URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer)

19. April 2007 *

In der Rechtssache C-295/05

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Tribunal Supremo (Spanien) mit Entscheidung vom 1. April 2005, beim Gerichtshof eingegangen am 21. Juli 2005, in dem Verfahren

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)

gegen

Transformación Agraria SA (Tragsa),

Administración del Estado

* Verfahrenssprache: Spanisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans, des Richters R. Schintgen, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter G. Arestis (Berichterstatter) und L. Bay Larsen,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: H. von Holstein, Hilfskanzler,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2006,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), vertreten durch D. P. Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, procuradora, und R. Vázquez del Rey Villanueva, abogado,

— der Transformación Agraria SA (Tragsa), vertreten durch S. Ortiz Vaamonde und I. Pereña Pinedo, abogados,

— der spanischen Regierung, vertreten durch F. Díez Moreno als Bevollmächtigten,

— der litauischen Regierung, vertreten durch D. Kriaučiūnas als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis und F. Castillo de la Torre als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 28. September 2006

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Fragen, ob ein Mitgliedstaat im Hinblick auf Art. 86 Abs. 1 EG einem öffentlichen Unternehmen eine Rechtsstellung geben kann, die es ihm erlaubt, Arbeiten durchzuführen, ohne den Richtlinien

92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) zu unterliegen, und ob diese Richtlinien einer solchen Rechtsstellung entgegenstehen.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Asociación Nacional de Empresas Forestales (im Folgenden: Asemfo) und der Administración del Estado über eine Beschwerde, mit der die Rechtsstellung der Transformación Agraria SA (im Folgenden: Tragsa) beanstandet wird.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Art. 1 der Richtlinie 92/50 bestimmte:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als ‚öffentliche Dienstleistungsaufträge' die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge ...

...

b) gelten als ‚öffentliche Auftraggeber' (im Folgenden ‚Auftraggeber' genannt) der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

..."

4 Art. 1 der Richtlinie 93/36 sah vor:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Lieferaufträge* die zwischen einem Lieferanten (einer natürlichen oder juristischen Person) und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren. Diese Lieferung kann auch Nebenarbeiten wie das Verlegen und Anbringen umfassen;

b) gelten als *öffentliche Auftraggeber* der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

...“

In Art. 1 der Richtlinie 93/37 hieß es:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

b) gelten als *öffentliche Auftraggeber*: der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

...“

Nationales Recht

Das Vergaberecht

6 Das Gesetz 13/1995 vom 18. Mai 1995 über das öffentliche Auftragswesen (BOE Nr. 119 vom 19. Mai 1995, S. 14601) in der durch das Königliche Dekret 2/2000 vom 16. Juni 2000 (BOE Nr. 148 vom 21. Juni 2000, S. 21775) kodifizierten Fassung (im Folgenden: Gesetz 13/1995) bestimmt in Art. 152:

„(1) Die Durchführung von Arbeiten durch die Verwaltung kann unter Inanspruchnahme ihrer eigenen Dienste durch ihre eigenen Personal- oder Sachmittel oder im Wege der Zusammenarbeit mit privaten Unternehmern erfolgen, sofern in diesem letzteren Fall der finanzielle Wert der betreffenden Arbeiten ... nicht übersteigt und wenn

a) die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerbliche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten hinreichend geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.

...“

7 Art. 194 des Gesetzes 13/1995 sieht vor:

„Die Herstellung von beweglichen Gütern durch die Verwaltung kann durch die eigenen Dienste der Verwaltung mittels ihrer Personal- oder Sachmittel oder im Wege der Zusammenarbeit mit privaten Unternehmern erfolgen, sofern in diesem letzteren Fall der finanzielle Wert der betreffenden Arbeiten unter den in Art. 177 Abs. 2 festgelegten Höchstbeträgen liegt und wenn

a) die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerbliche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten hinreichend geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.

...“

Die Rechtsstellung der Tragsa

8 Die Gründung der Tragsa wurde durch Art. 1 des Königlichen Dekrets 379/1977 vom 21. Januar 1977 (BOE Nr. 65 vom 17. März 1977, S. 6202) genehmigt.

9 Die mit diesem Königlichen Dekret festgelegte Rechtsstellung der Tragsa wurde bis zum Erlass des Gesetzes 66/1997 vom 30. Dezember 1997 über finanz-, verwaltungs- und sozialrechtliche Maßnahmen (BOE Nr. 313 vom 31. Dezember 1997, S. 38589) in der durch die Gesetze 53/2002 vom 30. Dezember 2002 (BOE Nr. 313 vom 31. Dezember 2002, S. 46086) und 62/2003 vom 30. Dezember 2003 (BOE Nr. 313 vom 31. Dezember 2003, S. 46874) geänderten Fassung (im Folgenden: Gesetz 66/1997) wiederholt geändert.

