SODBA SODIŠČA (drugi senat)
z dne 16. junija 2005*

V združenih zadevah C-462/03 in C-463/03,

katerih predmet sta predloga za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, naslovljena na Sodišče z odločbama Bundesvergabeamt (Avstrija) z dne 27. oktobra 2003, ki sta prispeli na Sodišče 4. novembra 2003, v postopkih

**Strabag AG** (C-462/03),

**Kostmann GmbH** (C-463/03)

proti

**Österreichische Bundesbahnen,**

* Jezik postopka: nemščina.

SODIŠČE (drugi senat),

v sestavi C. W. A. Timmermans (poročevalec), predsednik senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, R. Schintgen, G. Arestis in J. Klučka, sodniki,

generalni pravobranilec: P. Léger,
sodni tajnik: R. Grass,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

— za Strabag AG W. Mecenovic, odvetnik,

— za Kostmann GmbH R. Kurbos, odvetnik,

— za Österreichische Bundesbahnen J. Schramm, odvetnik,

— za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

— za francosko vlado G. de Bergues in D. Petrausch, zastopnika,

— za nizozemsko vlado S. Terstal in N. A. J. Bel, zastopnika,

— za Komisijo Evropskih skupnosti K. Wiedner, zastopnik,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

## Sodbo

1 Predloga za sprejetje predhodne odločbe se nanašata na razlago člena 2(2)(c) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja

naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84).

2 Ta predloga sta bila vložena v okviru sporov med podjetjem Strabag AG (v nadaljevanju: Strabag) oziroma Kostmann GmbH (v nadaljevanju: Kostmann) in Österreichische Bundesbahnen (državna družba avstrijskih železnic, v nadaljevanju: ÖBB) glede oddaje naročil za postavitev in podvojitev železniških prog, ki vključujejo predvsem zemeljska dela, betoniranje in izravnavanje ter izgradnjo železniških mostov in objektov, njunim konkurenčnim podjetjem.

## Pravni okvir

*Ureditev Skupnosti*

3 Člen 1 Direktive 93/38 opredeljuje določene pojme, ki se uporabljajo v njej. Tako na podlagi točk 1, 2, 4 in 7 tega člena:

„1. ‚javna oblast' pomeni državne, regionalne in lokalne organe, subjekte javnega prava ali združenja, ki jih je ustanovil en ali več takšnih organov ali subjektov javnega prava.

Kot subjekt javnega prava se pojmuje subjekt, ki:

— je ustanovljen samo zato, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima industrijske ali tržne narave,

— ima pravno osebnost

in

— ga bodisi večinoma financirajo državni, regionalni ali lokalni organi ali drugi subjekti javnega prava bodisi je njegovo vodstvo pod nadzorom teh subjektov ali pa ima upravni, vodstveni ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov določijo državni, regionalni ali lokalni organi ali drugi subjekti javnega prava;

2. ‚javno podjetje' pomeni vsako podjetje, na katero ima lahko javna oblast posredno ali neposredno prevladujoč vpliv, in to na podlagi njegovega lastništva, finančne udeležbe v njem ali pravil, ki urejajo njegovo delovanje. Pojmuje se, da ima javna oblast prevladujoč vpliv takrat, ko te oblasti v zvezi z nekim podjetjem posredno ali neposredno:

— imajo večinski delež vpisanega kapitala podjetja

ali

— nadzorujejo večino glasov, povezanih z delnicami, ki jih je izdalo podjetje,

ali

— lahko imenujejo več kakor polovico članov upravnega, vodstvenega ali nadzornega odbora podjetja;

[...]

4. ‚javna naročila [...] gradenj' [...] pomenijo pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim od naročnikov iz člena 2 in [...] gradbenikom [...], katerih predmet je [...] bodisi izvedba bodisi izvedba, pa tudi projektiranje ali realizacija dejavnosti iz Priloge XI v zvezi z visokimi ali nizkimi gradnjami, in to s kakršnimi koli sredstvi. V ta javna naročila so poleg tega lahko vključene tudi dobave blaga in storitve, ki so potrebne za njihovo izvedbo [...]

