EUROOPA KOHTU OTSUS (teine koda)

16. juuni 2005 *

Liidetud kohtuasjades C-462/03 ja C-463/03,

mille esemeks on EÜ artikli 234 alusel Bundesvergabeamt'i (Austria) 27. oktoobri 2003. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 4. novembril 2003, menetluses

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

versus

Österreichische Bundesbahnen,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA KOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees C. W. A. Timmermans (ettekandja), kohtunikud R. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis ja J. Klučka,

kohtujurist: P. Léger,
kohtusekretär: R. Grass,

arvestades kirjalikku menetlust,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

— Strabag AG, esindaja: *Rechtsanwalt* W. Mecenovic,

— Kostmann GmbH, esindaja: *Rechtsanwalt* R. Kurbos,

— Österreichische Bundesbahnen, esindaja: *Rechtsanwalt* J. Schramm,

— Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,

— Prantsusmaa valitsus, esindajad: G. de Bergues ja D. Petrausch,

— Madalmaade valitsus, esindajad: S. Terstal ja N. A. J. Bel,

— Euroopa Ühenduste Komisjon, esindaja: K. Wiedner,

arvestades pärast kohtujuristi ärakuulamist tehtud otsust lahendada kohtuasi ilma kohtujuristi ettepanekuta,

on teinud järgmise

otsuse

1 Eelotsuseküsimused puudutavad nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekom-

munikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, artikli 2 lõike 2 punkti c tõlgendamist (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194).

2 Eelotsuseküsimused on esitatud ühelt poolt Strabag AG (edaspidi „Strabag") ja Kostmann GbmH (edaspidi „Kostmann") ning teiselt poolt Österreichische Bundesbahnen'i (Austria riiklik raudtee-ettevõtja, edaspidi „ÖBB") vahelises vaidluses selle üle, et raudteede ehitamis- ning rekonstrueerimistööde lepingud, mis hõlmavad eelkõige töid muldkehaga, tasandamis- ja betoneerimistöid, samuti raudteesildade ning -rajatiste ehitamist, sõlmiti Strabagi ja Kostmanniga konkureerivate ettevõtjatega.

Õiguslik raamistik

Ühenduse õigusnormid

3 Direktiivi 93/38 artikkel 1 määratleb direktiivis kasutatavad mõisted. Selle artikli punktide 1, 2, 4 ja 7 kohaselt mõistetakse neid järgmiselt:

„1) „riigiasutused — riigi, piirkondlikud või kohalikud asutused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest asutusest või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused.

Avalik-õiguslik isik on selline isik:

— mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega;

— mis on juriidiline isik

ja

— mida põhiliselt rahastavad riik või piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud, või mille juhtimist need isikud kontrollivad, või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, millesse riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud isikud nimetavad üle poole liikmetest;

2) riigi osalusega äriühingud — kõik institutsioonid, mille suhtes riigiasutused võivad omandiõiguse, rahalise osaluse või neid ettevõtjaid reguleerivate eeskirjade alusel otseselt või kaudselt kasutada valitsevat mõju. Eeldatakse, et riigiasutustel on ettevõtja suhtes valitsev mõju, kui need asutused otseselt või kaudselt:

— omavad enamust äriühingu märgitud kapitalist

või

— kontrollivad enamust äriühingu käibelelastud aktsiatega määratud häältest

või

— võivad määrata rohkem kui poole äriühingu haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest;

— [...]

4) [...] ehitustöö lepingud [...] — kirjalikud rahaliste huvidega seotud lepingud, mis on sõlmitud ühe artiklis 2 nimetatud tellija ja [...] töövõtja [...] vahel ning, mille objektiks on [...] XI lisas nimetatud üld- või tsiviilehitustööde teostamine või nii teostamine kui ka projekteerimine või mis tahes viisil realiseerimine. Need lepingud võivad käsitleda ka tarneid ja teenuseid, mis on vajalikud nimetatud tööde teostamiseks [...].