10 In Art. 88 („Rechtsstellung") des Gesetzes 66/1997 heißt es:

(1) Die [Tragsa] ist eine staatliche Gesellschaft ..., die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes wesentliche Dienstleistungen im Bereich der ländlichen Entwicklung und des Umweltschutzes erbringt.

(2) Die Autonomen Regionen können sich am Gesellschaftskapital der Tragsa durch den Erwerb von Aktien beteiligen, deren Übertragung vom Ministerio de Economía y Hacienda (Finanzministerium) auf Vorschlag des Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (Ministerium für Landwirtschaft, Fischerei und Ernährung) und des Ministerio de Medio Ambiente (Umweltministerium) genehmigt werden muss.

(3) Zweck der Tragsa ist

a) die Durchführung aller Arten von Tätigkeiten, Bauarbeiten, Arbeiten und Dienstleistungen im Bereich der Landwirtschaft, der Viehzucht, der Forstwirt-

schaft, der ländlichen Entwicklung, der Erhaltung und des Schutzes von Natur und Umwelt, der Aquakultur und der Fischerei sowie der zur Verbesserung der Nutzung und der Verwaltung der natürlichen Ressourcen erforderlichen Tätigkeiten einschließlich der Durchführung von Arbeiten zur Erhaltung und Bereicherung des geschichtlichen Erbes Spaniens auf dem Lande ...;

b) die Erarbeitung von Studien, Plänen und Vorhaben sowie jegliche Art von Beratung, technischer Hilfe und Ausbildung im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, der ländlichen Entwicklung, des Schutzes und der Verbesserung der Umwelt, der Aquakultur und der Fischerei, des Naturschutzes sowie der Nutzung und der Verwaltung der natürlichen Ressourcen;

c) die Tätigkeit in der Landwirtschaft, Viehzucht, Forstwirtschaft, Aquakultur und die Vermarktung der Erzeugnisse aus diesen Bereichen, die Verwaltung und der Betrieb von Bauernhöfen, Forsten, Land- oder Forstwirtschafts-, Umwelt- oder Naturschutzzentren sowie die Verwaltung von Gebieten und natürlichen Ressourcen;

d) die Förderung, Entwicklung und Anpassung neuer Technologien, Anlagen und Systeme im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, der Umwelt, der Aquakultur und der Fischerei, des Naturschutzes und zur nachhaltigen Nutzung der natürlichen Ressourcen in diesen Bereichen;

e) die Herstellung und Vermarktung von beweglichen Gütern für die genannten Bereiche;

f) die Verhinderung und Bekämpfung von Schädlingen und Krankheiten bei Pflanzen und Tieren und von Waldbränden sowie die Durchführung dringender Arbeiten und Aufgaben technischer Hilfe oder entsprechender Notmaßnahmen;

g) die Finanzierung des Baus oder des Betriebs von Infrastrukturen im Bereich der Landwirtschaft und Umwelt und von dörflichen Anlagen sowie die Gründung von Gesellschaften und die Beteiligung an bereits bestehenden Gesellschaften, deren Ziele mit dem Gesellschaftszweck des Unternehmens in Zusammenhang stehen;

h) die Durchführung von Tätigkeiten und Arbeiten, die technische Unterstützung, die Beratung und die Erbringung von Dienstleistungen im ländlichen Bereich, im Bereich der Land- und Forstwirtschaft und der Umwelt, im In- und Ausland, unmittelbar durch sie selbst oder durch ihre Tochtergesellschaften, wenn Dritte darum ersuchen.

(4) Als Hilfsmittel und technischer Dienst der Verwaltung ist die Tragsa verpflichtet, in den unter ihren Gesellschaftszweck fallenden Bereichen selbst oder über ihre Tochtergesellschaften ausschließlich die ihr von der allgemeinen Staatsverwaltung, den Autonomen Regionen und den diesen unterstehenden öffentlichen Einrichtungen übertragenen Arbeiten durchzuführen, insbesondere solche, die unaufschiebbar sind oder infolge von Notfällen angeordnet werden.

...

(5) Weder die Tragsa noch ihre Tochtergesellschaften dürfen an Vergabeverfahren teilnehmen, die von den Behörden, deren Hilfsmittel sie ist, durchgeführt werden. In Ermangelung eines Bieters kann jedoch die Tragsa mit der Durchführung der Tätigkeit betraut werden, die Gegenstand der öffentlichen Ausschreibung war.

