DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)
den 16 juni 2005 *

I de förenade målen C-462/03 och C-463/03,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Bundesvergabeamt (Österrike), genom beslut av den 27 oktober 2003 som inkom till domstolen den 4 november 2003, i målen

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

mot

Österreichische Bundesbahnen,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.W.A. Timmermans (referent) samt domarna R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis och J. Klučka,

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de skriftliga yttranden som avgetts av:

— Strabag AG, genom W. Mecenovic, Rechtsanwalt,

— Kostmann GmbH, genom R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— Österreichische Bundesbahnen, genom J. Schramm, Rechtsanwalt,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom G. de Bergues och D. Petrausch, båda i egenskap av ombud,

— Nederländernas regering, genom S. Terstal och N.A.J. Bel, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Wiedner, i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2.2 c i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet

för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

2 Begäran har framställts i två mål mellan Strabag AG respektive Kostmann GmbH (nedan kallade Strabag och Kostmann) och Österreichische Bundesbahnen (det österrikiska statliga järnvägsbolaget, nedan kallat ÖBB), beträffande att kontrakt för anläggande av järnväg och dubbelspår och härvid särskilt schakt-, betong- och markutjämningsarbeten samt byggande av järnvägsbroar och andra härmed sammanhängande anläggningsarbeten tilldelats konkurrenter till Strabag och Kostmann.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 1 i direktiv 93/38 definieras vissa begrepp som används i direktivet. Enligt artikel 1.1, 1.2, 1.4 och 1.7 skall med nedan använda begrepp förstås följande:

"1) Offentliga myndigheter: staten, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, eller sammanslutningar bestående av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Ett organ anses lyda under offentlig rätt, när

— det har tillkommit i syfte att tillgodose det allmännas intressen, som inte är av kommersiell eller industriell karaktär, och

— det är en juridisk person,

och

— dess verksamhet till största delen är finansierad av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller står under administrativ tillsyn av sådana organ, eller har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där minst hälften av medlemmarna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

2) Offentliga företag: varje företag över vilket de offentliga myndigheterna har ett direkt eller indirekt avgörande inflytande till följd av ägarförhållande, ekonomiska intressen eller gällande regler. Avgörande inflytande anses föreligga, när de offentliga myndigheterna, direkt eller indirekt, i förhållande till företaget

— äger större delen av det bundna företagskapitalet,

eller

— kontrollerar röstmajoriteten för företagets ägarbevis,

eller

— äger utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa, verkställande eller övervakande ledningsorgan.

...

4) ... bygg- och anläggnings...kontrakt: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en av de i artikel 2 nämnda upphandlande enheterna och en leverantör ... vilka har följande syften: ... beträffande bygg- och anläggningskontrakt: antingen utförande eller såväl utförande som projektering, eller genomförande, på vilket sätt det än må ske, av bygg- eller anläggningsverksamhet enligt vad som nämns i bilaga 11. Dessa kontrakt kan dessutom omfatta varor och tjänster som är nödvändiga för utförandet.

...

7) Öppet, selektivt eller förhandlat förfarande: de upphandlingsförfaranden som används av upphandlande enheter, varvid

a) vid öppet förfarande, alla intresserade leverantörer och entreprenörer kan lämna anbud,

b) vid selektivt förfarande, endast de anbudssökande som blivit uppmanade av de upphandlande enheterna kan lämna anbud,

c) vid förhandlat förfarande, de upphandlande enheterna tillfrågar vissa utvalda leverantörer och entreprenörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem."

4 Enligt artikel 2.1 i direktiv 93/38 gäller direktivet särskilt "upphandlande enheter som:

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon form av verksamheter som är nämnda i punkt 2,

..."

5 Enligt artikel 2.2 i direktivet omfattar direktivets materiella tillämpningsområde följande former av verksamhet, vilka nämns i artikel 2.1:

"a) Tillhandahållande och drift av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av

i) dricksvatten,

ii) elektricitet, eller

iii) gas eller värme,

eller leverans av dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till dylika nät.

b) Utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

i) undersöka förekomsten av eller utvinna olja, gas, kol eller andra fasta bränslen, eller

ii) tillhandahålla flygplatser och hamnar, även för inre vattenvägar, eller anlägga terminaler för transporter med flyg eller båt.

c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheter styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna.