[...]

7) avatud, piiratud ja läbirääkimistega menetlused — tellijate kohaldatavad pakkumismenetlused, mille käigus:

a) avatud menetluse puhul saavad pakkumise esitada kõik huvitatud tarnijad, töövõtjad või teenuseosutajad;

b) piiratud menetluse puhul saavad pakkumise esitada ainult tellija määratud kandidaadid;

c) läbirääkimistega menetluse puhul tellija konsulteerib enda valitud tarnijate, töövõtjate või teenuseosutajatega ning peab ühe või mitmega neist läbirääkimisi lepingutingimuste suhtes."

4 Direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 kohaselt kohaldatakse direktiivi „tellijate" suhtes, kes:

a) on riigiasutused või riigi osalusega äriühingud ja tegutsevad ühes lõikes 2 nimetatud valdkonnas;

[...]".

5 Käesoleva direktiivi artikli 2 lõike 2 kohaselt kuuluvad selle direktiivi kohaldamisalasse — viitega sama artikli lõikele 1 — järgmised tegevusalad:

„a) niisuguste püsivõrkude pakkumine või käitamine, mille eesmärgiks on pakkuda elanikkonnale

i) joogivee

või

ii) elektrienergia

või

iii) gaasi või soojuse

tootmise, transportimise või jaotamisega seotud teenust või joogivee, elektrienergia, gaasi või soojuse tarnimist neile võrkudele;

b) geograafilise piirkonna kasutamine:

i) nafta, gaasi, kivisöe ja muude tahkekütuste leiukohtade uurimiseks või nende tootmiseks

või

ii) lennuvälja-, meresadama- või siseveesadamateenuste või muude terminalteenuste osutamine ettevõtjatele, kes teevad vedusid õhu-, mere- või siseveeteede kaudu;

c) niisuguste võrkude käitamine, mis pakuvad avalikku teenust raudtee-, automaatsüsteemide-, trammi-, trollibussi-, bussi- või kaabeltranspordi valdkonnas.

Veoteenuste puhul loetakse, et võrk on olemas siis, kui teenust osutatakse vastavalt liikmesriigi pädeva asutuse kehtestatud tingimustele, nagu näiteks

teenindatavaid liine, kasutatavat läbilaskevõimet või teenindussagedust käsitlevad tingimused;

d) üldkasutatavate telekommunikatsioonivõrkude pakkumine või käitamine või ühe või mitme üldkasutatava telekommunikatsiooniteenuse osutamine."

6 Direktiivi 93/38 artikli 4 lõige 1 sätestab:

„Tellijad sõlmivad tarne-, ehitustöö- ja teenuslepinguid või korraldavad ideekonkursse käesoleva direktiivi sätetele vastavas korras."

7 Sama direktiivi artikli 6 lõige 1 täpsustab, et „käesolevat direktiivi ei kohaldata lepingute või ideekonkursside suhtes, mille tellijad sõlmivad või korraldavad muu, kui artikli 2 lõikes 2 kirjeldatud tegevuse eesmärgil, või niisuguseks tegevuseks kolmandas riigis, mille tingimuste hulka ei kuulu ühenduses asuvate võrkude või geograafiliste piirkondade füüsiline kasutamine."

8 Direktiivi 93/38 artikli 20 lõike 1 sõnastus ütleb, et „tellijad võivad valida ükskõik millise artikli 1 lõikes 7 kirjeldatud menetluse, tingimusel et hankekuulutus esitati

vastavalt artiklile 21, arvestades lõikes 2 antud erandeid." Nimetatud lõige 2 loetleb täpsustavalt olukorrad, kus tellijad võivad kasutada menetlust, mille puhul eelnevat hankekuulutust ei esitata.