[...]

7. ‚odprti in omejeni postopki ter postopki s pogajanji' pomenijo postopke oddajanja javnih naročil, ki jih izvaja naročnik, pri čemer:

   (a) pri odprtih postopkih lahko ponudbe oddajo vsi zainteresirani dobavitelji blaga, gradbeniki in ponudniki storitev;

   (b) pri omejenih postopkih lahko ponudbe oddajo samo kandidati, ki jih je povabil naročnik;

   (c) pri postopkih s pogajanji se naročnik posvetuje glede izbire in pogaja o pogodbenih pogojih z enim ali več dobavitelji blaga, gradbeniki ali ponudniki storitev."

4 Na podlagi člena 2(1) Direktive 93/38 se ta uporablja za „naročnike, ki:

   (a) so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz odstavka 2;

   [...]"

5 V členu 2(2) te direktive so navedene naslednje dejavnosti – omenjene v odstavku 1 istega člena –, ki sodijo v okvir uporabe te:

„(a) zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo:

(i) pitne vode

ali

(ii) električne energije

ali

(iii) plina ali toplote

ali z dobavo pitne vode, električne energije, plina ali toplote takšnim omrežjem;

(b) izkoriščanje geografskega območja za:

(i) iskanje ali črpanje nafte in plina in iskanje ali izkopavanje premoga ali drugih trdnih goriv

ali

(ii) zagotavljanja letališke infrastrukture, infrastrukture v obmorskih pristaniščih ali pristaniščih v notranjosti ali infrastrukture v drugih terminalih za prevoznike po zraku, morju ali notranjih vodnih poteh;

(c) upravljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta, avtomatiziranih sistemov, tramvajev, trolejbusov, avtobusov ali žičnic.

Pri transportnih storitvah se pojmuje, da omrežje obstaja, kadar se storitev zagotavlja v skladu s pogoji delovanja, ki jih predpiše pristojni organ države

članice, na primer stanje poti, ki se bo oskrbovala, zmogljivost, ki se bo dala na voljo, ali pogostnost storitve;

(d) zagotavljanje ali upravljanje javnih telekomunikacijskih omrežij ali zagotavljanje ene ali več storitev javnih telekomunikacij."

6 Člen 4(1) Direktive 93/38 določa:

„Naročniki pri oddaji javnih naročil blaga, gradenj ali storitev ali pri organiziranju natečajev uporabljajo postopke, prilagojene določbam te direktive."

7 Člen 6(1) iste direktive podrobneje navaja, da se „ta direktiva ne uporablja za javna naročila ali natečaje, ki jih naročniki oddajo ali organizirajo za opravljanje svojih dejavnosti, ki niso opisane v členu 2(2), ali za opravljanje takšnih dejavnosti v državah nečlanicah, v pogojih, ki ne vključujejo fizične rabe omrežja ali geografskega območja znotraj Skupnosti".

8 Nazadnje, na podlagi člena 20(1) Direktive 93/38 „[n]aročniki lahko izberejo katerega koli izmed postopkov, opisanih v členu 1(7), pod pogojem, da ob

upoštevanju odstavka 2 povabijo k oddaji ponudb v skladu s členom 21". Navedeni odstavek 2 podrobno našteva primere, v katerih lahko naročniki uporabijo postopek oddaje javnega naročila brez predhodnega povabila k oddaji ponudb.

*Nacionalna ureditev*

Zvezni zakon iz leta 1997 o oddaji javnih naročil

9 Direktiva 93/38 je bila prenesena v avstrijsko pravo z zveznim zakonom iz leta 1997 o oddaji javnih naročil (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997, v nadaljevanju: BVergG 1997). Člen 84(1), (2) in (4) iz poglavja 5 tega zakona, naslovljen „Posebne določbe glede naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju" določa:

„1. Kadar naročniki opravljajo eno od dejavnosti v smislu odstavka 2, [...] se uporabljajo izključno določbe tega poglavja.

2. Dejavnosti iz odstavka 1 so:

1. zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij [...]

