati vuoden 1997 BVergG:n 113 §:n 2 momentin mukaisesti yhtäältä tämän päätöksen kumoamista ja toisaalta sellaisten turvaamistoimien määräämistä, joilla kyseessä olevalle hankinta-viranomaiselle osoitetaan määräys, jolla on tarkoitus estää sitä tekemästä kyseessä oleva sopimus ennen kuin muutoksenhaussa annetaan pääasiatuomio.

18 Bundesvergabeamt hyväksyi turvaamistoimihakemuksen 22.7.2002 — toisin sanoen samana päivänä kuin ÖBB:n ja tarjouskilpailun voittaneen yrityksen välinen sopimus tehtiin — tehdyllä ensimmäisellä päätöksellä ja määräsi Strabagin hakemista turvaamistoimista.

19 Tämä tuomioistuin totesi kuitenkin pääasiassa tekemällään, 30.8.2002 päivätyllä toisella päätöksellään, että suoritettu tarjouskilpailu oli julkisia hankintoja koskevan

kansallisen ja yhteisön lainsäädännön mukainen siten, että kyseisen sopimuksen kumoamista koskevaa vaatimusta ei ollut enää mahdollista hyväksyä. Tässä samassa päätöksessä Bundesvergabeamt kuitenkin totesi, että neuvottelumenettelyn käyttäminen sopimusten tekemisessä oli lainvastaista. Tältä osin se perusteli toteamustaan sillä seikalla, että pääasioissa kyseessä oleva infrastruktuuria koskeva hanke koski julkisen liikenneverkon "saattamista saataville" ja että sitä ei siis voitu pitää vuoden 1997 BVergG:n 84 §:n 2 momentin 3 kohdassa tarkoitettuun alaan kuuluvana toimintana. Bundesvergabeamtin mukaan tällainen lainvastaisuuden toteaminen ei kuitenkaan edellytä, että yhteisöjen tuomioistuimelle esitettäisiin yhteisön lainsäädännön tulkintaa koskeva kysymys, koska kyseessä olevat kansalliset säännökset ovat selkeät ja heijastavat tältä osin tarkasti direktiivin 93/38 ja erityisemmin sen 2 artiklan 2 kohdan c alakohdan sanamuotoa.

20 Tämän viimeksi mainitun päätöksen jälkeen Strabag ensinnäkin haki siihen muutosta Verfassungsgerichtshofissa ja väitti muun muassa, että Bundesvergabeamt oli virheellisesti hylännyt ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan vaatimuksen. Toiseksi Strabag vaati Bundesvergabeamtia toteamaan vuoden 1997 BVergG:n 113 §:n 3 momentin nojalla, että sopimusta ei tämän lain rikkomisen vuoksi ollut tehty parhaan tarjouksen tehneen tarjoajan kanssa. Tältä osin tämä yhtiö perusteli vaatimustaan Bundesvergabeamtin toteamuksella, jonka mukaan ÖBB oli virheellisesti valinnut neuvottelumenettelyn sopimusten tekemistä varten. Tämä viimeksi mainittu 30.8.2002 päivätty hakemus saapui Bundesvergabeamtiin 2.9.2002, toisin sanoen vuoden 2002 BVergG:n voimaantuloa seuranneena päivänä.

21 Bundesvergabeamt katsoi näin ollen, että sillä oli käsiteltävänä kysymys, joka edellyttää yhteisön lainsäädännön tulkitsemista, kun otetaan huomioon muun muassa vuoden 2002 BVergG:n kuljetusalaa koskevan säännöksen, toisin sanoen tämän lain 120 §:n 2 momentin 3 kohdan uusi sanamuoto ja se, että yhtäältä direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitettujen tapausten ja

toisaalta saman kohdan b ja c alakohdassa tarkoitettujen tapausten välillä on olemassa sekä terminologisia ja kielellisiä eroja, päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 2 kohdan c alakohta ymmärrettävä siten, että toisin kuin muissa direktiivin 2 artiklan 2 kohdan tapauksissa, liikenteen alalla 'ainoastaan' verkkojen ylläpito on katsottava aloja koskevaksi toiminnoksi?

2) Mitä toimintoja kuuluu direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 2 kohdan c alakohdan mukaiseen käsitteeseen 'sellaisten verkkojen ylläpito, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluita rautateitse'? Miltä osin siihen voidaan katsoa kuuluvan erityisesti infrastruktuurialan hankkeita? Miltä osin tällaisten hankkeiden on katsottava kuuluvan käsitteeseen 'verkkojen saattaminen saataville'?