Siseriiklikud õigusnormid

1997. aasta föderaalseadus avalike hankemenetluste kohta

9 Direktiivi 93/38 sätted võeti Austria õigusesesse üle 1997. aasta föderaalseadusega avalike hankemenetluste kohta (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) (*BGBl.* I, 56/1997, edaspidi „BVergG 1997")). Nimetatud seaduse V peatüki pealkirjaga „Veevarustuse-, energeetika-, transpordi- ning telekommunikatsioonisektorites tellijatele kohaldatavad erisätted" artikli 84 lõigete 1, 2 ja 4 alusel:

„1) kohaldatakse käesolevas seaduses nimetatud tellijatele peatüki sätteid üksnes siis, kui nad tegelevad lõike 2 tähenduses tegevusega [...].

2) Lõikes 1 nimetatud tegevused on järgmised:

1. püsivõrkude pakkumine või käitamine [...]

2. piiratud geograafilise piirkonna kasutamine [...] eesmärgil

3. niisuguste püsivõrkude käitamine, mis pakuvad avalikku teenust raudtee-, automaatsüsteemide-, trammi-, bussi-, trollibussi- või kaabeltranspordi valdkonnas;

4. avalike telekommunikatsioonivõrkude pakkumine või käitamine või ühe või mitme avaliku telekommunikatsiooniteenuse osutamine.

[...]

4) Lõike 2 punktis 3 nimetatud veoteenuste puhul loetakse, et võrk on olemas siis, kui teenust osutatakse vastavalt liikmesriigi pädeva asutuse kehtestatud tingimustele, nagu näiteks teenindatavaid liine, kasutatavat läbilaskevõimet või teenindussagedust käsitlevad tingimused. [...]".

10 BVergG 1997 artikkel 113 määrab kindlaks Bundesvergabeamt'i (föderaalne hangete amet) pädevused. See seadus sätestab, et:

„1) Bundesvergabeamt on kooskõlas järgneva peatüki sätetega pädev menetlema talle esitatud kaebusi.

2) Selleks et lõpetada käesoleva föderaalseaduse ning selle rakendussätete rikkumine, on Bundesvergabeamt'il õigus kuni lepingu sõlmimiseni:

1. võtta esialgseid meetmeid ning

2. tühistada hankemenetlust korraldava tellija ebaseaduslikud otsused.

3) Bundesvergabeamt'il on pärast lepingu sõlmimist või pärast pakkumismenetluse lõppemist õigus sedastada, et käesoleva föderaalseaduse või selle rakendussätete rikkumise tõttu ei ole leping sõlmitud enampakkumise teel. [...]"

2002. aasta seadus avalike hankemenetluste kohta

11 BVergG 1997 tunnistati kehtetuks ja asendati alates 1. septembrist 2002 uue avalikke hankemenetlusi käsitleva seadusega (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz), *BGBl.* I, 99/2002, edaspidi „BVerG 2002"). Selle seaduse artikkel 120 kattub väga suures ulatuses BVergG 1997 artikli 84 sätetega. Erinevalt artiklist 84 sätestab nimetatud artikli 120 lõike 2 punkt 3 transpordivaldkonna kohta, et nii raudtee-, automaatsüsteemide-, trammi-, trollibussi-, bussi- või kaabeltranspordi valdkonnas avalikku teenust pakkuvate võrkude käitamine kui ka nende pakkumine kuuluvad selle artikli lõikes 1 viidatud tegevuste hulka, millele seetõttu kohaldatakse direktiivis 93/38 ette nähtud erikorda.

12 Bundesvergabeamt'ile omistatud pädevuste osas tugineb BVergG 2002 samuti suures osas BVergG 1997 sätetele, BVergG 2002 artikkel 162 kattub (koos teatud muudatustega) eelkõige BVergG 1997 artikli 113 sõnastusega.