2. izkoriščanje geografskega območja za [...]

3. upravljanje stalnih omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta, avtomatiziranih sistemov, tramvajev, avtobusov, trolejbusov ali žičnic;

4. zagotavljanje ali upravljanje javnih telekomunikacijskih omrežij ali zagotavljanje ene ali več storitev javnih telekomunikacij.

[...]

4. Pri transportnih storitvah iz odstavka 2, točka 3, se pojmuje, da omrežje obstaja, kadar se storitev zagotavlja v skladu s pogoji delovanja, ki jih predpiše pristojni organ, na primer stanje poti, ki se bo oskrbovala, zmogljivost, ki se bo dala na voljo, ali pogostnost storitve [...]"

10 Člen 113 BVerG 1997 določa pristojnosti Bundesvergabeamt (zvezni urad za naročila). Navaja:

„1. Bundesvergabeamt je v skladu z določbami naslednjega poglavja pristojen za revizijski postopek.

2. Da bi se odpravile kršitve tega zveznega zakona in njegovih izvedbenih predpisov, je Bundesvergabeamt do oddaje naročila pristojen, da:

1. sprejme začasne odredbe in

2. razglasi za nične nezakonite odločbe naročnika.

3. Po oddaji naročila ali po zaključku postopka naročila je Bundesvergabeamt pristojen za ugotavljanje, ali zaradi kršitve tega zveznega zakona oziroma njegovih izvedbenih predpisov naročilo ni bilo oddano najboljšemu ponudniku. [...]“

Zvezni zakon iz leta 2002 o oddaji javnih naročil

11 BVergG 1997 je od 1. septembra 2002 razveljavil in nadomestil nov zvezni zakon o oddaji javnih naročil (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz), BGBl. I, 99/2002, v nadaljevanju: BVergG 2002). Člen 120 tega zadnjega zakona v veliki meri povzema besedilo člena 84 BVergG 1997. Vendar pa v nasprotju s tem zadnjim členom omenjeni člen 120(2), točka 3, glede transportnega sektorja določa, da tako upravljanje kot zagotavljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta, avtomatiziranih sistemov, tramvajev, avtobusov, trolejbusov ali žičnic, sodita med dejavnosti iz odstavka 1 in da zanju posledično velja poseben sistem, ki ga določa Direktiva 93/38.

12 Tudi glede pristojnosti Bundesvergabeamt BVergG 2002 v veliki meri izhaja iz določb BVergG 1997, saj člen 162 BVergG 2002 povzema predvsem, z nekaterimi spremembami, besedilo člena 113 BVergG 1997.

13 Člen 188 BVergG 2002 o začetku veljavnosti tega zakona in razveljavitvi BVergG 1997 v svojem odstavku 1 podrobneje navaja, da BVergG 2002 ne velja za postopke oddaje naročil, ki so se začeli pred datumom začetka njegove veljavnosti. Posledično odstavek 3 istega člena določa, da če je bila tožba pri Bundesvergabeamt vložena

pred 1. septembrom 2002, mora ta organ načeloma te tožbe preučiti na podlagi določb BVergG 1997, v različici, objavljeni v BGBl. I, 136/2001.

14 Vendar pa na podlagi drugega stavka iste določbe to pravilo ne velja pri prekinitvi postopka ali predloga za predhodno odločanje [...] V teh dveh primerih mora namreč Bundesvergabeamt po razrešitvi vprašanja, ki je povzročilo prekinitev postopka, oziroma po sprejetju predhodne odločbe postopek nadaljevati na podlagi BVergG 2002.

**Spora o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje**

15 Spora o glavni stvari temeljita na podobnih dejstvih. Izvirata iz odločbe, s katero so ÖBB – družba, ki je v celotni kapitalski lasti države Avstrije ter katere naloga je v skladu s členom 1(3) zveznega zakona iz leta 1992 o železnicah (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992) zagotavljati prevoz oseb in blaga ter izgradnja in vzdrževanje za to potrebne infrastrukture – zavrnile ponudbi družb, ki sta tožeči stranki v postopku v glavni stvari, in so naročilo gradenj, na kateri se ti zadevi nanašata, oddale njunim konkurenčnim družbam. Strabag in Kostmann v bistvu izpodbijata način oddaje naročila ÖBB prek postopka s pogajanji.