Till villkoren räknas bl.a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antal turer.

d) Tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster."

6 I artikel 4.1 i direktivet föreskrivs följande:

"Vid offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster eller genom anordnande av formgivningstävling skall den upphandlande enheten använda sig av förfaranden som är anpassade till bestämmelserna i detta direktiv."

7 I artikel 6.1 i samma direktiv preciseras att direktivet "inte [skall] gälla kontrakt eller formgivningstävlingar som de upphandlande enheterna ingår eller anordnar för annat syfte än de i artikel 2.2 angivna verksamheterna, eller för sådana verksamheter i tredje land under villkor som inte innebär fysiskt utnyttjande av nät eller geografiskt område inom gemenskapen".

8 Avslutningsvis föreskrivs i artikel 20.1 i direktiv 93/38 att "(u)pphandlande enheter kan välja ett av de förfaranden som beskrivs i artikel 1.7, förutsatt att, om inte annat

följer av punkt 2, uppmaning till anbudsgivning har gjorts i enlighet med artikel 21". I punkt 2 preciseras de fall i vilka de upphandlande enheterna kan välja ett av dessa förfaranden utan att dessförinnan uppmana till anbudsgivning.

Den nationella lagstiftningen

Den österrikiska förbundslagen av år 1997 om offentlig upphandling

9 Direktiv 93/38 har införlivats med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGB1. I, 56/1997 (1997 års förbundslag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG 1997). I 84 § punkterna 1, 2 och 4, som återfinns i femte kapitlet i BVergG 1997 med rubriken "Särskilda bestämmelser för upphandlande enheter inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna", föreskrivs följande:

"1) Bestämmelserna i detta kapitel skall endast tillämpas om de upphandlande enheter som nämns i denna lag bedriver en sådan verksamhet som avses i andra stycket ...

2) De verksamheter som nämns i första stycket är följande:

1. Tillhandahållande eller drift av fasta nät ...

2. Utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ...

3. Drift av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, bussar, trådbussar eller linbana.

4. Tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera telekommunikationstjänster.

4) Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheter styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet. Till villkoren räknas bl.a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer."

10 I 113 § BVergG 1997 fastställs Bundesvergabeamts (den österrikiska myndighet på förbundsnivå som handlägger överklaganden av upphandlingar) befogenheter. I paragrafen föreskrivs följande:

"1) Bundesvergabeamt är behörig att pröva de överklaganden som görs till Bundesvergabeamt i enlighet med bestämmelserna i detta kapitel.

2) Bundesvergabeamt är behörig att, för att få åsidosättanden av denna förbundslag och av förordningar som har utfärdats med stöd av denna lag att upphöra, fram till tilldelningen av kontraktet

1. besluta om interimistiska åtgärder, och

2. ogiltigförklara rättstridiga beslut av den upphandlande myndigheten.

3) Efter det att kontraktet har tilldelats eller upphandlingsförfarandet har avslutats är Bundesvergabeamt behörig att fastställa att kontraktet, på grund av denna federala lag eller dess tillämpningsförordningar, inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet. ..."

Den österrikiska förbundslagen av år 2002 om offentlig upphandling

11 BVergG 1997 har upphävts och från och med den 1 september 2002 ersatts av en ny lag, Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2202 (förbundslag om offentlig upphandling, nedan kallad BVergG 2002). 120 § i BVergG 2002 överensstämmer i stort med 84 § i BVergG 1997. I motsats till 84 § i BVergG 1997 föreskrivs i 120 § punkt 2.3 BVergG 2002 vad gäller transportsektorn, att såväl drift som tillhandahållande av transportnät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, bussar, trådbussar eller linbana skall tillhöra de verksamheter som nämns i 120 § punkt 1, varvid följaktligen den särskilda ordning som föreskrivs i direktiv 93/38 skall tillämpas med avseende på dem.

12 Beträffande Bundesvergabeamts behörigheter har bestämmelserna i BVergG 2002 likaledes i stor utsträckning influerats av bestämmelserna i BVergG 1997. I 162 § BVergG 2002 återges bland annat, med några smärre ändringar, innehållet i 113 § BVergG 1997.