(6) Der finanzielle Wert der von der Tragsa ausgeführten Bauarbeiten, Arbeiten, Vorhaben, Studien und Lieferungen wird bestimmt, indem auf die durchgeführten Einheiten die entsprechenden Gebühren angewandt werden, die von der zuständigen Behörde festzulegen sind. Diese Gebühren sind so zu berechnen, dass sie die tatsächlichen Kosten widerspiegeln, und ihre Anwendung auf die hergestellten Einheiten gilt als Nachweis für die Investition oder die erbrachten Dienstleistungen.

(7) Die Verträge über Bauarbeiten, Lieferungen, Beratung und Unterstützung und Dienstleistungen, die die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften mit Dritten schließen, unterliegen den Bestimmungen des [Gesetzes 13/1995] in Bezug auf die Bekanntmachung, die Verfahren und die Arten der Vergabe, sofern der Auftragswert die in den Art. 135 Abs. 1, 177 Abs. 2 und 203 Abs. 2 [dieses Gesetzes] festgelegten Beträge erreicht oder übersteigt."

11 Im Königlichen Dekret 371/1999 vom 5. März 1999 zur Regelung der Stellung der Tragsa (BOE Nr. 64 vom 16. März 1999, S. 10605) wird die rechtliche, wirtschaftliche und verwaltungsmäßige Stellung dieser Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften in ihren Beziehungen zu den öffentlichen Verwaltungen auf dem Gebiet des Verwaltungshandelns im In- und Ausland in ihrer Eigenschaft als Hilfsmittel und technischer Dienst dieser Verwaltungen näher bestimmt.

12 Nach Art. 2 des Königlichen Dekrets 371/1999 wird das gesamte Gesellschaftskapital der Tragsa von der öffentlichen Hand gehalten.

13 Art. 3 („Rechtsstellung") dieses Dekrets bestimmt:

„(1) Die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften sind ein Hilfsmittel und technischer Dienst der allgemeinen Staatsverwaltung und der Verwaltungen der Autonomen Regionen.

Die verschiedenen Abteilungen der genannten öffentlichen Verwaltungen oder Ministerien der Regionalregierungen sowie die von diesen abhängigen Einrichtungen und die mit ihnen im Hinblick auf die Durchführung ihrer Maßnahmenpläne verbundenen Einheiten aller Art können die Tragsa oder ihre Tochtergesellschaften entsprechend der in diesem Königlichen Dekret festgelegten Regelung mit den für die Ausübung ihrer Befugnisse und Aufgaben erforderlichen Arbeiten und Tätigkeiten sowie mit ergänzenden oder unterstützenden Arbeiten oder Tätigkeiten beauftragen.

(2) Die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften sind verpflichtet, die ihnen von der Verwaltung übertragenen Arbeiten und Tätigkeiten durchzuführen. Diese Verpflichtung bezieht sich ausschließlich auf die Aufträge, die ihnen als Hilfsmittel und technischer Dienst in den unter ihren Gesellschaftszweck fallenden Bereichen erteilt werden.

(3) Die bei Katastrophen oder sonstigen Unglücksfällen beschlossenen Noteinsätze, mit denen die zuständige Behörde die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften betraut, sind für diese verpflichtend und vorrangig.

In Notfällen, in denen Behörden Sofortmaßnahmen ergreifen müssen, können sie unmittelbar über die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften verfügen und die für einen möglichst effizienten Schutz von Personen und Sachen sowie die Aufrechterhaltung der Versorgung mit Diensten erforderlichen Maßnahmen anordnen.

Hierfür werden die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften in die bestehenden Regelungen über die Gefahrenvermeidung sowie in die Maßnahmepläne integriert und den Durchführungsprotokollen unterworfen. In diesen Fällen mobilisieren sie auf Anfrage alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel.

(4) Im Rahmen ihrer Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungen oder öffentlich-rechtlichen Personen können die öffentlichen Verwaltungen die Dienste der Tragsa und ihrer Tochtergesellschaften, die ihnen als Hilfsmittel zur Verfügung stehen, anbieten, damit diese anderen Verwaltungen oder öffentlich-rechtlichen Personen sie unter den gleichen Bedingungen in Anspruch nehmen können ...

(5) ... Für die Organisation, die Beaufsichtigung und die Kontrolle der Tragsa und ihrer Tochtergesellschaften sind das Ministerium für Landwirtschaft, Fischerei und Ernährung sowie das Umweltministerium zuständig.