*Zadeva C-462/03*

16 Z obvestilom z dne 29. decembra 2000 so ÖBB v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* objavile obvestilo o javnem naročilu za izvedbo različnih del iz železobetona ter za izgradnjo železniških objektov in železniških mostov.

17 Štirinajst gradbenih podjetij, med njimi Strabag in Kostmann, je v okviru tega naročila predložilo ponudbe. Vendar pa sta bili ponudbi navedenih izključeni. Po tem, ko se je s telefaksom z dne 5. julija 2002 seznanilo z imenom ponudnika, ki so ga izbrale ÖBB, je podjetje Strabag proti odločbi o oddaji omenjenega naročila pri Bundesvergabeamt vložilo tožbo, s katero je na podlagi člena 113(2) BVergG 1997 predlagalo, prvič, razglasitev ničnosti te odločbe, in drugič, sprejetje začasne odredbe, s katero naj se naročniku naloži prepoved oddaje naročila, preden bi se o tožbi odločilo po temelju.

18 S prvo odločbo z dne 22. julija 2002 oziroma z dnem sklenitve pogodbe med ÖBB in podjetjem ponudnikom, je Bundesvergabeamt ugodil predlogu za začasno odredbo in je odredil odlog, ki ga je predlagalo Strabag.

19 Z drugo odločbo z dne 30. avgusta 2002 pa je ta organ ob presojanju po temelju ugotovil, da je bila oddaja v skladu z nacionalnimi predpisi in s predpisi Skupnosti o

javnih naročilih, tako da ni bilo več mogoče ugoditi predlogu za razglasitev ničnosti omenjene pogodbe. Vendar pa je Bundesvergabeamt presodil, da način oddaje naročila prek postopka s pogajanji ni bil zakonit. Glede tega se je oprl na dejstvo, da se je infrastrukturni projekt iz postopka v glavni stvari nanašal na „zagotavljanje" omrežja javnega transporta in da se ga torej ni moglo šteti za dejavnost iz sektorja iz člena 84(2), točka 3, BVergG 1997. Po mnenju Bundesvergabeamt pa taka ugotovitev nezakonitosti naj ne bi zahtevala predložitve vprašanja Sodišču za razlago ureditve Skupnosti, saj naj bi bile zadevne določbe nacionalnega prava jasne ter naj bi glede tega vprašanja povsem izražale besedilo Direktive 93/38 in predvsem besedilo njenega člena 2(2).

20 Po sprejetju te zadnje odločbe je Strabag, prvič, pri Verfassungsgerichtshof vložil tožbo, v kateri je med drugim zatrjevalo, da Bundesvergabeamt ni upravičeno zavrnil njegovega predloga za sprejetje predhodne odločbe. Drugič, Strabag je prav tako predlagalo, naj ta na podlagi člena 113(3) BVergG 1997 ugotovi, da zaradi kršitve tega zakona naročilo ni bilo oddano najboljšemu ponudniku. Omenjena družba se je v zvezi s tem opirala na ugotovitev istega organa, po kateri izbira oddaje naročila ÖBB prek postopka s pogajanji ni bila pravilna. Ta zadnja tožba z dne 30. avgusta 2002 je prispela na Bundesvergabeamt 2. septembra 2002 oziroma dan po začetku veljavnosti BVergG 2002.

21 Ker je v teh okoliščinah Bundesvergabeamt menil, da je pred njim vprašanje, ki zahteva razlago prava Skupnosti predvsem ob upoštevanju nove različice določbe BVergG 2002, ki se nanaša na transportni sektor, in sicer člena 120(2), točka 3, tega zakona, ter ob upoštevanju obstoječih terminoloških in jezikovnih razlik med

primeri iz člena 2(2)(a) in (d) Direktive 93/38 ter tistimi iz njegovih točk b in c, je prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil ta vprašanja:

„1. Ali je člen 2(2)(c) Direktive 93/38 EGS treba razlagati tako, da je glede transportnih storitev, v nasprotju z drugimi primeri iz člena 2(2) Direktive, ‚zgolj' upravljanje omrežij treba šteti za sektorsko dejavnost?