13 BVergG 2002 jõustumise ning BVergG 1997 kehtetuks tunnistamise kohta täpsustab BVergG 2002 artikli 188 lõige 1, et BVergG 2002 ei kohaldata enne tema jõustumise kuupäeva algatatud pakkumismenetlustele. Selle tulemusena näeb sama artikli lõige 3 ette, et enne 1. septembrit 2002 Bundesvergabeamt'ile esitatud kaebusi peab

nimetatud amet põhimõtteliselt menetlema BVergG 1997 sätete alusel, selle *BGBl.* I 136/2001 avaldatud redaktsioonis.

14 Nimetatud sätte teise lause kohaselt ei kohaldata seda reeglit menetluse peatamisel või eelotsuse küsimisel [...]. Nendel kahel juhul on Bundesvergabeamt kohustatud pärast seda, kui ta on teinud otsuse küsimuse kohta, mis tõi kaasa nimetatud peatamise või pärast eelotsuse saamist, jätkama menetlust BVergG 2002 alusel.

Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

15 Põhivaidlused tuginevad sarnastele asjaoludele. Need said alguse ÖBB — äriühing, kelle kogukapitali omanik on Austria riik ning kelle ülesanne on kooskõlas 1992. aasta föderaalraudteeseaduse (Bundesbahngesetz 1992, *BGBl.* 825/1992) artikli 1 lõikega 3 tagada isikute ja kaupade transport, samuti ehitada ning hooldada selleks vajalikku infrastruktuuri — tehtud otsusest, millega keelduti kvalifitseerimast põhivaidlustes kaebuse esitanud äriühingute poolt esitatud pakkumised ning sõlmiti mõlemal juhul kõnealused ehitustööde lepingud ettevõtjatega, kes viimastega konkureerivad. Strabag ja Kostmann vaidlustavad sisuliselt selle, et ÖBB kasutas läbirääkimistega menetlust.

Kohtuasi C-462/03

16 29. detsembril 2000 avaldas ÖBB Euroopa Ühenduste Teatajas hanketeate erinevate tugevdatud betooniga seotud tööde teostamise ning raudteerajatiste ja -sildade ehitamise kohta.

17 Neliteist ehitusettevõtjat, nende hulgas Strabag ja Kostmann, esitasid hanke raames pakkumise. Viimaste pakkumised jäeti siiski kvalifitseerimata. Pärast seda, kui talle teatati 5. juuli 2002. aasta faksiga ÖBB poolt valitud pakkuja nimi, otsustas Strabag esitada Bundesvergabeamt'ile nimetatud pakkujaga lepingu sõlmimise otsuse peale kaebuse, taotledes BVergG 1997 artikli 113 lõike 2 alusel ühelt poolt nimetatud otsuse tühistamist ning teiselt poolt ajutiste meetmete võtmist, mis seisneks tellijale korralduse andmises, et peatada kaebuse lahendamise ajaks kõnealuse lepingu sõlmimine.

18 22. juulil 2002 ehk samal päeval, kui sõlmiti ÖBB ja edukaks pakkujaks osutunud ettevõtja vaheline leping, rahuldas Bundesvergabeamt Strabagi taotluse ajutiste meetmete võtmiseks ja andis nimetatud korralduse.

19 Kaebuse lahendamisel 30. augustil 2002 tehtud teise otsusega leidis nimetatud amet siiski, et läbi viidud pakkumismenetlus oli kooskõlas riigihankelepinguid puuduta-

vate siseriiklike ja ühenduse õigusnormidega, mistõttu ei ole võimalik nimetatud lepingu tühistamise taotlust rahuldada. Sellegipoolest sedastas Bundesvergabeamt samas otsuses, et läbirääkimistega pakkumismenetluse kasutamine oli ebaseaduslik. Amet põhjendas seda asjaoluga, et kaebuses kõne all olev infrastruktuuriprojekt puudutas avaliku transpordivõrgu pakkumist, mistõttu ei saa seda käsitleda tegevusena BVergG 1997 artikli 84 lõike 2 punktis 3 nimetatud valdkonnas. Vastavalt Bundesvergabeamt'i seisukohale ei nõua taoline ebaseaduslikkuse sedastamine, et Euroopa Kohtule esitataks küsimus ühenduse õiguse tõlgendamiseks, kuna asjaomased siseriiklikud õigusnormid on selged ning peegeldavad antud küsimuses tõepäraselt direktiivi 93/38 sõnastust, eriti selle direktiivi artikli 2 lõike 2 punkti c.

