WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 16 czerwca 2005 r. *

W sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Bundesvergabeamt (Austria) postanowieniem z dnia 27 października 2003 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 4 listopada 2003 r., w postępowaniu:

Strabag AG (C-462/03),

Kostmann GmbH (C-463/03)

przeciwko

Österreichische Bundesbahnen,

* Język postępowania: niemiecki.

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A. Timmermans (sprawozdawca), prezes izby, r. Silva de Lapuerta, R. Schintgen, G. Arestis i J. Klučka, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Léger,
sekretarz: r. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Strabag AG przez W. Mecenovica, Rechtsanwalt,

— w imieniu Kostmann GmbH przez r. Kurbosa, Rechtsanwalt,

— w imieniu Österreichische Bundesbahnen przez J. Schramma, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu francuskiego przez G. de Bergues'a i D. Petrauscha, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu niderlandzkiego przez S. Terstal i N. A. J. Bela, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera, działającego w charakterze pełnomocnika,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., koordynującej

procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84).

2 Wnioski te zostały złożone w ramach dwóch sporów toczących się odpowiednio między Strabag AG (zwaną dalej „Strabag") oraz Kostmann GmbH (zwaną dalej „Kostmann") a Österreichische Bundesbahnen (austriackie koleje państwowe, zwane dalej „ÖBB"), dotyczących udzielenia przedsiębiorstwom konkurencyjnym w stosunku do Strabag i Kostmann zamówień dotyczących budowy i dwutorowej rozbudowy torowisk, a w szczególności wykonania prac ziemnych, niwelacji i betonowania, jak również budowy mostów i obiektów kolejowych.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Artykuł 1 dyrektywy 93/38 definiuje pewne pojęcia, którymi się posługuje. W rozumieniu pkt 1, 2, 4 i 7 tego artykułu:

„1) »[i]nstytucje publiczne« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego lub związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

Dany podmiot uważany jest za podmiot prawa publicznego, jeżeli:

— został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego,

— posiada osobowość prawną,

oraz

— jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji, lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego;

2) »[p]rzedsiębiorstwem publicznym« jest każde przedsiębiorstwo, na które instytucje publiczne mogą wywierać bezpośrednio bądź pośrednio dominujący wpływ poprzez bycie właścicielem, zaangażowanie finansowe lub poprzez zasady określające jego działanie. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu ze strony instytucji publicznych wobec przedsiębiorstwa, jeżeli instytucje te, bezpośrednio lub pośrednio:

— posiadają większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa

lub

— kontrolują większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo,

lub

— mogą powoływać ponad połowę składu organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa;

[...]

4) »zamówieniami na [...] roboty budowlane [...]« są umowy o charakterze majątkowym, zawierane na piśmie pomiędzy jednym z podmiotów zamawiających, o których mowa w art. 2, a [...] wykonawcą [...], których przedmiotem jest [...] wykonanie albo wykonanie i zaprojektowanie, albo realizacja, za pomocą jakichkolwiek środków, robót w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, o których mowa w załączniku XI. Zamówienia te mogą ponadto obejmować dostawy i usługi niezbędne do ich wykonania [...];

[...]

7) »procedurami otwartymi, ograniczonymi i negocjacyjnymi« są procedury udzielania zamówień stosowane przez podmioty zamawiające, w których:

a) w przypadku procedur otwartych — oferty mogą składać wszyscy zainteresowani dostawcy, wykonawcy lub usługodawcy;

b) w przypadku procedur ograniczonych — oferty mogą składać jedynie kandydaci zaproszeni przez podmiot zamawiający;

c) w przypadku procedur negocjacyjnych — podmiot zamawiający sam wybiera dostawców, wykonawców i usługodawców i negocjuje warunki zamówienia z jednym lub kilkoma spośród nich [...]".

4 Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/38 ma ona zastosowanie do „podmiotów zamawiających, które:

a) są instytucjami publicznymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i wykonują jedną z działalności, o których mowa w ust. 2;

[...]".