(6) Die Beziehungen der Tragsa und ihrer Tochtergesellschaften zu den öffentlichen Verwaltungen in ihrer Eigenschaft als Hilfsmittel und technischer Dienst sind instrumenteller und nicht vertraglicher Art, so dass sie in jeder Hinsicht einen internen, durch Abhängigkeit und Unterordnung gekennzeichneten Charakter haben."

14 Art. 4 („Wirtschaftliche Bestimmungen") des Königlichen Dekrets 371/1999 sieht vor:

„(1) Die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften erhalten als Entgelt für die Bauarbeiten, Arbeiten, technische Hilfe, Beratung, Lieferungen und Dienstleistungen, mit denen sie nach Art. 3 dieses Königlichen Dekrets betraut worden sind, einen ihren Ausgaben entsprechenden Betrag nach dem im vorliegenden Artikel festgelegten Gebührensystem ...

(2) Die Gebühren werden nach den ausgeführten Einheiten so berechnet und angewandt, dass sie die insoweit — direkt oder indirekt — angefallenen tatsächlichen Kosten vollständig widerspiegeln.

...

(7) Neue Gebühren, die Änderung der bestehenden Gebühren sowie die Änderungsverfahren, -mechanismen und -formeln werden von den Verwaltungen erlassen, deren Hilfsmittel und technischer Dienst die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften sind.

...“

15 Art. 5 („Verwaltungsvorschriften für Einsätze“) des Königlichen Dekrets 371/1999 bestimmt schließlich:

„(1) Die Pflichteinsätze, mit denen die Tragsa oder ihre Tochtergesellschaften betraut werden, sind je nach Fall in Plänen, Vermerken oder anderen technischen Unterlagen zu definieren ...

(2) Vor der Formulierung des Auftrags genehmigen die zuständigen Organe diese Unterlagen und führen die vorgeschriebenen technischen, rechtlichen und budgetären Verfahren sowie diejenigen der Ausgabenkontrolle und -genehmigung durch.

(3) Der Auftrag für einen Pflichteinsatz wird der Tragsa oder ihren Tochtergesellschaften von der Verwaltung förmlich übermittelt; er enthält außer sachdienlichen Angaben den Namen der Behörde, die Frist für die Durchführung, den Betrag, den entsprechenden Haushaltsposten, gegebenenfalls die Jahresraten, über die die Finanzierung stattfindet, und die jeweils entsprechenden Beträge sowie den Namen des für die durchzuführende Maßnahme benannten Direktors. ...

..."

Der Ausgangsrechtsstreit und die Vorlagefragen

16 Der sich aus der Vorlageentscheidung ergebende Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen.

17 Am 23. Februar 1996 reichte die Asemfo eine Beschwerde gegen die Tragsa ein, um feststellen zu lassen, dass diese durch die Nichteinhaltung der im Gesetz 13/1995 vorgesehenen Vergabeverfahren ihre beherrschende Stellung auf dem spanischen Markt für Bauarbeiten, Dienstleistungen und forstwirtschaftliche Vorhaben ausnutze. Die besondere Stellung der Tragsa erlaube es dieser, unter Verstoß gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge und den freien Wettbewerb eine Vielzahl von Arbeiten in unmittelbarem Auftrag der Verwaltung auszuführen, wodurch jeglicher Wettbewerb auf dem spanischen Markt ausgeschaltet werde. Als öffentliches Unternehmen im Sinne des Gemeinschaftsrechts dürfe die Tragsa nicht

unter dem Vorwand, es handele sich um einen technischen Dienst der Verwaltung, im Hinblick auf die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge begünstigt werden.

18 Mit Entscheidung der zuständigen Behörde vom 16. Oktober 1997 wurde diese Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Tragsa ein eigener Dienst der Verwaltung sei, der nicht über eine selbständige Entscheidungsbefugnis verfüge und die Arbeiten ausführen müsse, mit denen er betraut werde. Da diese Gesellschaft außerhalb des Marktes tätig sei, falle ihre Tätigkeit nicht unter das Wettbewerbsrecht.

19 Gegen diese Entscheidung erhob die Asemfo Klage beim Tribunal de Defensa de la Competencia. Mit Urteil vom 30. März 1998 wies dieses Gericht die Klage ab, weil die Tätigkeiten der Tragsa von der Verwaltung selbst durchgeführt würden und ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht somit nur vorliegen könnte, wenn die Tragsa selbständig aufträte.

20 Die Asemfo legte gegen dieses Urteil Berufung bei der Audiencia Nacional ein, die das erstinstanzliche Urteil mit Urteil vom 26. September 2001 bestätigte.