20 Pärast viimati nimetatud otsuse vastuvõtmist esitas Strabag Verfassungsgerichtshof'ile selle otsuse peale hagi, väites ühelt poolt, et Bundesvergabeamt jättis tema esitatud taotluse eelotsuse küsimuse esitamiseks õigustamatult rahuldamata. Teiselt poolt nõudis Strabag, et Verfassungsgerichtshof sedastaks BVergG 1997 artikli 113 lõike 3 alusel, et nimetatud seaduse rikkumise tõttu ei ole lepingut sõlmitud enampakkumise teel. Strabag põhjendas seda ameti sedastusega, mille kohaselt oli ÖBB poolt läbirääkimistega pakkumismenetluse valimine ekslik. See 30. augustil 2002 koostatud taotlus jõudis Bundesvergabeamt'i 2. septembril ehk BVergG 2002 jõustumisele järgnenud päeval.

21 Hinnates neil asjaoludel, et tegemist on ühenduse õiguse tõlgendamist vajava küsimusega, pidades silmas eelkõige BVergG 2002 sätete uut redaktsiooni transpordivaldkonna kohta, eriti selle seaduse artikli 120 lõike 2 punkti 3, ning viidatavate juhtude olemasolevaid sõnalisi ja keelelisi erinevusi ühelt poolt direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 2 punktides a ja d ning teiselt poolt sama lõike

punktides b ja c, otsustas Bundesvergabeamt menetluse peatada ning esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi 93/38/EMÜ artikli 2 lõike 2 punkti c tuleb veoteenuste osas tõlgendada selliselt, et vastupidiselt teistele direktiivi artikli 2 lõike 2 juhtudele, tuleb „üksnes" võrgu käitamist käsitleda sellesse valdkonda kuuluva tegevusena?

2. Millised tegevused vastavad direktiivi 93/38/EMÜ artikli 2 lõike 2 punktis c toodud väljendile „niisuguste võrkude käitamine, mis pakuvad avalikku teenust raudteetranspordi valdkonnas"? Millises osas võib see hõlmata infrastruktuuriprojekte? Millises osas vastavad need projektid väljendile „võrkude pakkumine?"

3. Kui veoteenuste (raudtee) valdkonnas kuulub üksnes võrgu käitamine direktiivi 93/38/EMÜ mõju alla (seega esimesele küsimuse antud jaatava vastuse korral), siis kas asutus, kellele on esitatud kaebus, on kohustatud jätma kohaldamata siseriikliku õiguse sätte, mille kohaselt, vastupidiselt direktiivi 93/38/EMÜ sõnastusele, „niisuguste võrkude pakkumine, mis pakuvad avalikku teenust raudteetranspordi valdkonnas" kujutab endast samuti sellesse valdkonda kuuluvat tegevust?"

22 Nagu märgiti käesoleva otsuse punktis 15, on teise kohtuasja aluseks olevad asjaolud analoogsed kohtuasja C-462/03 omadega. Pärast ÖBB poolt erinevate hanketeadete avaldamist kaevetööde, muldkehatööde, tasandamis- ja betoneerimistööde, samuti sildade, šahtide, tunnelite ning jalakäijate tunnelite ehitustööde kohta, mis on teatud raudteede ehituse või rekonstrueerimisega seotud, esitas Kostmann oma pakkumised nimetatud lepingute sõlmimiseks.

