ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (druhého senátu)

16. června 2005 *

Ve spojených věcech C-462/03 a C-463/03,

jejichž předmětem jsou žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podané Bundesvergabeamt (Rakousko), rozhodnutími ze dne 27. října 2003, došlými Soudnímu dvoru dne 4. listopadu 2003, v řízeních

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

proti

Österreichische Bundesbahnen,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (druhý senát),

ve složení C. W. A. Timmermans (zpravodaj), předseda senátu, R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis a J. Klučka, soudci,

generální advokát: P. Léger,
vedoucí soudní kanceláře: R. Grass,

s přihlédnutím k písemné části řízení,

s ohledem na vyjádření předložená:

— za Strabag AG W. Mecenovicem, Rechtsanwalt,

— za Kostmann GmbH R. Kurbosem, Rechtsanwalt,

— za Österreichische Bundesbahnen J. Schrammem, Rechtsanwalt,

— za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

— za francouzskou vládu G. de Berguesem a D. Petrauschem, jako zmocněnci,

— za nizozemskou vládu S. Terstal a N. A. J. Belem, jako zmocněnci,

— za Komisi Evropských společenství K. Wiednerem, jako zmocněncem,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vyslechnutí generálního advokáta, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce se týkají výkladu čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání

zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194).

2 Tyto žádosti byly předloženy v rámci sporů mezi Strabag AG (dále jen „Strabag") a Österreichische Bundesbahnen (Státní společnost rakouských železnic, dále jen „ÖBB") a mezi Kostmann GmbH (dále jen „Kostmann") a ÖBB ohledně zadání zakázek týkajících se výstavby a zdvojení železničních tratí, zejména provedení stavebních prací železničního náspu, vyrovnání terénu, betonářských prací, výstavby mostů a provedení železničních prací.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

3 Článek 1 směrnice 93/38 přesně definuje pojmy, které směrnice používá. Podle bodů 1, 2, 4 a 7 tohoto článku se takto rozumí:

„1) ‚orgány veřejné moci' stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty nebo sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány nebo veřejnoprávními subjekty.

Subjekt je považován za veřejnoprávní, pokud:

— je zřízen za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá obchodní nebo průmyslovou povahu,

— má právní subjektivitu

a

— je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány, nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen, nebo v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu je více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty;

2) ‚veřejným podnikem' jakýkoliv podnik, ve kterém orgány veřejné moci mohou vykonávat přímo, nebo nepřímo dominantní vliv na základě svého vlastnictví podniku, majetkové účasti nebo předpisů, kterými je upraven. Dominantní vliv orgánů veřejné moci se předpokládá, pokud tyto orgány, přímo, nebo nepřímo, ve vztahu k podniku:

— vlastní většinu upsaného základního jmění podniku

nebo

— mají většinu hlasovacích práv vyplývajících z podílů na podniku

nebo

— mohou jmenovat více než polovinu členů správních, řídících nebo dozorčích orgánů podniku;

[...]

4) ‚zakázkami [...] na stavební práce [...]': zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi jedním ze zadavatelů uvedených v článku 2 a [...] zhotovitelem [...], a jejichž předmětem je [...] buď provedení, nebo jak provedení, tak projekt nebo realizace stavebních nebo konstrukčních činností uvedených v příloze XI. Tyto zakázky mohou navíc zahrnovat dodávky a služby nezbytné pro jejich provedení [...].

[...]

7) ‚otevřenými, omezenými a vyjednávacími řízeními': řízení při zadávání zakázek použitá zadavateli, ve kterém:

a) v případě ‚otevřených řízení' mohou všichni dodavatelé, zhotovitelé nebo poskytovatelé služeb, kteří mají zájem, podat nabídku;

b) v případě ‚omezených řízení' mohou podat nabídku pouze zájemci, které vyzve zadavatel;

c) v případě vyjednávacích řízení zadavatel konzultuje dodavatele, zhotovitele nebo poskytovatele služeb podle svého výběru a vyjedná podmínky zakázky s jedním nebo více z nich."