5 Opisane w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/38 kategorie działalności zaliczające się do jej zakresu zastosowania — wskazane w ust. 2 tego artykułu — są następujące:

„a) udostępnianie lub eksploatacja stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla ludności w zakresie produkcji, transportu lub dystrybucji:

i) wody pitnej;

lub

ii) energii elektrycznej;

lub

iii) gazu ziemnego bądź energii cieplnej;

lub dostarczanie wody pitnej, energii elektrycznej, gazu ziemnego bądź energii cieplnej do takich sieci;

b) eksploatacja określonego obszaru geograficznego w celu:

i) poszukiwania lub wydobywania ropy naftowej, gazu ziemnego, węgla lub innych paliw stałych;

lub

ii) udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i rzecznym infrastruktury lotnisk, portów morskich lub śródlądowych lub innych terminali;

c) eksploatacja sieci przeznaczonej do świadczenia usługi dla ludności w zakresie transportu koleją, systemami automatycznymi, tramwajami, trolejbusami, autobusami lub koleją linową.

W przypadku usług transportowych uważa się, iż sieć istnieje, jeżeli usługa jest świadczona zgodnie z warunkami określonymi przez właściwe organy państwa

członkowskiego, takimi jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usługi;

d) udostępnienie lub eksploatacja sieci telekomunikacji publicznej lub świadczenie jednej lub większej liczby publicznych usług telekomunikacyjnych".

6 Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy 93/38 stanowi:

„Udzielając zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi lub organizując konkurs na projekt, podmioty zamawiające są zobowiązane stosować procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy."

7 Artykuł 6 ust. 1 tej dyrektywy uściśla, że „nie ma [ona] zastosowania do zamówień lub konkursów na projekty, które są udzielane lub organizowane w innym celu, niż prowadzenie działalności określonej w art. 2 ust. 2 lub prowadzenie takiej działalności w państwie trzecim, o ile nie pociąga ona za sobą fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego wewnątrz Wspólnoty".

8 Wreszcie zgodnie z art. 20 ust. 1 dyrektywy 93/38, „[p]odmioty zamawiające mogą wybrać którąkolwiek z procedur, o których mowa w art. 1 ust. 7, pod warunkiem że

zgodnie z art. 21 zaprosiły do ubiegania się o zamówienie, z uwzględnieniem przepisów ust. 2". Wspomniany ust. 2 wylicza szczegółowo przypadki, w których podmioty zamawiające mogą skorzystać z danej procedury bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie.

Uregulowania krajowe

Ustawa federalna z 1997 r. o udzielaniu zamówień publicznych

9 Dyrektywa 93/38 została transponowana do prawa austriackiego ustawą federalną z 1997 r. o udzielaniu zamówień publicznych [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, zwaną dalej „BVergG 1997"]. Zgodnie z jej § 84 ust. 1, 2 i 4 zamieszczonym w rozdziale 5, zatytułowanym „Przepisy szczególne dotyczące podmiotów zamawiających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu, jak również w sektorze telekomunikacji":

„(1) Przepisy niniejszego rozdziału znajdują zastosowanie, jedynie gdy podmioty zamawiające, o których mowa w niniejszej ustawie, wykonują działalność w rozumieniu ust. 2 [...].

(2) Działalnością, o której mowa w ust. 1, jest:

1) udostępnianie lub eksploatacja stałych sieci [...];

2) eksploatacja określonego obszaru geograficznego w celu [...];

3) eksploatacja sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla ludności w zakresie transportu koleją, systemami automatycznymi, tramwajami, autobusami, trolejbusami, autobusami lub koleją linową;

4) udostępnienie lub eksploatacja sieci telekomunikacji publicznej lub świadczenie jednej lub większej liczby publicznych usług telekomunikacyjnych.

[...]

(4) W przypadku usług transportowych, o których mowa w ust. 2 pkt 3 uważa się, iż sieć istnieje, jeżeli usługa jest świadczona zgodnie z warunkami określonymi przez właściwe organy państwa członkowskiego, takimi jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usługi [...]".