21 Gegen dieses Urteil erhob die Asemfo Kassationsklage beim Tribunal Supremo und machte geltend, dass die Tragsa als öffentliches Unternehmen nicht als eigener Dienst der Verwaltung eingestuft werden könne, auf den die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht anwendbar seien, und dass die in Art. 88 des Gesetzes 66/1997 festgelegte Rechtsstellung dieser Gesellschaft nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

22 Das Tribunal Supremo stellt fest, dass die Tragsa der Verwaltung als Hilfsmittel zur Verfügung stehe und sie lediglich die Anweisungen der Behörden ausführe, ohne diese zurückzuweisen oder den Preis für ihr Tätigwerden festsetzen zu können. In Anbetracht der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den freien Wettbewerb auf öffentliche Unternehmen hat das Gericht aber Zweifel an der Vereinbarkeit der Rechtsstellung der Tragsa mit dem Gemeinschaftsrecht.

23 Unter Hinweis darauf, dass der Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. Mai 2003, Spanien/Kommission (C-349/97, Slg. 2003, I-3851), in Bezug auf die Tragsa entschieden habe, dass diese Gesellschaft als eine Form des unmittelbaren Handelns der Verwaltung anzusehen sei, führt das vorlegende Gericht weiter aus, dass in der bei ihm anhängigen Rechtssache tatsächliche Umstände vorlägen, die in diesem Urteil nicht berücksichtigt worden seien, wie z. B. die starke Beteiligung der öffentlichen Hand am Markt für Arbeiten in der Landwirtschaft, die auf diesem Markt zu einer erheblichen Verzerrung führe, selbst wenn dieses Unternehmen *de iure* außerhalb des Marktes tätig sei, weil rechtlich gesehen die Verwaltung handele.

24 Unter diesen Umständen hat das Tribunal Supremo beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist es nach Art. 86 Abs. 1 EG zulässig, dass ein Mitgliedstaat der Europäischen Union einem öffentlichen Unternehmen kraft Gesetzes eine Rechtsstellung verleiht, die es ihm erlaubt, ohne Bindung an die allgemeinen Regeln über die Auftragsvergabe durch die Verwaltung im Wege der Ausschreibung und ohne dass besondere Umstände der Dringlichkeit oder des öffentlichen Interesses hinzuträten, öffentliche Arbeiten durchzuführen, die sowohl unterhalb als auch oberhalb des in den europäischen Richtlinien hierfür vorgesehenen wirtschaftlichen Schwellenwerts liegen?

2. Ist eine derartige Rechtsstellung gegebenenfalls vereinbar mit den Bestimmungen der Richtlinien 93/36 und 93/37 und den Richtlinien 97/52/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1) und 2001/78/EG der Kommission vom 13. September 2001 (ABl. L 285, S. 1) zur Änderung der Erstgenannten (diese Bestimmungen wurden jüngst in der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [ABl. L 134, S. 114] neu gefasst)?

3. Sind die Feststellungen im Urteil Spanien/Kommission auch dann in jedem Fall auf die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften anwendbar, wenn man die übrige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt und in Erwägung zieht, dass die Verwaltung die Tragsa und ihre Tochtergesellschaften mit einer großen Zahl von Arbeiten beauftragt, die dem System des freien Wettbewerbs entzogen bleiben, und dieser Umstand auf eine erhebliche Verzerrung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt schließen lassen könnte?

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit

25 Die Tragsa, die spanische Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften bestreiten die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Entscheidung über das Vorabentscheidungsersuchen und führen mehrere Argumente an, mit denen sie die Zulässigkeit der Fragen des vorlegenden Gerichts in Frage stellen.

26 Erstens bezögen sich diese Fragen nur auf die Beurteilung nationaler Maßnahmen, so dass sie nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fielen.

27 Zweitens seien die Fragen hypothetisch, weil sie auf Probleme abzielten, die nicht relevant seien und mit der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nichts zu tun hätten. Der einzige einschlägige Klagegrund, den die Asemfo geltend mache, sei der Verstoß gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge; ein solcher Verstoß könne jedoch nicht die Behauptung tragen, dass die Tragsa eine beherrschende Stellung auf dem Markt missbrauche. Außerdem dürfte für den Gerichtshof keine Veranlassung bestehen, die Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen eines nationalen Verfahrens auszulegen, in dem geprüft werden solle, ob die Gesellschaft eine angeblich beherrschende Stellung missbraucht habe.

28 Drittens enthalte die Vorlageentscheidung keine Angaben zum relevanten Markt und zur angeblich beherrschenden Stellung der Tragsa auf diesem. Sie enthalte auch keine ausführlichen Erwägungen zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 86 EG und nichts zur Anwendung dieser Vorschrift in Verbindung mit Art. 82 EG.