23 Pärast seda, kui ÖBB andis teada, et esimese lepingu raames esitatud pakkumist ei oldud arvesse võetud ning et leping sõlmiti konkureeriva ettevõtjaga, nõudis Kostmann 13. detsembri 2000. aasta kirjaga Bundesvergabeamet'ilt, et viimane sedastaks BvergG 1997 artikli 113 lõike 3 alusel, et kuna seadust rikkudes kasutati põhjendamatult läbirääkimistega mentelust, ei ole lepingut sõlmitud enampakkumise teel.

24 Viimati nimetatud menetluse kasutamise seaduslikkus on samuti kõne all Kostmanni ja ÖBB vahelises, viimase taotlusel avaldatud hanketeateid puudutavas vaidluses, mille raames Kostmann esitas ametile tühistamiskaebused oma 13. detsembri 2000. aasta ja 13. jaanuari 2001. aasta kirjades, st kõigest mõni päev pärast nimetatud teadete avaldamist Euroopa Ühenduste Teatajas. Ka nendes asjades sõlmiti lepingud kaebajaga konkureerivate ettevõtjatega pärast seda, kui kaebaja taotlus esialgsete meetmete võtmiseks oli jäetud teatud asjaoludel rahuldamata.

25 Bundesvergabeamt'ile erinevates menetlustes esitatud põhjendused on sisuliselt samad kohtuasjas C-462/03 esitatud põhjendustega. ÖBB õigustab läbirääkimistega

pakkumismenetluse kasutamist, tuues põhjenduseks asjaolu, et erinevate hanketeadete aluseks olnud infrastruktuuriprojektid kuuluvad direktiivi 93/93 artikli 2 lõike 2 punktis c nimetatud valdkonda ning vastavad ka BVergG 1997 sättele selliselt, et vastavalt selle direktiivi artikli 20 lõikele 1 võis tellija vabalt valida avatud, piiratud või läbirääkimistega menetluse vahel. Kostmann seevastu väidab, et ÖBB pidi rakendama tavapärast hankemenetlust ning eelkõige seda, mis on ette nähtud nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivis 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163), mis näeb erandina läbirääkimistega menetluse kasutamise ette üksnes siis, kui kaebuses kõne all olevad infrastruktuuri ehitustööd ei ole hõlmatud direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 2 punktis c nimetatud valdkonda kuuluvate tegevustega.

26 Bundesveramt, pidades neil asjaoludel vajalikuks viimati nimetatud direktiivi sõnastuse tõlgendamist, otsustas menetluse peatada ning esitada Euroopa Kohtule kolm eelotsuse küsimust, mille sõnastus oli identne käesoleva otsuse punktis 21 esitatud küsimustega.

27 Euroopa Kohtu presidendi 16. jaanuari 2004. aasta määrusega on kohtuasjad C-462/03 ja C-463/03 kirjaliku ja suulise menetluse ning kohtuotsuse huvides liidetud.

Eelotsuse küsimuste vastuvõetavus

28 Esiteks väljendab Euroopa Ühenduste Komisjon Euroopa Kohtule esitatud märkustes kahtlusi küsimuste vastuvõetavuse osas. Komisjon väidab, et viimased on puhtalt teoreetilise iseloomuga, kuna ÖBB tegeleb tellijana direktiivi 93/38

artikli 2 lõike 2 punktis c mainitud konkreetse tegevusega ning kuna kaebustes kõne all olevad infrastruktuuriprojektid on sellise tegevusega otseselt seotud. Küsimus, kas raudteevõrgustiku pakkumine kuulub üldjuhul selle artikli lõike 2 punkti c kohaldamisalasse, ei ole seega põhivaidluse puhul üldse asjakohane.