13 I 188 § BVergG 2002, som avser lagens ikraftträdande och avskaffandet av BVergG 1997, preciseras i punkt 1 att BVergG 2002 inte skall tillämpas på offentliga upphandlingar som påbörjats före lagens ikraftträdande. I 188 § punkt 3 BVergG 2002 föreskrivs således att om ett överklagande har inkommit till Bundesvergabeamt

före den 1 september 2002 skall Bundesvergabeamt i princip handlägga detta överklagande enligt BVergG 1997 i den lydelse som publicerats i BGBl. I, 136/2001.

14 Enligt andra meningen i 188 § punkt 3 skall denna bestämmelse emellertid inte tillämpas när målet vilandeförklaras eller förhandsavgörande begärs. I ovannämnda situationer skall Bundesvergabeamt nämligen, efter att ha fattat beslut i den fråga som lett till nämnda vilandeförklaring eller efter att ha mottagit ett svar på tolkningsfrågorna, fortsättningsvis tillämpa BVergG 2002 på förfarandet.

Tvisterna i målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

15 De faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen är likartade. Bakgrunden är ett beslut av ÖBB, ett bolag som ägs helt och hållet av den österrikiska staten och vars uppgift enligt 1 § punkt 3 i Bundesbahngesetz 1992 (BGBl. 825/1992) (1992 års förbundslag om järnvägstransporter) är att bedriva person- och godstransporter samt att uppföra och underhålla den infrastruktur som är nödvändig för denna verksamhet. ÖBB förkastade de anbud som sökandebolagen i målen vid den nationella domstolen hade lämnat och tilldelade i båda fallen de berörda upphandlingskontrakten till företag som konkurrerar med sökandena. Strabag och Kostmann har i huvudsak bestridit att ÖBB får tillämpa ett förhandlat upphandlingsförfarande.

Mål C-462/03

16 ÖBB publicerade ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 29 december 2000. Upphandlingen avsåg olika anläggningsarbeten med armerad betong och andra anläggningsarbeten för järnvägar samt byggande av järnvägsbroar.

17 Fjorton byggföretag, bland dem Strabag och Kostmann, lämnade anbud i detta upphandlingsförfarande. Anbuden från Strabag och Kostmann avslogs dock. ÖBB meddelade genom telefax av den 5 juli 2002 namnet på det företag som valts ut av ÖBB. Strabag beslutade då att överklaga beslutet om tilldelning av kontraktet till Bundesvergabeamt. Företaget yrkade att Bundesvergabeamt, med tillämpning av 113 § punkt 2 BVergG 1997, för det första skulle ogiltigförklara detta beslut och för det andra besluta om interimistiska åtgärder i form av ett förbud för ÖBB att avsluta den berörda upphandlingen innan Bundesvergabeamt bedömt Strabags överklagande i sak.

18 Bundesvergabeamt biföll i ett första beslut av den 22 juli 2002, samma dag som ÖBB ingick avtal med det företag som tilldelats kontraktet, Strabags ansökan om interimistiska åtgärder och meddelade ett förbud i enlighet med Strabags yrkande.

19 Bundesvergabeamt fann likväl i ett andra beslut av den 30 augusti 2002, i vilket överklagandet prövades i sak, att upphandlingen skett i enlighet med gällande

nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling. Det var därför inte längre möjligt att bifalla begäran om att ogiltigförklara tilldelningsbeslutet. Bundesvergabeamt fastställde dock i samma beslut att det var rättsstridigt att välja ett förhandlat upphandlingsförfarande. Bundesvergabeamt grundade denna bedömning på att det infrastrukturprojekt som var aktuellt i målet vid den nationella domstolen avsåg "tillhandahållande" av ett offentligt trafiknät och följaktligen inte skulle betraktas som en verksamhet som ingår i den sektor som avses i 84 § punkt 2.3 BVergG 1997. Enligt Bundesvergabeamt medförde dock inte denna rättsstridighet att en tolkningsfråga måste ställas till domstolen avseende tolkningen av gemenskapsrätten, eftersom de relevanta nationella bestämmelserna var entydiga och i detta avseende troget återspeglade bestämmelserna i direktiv 93/38, och särskilt artikel 2.2 c i direktivet.