3) Jos (rautatie)liikennealalla yksinomaan verkkojen ylläpito kuuluu direktiivin 93/38/ETY soveltamisalaan (ja jos siis ensimmäiseen kysymykseen annetaan myöntävä vastaus): Onko muutoksenhakuviranomaisen jätettävä soveltamatta kansallista säännöstä, jossa direktiivin 93/38/ETY sanamuodon vastaisesti katsotaan myös 'sellaisten verkkojen saattaminen saataville, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluita rautateitse' aloja koskevaksi toiminnoksi?"

22 Kuten tämän tuomion 15 kohdassa todetaan, tämän toisen asian taustalla olevat tosiseikat ovat samankaltaiset kuin asiaan C-462/03 johtaneet tosiseikat. ÖBB:n julkaistua erilaisia tarjouskilpailuilmoituksia, jotka koskevat kaivausten, maansiirtotöiden, tasoitustöiden ja betonitöiden toteuttamista ja siltojen, kaivojen, tunneleiden ja tiettyjen rautateiden tai kaksiraiteisten ratojen rakentamiseen liittyvien maanalaisten kulkuväylien rakentamista, Kostmann toimitti näitä sopimuksia koskevat tarjouksensa.

23 Koska ÖBB ilmoitti Kostmannille, että tarjous, jonka se esitti ensimmäisen urakan yhteydessä, oli hylätty ja että sopimus päätettiin tehdä kilpailevan yrityksen kanssa, Kostmann vaati 13.12.2000 päivätyllä kirjeellä Bundesvergabeamtia toteamaan vuoden 1997 BVergG:n 113 §:n 3 momentin mukaisesti, että sopimusta ei tehty parhaan tarjouksen esittäneen tarjoajan kanssa, koska sen mukaan neuvottelumenettelyä oli käytetty perusteettomalla ja tämän lain vastaisella tavalla.

24 Tämän viimeksi mainitun menettelyn käyttämisen lainmukaisuudesta on kyse myös Kostmannin ja ÖBB:n välisessä oikeusriidassa siltä osin kuin on kyse muista ÖBB:n pyynnöstä julkaistuista tarjouskilpailuilmoituksista, joiden osalta Kostmann on esittänyt kumoamisvaatimuksen Bundesvergabeamtissa 13.12.2000 ja 13.1.2001 päivätyillä kirjeillä, toisin sanoen vain joitakin päiviä sen jälkeen, kun kyseiset ilmoitukset julkaistiin Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä. Myös näissä asioissa sopimukset tehtiin pääasian kantajana olevan yrityksen kilpailijoiden kanssa sen jälkeen, kun sen joissakin tapauksissa esittämä turvaamistoimihakemus hylättiin.

25 Bundesvergabeamtille näiden eri oikeudenkäyntimenettelyiden yhteydessä esitetyt perustelut ovat sisällöltään samat kuin asiassa C-462/03 esitetyt perustelut. ÖBB

puolustaa neuvottelumenettelyn käyttöä sopimusten tekemisessä vetoamalla siihen seikkaan, että eri tarjouskilpailuilmoituksiin johtaneet infrastruktuuria koskevat hankkeet kuuluvat direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdan c alakohdassa ja sitä vastaavassa vuoden 1997 BVergG:n säännöksessä tarkoitettuun alaan siten, että hankintaviranomainen saattoi tämän direktiivin 20 artiklan 1 kohdan mukaisesti käyttää vapaasti avointa menettelyä, rajoitettua menettelyä tai neuvottelumenettelyä. Kostmann puolestaan väittää päinvastoin, että ÖBB:n piti noudattaa sopimusten tekemisen tavanomaisia sääntöjä ja erityisesti julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetussa neuvoston direktiivissä 93/37/ETY (EYVL L 199, s. 54), jossa säädetään vain neuvottelumenettelyn poikkeuksellisesta käytöstä, säädettyjä sääntöjä, koska pääasioissa kyseessä olevat infrastruktuuria koskevat työt eivät ole direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdan c alakohdassa tarkoitettuun alaan kuuluvaa toimintaa.

26 Koska Bundesvergabeamt näin ollen katsoi, että tämän viimeksi mainitun direktiivin sanamuotoa oli tarpeellista tulkita, se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle kolme ennakkoratkaisukysymystä, joiden sanamuoto on sama kuin tämän tuomion 21 kohdassa ilmoitettujen kysymysten sanamuoto.