4 Podle čl. 2 odst. 1 směrnice 93/38 se tato směrnice vztahuje na „zadavatele, kteří:

a) jsou orgány veřejné moci nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v odstavci 2;

[...]"

5 Činnosti, uvedené v odst. 1 téhož článku, na něž se vztahuje tato směrnice, jsou popsány v čl. 2 odst. 2 této směrnice:

„a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí:

i) pitné vody

nebo

ii) elektřiny

nebo

iii) plynu nebo tepla

nebo zásobování těchto sítí pitnou vodou, elektřinou, plynem nebo teplem;

b) využívání geografické oblasti za účelem:

i) průzkumu nebo těžby ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv

nebo

ii) poskytování zařízení letiště, námořního nebo vnitrozemského přístavu a jiného terminálu pro letecké a námořní dopravce a dopravce na vnitrozemských vodních cestách;

c) provozování sítí poskytujících služby veřejnosti v odvětví železniční dopravy, automatizovaných systémů, tramvajové, trolejbusové, autobusové nebo lanové dopravy.

Pokud se týká dopravních služeb, je síť považována za existující tam, kde je služba poskytována podle provozních podmínek stanovených příslušným

orgánem členského státu; například podmínky pro obsluhované trasy, kapacita, která má být k dispozici, nebo četnost služeb;

d) poskytování nebo provoz veřejných telekomunikačních sítí nebo poskytování jedné nebo více veřejných telekomunikačních služeb."

6 Článek 4 odst. 1 směrnice 93/38 stanoví:

„Při zadávání zakázek na dodávky, stavební práce nebo služby, nebo při organizování veřejných soutěží na projekt používají zadavatelé postupy přizpůsobené ustanovením této směrnice."

7 Článek 6 odst. 1 téže směrnice upřesňuje, že se tato „směrnice nevztahuje na zakázky nebo veřejné soutěže na projekt, které zadavatelé zadávají nebo organizují za jinými účely, než je provádění jejich činností uvedených v čl. 2 odst. 2 nebo provádění těchto činností v třetí zemi způsobem, který nezahrnuje fyzické využití sítě nebo geografické oblasti ve Společenství."

8 Konečně, podle čl. 20 odst. 1 směrnice 93/38 „[s]i mohou zadavatelé vybrat jakýkoliv postup uvedený v čl. 1 bodu 7, za předpokladu, že byla výzva k účasti v soutěži

učiněna podle článku 21 s výhradou odstavce 2." Uvedený odst. 2 přesně vyjmenovává případy, v nichž mohou zadavatelé použít postup bez předchozí výzvy k účasti v soutěži.

Vnitrostátní právní úprava

Federální zákon z roku 1997 o zadávání veřejných zakázek

9 Směrnice 93/38 byla v rakouském právu provedena federálním zákonem z roku 1997 o zadávání veřejných zakázek [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, dále jen „BVergG 1997"]. Podle čl. 84 odst. 1, 2 a 4 uvedeného v kapitole 5 tohoto zákona, nazvané „Zvláštní ustanovení týkající se zadavatelů v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací":

„(1) Ustanovení této kapitoly se vztahují pouze na zadavatele, kterých se týká tento zákon, pokud vykonávají činnost ve smyslu odst. 2 [...].

(2) Činnosti uvedené v odst. 1 jsou následující:

1. poskytování nebo provoz pevných sítí [...];

2. využívání geografické oblasti za účelem [...];

3. provozování sítí poskytujících služby veřejnosti v odvětví železniční dopravy, automatizovaných systémů, tramvajové, trolejbusové, autobusové nebo lanové dopravy;

4. poskytování nebo provoz veřejných telekomunikačních sítí nebo poskytování jedné nebo více veřejných telekomunikačních služeb.

[...]

(4) Pokud se týká dopravních služeb uvedených v odst. 2 bodu 3, je síť považována za existující, pokud je služba poskytována podle provozních podmínek stanovených příslušným orgánem; například podmínky pro obsluhované trasy, kapacita, která má být k dispozici, nebo četnost služeb. [...]"