29 Zunächst ist daran zu erinnern, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 234 EG zwar nicht Sache des Gerichtshofs ist, über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden, weil deren Auslegung den nationalen Gerichten obliegt, dass der Gerichtshof jedoch befugt bleibt, dem nationalen Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, über die Frage der Vereinbarkeit dieser Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden (Urteil vom 19. September 2006, Wilson, C-506/04, Slg. 2006, I-8613, Randnrn. 34 und 35 und die dort zitierte Rechtsprechung).

30 Sodann ist es nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten nach Art. 234 EG allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Sofern die von den nationalen Gerichten vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, ist der Gerichtshof somit grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden (vgl. u. a. Urteile vom 1. April 2004, Bellio F. lli, C-286/02, Slg. 2004, I-3465, Randnr. 27, und vom 14. Dezember 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Slg. 2006, I-11987, Randnrn. 16 und 17 und die dort zitierte Rechtsprechung).

31 Schließlich ist die Zurückweisung des Ersuchens eines nationalen Gerichts nach gefestigter Rechtsprechung nur möglich, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteil vom 23. November 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, Slg. 2006, I-11125, Randnr. 17 und die dort zitierte Rechtsprechung).

32 Wie der Gerichtshof weiter entschieden hat, muss, um zu einer dem nationalen Gericht sachdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, dieses Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die von ihm gestellten Fragen einfügen, festlegen oder zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutern, auf denen diese Fragen beruhen (Urteile vom 9. November 2006, Nemec, C-205/05, Slg. 2006, I-10745, Randnr. 25, und Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Randnr. 26 und die dort zitierte Rechtsprechung).

33 Insoweit ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unerlässlich, dass das nationale Gericht ein Mindestmaß an Erläuterungen zu den Gründen für die Wahl der Gemeinschaftsbestimmungen, um deren Auslegung es ersucht, und zu dem Zusammenhang gibt, den es zwischen diesen Bestimmungen und den auf den Rechtsstreit anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften sieht (Urteile Nemec, Randnr. 26, und vom 5. Dezember 2006, Cipolla u. a., C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421, Randnr. 38).

34 Für das Ausgangsverfahren steht fest, dass sich der Gerichtshof selbst nicht zur Vereinbarkeit der Rechtsstellung der Tragsa mit dem Gemeinschaftsrecht äußern kann, doch hindert ihn nichts daran, die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es dem vorlegenden Gericht ermöglichen, selbst über die Frage der Vereinbarkeit der Rechtsstellung der Tragsa mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden.

35 Demnach ist zu prüfen, ob der Gerichtshof im Licht der in den Randnrn. 31 bis 33 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind.

36 In Bezug auf die zweite und die dritte Frage enthält die Vorlageentscheidung knappe, aber genaue Ausführungen zum Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits und zu den einschlägigen Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts.

37 So ergibt sich aus dieser Entscheidung eindeutig, dass der Rechtsstreit auf eine Beschwerde der Asemfo über die Rechtsstellung der Tragsa zurückgeht, da diese nach dem Vorbringen der Klägerin des Ausgangsverfahrens eine Vielzahl von Arbeiten in unmittelbarem Auftrag der Verwaltung ausführen könne, und zwar ohne dass die Bekanntmachungsvorschriften der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge eingehalten würden. Im Rahmen dieses Verfahrens macht die Asemfo ferner geltend, dass die Tragsa als öffentliches Unternehmen nicht unter dem Vorwand, es handele sich um einen technischen Dienst der Verwaltung, im Hinblick auf die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge begünstigt werden dürfe.

38 Im Rahmen der zweiten und der dritten Frage wird in der Vorlageentscheidung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs auch erläutert, warum das vorlegende Gericht um die Auslegung der Vergaberichtlinien ersucht und welcher Zusammenhang zwischen dem maßgeblichen Gemeinschaftsrecht und den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften besteht.

39 Zur ersten Frage, ob Art. 86 Abs. 1 EG der Rechtsstellung der Tragsa entgegensteht, ist festzustellen, dass die Mitgliedstaaten nach dieser Vorschrift in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EG-Vertrag und insbesondere den Art. 12 EG und 81 EG bis 89 EG widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen.

40 Art. 86 Abs. 1 EG lässt sich eindeutig entnehmen, dass er keine eigenständige Bedeutung hat, sondern in Verbindung mit den einschlägigen Vertragsbestimmungen zu lesen ist.

41 Aus der Vorlageentscheidung ergibt sich, dass das vorlegende Gericht Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG als einschlägige Bestimmung im Auge hatte.