10 Paragraf 113 BVergG 1997 określa uprawnienia Bundesvergabeamt (federalnego urzędu zamówień publicznych). Przewiduje on, że:

„(1) Bundesvergabeamt jest właściwy w zakresie rozpatrywania, na wniosek, procedur odwoławczych zgodnie z przepisami następnego rozdziału.

(2) W celu zapobiegania naruszeniom niniejszej ustawy federalnej i przepisów wykonawczych do niej Bundesvergabeamt jest aż do momentu udzielenia zamówienia uprawniony do:

1) zastosowania środków tymczasowych;

2) stwierdzenia nieważności nielegalnych decyzji instytucji zamawiającej.

(3) Po udzieleniu zamówienia lub po zakończeniu postępowania przetargowego Bundesvergabeamt jest uprawniony do stwierdzenia, że z powodu naruszenia niniejszej ustawy federalnej lub przepisów wykonawczych do niej zamówienie nie zostało udzielone na rzecz podmiotu oferującego najkorzystniejszą cenę [...]".

Ustawa federalna z 2002 r. o udzielaniu zamówień publicznych

11 BVergG 1997 została uchylona z dniem 1 września 2002 r. przez nową ustawę federalną o udzielaniu zamówień publicznych [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002, zwaną dalej „BVergG 2002"]. Paragraf 120 tej ustawy powtarza w znacznej mierze treść § 84 BVergG 1997. W odróżnieniu od tego przepisu § 120 ust. 2 pkt 3 stanowi jednakże w zakresie sektora transportu, że zarówno eksploatacja, jak i udostępnienie sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla ludności w zakresie transportu koleją, systemami automatycznymi, tramwajami, autobusami, trolejbusami lub koleją linową zaliczane jest do działalności, o której mowa w jej ust. 1 i do których w konsekwencji znajduje zastosowanie szczególny system przewidziany przez dyrektywę 93/38.

12 BVergG 2002 w zakresie uprawnień Bundesvergabeamt jest również inspirowana w znacznej mierze przepisami BVergG 1997, jako że w szczególności § 162 BVergG 2002 powtarza z kilkoma zmianami treść § 113 BVergG 1997.

13 Paragraf 188 BVergG 2002, dotyczący wejścia w życie tej ustawy i uchylenia BVergG 1997, wyjaśnia w ust. 1, że BVergG 2002 nie ma zastosowania do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych wszczętych przed datą jej wejścia w życie. W konsekwencji ust. 3 tego paragrafu przewiduje, że w stosunku do

postępowań będących w toku przed Bundesvergabeamt w dniu 1 września 2002 r., organ ten co do zasady jest zobowiązany kontynuować ich rozpatrywanie na podstawie przepisów BVergG 1997 w wersji opublikowanej w BGBl. I, 136/2001.

14 Zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu nie znajduje on jednak zastosowania w przypadku zawieszenia postępowania lub wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W tych dwóch przypadkach, po orzeczeniu dotyczącym owego zawieszenia lub wniosku, Bundesvergabeamt jest w rzeczywistości zobowiązany prowadzić w dalszym ciągu postępowanie na podstawie BVergG 2002.

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

15 Stan faktyczny w sprawach przed sądem krajowym jest podobny. Spory te wyniknęły z decyzji, którą ÖBB — spółka, której cały kapitał znajduje się w rękach państwa austriackiego i której zadanie polega, zgodnie z § 1 ust. 3 ustawy federalnej z 1992 r. o kolejach federalnych (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992), na zapewnianiu transportu osób i towarów, jak również na budowie i utrzymaniu niezbędnej do tego infrastruktury — odrzuciły oferty spółek skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym oraz przyznały przedsiębiorstwom konkurencyjnym zamówienie na sporne w tych dwóch sprawach roboty. Strabag i Kostmann kwestionują w istocie skorzystanie przez ÖBB z procedury negocjacyjnej udzielenia zamówień.

Sprawa C-462/03

16 Komunikatem z dnia 29 grudnia 2000 r. ÖBB opublikowały w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* ogłoszenie o przetargu na wykonanie różnych robót betoniarsko-zbrojeniowych oraz budowy obiektów kolejowych, jak również mostów kolejowych.