10 Článek 113 BVergG 1997 stanoví pravomoci Bundesvergabeamt (Federální úřad pro zadávání zakázek). Stanoví:

„(1) Bundesvergabeamt má pravomoc na návrh provést přezkumné řízení v souladu s ustanoveními následující kapitoly.

(2) Za účelem ukončení porušení tohoto federálního zákona a jeho prováděcích nařízení má Bundesvergabeamt pravomoc až do zadání zakázky:

1. přijmout předběžná opatření a

2. zrušit protiprávní rozhodnutí zadavatele.

(3) Po zadání zakázky nebo ukončení řízení o zadání zakázky má Bundesvergabeamt pravomoc určit, že z důvodu porušení tohoto federálního zákona nebo jeho prováděcích nařízení nebyla zakázka zadána nejvhodnějšímu uchazeči. [...]"

Federální zákon z roku 2002 o zadávání veřejných zakázek

11 BVergG 1997 byl zrušen a nahrazen od 1. září 2002 novým federálním zákonem o zadávání veřejných zakázek [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002, dále jen „BVergG 2002"]. Článek 120 výše uvedeného zákona široce přebírá znění článku 84 BVergG 1997. Na rozdíl od tohoto článku však čl. 120 odst. 2 bod 3 stanoví, co se týče odvětví dopravy, že jak provozování, tak poskytování sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v odvětví železniční dopravy, automatizovaných systémů, tramvajové, trolejbusové, autobusové nebo lanové dopravy jsou uvedeny mezi činnostmi uvedenými v jeho odst. 1, na které se tedy vztahuje specifický režim stanovený směrnicí 93/38.

12 Co se týče pravomocí Bundesvergabeamt, BVergG 2002 se rovněž široce inspiruje ustanoveními BVergG 1997, přičemž článek 162 BVergG 2002 zejména s několika změnami přebírá znění článku 113 BVergG 1997.

13 Článek 188 BVergG 2002 o vstupu tohoto zákona v účinnost a o zrušení BVergG 1997 ve svém odstavci 1 upřesňuje, že BVergG 2002 se nevztahuje na řízení o zadání zakázek zahájená přede dnem jeho vstupu v účinnost. Odstavec 3 téhož článku v důsledku toho stanoví, že pokud byly žaloby Bundesvergabeamt podány před

1. září 2002, musí tento soud v zásadě pokračovat v přezkumu těchto žalob na základě ustanovení BVergG 1997, ve znění zveřejněném v BGBl. I, 136/2001.

14 Na základě druhé věty téhož ustanovení se však toto pravidlo nepoužije v případě přerušení řízení nebo žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce [...]. V těchto dvou případech musí totiž Bundesvergabeamt poté, co rozhodl o otázce, která způsobila uvedené přerušení řízení, nebo obdržel rozhodnutí o předběžné otázce, pokračovat v řízení na základě BVergG 2002.

Spory v původních řízeních a předběžné otázky

15 Spory v původních řízeních se zakládají na obdobných skutečnostech. Jejich původem je rozhodnutí, kterým ÖBB – společnost, jejíž veškerý kapitál patří rakouskému státu a jejíž úloha v souladu s čl. 1 odst. 3 federálního zákona z roku 1992 o železnicích (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992) spočívá v zajištění dopravy osob a zboží a ve výstavbě a údržbě k tomuto účelu nezbytných infrastruktur – nepřijala nabídky předložené společnostmi žalujícími v původních řízeních a zadala zakázky na stavební práce dotčené v těchto věcech jejich konkurenčním podnikům. Strabag a Kostmann v podstatě zpochybňují použití vyjednávacího řízení o zadání zakázek ÖBB.

Věc C-462/03

16 Sdělením ze dne 29. prosince 2000 nechala ÖBB zveřejnit v *Úředním věstníku Evropských společenství* vyhlášení zakázky na provedení různých stavebních prací železobetonování a na výstavbu železničních staveb a mostů.