2. Katere dejavnosti so zajete z izrazom ‚upravljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta' na podlagi člena 2(2)(c) Direktive 93/38 EGS? V kolikšni meri je predvsem mogoče vanje vključiti projekte na področju infrastrukture? V kolikšni meri so ti projekti zajeti z izrazom ‚zagotavljanje omrežij'?

3. Če na področju transporta (železniškega) samo upravljanje omrežij sodi v okvir uporabe Direktive 93/38 EGS (in če je torej odgovor na prvo vprašanje pritrdilen): ali je organ, pristojen za revizijo, dolžan zavrniti uporabo nacionalne določbe, v skladu s katero in v nasprotju z besedilom Direktive 93/38 je zagotavljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta, prav tako sektorska dejavnost?"

*Zadeva C-463/03*

22 Kot je bilo navedeno v točki 15 te sodbe, so dejstva te zadeve podobna tistim, ki so vodila do zadeve C-462/03. Potem ko so ÖBB objavile različna obvestila o naročilih za izvedbo izkopavanj, zemeljskih del, izravnavanja in betoniranja ter izgradnjo mostov, jaškov, predorov in podzemnih prehodov, povezanih s postavitvijo in podvojitvijo nekaterih železniških prog, je podjetje Kostmann predložilo ponudbe, da bi mu bila oddana omenjena naročila.

23 Ko so ga ÖBB obvestile, da s ponudbo, ki jo je predložil v okviru prvega naročila, ni uspel in da je bilo naročilo oddano konkurenčnemu podjetju, je Kostmann z dopisom z dne 13. decembra 2000 Bundesvergabeamt predlagalo, naj na podlagi člena 113(3) BVergG 1997 ugotovi, da naročilo ni bilo oddano najboljšemu ponudniku, saj je bil, po njegovem mnenju, v nasprotju s tem zakonom nepravilno uporabljen način oddaje naročila prek postopka s pogajanji.

24 Zakonitost uporabe tega zadnjega postopka je prav tako predmet spora med podjetjem Kostmann in ÖBB glede drugih obvestil o naročilih, ki so jih objavile te, v okviru ničnostnih tožb, ki ju je pri istem organu vložilo podjetje Kostmann z dopisoma z dne 13. decembra 2000 in 13. januarja 2001 oziroma samo nekaj dni po objavi omenjenih obvestil v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*. Tudi v teh zadevah je bilo naročilo oddano konkurenčnim družbam tožeče stranke v postopku v glavni stvari, potem ko je bil, v nekaterih primerih, predlog te za sprejetje začasne odredbe zavrnjen.

25 Trditve, ki so bile v okviru teh različnih postopkov podane pred Bundesvergabeamt, so v bistvu enake tistim, ki so vodile do zadeve C-462/03. ÖBB zagovarjajo oddajo

naročila prek postopka s pogajanji z dejstvom, da infrastrukturni projekti, ki so vodili do več obvestil o naročilu, sodijo v sektor, ki ga določata člen 2(2)(c) Direktive 93/38 in ustrezna določba BVergG 1997, tako da je lahko naročnik v skladu s členom 20(1) te direktive svobodno uporabil odprti postopek, omejeni postopek ali postopek s pogajanji. Nasprotno Kostmann zatrjuje, da bi morale ÖBB uporabiti redna pravila oddaje naročil in predvsem tista iz Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54), ki uporabo postopka s pogajanji predvidevajo le izjemoma, saj zadevna infrastrukturna dela iz postopka v glavni stvari ne sodijo med dejavnosti iz sektorja, ki ga določa člen 2(2)(c) Direktive 93/38.

26 Ker je v teh okoliščinah Bundesvergabeamt menil, da je potrebna razlaga besedila te zadnje direktive, je prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil tri vprašanja, ki so identična vprašanjem, navedenim v točki 21 te sodbe.