17 Czternaście przedsiębiorstw budowlanych, w tym Strabag i Kostmann, złożyło oferty. Jednakże oferty tych ostatnich zostały odrzucone. Uzyskawszy faksem z dnia 5 lipca 2002 r. zawiadomienie w sprawie wyboru przez ÖBB oferenta, Strabag postanowiła wnieść środek odwoławczy od decyzji o udzieleniu tego zamówienia do Bundesvergabeamt, żądając na podstawie § 113 ust. 2 BVergG 1997 stwierdzenia nieważności tej decyzji oraz zastosowania środków tymczasowych w celu wstrzymania zawarcia spornej umowy przez instytucję zamawiającą, zanim orzeknie on co do istoty sprawy.

18 W pierwszej decyzji, z dnia 22 lipca 2002 r., tj. z dnia zawarcia umowy między ÖBB a wybranym oferentem, Bundesvergabeamt uwzględnił wniosek o zastosowanie środków tymczasowych i wydał zakaz, którego domagała się Strabag.

19 W drugiej decyzji, z dnia 30 sierpnia 2002 r., organ ten, rozpoznając sprawę co do istoty, orzekł jednak, że udzielone zamówienie było zgodne z normami krajowymi

i wspólnotowymi dotyczącymi zamówień publicznych z tym skutkiem, że nie było podstaw do uwzględnienia żądania stwierdzenia nieważności tej umowy. Bundesvergabeamt stwierdził jednak w tej samej decyzji niezgodność z prawem odwołania się do procedury negocjacyjnej udzielenia zamówienia publicznego. Urząd bazował w tym zakresie na okoliczności, że rozpatrywany przed sądem krajowym projekt infrastruktury dotyczył „udostępnienia" sieci transportu publicznego i w związku z tym nie mógł był uznany za działalność odpowiadającą sektorowi, o którym mowa w § 84 ust. 2 pkt 3 BVergG 1997. Zdaniem Bundesvergabeamt takie stwierdzenie nieważności nie wymagało jednak zwrócenia się do Trybunału z pytaniem dotyczącym wykładni uregulowań wspólnotowych, ponieważ odpowiednie przepisy prawa krajowego były jasne i wiernie odzwierciedlały w tym zakresie brzmienie dyrektywy 93/38, a konkretnie jej art. 2 ust. 2 lit. c).

20 W następstwie wydania tej ostatniej decyzji Strabag, po pierwsze, złożyła skargę na tę decyzję do Verfassungsgerichtshof, podnosząc w szczególności, że wniosek o wystąpienie do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został niesłusznie oddalony przez Bundesvergabeamt. Po drugie, Strabag wniosła do niego o stwierdzenie, na podstawie § 113 ust. 3 BVergG 1997, że wskutek naruszenia tej ustawy zamówienie nie zostało udzielone za najkorzystniejszą cenę. W tym zakresie spółka oparła się na dokonanym przez ten sam sąd stwierdzeniu, że wybór procedury negocjacyjnej udzielenia zamówienia publicznego przez ÖBB był błędny. Ten ostatni wniosek, sporządzony w dniu 30 sierpnia 2002 r., został przesłany do Bundesvergabeamt w dniu 2 września 2002 r., tj. następnego dnia po dniu wejścia w życie BVergG 2002.

21 W takich okolicznościach Bundesvergabeamt, uznając, że musi rozstrzygnąć kwestię wymagającą wykładni prawa wspólnotowego, w szczególności wobec nowej treści przepisu BVergG 2002 w zakresie sektora transportu, to znaczy jej§ 120 ust. 2, pkt 3 oraz różnic, zarówno w aspekcie terminologicznym, jak i językowym, między hipotezami art. 2 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy 93/38 a art. 2 ust. 2 lit. b) i c), postanowił

zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38/EWG należy interpretować w ten sposób, że w zakresie usług transportu, odmiennie niż w pozostałych przypadkach przewidzianych w art. 2 ust. 2 tej dyrektywy, »jedynie« eksploatacja sieci powinna być uważana za działalność sektorową?