29 Selles osas peab meeles pidama, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on vaid siseriiklikul kohtul, kes asja menetleb ja kes vastutab tehtava lahendi eest, pädevus hinnata kohtuasja eripärasid arvestades, kas kohtuotsuse tegemiseks on vaja eelotsust ja kas Euroopa Kohtule esitatud küsimustel on kohtuasja suhtes tähtsust. Viimase poolt siseriikliku kohtu esitatud taotluse läbi vaatamata jätmine on võimalik üksnes siis, kui on ilmselge, et taotletud ühenduse õiguse tõlgendamisel puudub igasugune seos põhikohtuasja asjaoludega või esemega, kui küsimus on üldine või hüpoteetiline või kui Euroopa Kohus ei ole teadlik faktilistest ja õiguslikest asjaoludest, mille põhjal saaks talle esitatud küsimustele asjakohaselt vastata (vt eelkõige 22. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-390/99: Canal Satélite Digital, EKL 2002, lk I-607, punktid 18 ja 19; 27. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-373/00: Adolf Truley, EKL 2003, lk I-1931, punktid 21 ja 22, ning 5. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-380/01: Schneider, EKL 2004, lk I-1389, punktid 21 ja 22).

30 Käesolevas asjas ei avaldu ilmselgel viisil, et eelotsusetaoltuse esitanud kohtu küsimused viitaksid ühele neist juhtudest.

31 Ühelt poolt ei saa väita, et taotletud ühenduse õiguse tõlgendamisel tõepoolest puudub igasugune seos tegelikkusega või põhivaidlusega või et püstitatud probleem

on olemuselt hüpoteetiline, kuna nimetatud ameti poolt hinnangu andmine läbirääkimistega pakkumismenetluse seaduslikkusele hankelepingu sõlmimisel sõltub eelkõige küsimusest, kas põhivaidluses kõne all olevad infrastruktuuriprojektid kuuluvad direktiivi 93/38 kohaldamisalasse või mitte.

32 Teisest küljest on Bundesvergabeamt esitanud Euroopa Kohtule kõik vajalikud tõendid, mille alusel saaks viimane anda esitatud küsimustele asjakohase vastuse.

33 Seetõttu tuleb need küsimused tunnistada vastuvõetavaks.

Esimene ja teine küsimus

34 Nende küsimustega, mida tuleb arutada koos, küsib eelotsusetaotluse esitanud amet sisuliselt direktiivi 93/38 kohaldamisala kohta. Nii eelotsuse küsimustes toodud põhjendustest kui Euroopa Kohtule esitatud märkustest järeldub, et Bundesvergabeamt soovib küsimustega terminite transpordivõrgustiku „käitamine" ja „pakkumine" kohta välja selgitada, kas põhivaidluses kõne all olevad infrastruktuuriprojektid kuuluvad direktiivi artikli 2 lõike 2 punktis c nimetatud valdkonna tegevuste hulka ning kas tellija võis tänu sellele teha erandi direktiivis 93/37 ettenähtud hankelepingute sõlmimise korrast direktiivis 93/38 sätestatud korra huvides, mis võimaldab läbirääkimistega menetluse laiemat kasutamist.

35 Selles osas peab meeles pidama, et ühelt poolt vastavalt direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 punktile a kohaldatakse direktiivi tellijate suhtes, kes on avalik-õiguslikud isikud või riigi osalusega äriühingud ja kes tegutsevad ühes lõikes 2 nimetatud valdkonnas.

36 Teisalt tuleneb nimetatud direktiivi artikli 4 lõikest 1, et tellijad sõlmivad tarne-, ehitustöö- ja teenuslepinguid või korraldavad ideekonkursse sama direktiivi sätetele vastavas korras.