20 Strabag överklagade sistnämnda beslut till Verfassungsgerichtshof och gjorde därvid särskilt gällande att det var fel av Bundesvergabeamt att avslå företagets yrkande om att förhandsavgörande skulle inhämtas. Strabag ansökte även om att Bundesvergabeamt skulle fastställa, enligt 113 § punkt 3 BVergG 1997, att kontraktet inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet till följd av att BVergG 1997 åsidosatts. Strabag grundade sig därvid på att Bundesvergabeamt fastställt att det var felaktigt av ÖBB att välja ett förhandlat upphandlingsförfarande. Sistnämnda begäran framställdes den 30 augusti 2002 och inkom till Bundesvergabeamt den 2 september 2002, det vill säga dagen efter att BVergG 2002 trädde i kraft.

21 Bundesvergabeamt bedömde under dessa omständigheter att den ställts inför en fråga som krävde en tolkning av gemenskapsrätten, särskilt med hänsyn till den nya utformningen av BVergG 2002 rörande transportsektorn, nämligen 120 § punkt 2.3 i denna lag, och de terminologiska såväl som språkliga skillnader som föreligger mellan, å ena sidan, de situationer som nämns i artikel 2.2 a och d i direktiv 93/38

och, å andra sidan, de som nämns i artikel 2.2 b och c i samma direktiv. Bundesvergabeamt beslutade därför att vilandeförklara målet och hänsköt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artikel 2.2 c i direktiv 93/38/EEG tolkas så, att det, i motsats till vad som gäller för övriga verksamhetssektorer som anges i artikel 2.2 i detta direktiv, i fråga om transportsektorn 'endast' är drift av nät som skall anses som sektorsverksamhet?

2) Vilka typer av verksamhet omfattas av begreppet 'drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg' i den mening som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38/EEG? I vilken utsträckning skall arbeten avseende infrastrukturen anses omfattas därav? I vilken utsträckning skall sådana arbeten anses omfattas av begreppet 'tillhandahållande av nät'?

3) Såvida det på (järnvägs)transportområdet endast är drift av nät som omfattas av direktiv 93/38/EEG (det vill säga om första frågan skall besvaras jakande) önskas svar på följande fråga: Är ett överprövningsorgan skyldigt att lämna en nationell bestämmelse utan avseende, när det i denna — i strid med ordalydelsen i direktiv 93/38/EEG — föreskrivs att även 'tillhandahållande av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg' skall anses utgöra sektorsverksamhet?"

22 Bakgrunden till detta andra mål är, som angetts i punkt 15 i denna dom, likartad med bakgrunden till mål C-462/03. Efter att ÖBB publicerat olika meddelanden om upphandling avseende gräv-, schakt-, markutjämnings- och betongarbeten samt uppförande av broar och anläggande av brunnar, tunnlar och underjordiska gångar i anslutning till anläggandet av eller utbyggnaden till dubbelspår på vissa järnvägssträckningar, lämnade Kostmann anbud i syfte att tilldelas de nämnda kontrakten.

23 Efter att ÖBB meddelat Kostmann att det anbud som detta företag lämnat i den första upphandlingen inte antagits och att kontraktet tilldelats ett konkurrerande företag, ansökte Kostmann i skrivelse av den 13 december 2000 om att Bundesvergabeamt i enlighet med 113 § tredje stycket BVergG 1997 skulle fastställa att kontraktet inte tilldelats den som lämnat det bästa anbudet eftersom ÖBB, enligt Kostmann utan anledning och i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling i denna lag, hade använt ett förhandlat förfarande.

24 Frågan huruvida det var rättsenligt att använda ett förhandlat förfarande är även aktuell i en tvist mellan Kostmann och ÖBB med avseende på de andra meddelandena om offentlig upphandling som publicerats av ÖBB, i vilken Kostmann överklagade till Bundesvergabeamt i skrivelser av den 13 december 2000 och den 13 januari 2001. Överklagandena skedde endast några dagar efter att de nämnda meddelandena publicerats i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Även i dessa fall tilldelades kontrakten företag som konkurrerade med sökanden i målet vid den nationella domstolen efter att sökandens begäran om interimistiska åtgärder i vissa fall avslagits.