2) Jakie rodzaje działalności zawierają się w kategorii »eksploatacja sieci przeznaczonej do świadczenia usługi dla ludności w zakresie transportu koleją« zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38? W jakim stopniu można zaliczyć do niej projekty dotyczące infrastruktury? W jakim zakresie takie projekty zaliczają się do kategorii »udostępnienie sieci«?

3) Jeśli w dziedzinie transportu (koleją) wyłącznie eksploatacja sieci odpowiada dyrektywie 93/38/EWG (a zatem w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie), to czy organ krajowy rozpatrujący środek odwoławczy jest zobowiązany odstąpić od zastosowania przepisu prawa krajowego, zgodnie z którym — sprzecznie z brzmieniem dyrektywy 93/38/EWG — »udostępnienie sieci przeznaczonej do świadczenia usługi dla ludności w zakresie transportu koleją« stanowi również działalność sektorową?"

Sprawa C-463/03

22 Jak już zostało wskazane w pkt 15 niniejszego wyroku, okoliczności leżące u podstaw tej drugiej sprawy są identyczne jak w sprawie C-462/03. W konsekwencji publikacji przez ÖBB różnych ogłoszeń o przetargach dotyczących wykonania wykopów, prac ziemnych, niwelacji, betonowania, jak również budowy mostów, szybów, tuneli i przejść podziemnych związanych z budową lub dwutorową rozbudową określonych torowisk, Kostmann złożyła oferty celem uzyskania tych zamówień.

23 Kostmann, otrzymawszy od ÖBB zawiadomienie, że złożona przez nią oferta nie została wybrana, a zamówienie zostało udzielone przedsiębiorstwu konkurencyjnemu, zażądała od Bundesvergabeamt, pismem z dnia 13 grudnia 2000 r., stwierdzenia na podstawie § 113 ust. 3 BVergG 1997, że zamówienie nie zostało udzielone za najkorzystniejszą cenę; jej zdaniem z powodu nieuzasadnionego skorzystania z naruszeniem tej ustawy z procedury negocjacyjnej.

24 Legalność tego ostatniego postępowania kwestionowana jest również w sporze między ÖBB a Kostmann w zakresie innych zamówień publicznych ogłoszonych na wniosek kolei, toczącym się w ramach skargi o stwierdzenie nieważności, wniesionej przez Kostmann do tego samego sądu pismami z dnia 13 grudnia 2000 r. i 13 stycznia 2001 r., tj. kilka dni po dacie opublikowania tych ogłoszeń w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*. W sprawach tych zamówienia zostały również udzielone przedsiębiorstwom konkurencyjnym w stosunku do skarżącej w sprawie przed sądem krajowym po tym, jak w pewnych przypadkach złożony przez nią wniosek o zastosowanie środków tymczasowych został oddalony.

25 Argumentacja przedstawiona przed Bundesvergabeamt w tych różnych postępowaniach jest w istocie taka sama, jak w sprawie C-462/03. ÖBB bronią skorzystania

z procedury negocjacyjnej udzielenia zamówień, wywodząc z okoliczności, iż projekty dotyczące infrastruktury, co do których zostały opublikowane ogłoszenia, odpowiadają sektorowi, o którym mowa w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38, jak również z odpowiedniego przepisu BVergG 1997, że zgodnie z art. 20 ust. 1 tej dyrektywy instytucja zamawiająca mogła swobodnie skorzystać z procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej. Natomiast Kostmann utrzymuje, że ÖBB powinny były przestrzegać zwykłych zasad udzielenia zamówień publicznych, a w szczególności tych zawartych w dyrektywie Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), która przewiduje skorzystanie z procedury negocjacyjnej jedynie wyjątkowo, wtedy gdy roboty dotyczące infrastruktury rozpatrywane w sprawie przed sądem krajowym nie figurują pośród rodzajów działalności należących do sektora, o którym mowa w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38.

26 Bundesvergabeamt, uznając w tych okolicznościach, że treść tej dyrektywy wymaga dokonania wykładni, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z trzema pytaniami prejudycjalnymi, których brzmienie jest identyczne z pytaniami cytowanymi w pkt 21 niniejszego wyroku.