27 Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 16.1.2004 antamalla määräyksellä asiat C-462/03 ja C-463/03 yhdistettiin kirjallista ja suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten.

Ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottaminen

28 Yhteisöjen tuomioistuimelle toimittamissaan huomautuksissa Euroopan yhteisöjen komissio ilmaisee alustavasti epäilyksensä siitä, voidaanko esitetyt kysymykset ottaa tutkittavaksi. Tältä osin se väittää, että viimeksi mainitut ovat puhtaasti teoreettisia,

koska ÖBB on hankintayksikkö, joka harjoittaa direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdan c alakohdassa erityisesti mainittua toimintaa, ja koska pääasioiden oikeudenkäynneissä kyseessä olevat infrastruktuuria koskevat hankkeet liittyvät tähän toimintaan suoraan. Pääasioiden kannalta siis kysymyksellä, joka koskee sitä, kuuluuko rautatieverkostojen saataville asettaminen yleisesti tämän artiklan 2 kohdan c alakohdan soveltamisalaan, ei ole merkitystä.

29 Tältä osin on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Yhteisöjen tuomioistuin voi kieltäytyä vastaamasta kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vain, jos on ilmeistä, että yhteisön oikeuden tulkitsemisella, jota kansallinen tuomioistuin on pyytänyt, ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, tai jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin (ks. mm. asia C-390/99, Canal Satélite Digital, tuomio 22.1.2002, Kok. 2002, s. I-607, 18 ja 19 kohta; asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003, Kok. 2003, s. I-1931, 21 ja 22 kohta ja asia C-380/01, Schneider, tuomio 5.2.2004, Kok. 2004, s. I-1389, 21 ja 22 kohta).

30 Käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole kuitenkaan ilmeistä, että kansallisen tuomioistuimen esittämät kysymykset vastaisivat jotakin näistä esimerkkitapauksista.

31 Ensinnäkään ei voida väittää, ettei pyydetyllä yhteisön oikeuden tulkinnalla olisi mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävien asioiden tosiseikkoihin

tai kohteeseen tai että kyseinen ongelma olisi luonteeltaan hypoteettinen, sillä arvio, jonka kyseinen tuomioistuin suorittaa neuvottelumenettelyn käyttämisen laillisuudesta sopimusten tekemisessä, riippuu muun muassa siitä, kuuluvatko pääasioissa kyseessä olevat infrastruktuuria koskevat hankkeet direktiivin 93/38 aineelliseen soveltamisalaan.

32 Toiseksi Bundesvergabeamt on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kaikki ne seikat, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin.

33 Kysymykset on siis otettava tutkittavaksi.

Ensimmäinen ja toinen kysymys

34 Kahdella ensimmäisellä kysymyksellään, jotka on aiheellista käsitellä yhdessä, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pohtii direktiivin 93/38 aineellista soveltamisalaa. Sekä ennakkoratkaisupyynnöissä annetuista selityksistä että yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyistä huomautuksista käy nimittäin ilmi, että kysymyksillään, jotka koskevat termien kuljetusverkostojen "ylläpito" ja "saataville saattaminen" ulottuvuutta, Bundesvergabeamt haluaa saada tietää, ovatko pääasioissa kyseessä olevat infrastruktuuria koskevat hankkeet toimintaa, joka kuuluu kyseisen direktiivin 2 artiklan 2 kohdan c alakohdassa tarkoitettuun alaan, ja voiko hankintaviranomainen tämän seurauksena poiketa direktiivissä 93/37 säädetyistä tavanomaisista sopimuksen tekemisen säännöistä ja soveltaa direktiivissä 93/38 säädettyjä sääntöjä, joissa sallitaan neuvottelumenettelyn laajempi käyttö.

35 Tältä osin on aiheellista muistuttaa yhtäältä, että direktiivin 93/38 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan sitä sovelletaan hankintayksiköihin, jotka ovat viranomaisia tai julkisia yrityksiä ja harjoittavat jotakin 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa.

36 Toisaalta tämän direktiivin 4 artiklan 1 kohdasta käy ilmi, että tavaranhankintoja, rakennusurakoita tai palveluhankintoja koskevia sopimuksia tehdessään tai suunnittelukilpailuja järjestäessään hankintayksiköiden on noudatettava saman direktiivin säännöksiin mukautettuja menettelyjä.