25 De argument som har anförts inför Bundesvergabeamt i dessa olika förfaranden är i huvudsak identiska med dem i mål C-462/03. ÖBB har försvarat användandet av ett

förhandlat upphandlingsförfarande med att de infrastrukturprojekt som gett upphov till de olika meddelandena om upphandling utgjorde en sådan verksamhet som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38, och i motsvarande bestämmelse i BVergG 1997, varför det enligt artikel 20.1 i detta direktiv stod den upphandlande myndigheten fritt att välja mellan ett öppet, ett selektivt och ett förhandlat förfarande. Kostmann har däremot hävdat att ÖBB skall följa de allmänna reglerna för offentlig upphandling och särskilt bestämmelserna i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), vari föreskrivs att ett förhandlat förfarande endast får användas i exceptionella fall, eftersom de berörda infrastrukturarbetena inte återfinns bland de verksamheter som ingår i den sektor som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38.

26 Bundesvergabeamt ansåg under dessa omständigheter att det var nödvändigt med en tolkning av begreppen i direktiv 93/38 och beslutade att vilandeförklara målet och ställa tre tolkningsfrågor till domstolen, vars ordalydelse är identisk med den i de frågor som angetts i punkt 21 i denna dom.

27 Genom beslut av domstolens ordförande den 16 januari 2004 förenades mål C-462/03 med mål C-463/03 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt med avseende på domen.

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

28 Europeiska gemenskapernas kommission har i sina yttranden till domstolen inledningsvis uttryckt tvivel om huruvida de ställda frågorna kan tas upp till sakprövning. Kommissionen har gjort gällande att tolkningsfrågorna har en rent

abstrakt karaktär, eftersom ÖBB är en upphandlande enhet som bedriver en verksamhet som nämns särskilt i artikel 2.2 c i direktiv 93/38 och eftersom infrastrukturprojekten i målen vid den nationella domstolen har ett direkt samband med denna verksamhet. Frågan huruvida ett tillhandahållande av järnvägsnät allmänt sett omfattas av denna bestämmelse i direktiv 93/38 saknar således all relevans i målen vid den nationella domstolen.

29 I detta hänseende skall det erinras om att det enligt fast rättspraxis ankommer endast på den nationella domstol vid vilken tvisten är anhängig och som är ansvarig för det rättsliga avgörande som skall följa, att med hänsyn till omständigheterna i målet bedöma både behovet av att begära ett förhandsavgörande för att kunna avkunna dom och relevansen av de frågor som den ställer till domstolen. Domstolen har endast möjlighet att vägra att avgöra en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att den skall kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se bland annat dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkterna 18 och 19, av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003, s. I-1931, punkterna 21 och 22, och av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Gustav Schneider, REG 2004, s. I-1389, punkterna 21 och 22).

30 I detta fall är det emellertid inte uppenbart att den hänskjutande domstolens frågor har denna karaktär.

31 Det kan för det första inte hävdas att tolkningen av den berörda gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för

tvisterna i målen vid den nationella domstolen eller att frågorna är hypotetiska, eftersom den hänskjutande domstolens bedömning av huruvida det var rättsenligt att använda ett förhandlat förfarande vid offentlig upphandling bland annat är beroende av huruvida de berörda infrastrukturprojekten i målen vid den nationella domstolen omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38.

32 För det andra har Bundesvergabeamt tillhandahållit domstolen all nödvändig information för att domstolen skall kunna lämna ett användbart svar på de frågor som ställts till den.

33 Frågorna skall således tas upp till sakprövning.

De första och andra frågorna

34 Den hänskjutande domstolen har i de två första tolkningsfrågorna, som skall prövas tillsammans, i huvudsak frågat om det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38. Det framgår i själva verket både av förklaringarna i hänskjutandebesluten som av de yttranden som ingetts till domstolen att Bundesvergabeamt vill ha utrett räckvidden av begreppen utnyttjande och tillhandahållande och huruvida infrastrukturprojekten i målen vid den nationella domstolen förekommer bland verksamheter som ingår i den sektor som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38 och huruvida den upphandlande myndigheten således fick göra undantag från de allmänna bestämmelserna för offentlig upphandling i direktiv 93/37 till förmån för dem i direktiv 93/38, enligt vilka det medges ett mer generöst användande av ett förhandlat förfarande.