17 Čtrnáct stavebních podniků, mezi jinými Strabag a Kostmann, předložilo v rámci zakázky nabídku. Nabídky těchto dvou podniků však nebyly přijaty. Poté, co bylo Strabag telefaxem ze dne 5. července 2002 sděleno jméno podniku, kterému ÖBB zadala zakázku, rozhodla se Strabag podat návrh na zahájení přezkumného řízení ohledně rozhodnutí o zadání uvedené zakázky u Bundesvergabeamt, kterému navrhla podle čl. 113 odst. 2 BVergG 1997 jednak zrušit toto rozhodnutí a jednak přijmout předběžná opatření, která v projednávané věci spočívala v příkazu zadavateli s cílem zabránit uzavření dotčené zakázky do doby, než bude rozhodnuto o žalobě.

18 Prvním rozhodnutím přijatým dne 22. července 2002, tedy tentýž den jako uzavření smlouvy mezi ÖBB a podnikem, jemuž byla zakázka zadána, Bundesvergabeamt vyhověl návrhu předběžného opatření a rozhodl o příkazu požadovaném Strabag.

19 Svým druhým rozhodnutím ze dne 30. srpna 2002 tento orgán rozhodující ve věci samé však rozhodl, že zadání, které bylo učiněno, je v souladu s vnitrostátními

předpisy a předpisy Společenství o veřejných zakázkách, takže již nebylo možné vyhovět návrhu na zrušení uvedené smlouvy. V tomtéž rozhodnutí Bundesvergabeamt nicméně konstatoval, že použití vyjednávacího řízení o zadání zakázek bylo protiprávní. Vycházel v tomto ohledu ze skutečnosti, že záměr infrastruktury dotčené v původním řízení se týkal „poskytování" sítě veřejné dopravy, a nemohl být tedy považován za činnost spadající do odvětví uvedeného v čl. 84 odst. 2 bodu 3 BVergG 1997. Podle Bundesvergabeamt však takové konstatování protiprávnosti nevyžaduje, aby Soudnímu dvoru byla předložena otázka směřující k výkladu předpisů Společenství, pokud jsou dotčená ustanovení vnitrostátního práva jasná a věrně odrážejí v tomto ohledu znění směrnice 93/38 a zvláště znění jejího čl. 2 odst. 2 písm. c).

20 Po přijetí výše uvedeného rozhodnutí podala Strabag proti němu stížnost k Verfassungsgerichtshof, přičemž zejména uplatňovala, že jí podaný návrh na podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce byl ze strany Bundesvergabeamt neoprávněně zamítnut. Strabag kromě toho Bundesvergabeamt navrhovala, aby konstatoval na základě čl. 113 odst. 3 BVergG 1997, že v důsledku porušení tohoto zákona nebyla zakázka zadána nejvhodnějšímu uchazeči. Uvedená společnost v tomto ohledu vycházela z konstatování téhož soudu, podle kterého byl výběr vyjednávacího řízení o zadání zakázek ÖBB nesprávný. Tento návrh podaný dne 30. srpna 2002 došel Bundesvergabeamt dne 2. září 2002, tedy den následující po dni vstupu BVergG 2002 v účinnost.

21 Vzhledem k tomu, že Bundesvergabeamt měl za to, že za těchto podmínek se jedná o otázku vyžadující výklad práva Společenství s ohledem zejména na nové znění ustanovení BVergG 2002 týkajícího se odvětví dopravy, tedy čl. 120 odst. 2 bodu 3 tohoto zákona, a s ohledem na to, že existovaly jak terminologické, tak jazykové

rozdíly jednak mezi případy uvedenými v čl. 2 odst. 2 písm. a) a d) směrnice 93/38 a jednak případy uvedenými ve stejném odstavci písm. b) a c), rozhodl Bundesvergabeamt přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba vykládat čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38/EHS v tom smyslu, že co se týče dopravních služeb, oproti ostatním případům podle čl. 2 odst. 2 směrnice, [musí být] ‚pouze' provozování sítí považováno za činnost v odvětví?