37 Kuten komissio kirjallisissa huomautuksissaan aivan oikein totesi, näistä kahdesta säännöksestä, kun niitä luetaan yhdessä, seuraa, että direktiivin 93/38 sovellettavuus riippuu kyseessä olevan hankintayksikön harjoittamasta toiminnasta sekä tämän saman toiminnan ja kyseisen yksikön suunnitteleman hankinnan välisestä yhteydestä. Jos tämä viimeksi mainittu harjoittaa jotakin direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua toimintaa ja aikoo tämän toiminnan harjoittamisen yhteydessä, mikä kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, tehdä palveluhankintoja, rakennusurakoita tai tavaranhankintoja koskevan sopimuksen tai järjestää suunnittelukilpailun, tämän direktiivin säännöksiä sovelletaan tähän sopimukseen tai kilpailuun. Päinvastaisessa tapauksessa kyseiseen sopimukseen tai kilpailuun sovelletaan tapauksen mukaan palveluhankintoja, rakennusurakoita tai tavaranhankintoja koskevien direktiivien säännöksiä.

38 Lisäksi tätä tulkintaa tuetaan nimenomaisesti sekä direktiivin 93/38 6 artiklan 1 kohdan sanamuodolla, jonka mukaan tätä viimeksi mainittua ei sovelleta muun muassa sopimuksiin tai suunnittelukilpailuihin, joita hankintayksiköt tekevät tai järjestävät muutoin kuin 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun toiminnan harjoittamiseksi, että sen johdanto-osan 13. perustelukappaleella, jossa täsmennetään, että kyseistä direktiiviä ei sovelleta näiden yksiköiden toimintaan, joka ei liity vesi- ja energiahuollon, liikenteen tai teletoiminnan alaan tai joka kuitenkin näihin aloihin

liittyvänäkin on suoraan rajoittamattoman pääsyn markkinoilla vallitsevan kilpailun kohteena.

39 Ottaen huomioon edellä todetut seikat kummassakin pääasiassa esitettyihin kahteen ensimmäiseen kysymykseen on siis aiheellista vastata, että silloin kun hankintayksikkö, joka harjoittaa jotakin direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdassa erityisesti tarkoitettua toimintaa, suunnittelee tämän toiminnan yhteydessä palveluhankintoja, rakennusurakoita tai tavaranhankintoja koskevan sopimuksen tekemistä tai suunnittelukilpailun järjestämistä, tähän sopimukseen tai kilpailuun sovelletaan tämän direktiivin säännöksiä.

Kolmas kysymys

40 Kolmannella kysymyksellään, jonka sanamuoto on kummassakin pääasiassa sama, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa tietää, onko sen jätettävä soveltamatta kansallisen oikeuden säännöstä, jossa direktiivin 93/38 2 artiklan 2 kohdan c alakohdan sanamuodon vastaisesti säädetään, että sellaisten verkkojen saataville saattaminen, joiden tarkoituksena on tarjota julkisia kuljetuspalveluja rautateitse, on myös tällä direktiivillä tarkoitettuun alaan kuuluvaa toimintaa.

41 Tämä kysymys perustuu olettamaan, jonka mukaan pääasioissa kyseessä olevan kaltaiset infrastruktuuria koskevat työt eivät kuulu direktiivin 93/38 aineelliseen soveltamisalaan, koska kansallisen tuomioistuimen mukaan tällaiset työt on samaistettava kuljetusverkostojen "saataville saattamiseksi" ja koska tätä toimintaa

ei sen mukaan mainita nimenomaisesti kyseisen direktiivin 2 artiklan 2 kohdan c alakohdassa.

42 Tämä olettama on kuitenkin virheellinen. Kuten tämän tuomion 37 kohdassa todetaan, direktiivin 93/38 sovellettavuus riippuu nimittäin kyseessä olevan hankintayksikön harjoittamasta toiminnasta ja tämän toiminnan ja kyseisen yksikön suunnitteleman sopimuksen välisestä yhteydestä.

43 Näin ollen kolmanteen kysymykseen ei ole aiheellista vastata.

Oikeudenkäyntikulut

44 Pääasioiden asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (toinen jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

Silloin kun hankintayksikkö, joka harjoittaa jotakin vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14 päivänä kesäkuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/38/ETY 2 artiklan 2 kohdassa erityisesti tarkoitettua toimintaa, suunnittelee tämän toiminnan yhteydessä palveluhankintoja, rakennusurakoita tai tavaranhankintoja koskevan sopimuksen tekemistä tai suunnittelukilpailun järjestämistä, tähän sopimukseen tai kilpailuun sovelletaan tämän direktiivin säännöksiä.

Allekirjoitukset