27 Postanowieniem Prezesa Trybunału z dnia 16 stycznia 2004 r. sprawy C-462/03 i C-463/03 zostały połączone do celów procedury pisemnej i ustnej, jak również wydania wyroku.

W przedmiocie dopuszczalności pytań prejudycjalnych

28 W uwagach przedstawionych Trybunałowi Komisja Wspólnot Europejskich daje na wstępie wyraz swoim wątpliwościom co do dopuszczalności tych pytań. Podnosi ona w tym zakresie, że mają one charakter czysto teoretyczny, ponieważ ÖBB są

zamawiającym wykonującym specyficzną działalność, o której mowa w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38 oraz że rozpatrywane w sprawie przed sądem krajowym projekty dotyczące infrastruktury pozostają w bezpośrednim związku z tą działalnością. Kwestia, czy udostępnienie sieci kolejowej odpowiada w sposób generalny ust. 2 lit. c) tego artykułu jest zatem pozbawiona wszelkiej doniosłości dla sprawy zawisłej przed sądem krajowym.

29 Należy tutaj przypomnieć, że w świetle utrwalonego orzecznictwa jedynie do sędziego krajowego, który rozpatruje spór i musi wziąć odpowiedzialność za orzeczenie sądowe, które ma być wydane, należy ocena, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności każdej sprawy, zarówno konieczności uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla wydania przez niego orzeczenia, jak też znaczenia dla sprawy pytania przestawionego Trybunałowi. Odmowa przez Trybunał udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd krajowy jest możliwa tylko w przypadku, gdy w sposób oczywisty okaże się, że wykładnia prawa wspólnotowego, o którą wystąpiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub też gdy Trybunał nie dysponuje wiedzą o elementach stanu faktycznego i prawnego niezbędną dla udzielenia użytecznej odpowiedzi na przestawione mu pytania (zob. w szczególności wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satélite Digital, Rec. str. I-607, pkt 18 i 19; wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley, Rec. str. I-1931, pkt 21 i 22; jak również wyrok z dnia 5 lutego 2004 r. 5 lutego sprawie C-380/01 Schneider, Rec. str. I-1389, pkt 21 i 22).

30 W niniejszej sprawie nie wydaje się w sposób oczywisty, by zadane przez sąd odsyłający pytania odpowiadały jednemu z tych przypadków.

31 W istocie po pierwsze nie można uznać, że objęta wnioskiem wykładnia prawa wspólnotowego nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem

sporów toczących się przed sądem krajowym lub też że problem ma charakter hipotetyczny, ponieważ dokonana przez ów sąd ocena zgodności z prawem skorzystania z procedury negocjacyjnej udzielenia zamówień zależy zwłaszcza od tego, czy rozpatrywane w sprawach przed sądem krajowym projekty dotyczące infrastruktury należą do przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 93/38.

32 Po drugie Bundesvergabeamt dostarczył Trybunałowi wszystkich elementów niezbędnych, aby ten był w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi na zadane mu pytania.

33 Należy zatem stwierdzić ich dopuszczalność.

W przedmiocie pytania pierwszego i drugiego

34 W pierwszych dwóch pytaniach, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd krajowy dotyka w istocie kwestii przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 93/38. Zarówno bowiem z wyjaśnień zamieszczonych w postanowieniach odsyłających, jak i uwag na piśmie przedstawionych Trybunałowi wynika, że Bundesvergabeamt w drodze pytań dotyczących znaczenia terminów „eksploatacja" i „udostępnienie" sieci transportu zmierza do uzyskania odpowiedzi, czy projekty rozpatrywane w sprawach przed sądem krajowym dotyczące infrastruktury zaliczają się do działalności odpowiadającej sektorowi, o którym mowa w art. 2 ust. 2 lit. c) tej dyrektywy i czy w związku z tym instytucja zamawiająca mogła odstąpić od zwykłych zasad udzielania zamówień publicznych, przewidzianych w dyrektywie 93/37, na rzecz zasad przewidzianych w dyrektywie 93/38, która zezwala na szersze stosowanie procedury negocjacyjnej.