2) Které činnosti zahrnuje dle čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38/EHS pojem , provozování sítí poskytujících služby veřejnosti v odvětví železniční dopravy'? V jakém rozsahu může zvláště zahrnovat záměry v oblasti infrastruktur? V jakém rozsahu zahrnuje tyto záměry pojem ‚poskytování sítí'?

3) Pokud se v odvětví dopravy (železniční) vztahuje směrnice 93/38/EHS pouze na provozování sítí (a tedy v případě kladné odpovědi na první otázku): je orgán pověřený provedením přezkumného řízení povinen nepoužít vnitrostátní ustanovení, podle něhož v rozporu se zněním směrnice 93/38/EHS je , poskytování sítí poskytujících služby veřejnosti v odvětví železniční dopravy' rovněž činností v odvětví?"

22 Jak bylo poukázáno v bodě 15 tohoto rozsudku, skutečnosti, které vedly k této druhé věci, jsou obdobné těm, které vedly k věci C-462/03. Poté, co ÖBB zveřejnila různá vyhlášení zakázek na provedení stavebních prací výkopu, železničního náspu, nivelizace, betonování a výstavby mostů, studní, tunelů a podjezdů spojených s výstavbou nebo zdvojením některých železničních tratí, předložila Kostmann nabídky za účelem získání uvedených zakázek.

23 Poté, co ÖBB společnosti Kostmann sdělila, že nabídka, kterou v rámci první zakázky předložila, nebyla vybrána a že zakázka byla zadána konkurenčnímu podniku, navrhla Kostmann dopisem ze dne 13. prosince 2000, aby Bundesvergabeamt podle čl. 113 odst. 3 BVergG 1997 konstatoval, že podle ní zakázka nebyla zadána nejvhodnějšímu uchazeči z důvodu neodůvodněného použití vyjednávacího řízení, čímž byl porušen tento zákon.

24 Oprávněnost použití tohoto výše uvedeného řízení je rovněž ve sporu Kostmann v. ÖBB dotčena, co se týče ostatních vyhlášení zakázek zveřejněných na žádost ÖBB v rámci návrhu na zrušení podaného Kostmann k témuž orgánu dopisy ze dne 13. prosince 2000 a dne 13. ledna 2001, tedy pouze několik dnů po zveřejnění uvedených vyhlášení v *Úředním věstníku Evropských společenství*. Rovněž v těchto věcech byly zakázky zadány konkurenčním podnikům žalobkyně ve věci hlavní poté, co byly návrhy na předběžné opatření, které předložila, v některých případech zamítnuty.

25 Argumentace uvedená před Bundesvergabeamt v těchto různých řízeních je v podstatě stejná jako argumentace ve věci C-462/03. ÖBB obhajuje použití

vyjednávacího řízení o zadání zakázek, přičemž má za to, že záměry infrastruktur, které vedly k různým vyhlášením zakázek, spadají do oblasti uvedené v čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38/EHS a do odpovídajícího ustanovení BVergG 1997, takže v souladu s čl. 20 odst. 1 této směrnice si zadavatel může vybrat otevřené, omezené nebo vyjednávací řízení. Kostmann naopak tvrdí, že ÖBB měla použít obvyklá pravidla pro zadávání zakázek a zejména ta, která jsou stanovena směrnicí Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163), která stanoví pouze výjimečné použití vyjednávacího řízení, pokud stavební práce na infrastruktuře dotčené v původním řízení nejsou uvedeny mezi činnostmi spadajícími do oblasti uvedené v čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38.

26 Vzhledem k tomu, že Bundesvergabeamt měl za to, že za těchto podmínek znění výše uvedené směrnice vyžaduje výklad, rozhodl se přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru tři předběžné otázky, jejichž znění je shodné se zněním otázek uvedených v bodě 21 tohoto rozsudku.