27 S sklepom z dne 16. januarja 2004 je predsednik Sodišča za pisni in ustni postopek ter zaradi izdaje odločbe zadevi C-462/03 in C-463/03 združil.

## Dopustnost vprašanj za predhodno odločanje

28 V stališčih, ki jih je Komisija Evropskih skupnosti predložila Sodišču, uvodoma izraža dvome glede dopustnosti zastavljenih vprašanj. V zvezi s tem zatrjuje, da so ta le teoretične narave, saj so ÖBB naročnik, ki opravlja dejavnost, izrecno navedeno v

členu 2(2)(c) Direktive 93/38, zadevni infrastrukturni projekti iz postopka v glavni stvari pa so neposredna zveza s to dejavnostjo. Vprašanje, ali zagotavljanje železniških omrežij sodi na splošno v okvir odstavka 2(c) tega člena, naj za zadevi v glavni stvari ne bi bilo pomembno.

29 V zvezi s tem je treba poudariti, da iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je izključno nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in mora prevzeti odgovornost za izrečeno sodno odločbo, tisto, ki glede na posebnosti zadeve presodi o potrebi po sprejetju predhodne odločbe, da bi lahko izdalo svojo sodbo, in o relevantnosti vprašanj, ki jih postavi Sodišču. Zavrnitev slednjega, da odloča o vprašanju, ki ga je postavilo nacionalno sodišče, je mogoča samo, če je očitno, da predlagana razlaga prava Skupnosti ni v nobeni zvezi z resničnostjo oziroma s predmetom spora v glavni stvari, kadar je problem hipotetične narave oziroma kadar Sodišče nima dovolj pravnih ali dejanskih elementov, da bi lahko učinkovito odgovorilo na postavljena vprašanja (glej med drugim sodbe z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital, C-390/99, Recueil, str. I-607, točki 18 in 19; z dne 27. februarja 2003 v zadevi Adolf Truley, C-373/00, Recueil, str. I-1931, točki 21 in 22, in z dne 5. februarja 2004 v zadevi Gustav Schneider, C-380/01, Recueil, str. I-1389, točki 21 in 22).

30 V obravnavani zadevi ni očitno, da vprašanja, ki jih je postavil predložitveni organ, sodijo v enega od teh primerov.

31 Prvič, ne bi bilo pravilno zatrjevati, da predlagana razlaga prava Skupnosti ni v nobeni zvezi z resničnostjo oziroma s predmetom sporov o glavni stvari ali da je

problem hipotetične narave, saj je presoja omenjenega organa glede zakonitosti načina oddaje naročila prek postopka s pogajanji odvisna predvsem od vprašanja, ali zadevni infrastrukturni projekti iz postopka v glavni stvari sodijo v materialni okvir uporabe Direktive 93/38.

32 Drugič, Bundesvergabeamt je Sodišču predložil vse potrebne elemente, da lahko učinkovito odgovori na postavljena vprašanja.

33 Ta je torej treba razglasiti za dopustna.

**Prvo in drugo vprašanje**

34 S prvima vprašanjema, ki jih je primerno obravnavati skupaj, predložitveni organ v bistvu sprašuje o materialnem okviru uporabe Direktive 93/38. Iz pojasnil v predložitvenih odločbah in stališč, predloženih Sodišču, namreč izhaja, da želi Bundesvergabeamt z vprašanji glede obsega izrazov „upravljanje" in „zagotavljanje" transportnih omrežij vedeti, ali zadevni infrastrukturni projekti iz postopka v glavni stvari sodijo med dejavnosti, ki sodijo v sektor iz člena 2(2)(c) omenjene direktive, ter ali je posledično naročnik lahko odstopil od rednih pravil oddaje naročil, določenih z Direktivo 93/37, in uporabil tista iz Direktive 93/38, ki v širši meri dopuščajo uporabo postopka s pogajanji.

35 V zvezi s tem je treba poudariti, prvič, da se na podlagi člena 2(1)(a) Direktive 93/38 ta direktiva uporablja za naročnike, ki so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz odstavka 2 istega člena.