42 Insoweit ist festzustellen, dass die Vorlageentscheidung keine genauen Angaben zum Bestehen einer beherrschenden Stellung, zu deren missbräuchlicher Ausnutzung durch die Tragsa und zu den Auswirkungen einer solchen Stellung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten enthält.

43 Außerdem scheint das vorlegende Gericht mit der ersten Frage im Kern auf Vorgänge abgezielt zu haben, die als öffentliche Aufträge eingestuft werden könnten, wozu sich der Gerichtshof ohnehin im Rahmen der zweiten Frage äußern soll.

44 Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit, dass der Gerichtshof — anders als bei der zweiten und der dritten Frage — nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ersten Frage erforderlich sind.

45 Die erste Frage ist daher unzulässig, in Bezug auf die beiden anderen Fragen ist das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig zu erklären.

Zu den Fragen

Zur zweiten Frage

46 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinien 93/36 und 93/37 in der Fassung der Richtlinien 97/52, 2001/78 und 2004/18 einer Rechtsstellung wie derjenigen der Tragsa entgegenstehen, die es ihr erlaubt, Arbeiten auszuführen, ohne den Vorschriften dieser Richtlinien zu unterliegen.

47 Vorab ist festzustellen, dass diese zweite Frage trotz der Bezugnahme des vorlegenden Gerichts auf die Richtlinien 97/52, 2001/78 und 2004/18 in Anbetracht des Kontextes und des zeitlichen Rahmens des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens sowie der in Art. 88 Abs. 3 des Gesetzes 66/1997 beschriebenen Art der Tätigkeiten der Tragsa anhand der Vorschriften der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge, d. h. der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 zu prüfen ist, die im vorliegenden Fall einschlägig sind.

48 Nach den Begriffsbestimmungen in Art. 1 Buchst. a der in der vorstehenden Randnummer genannten Richtlinien setzt ein öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- oder Bauauftrag einen zwischen einem Dienstleistungserbringer, Lieferanten oder Unternehmer und einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Art. 1 Buchst. b dieser Richtlinien geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Vertrag voraus.

49 Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass die Tragsa nach Art. 88 Abs. 1 und 2 des Gesetzes 66/1997 eine staatliche Gesellschaft ist, an deren Gesellschaftskapital sich auch die Autonomen Regionen beteiligen können. Nach Art. 88 Abs. 4 dieses Gesetzes und Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 des Königlichen Dekrets 371/1999 ist die Tragsa ein Hilfsmittel und ein technischer Dienst der allgemeinen Staatsverwaltung und der Verwaltungen der Autonomen Regionen.

50 Sodann ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 bis 5 und Art. 4 Abs. 1, 2 und 7 des Königlichen Dekrets 371/1999, dass die Tragsa verpflichtet ist, in den unter ihren Gesellschaftszweck fallenden Bereichen die ihr von der allgemeinen Staatsverwaltung, den Autonomen Regionen und den diesen unterstehenden öffentlichen Einrichtungen erteilten Aufträge auszuführen, und dass sie die Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen kann.

51 Schließlich sind die Beziehungen der Tragsa zu diesen öffentlichen Körperschaften nach Art. 3 Abs. 6 des Königlichen Dekrets insoweit, als diese Gesellschaft deren Hilfsmittel und technischer Dienst ist, nicht vertraglicher Art, sondern haben in jeder Hinsicht einen internen, durch Abhängigkeit und Unterordnung gekennzeichneten Charakter.

52 Die Asemfo trägt vor, dass das aus den der Tragsa erteilten Aufträgen resultierende Rechtsverhältnis zwar formal einseitig, in Wirklichkeit aber, wie sich dies aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe, unbestreitbar Ausdruck einer vertraglichen Beziehung mit dem Auftraggeber sei. Sie verweist insoweit auf das Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, Slg. 2001, I-5409). Obwohl die Tragsa im Auftrag der Behörden zu handeln scheine, sei sie daher in Wirklichkeit Vertragspartner der Verwaltung, so dass die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge angewandt werden müssten.

53 Der Gerichtshof hat in Randnr. 205 des Urteils Spanien/Kommission in einem anderen Kontext als dem des Ausgangsverfahrens festgestellt, dass die Tragsa als Hilfsmittel und technischer Dienst der spanischen Verwaltung verpflichtet ist, selbst oder über ihre Tochtergesellschaften ausschließlich die Arbeiten durchzuführen, mit denen die allgemeine staatliche Verwaltung, die Autonomen Regionen und die diesen unterstellten öffentlichen Einrichtungen sie betrauen.