27 Usnesením předsedy Soudního dvora ze dne 16. ledna 2004 byly věci C-462/03 a C-463/03 spojeny pro účely písemné a ústní části řízení a rozsudku.

K přípustnosti předběžných otázek

28 Ve vyjádření, které Komise Evropských společenství předložila Soudnímu dvoru, nejprve vyjadřuje pochyby, pokud jde o přípustnost předložených otázek. V tomto ohledu uplatňuje, že tyto otázky jsou čistě teoretické, jelikož ÖBB je zadavatelem,

který vykonává činnost, která je specificky uvedena v čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38, a záměry infrastruktur dotčených v původním řízení mají přímý vztah s touto činností. Otázka, zda se na poskytování sítí železnic obecně vztahuje odst. 2 písm. c) tohoto článku, tedy není nikterak relevantní, co se týče věcí v původním řízení.

29 V tomto ohledu je třeba připomenout, že na základě ustálené judikatury přísluší v zásadě pouze vnitrostátnímu soudu, kterému je spor předložen a který nese odpovědnost za přijaté rozhodnutí, aby posoudil s ohledem na zvláštnosti věci jak nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce pro vydání rozhodnutí, tak i relevanci otázek, které klade Soudnímu dvoru. Odmítnutí Soudního dvora rozhodnout o otázce předložené vnitrostátním soudem je tedy možné, pouze pokud je zjevné, že požadovaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, pokud se jedná o hypotetický problém nebo pokud Soudní dvůr nedisponuje skutkovými a právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď na otázky, které jsou mu položeny (viz zejména rozsudky ze dne 22. ledna 2002, Canal Satelite Digital, C-390/99, Recueil, s. I-607, body 18 a 19; ze dne 27. února 2003, Adolf Truley, C-373/00, Recueil, s. I-1931, body 21 a 22, a ze dne 5. února 2004, Schneider, C-380/01, Recueil, s. I-1389, body 21 a 22).

30 V projednávané věci není zjevné, že by se na otázky předložené předkládajícím soudem vztahoval některý z těchto případů.

31 Nemůže být totiž jednak tvrzeno, že požadovaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporů v původních řízeních nebo že předložený

problém je hypotetický, neboť posouzení legality použití vyjednávacího řízení o zadání zakázek uvedeným soudem závisí zejména na otázce, zda jsou záměry infrastruktur dotčených v původním řízení ve věcné působnosti směrnice 93/38.

32 Bundesvergabeamt kromě toho Soudnímu dvoru poskytl veškeré poznatky nezbytné pro to, aby byl Soudní dvůr schopen užitečně odpovědět na položené otázky.

33 Položené otázky musí být tedy prohlášeny za přípustné.

K první a druhé otázce

34 Svou první a druhou otázkou, které je třeba zkoumat společně, se předkládající soud v podstatě táže na věcnou působnost směrnice 93/38. Jak z vysvětlení uvedených v předkládacích rozhodnutích, tak z vyjádření předložených Soudnímu dvoru totiž vyplývá, že těmito otázkami týkajícími se dosahu pojmů „provozování" a „poskytování" dopravních sítí se Bundesvergabeamt táže, zda záměry infrastruktur dotčených v původním řízení jsou uvedeny mezi činnostmi, které spadají do oblasti, na kterou se vztahuje čl. 2 odst. 2 písm. c) uvedené směrnice, a zda se tedy zadavatel mohl odchýlit od obvyklých pravidel o zadávání zakázek stanovených směrnicí 93/37 ve prospěch pravidel obsažených ve směrnici 93/38, která umožňuje širší použití vyjednávacího řízení.

35 V tomto ohledu je třeba jednak připomenout, že podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 93/38 se tato směrnice vztahuje na zadavatele, kteří jsou orgány veřejné moci nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v odstavci 2 téhož článku.

36 Kromě toho z čl. 4 odst. 1 uvedené směrnice vyplývá, že při zadávání zakázek na dodávky, stavební práce nebo služby, nebo při organizování veřejných soutěží na projekt používají zadavatelé postupy přizpůsobené ustanovením této směrnice.