36 Drugič, iz člena 4(1) omenjene direktive izhaja, da naročniki pri oddaji javnih naročil blaga, gradenj ali storitev ali pri organiziranju natečajev uporabljajo postopke, prilagojene določbam iste direktive.

37 Kot je Komisija pravilno poudarila v pisnih stališčih, iz povezanega branja teh dveh določb izhaja, da je uporaba Direktive 93/38 odvisna od dejavnosti, ki jo opravlja zadevni naročnik, ter zveze med to dejavnostjo in naročilom, ki ga načrtuje ta naročnik. Če naročnik opravlja eno od dejavnosti iz člena 2(2) Direktive 93/38 in namerava pri opravljanju te dejavnosti, kar mora preveriti nacionalno sodišče, oddati javno naročilo storitev, gradenj ali blaga ali organizirati natečaj, določbe te direktive veljajo za to naročilo oziroma za ta natečaj. V nasprotnem primeru bodo omenjeno naročilo oziroma natečaj urejala pravila, ki jih glede na vsak primer določajo direktive glede oddaje naročil storitev, gradenj ali blaga.

38 To razlago pa poleg tega izrecno potrjujeta tudi besedilo člena 6(1) Direktive 93/38, v skladu s katerim se ta ne uporablja med drugim za javna naročila ali natečaje, ki jih naročniki oddajo ali organizirajo za opravljanje svojih dejavnosti, ki niso opisane v členu 2(2) te iste direktive, ter trinajsta uvodna izjava, ki podrobneje navaja, da omenjena direktiva ne sme zajemati dejavnosti tistih subjektov, ki ne sodijo v sektor

vodnih, energetskih in transportnih storitev oziroma ne sodijo v telekomunikacijski sektor, ali tistih, ki sodijo v te sektorje, vendar so kljub temu neposredno izpostavljeni konkurenčnim zakonitostim na trgih, na katere vstop ni omejen.

39 Glede na zgornje ugotovitve je treba na prvi postavljeni vprašanji iz postopkov v glavni stvari odgovoriti, da če naročnik, ki opravlja eno od dejavnosti, izrecno navedenih v členu 2(2) Direktive 93/38, namerava pri opravljanju te dejavnosti oddati javno naročilo storitev, gradenj ali blaga ali organizirati natečaj, veljajo za to naročilo oziroma za ta natečaj določbe te direktive.

**Tretje vprašanje**

40 S tretjim vprašanjem, ki je v obeh postopkih v glavni stvari enako, želi predložitveni organ v bistvu izvedeti, ali ni dolžno uporabiti določbe nacionalnega prava, ki v nasprotju z besedilom člena 2(2)(c) Direktive 93/38 določa, da je zagotavljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železniškega transporta, prav tako dejavnost, ki sodi v sektor iz te direktive.

41 To vprašanje temelji na domnevi, da infrastrukturna dela, kot na primer tista iz postopka v glavni stvari, ne sodijo v materialni okvir uporabe Direktive 93/38, saj naj bi bilo po mnenju predložitvenega organa taka dela treba šteti za „zagotavljanje"

transportnih omrežij in naj ta dejavnost ne bi sodila med tiste, izrecno navedene v členu 2(2)(c) omenjene direktive.

42 Vendar pa ta domneva ni pravilna. Kot je bilo navedeno v točki 37 te sodbe, je uporaba Direktive 93/38 namreč odvisna od dejavnosti, ki jo opravlja zadevni naročnik, ter zveze med to dejavnostjo in naročilom, ki ga načrtuje ta naročnik.

43 V teh okoliščinah na tretje vprašanje ni treba odgovoriti.

**Stroški**

44 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim organom, ta odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (drugi senat) razsodilo:

**Če naročnik, ki opravlja eno od dejavnosti, izrecno navedenih v členu 2(2) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju, namerava pri opravljanju te dejavnosti oddati javno naročilo storitev, gradenj ali blaga ali organizirati natečaj, veljajo za to naročilo oziroma za ta natečaj določbe te direktive.**

Podpisi