35 Należy tutaj przypomnieć, po pierwsze, że zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38 ma ona zastosowanie do podmiotów zamawiających, które są instytucjami publicznymi lub przedsiębiorstwami publicznymi wykonującymi jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2.

36 Ponadto z art. 4 ust. 1 dyrektywy wynika, że udzielając zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi albo organizując konkurs na projekt, podmioty zamawiające są zobowiązane stosować procedury dostosowane do przepisów tej dyrektywy.

37 Jak słusznie podniosła Komisja w uwagach na piśmie, z tych dwóch przepisów odczytywanych łącznie wynika, że zastosowanie dyrektywy 93/38 zależy od rodzaju działalności wykonywanej przez daną instytucję zamawiającą, jak też od związków między tą działalnością a planowanym przez tę instytucję zamówieniem. Jeśli wykonuje ona działalność, o której mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/38 i planuje w ramach wykonywania takiej działalności, co powinien zweryfikować sąd krajowy, udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy bądź też zorganizować konkurs, przepisy tej dyrektywy znajdują zastosowanie do tego zamówienia lub konkursu. W przeciwnym przypadku zamówienie to lub konkurs będą podlegały zasadom przewidzianym przez dyrektywy dotyczące, w zależności od przypadku, udzielania zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawy.

38 Wykładnię taką potwierdza wprost i w sposób wyraźny zarówno brzmienie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/38, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania w szczególności do zamówień lub konkursów na projekty, które są udzielane lub organizowane przez instytucje zamawiające w innym celu, niż wykonywanie działalności określonej w art. 2 ust. 2 tej dyrektywy, jak i treść jej motywu trzynastego, który precyzuje, iż dyrektywa ta nie powinna mieć zastosowania do działalności takiej kategorii podmiotów, które albo działają poza sektorami

gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji albo co prawda działają w tych sektorach, jednakże są bezpośrednio poddane siłom konkurencji na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony.

39 Uwzględniając powyższe rozważania, na dwa pierwsze pytania zadane w każdej ze spraw toczących się przed sądem krajowym należy udzielić odpowiedzi, że jeżeli podmiot zamawiający wykonujący jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/38 zamierza w ramach wykonywania tej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy lub zorganizować konkurs na projekt, to owo zamówienie lub konkurs podlegają przepisom tej dyrektywy.

W przedmiocie pytania trzeciego

40 Poprzez pytanie trzecie, sformułowane identycznie w obu sprawach rozpatrywanych przed sądem krajowym, sąd krajowy zmierza w istocie do uzyskania odpowiedzi, czy jest on zobowiązany do odstąpienia od stosowania przepisu prawa krajowego, zgodnie z którym, odmiennie niż to wynika z art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38/EWG, udostępnienie sieci przeznaczonej do świadczenia usługi dla ludności w zakresie transportu koleją stanowi również działalność należącą do jednego z sektorów, o których mowa w tej dyrektywie.

41 Pytanie to opiera się na założeniu, że roboty dotyczące infrastruktury, takie jak te rozpatrywane w sprawie przed sądem krajowym, nie należą do przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 93/38, biorąc pod uwagę, iż zdaniem sądu odsyłającego takie roboty powinny być utożsamiane z „udostępnieniem" sieci

transportu, a ów rodzaj działalności nie jest wyraźnie wspomniany w art. 2 ust. 2 lit. c) tej dyrektywy.

42 Założenie takie jest błędne. Jak już zostało wskazane w pkt 37 niniejszego wyroku, stosowanie dyrektywy 93/38 zależy w istocie od działalności wykonywanej przez dany podmiot zamawiający, jak też od związków między tą działalnością a planowanym przez ten podmiot zamówieniem.

43 W tych okolicznościach udzielenie odpowiedzi na pytanie trzecie stało się zbędne.

W przedmiocie kosztów

44 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

Jeżeli podmiot zamawiający wykonujący jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zamierza w ramach wykonywania tej działalności udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy bądź też zorganizować konkurs na projekt, to zamówienie to lub konkurs podlegają przepisom tej dyrektywy.

Podpisy