37 Jak to Komise správně konstatovala ve svém písemném vyjádření, vyplývá ze společného výkladu těchto dvou ustanovení, že použitelnost směrnice 93/38 závisí na činnosti vykonávané dotčeným zadavatelem a na vztazích existujících mezi touto činností a zakázkou plánovanou uvedeným zadavatelem. Pokud zadavatel vykonává jednu z činností uvedených v čl. 2 odst. 2 směrnice 93/38 a hodlá v rámci takové činnosti, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudci, zadat zakázku na služby, stavební práce nebo dodávky nebo organizovat veřejnou soutěž, jsou ustanovení této směrnice použitelná na tuto zakázku nebo tuto veřejnou soutěž. V opačném případě se bude zakázka nebo veřejná soutěž řídit pravidly stanovenými směrnicemi o zadávání zakázek na služby, na stavební práce nebo dodávky (podle konkrétního případu).

38 Tento výklad je ostatně výslovně potvrzen jak samotným zněním čl. 6 odst. 1 směrnice 93/38, podle kterého se tato směrnice nevztahuje zejména na zakázky nebo veřejné soutěže na projekty, které zadavatelé zadávají nebo organizují za jinými účely, než je provádění jejich činností uvedených v čl. 2 odst. 2 téže směrnice, tak zněním třináctého bodu odůvodnění této směrnice, který upřesňuje, že uvedená směrnice se nevztahuje na činnosti zadavatelů, které se netýkají odvětví vodního

hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací nebo které do nich sice spadají, avšak jsou přímo vystaveny konkurenčním silám na trzích, na které je přístup neomezený.

39 S ohledem na předchozí úvahy je třeba na první dvě otázky předložené v obou původních řízeních odpovědět tak, že pokud zadavatel vykonávající některou z činností specificky uvedených v čl. 2 odst. 2 směrnice 93/38 má v úmyslu v rámci výkonu této činnosti zadat zakázku na služby, stavební práce nebo dodávky nebo uspořádat veřejnou soutěž na projekt, řídí se tato zakázka nebo veřejná soutěž na projekt ustanoveními této směrnice.

K třetí otázce

40 Svou třetí otázkou shodně formulovanou v každém z původních řízení se předkládající soud v podstatě táže, zda je povinen nepoužít ustanovení vnitrostátního práva, které v rozporu se zněním čl. 2 odst. 2 písm. c) směrnice 93/38 stanoví, že poskytování sítí poskytujících služby veřejnosti v odvětví železniční dopravy je rovněž činností, která spadá do oblasti, na kterou se vztahuje tato směrnice.

41 Tato otázka je založena na premise, podle které stavební práce na infrastruktury, takové, jaké jsou dotčeny v původním řízení, nejsou ve věcné působnosti směrnice 93/38, neboť podle předkládajícího soudu by takové stavební práce měly být

zahrnuty do „poskytování" dopravních sítí a tato činnost není mezi činnostmi, které jsou specificky uvedeny v čl. 2 odst. 2 písm. c) uvedené směrnice.

42 Taková premisa však není správná. Jak bylo konstatováno v bodě 37 tohoto rozsudku, použitelnost směrnice 93/38 totiž závisí na činnosti vykonávané dotčeným zadavatelem a na vztazích existujících mezi touto činností a zakázkou plánovanou uvedeným zadavatelem.

43 Za těchto podmínek není namístě na třetí otázku odpovědět.

K nákladům řízení

44 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení vzhledem ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (druhý senát) rozhodl takto:

Pokud zadavatel vykonávající některou z činností specificky uvedených v čl. 2 odst. 2 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací má v úmyslu v rámci výkonu této činnosti zadat zakázku na služby, stavební práce nebo dodávky nebo uspořádat veřejnou soutěž na projekt, řídí se tato zakázka nebo veřejná soutěž na projekt ustanoveními této směrnice.

Podpisy.