37 Nii nagu komisjon oma kirjalikes märkustes õigesti esile toob, tuleneb nende kahe sätte koosmõjust, et direktiivi 93/38 kohaldamine sõltub kõnealuse tellija tegevusest, samuti selle tegevuse ja tellijaga sõlmitava lepingu vahelise seose olemasolust. Kui tellija tegeleb ühe direktiivi 93/38 artikli 2 lõikes 2 nimetatud tegevusega ning kavatseb sellise tegevuse raames, mille tuvastamine on siseriikliku kohtu ülesanne, sõlmida teenus-, ehitustöö- või tarnelepinguid või korraldada ideekonkursse, kohaldatakse selliste lepingute sõlmimisele või konkursside korraldamisele nimetatud direktiivi sätteid. Vastupidisel juhul reguleeritakse nimetatud lepingute sõlmimist või konkursside korraldamist direktiividega, mis olenevalt juhust käsitlevad teenus-, ehitustööde- või tarnelepinguid.

38 Sellist tõlgendust toetab sõnaselgelt nii direktiivi 93/38 artikli 6 lõike 1 sõnastus, mille kohaselt ei kohaldata käesolevat direktiivi lepingute või ideekonkursside suhtes, mille tellijad sõlmivad või korraldavad muu kui artikli 2 lõikes 2 kirjeldatud tegevuse eesmärgil, kui ka käesoleva direktiivi kolmeteistkümnes põhjendus, mis täpsustab, et käesolevat direktiivi ei kohaldata tellijate nende tegevuste suhtes, mis ei

kuulu veevarustus-, energeetika-, transpordi- või telekommunikatsioonisektorisse või mis kuuluvad nimetatud sektoritesse, aga on siiski otseselt mõjutatud piiramatu juurdepääsuga turgudel valitsevast konkurentsist.

39 Eeltoodud kaalutlusi arvesse võttes tuleb kahele esimesele kummagis põhivaidluses esitatud küsimusele vastata, et juhul, kui tellija tegeleb ühe direktiivi 93/38 artikli 2 lõikes 2 konkreetselt nimetatud tegevusega ning kavatseb selle tegevuse raames sõlmida teenus-, ehitustöö- või tarnelepinguid või korraldada ideekonkursse, kohaldatakse selliste lepingute sõlmimisele või ideekonkursside korraldamisele nimetatud direktiivi sätteid.

Kolmas küsimus

40 Mõlemas põhivaidluses sarnases sõnastuses esitatud küsimustega küsib eelotsusetaotluse esitanud amet sisuliselt seda, kas ta peab jätma kohaldamata siseriikliku õiguse sätte, mis vastupidiselt direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 2 punkti c sõnastusele näeb ette, et ka võrkude pakkumine avaliku teenusena raudteetranspordi valdkonnas kujutab endast selles direktiivis nimetatud valdkonda kuuluvat tegevust.

41 Küsimus põhineb eeldusel, et sellised tööd nagu põhivaidlustes kõne all olevad infrastruktuuri ehitustööd ei kuulu direktiivi 93/38 kohaldamisalasse, kuna eelotsusetaotluse esitanud ameti väitel peaksid need ehitustööd vastama transpor-

divõrgustigu „pakkumisele" ning seda tegevust ei ole sõnaselgelt nimetatud direktiivi artikli 2 lõike 2 punktis c mainitud.

42 Selline eeldus on ekslik. Nagu tuleneb käesoleva otsuse punktist 37, sõltub direktiivi 93/38 kohaldamine kõnealuse tellija tegevusest ning sellise tegevuse ja tellijaga sõlmitava lepingu vahelise seose olemasolust.

43 Neil asjaoludel ei ole kolmandale küsimusele vaja vastata.

Kohtukulud

44 Et põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolelioleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotamise siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, v.a poolte kulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (teine koda) otsustab:

Juhul kui tellija tegeleb ühe nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused, artikli 2 lõikes 2 konkreetselt nimetatud tegevusega ning kavatseb selle tegevuse raames sõlmida teenus-, ehitustöö- või tarnelepinguid või korraldada ideekonkursse, kohaldatakse selliste lepingute sõlmimisele või ideekonkursside korraldamisele nimetatud direktiivi sätteid.

Allkirjad