35 Det finns för det första anledning att erinra sig att direktiv 93/38 enligt artikel 2.1 a är tillämpligt med avseende på upphandlande enheter som är offentliga myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som nämns i artikel 2.2.

36 Det följer även av artikel 4.1 i direktivet att de upphandlande enheterna vid offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster eller vid anordnande av formgivningstävlingar skall använda sig av förfaranden som är anpassade till bestämmelserna i detta direktiv.

37 Liksom kommissionen med rätta har påpekat i sina skriftliga yttranden följer det av de båda bestämmelserna, jämförda med varandra, att frågan huruvida direktiv 93/38 är tillämpligt beror på den verksamhet som den upphandlande enheten bedriver liksom på banden mellan denna verksamhet och den upphandling som enheten skall göra. Om den upphandlande enheten bedriver någon av de verksamheter som nämns i artikel 2.2 i direktiv 93/38 och vid bedrivandet av en sådan verksamhet avser, vilket den nationella domstolen skall bekräfta, att genomföra en offentlig upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor eller att anordna en formgivningstävling, är direktivets bestämmelser tillämpliga med avseende på upphandlingen eller formgivningstävlingen. I det motsatta fallet regleras upphandlingen eller formgivningstävlingen av de bestämmelser som, beroende på vad saken gäller, föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor.

38 Denna tolkning bekräftas för övrigt av den uttryckliga ordalydelsen i artikel 6.1 i direktiv 93/38, enligt vilken direktivet bland annat inte skall tillämpas på upphandlingar eller formgivningstävlingar som de upphandlande enheterna genomför eller anordnar för annat syfte än de i artikel 2.2 angivna verksamheterna, liksom av skäl 13 i direktiv 93/38, i vilket det preciseras att direktivet inte skall tillämpas på

dessa organs verksamhet, som antingen faller utanför vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, eller som visserligen faller inom dessa sektorer men som är konkurrensutsatt på en marknad utan etableringshinder.

39 Mot bakgrund av de skäl som anförts ovan skall de två första frågorna som har ställts i de två målen vid den nationella domstolen besvaras sålunda att när en upphandlande enhet som bedriver någon av de verksamheter som nämns särskilt i artikel 2.2 i direktiv 93/38 avser att, inom ramen för sin verksamhet, genomföra en upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor eller att anordna en formgivningstävling, regleras upphandlingen eller formgivningstävlingen genom bestämmelserna i direktiv 93/38.

Den tredje frågan

40 Den hänskjutande domstolen vill med sin tredje fråga, som formulerats likadant i de båda målen vid domstolen i fråga, i huvudsak få klarhet i om den är skyldig att åsidosätta en bestämmelse i nationell rätt i vilken det, i strid med ordalydelsen i artikel 2.2 c i direktiv 93/38, föreskrivs att tillhandahållande av nät i syfte att betjäna allmänheten med järnvägstransporter också är en verksamhet som ingår i den sektor som avses i direktivet.

41 Frågan bygger på den premissen att infrastrukturarbeten av det slag som de som avses i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38, eftersom sådana arbeten, enligt den hänskjutande domstolen, kan likställas med "ett tillhandahållande" av transportnät

och denna verksamhet inte förekommer bland de verksamheter som uttryckligen nämns i artikel 2.2 c i direktivet.

42 Det är en felaktig premiss. Såsom har angetts i punkt 37 i denna dom, är frågan huruvida direktiv 93/38 är tillämpligt i själva verket beroende av den verksamhet som den berörda upphandlande enheten bedriver och relationerna mellan denna verksamhet och den upphandling som enheten i fråga planerar att genomföra.

43 Det saknas under dessa förutsättningar anledning att besvara den tredje frågan.

Rättegångskostnader

44 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttranden till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa skäl beslutar domstolen (andra avdelningen) följande dom:

När en upphandlande enhet som bedriver någon av de verksamheter som nämns särskilt i artikel 2.2 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna och inom ramen för denna verksamhet genomför en offentlig upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor eller anordnar en formgivningstävling, regleras upphandlingen eller formgivningstävlingen genom bestämmelserna i direktivet.

Underskrifter