54 Falls die Tragsa — was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist — weder im Hinblick auf die Ausführung eines von den zuständigen Behörden erteilten Auftrags noch im Hinblick auf die für ihre Leistungen geltenden Gebühren über irgendeinen Spielraum verfügt, ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien, dass nämlich ein Vertrag besteht, nicht erfüllt.

55 Zudem ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Ausschreibung gemäß den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge — selbst wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet — dann nicht zwingend ist, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, und zweitens muss diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten, die ihre Anteile innehaben (vgl. Urteile vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50, vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau, C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49, vom 13. Januar 2005, Kommission/Spanien, C-84/03, Slg. 2005, I-139, Randnr. 38, vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnr. 34, und vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei, C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Randnr. 33).

56 Es ist daher zu prüfen, ob die beiden Voraussetzungen, die die in der vorstehenden Randnummer zitierte Rechtsprechung aufstellt, hinsichtlich der Tragsa erfüllt sind.

57 Bezüglich der ersten Voraussetzung, d. h. der Kontrolle durch die öffentliche Stelle, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 37).

58 Im Ausgangsverfahren geht — vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht — aus den Akten hervor, dass 99 % des Gesellschaftskapitals

der Tragsa vom spanischen Staat selbst sowie über eine Holdinggesellschaft und einen Garantiefonds gehalten werden und dass vier Autonome Regionen, die jeweils über eine Aktie verfügen, 1 % dieses Kapitals halten.

59 In diesem Zusammenhang kann der Auffassung nicht gefolgt werden, dass diese Voraussetzung nur bei den vom spanischen Staat erteilten Aufträgen erfüllt sei, nicht aber bei den von den Autonomen Regionen erteilten Aufträgen, denen gegenüber die Tragsa als Dritter anzusehen sei.

60 Nach Art. 88 Abs. 4 des Gesetzes 66/1997 sowie Art. 3 Abs. 2 bis 6 und Art. 4 Abs. 1 und 7 des Königlichen Dekrets 371/1999 scheint die Tragsa nämlich verpflichtet zu sein, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen, einschließlich der Autonomen Regionen, erteilt werden. Aus diesen nationalen Rechtsvorschriften scheint sich auch zu ergeben, dass die Tragsa — ebenso wie in ihrem Verhältnis zum spanischen Staat — im Rahmen ihrer Geschäfte mit den Autonomen Regionen als Hilfsmittel und technischer Dienst die Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen kann und dass ihre Beziehungen zu diesen Regionen nicht vertraglicher Natur sind.

61 Die Tragsa dürfte daher im Verhältnis zu den Autonomen Regionen, die einen Teil ihres Kapitals halten, nicht als ein Dritter angesehen werden können.

62 Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung, dass die Tragsa ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Voraussetzung, wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren

Körperschaften gehalten werden, erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet (Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 70).

63 Im Ausgangsverfahren verrichtet die Tragsa, wie aus den Akten hervorgeht, im Durchschnitt über 55 % ihrer Tätigkeit für die Autonomen Regionen und knapp 35 % für den Staat. Demnach ist die Tragsa im Wesentlichen für die Körperschaften und öffentlichen Einrichtungen tätig, die ihre Anteile innehaben.

64 Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht ist daher davon auszugehen, dass die beiden Voraussetzungen, die die in Randnr. 55 des vorliegenden Urteils zitierte Rechtsprechung aufstellt, im vorliegenden Fall erfüllt sind.

65 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 einer Rechtsstellung wie derjenigen der Tragsa, die es ihr erlaubt, als öffentliches Unternehmen, das als Hilfsmittel und technischer Dienst mehrerer öffentlicher Stellen tätig wird, Arbeiten auszuführen, ohne den Vorschriften dieser Richtlinien zu unterliegen, nicht entgegenstehen, sofern die betreffenden öffentlichen Stellen über dieses Unternehmen eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für diese Stellen verrichtet.

Zur dritten Frage

66 In Anbetracht der Antwort auf die zweite Frage des vorlegenden Gerichts braucht die dritte Frage nicht beantwortet zu werden.

Kosten

67 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt:

Die Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge stehen einer Rechtsstellung wie derjenigen der Transformación Agraria SA, die es ihr erlaubt, als öffentliches Unternehmen, das als Hilfsmittel und technischer Dienst mehrerer öffentlicher Stellen tätig wird, Arbeiten auszuführen, ohne den Vorschriften dieser Richtlinien zu unterliegen, nicht entgegen, sofern die betreffenden öffentlichen Stellen über dieses Unternehmen eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für diese Stellen verrichtet.

Unterschriften