DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

19. april 2007 *

I sag C-295/05,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunal Supremo (Spanien) ved afgørelse af 1. april 2005, indgået til Domstolen den 21. juli 2005, i sagen:

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)

mod

Transformación Agraria SA (Tragsa),

Administración del Estado,

* Processprog: spansk.

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne R. Schintgen, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (refererende dommer) og L. Bay Larsen,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. juni 2006,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) ved procuradora D.P. Thomas de Carranza y Méndez de Vigo og abogado R. Vázquez del Rey Villanueva

— Transformación Agraria SA (Tragsa) ved abogados S. Ortiz Vaamonde og I. Pereña Pinedo

— den spanske regering ved F. Díez Moreno, som befuldmægtiget

— den litauiske regering ved D. Kriaučiūnas, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og F. Castillo de la Torre, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. september 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat i betragtning af artikel 86, stk. 1, EF kan tildele en offentlig virksomhed en retsstilling, der gør det muligt for den at udføre arbejder uden at være omfattet af

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) samt Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), og om disse direktiver er til hinder for en sådan ordning.

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Asociación Nacional de Empresas Forestales (herefter »Asemfo«) og Administración del Estado vedrørende en klage over den retlige ordning, som Transformación Agraria SA (herefter »Tragsa«) er omfattet af.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 1 i direktiv 92/50 havde følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

a) offentlige tjenesteydelsesaftaler, gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]

[...]

b) ordregivende myndigheder, staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

[...]«

4 Artikel 1 i direktiv 93/36 bestemte følgende:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige indkøbsaftaler«, gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde

b) »ordregivende myndigheder«, staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer

[...]«

Artikel 1 i direktiv 93/37 havde følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

b) »ordregivende myndigheder«, staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

[...]«

De nationale bestemmelser

Reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter

6 Artikel 152 i lov nr. 13/1995 af 18. maj 1995 om de offentlige myndigheders kontrakter (BOE nr. 119 af 19.5.1995, s. 14601), i den affattelse som er kodificeret ved kongeligt dekret nr. 2/2000 af 16. juni 2000 (BOE nr. 148 af 21.6.2000, s. 21775, herefter »lov nr. 13/1995«), har følgende ordlyd:

»1. Forvaltningen kan lade arbejder udføre ved hjælp af sine egne tjenester og sine egne personelle eller materielle midler eller i samarbejde med private virksomheder, i sidstnævnte tilfælde på betingelse af, at den finansielle værdi af de pågældende arbejder ikke overstiger [...], når en af følgende omstændigheder foreligger:

a) Forvaltningen råder over fabrikker, lagre, værksteder, tekniske eller industrielle tjenester, der er egnet til at gennemføre de planlagte arbejder, i hvilket tilfælde disse midler normalt bør finde anvendelse.

[...]«

7 Artikel 194 i lov nr. 13/1995 bestemmer følgende:

»1. Forvaltningen kan lade løsøre fremstille ved hjælp af sine egne tjenester og sine egne personelle eller materielle midler eller i samarbejde med private virksomheder, i sidstnævnte tilfælde på den betingelse, at den finansielle værdi af aktiviteterne er mindre end de i artikel 177, stk. 2, fastsatte maksimumsbeløb, når en af følgende omstændigheder foreligger:

a) Forvaltningen råder over fabrikker, lagre, værksteder, tekniske eller industrielle tjenester, der er egnet til at gennemføre de planlagte arbejder, i hvilket tilfælde disse midler normalt bør finde anvendelse.

[...]«

Den retlige ordning for Tragsa

8 Stiftelsen af Tragsa blev godkendt ved artikel 1 i kongeligt dekret nr. 379/1977 af 21. januar 1977 (BOE nr. 65 af 17.3.1977, s. 6202).

9 Den retlige ordning for Tragsa indført ved nævnte kongelige dekret blev successivt ændret indtil vedtagelsen af lov nr. 66/1997 af 30. december 1997 om skattemæssige, administrative og sociale foranstaltninger (BOE nr. 313 af 31.12.1997, s. 38589), som ændret ved lov nr. 53/2002 af 30. december 2002 (BOE nr. 313 af 31.12.2002, s. 46086) og nr. 62/2003 af 30.12.2003 (BOE nr. 313 af 31.12.2003, s. 46874, herefter »lov nr. 66/1997«).

10 Artikel 88 i lov nr. 66/1997, med overskriften »Retlig ordning«, har følgende ordlyd:

»1. [Tragsa] er et statsligt selskab [...], som udfører væsentlige tjenesteydelser inden for udvikling af landdistrikterne og miljøbeskyttelse i overensstemmelse med reglerne i denne lov.

2. De selvstyrende regioner kan anbringe kapital i Tragsa gennem erhvervelse af aktier, hvis afhændelse skal godkendes af finansministeriet, efter forslag fra landbrugs-, fiskeri- og fødevareministeriet samt miljøministeriet.

3. Tragsa har følgende til formål:

a) udførelse af alle former for handlinger, arbejder og tjenesteydelser vedrørende landbrug, kvægavl, skovbrug, udvikling af landdistrikterne, bevarelse og

beskyttelse af det fysiske og naturlige miljø, akvakultur og fiskeri samt alle de nødvendige handlinger til forbedring af anvendelsen og forvaltningen af naturressourcerne, især udførelsen af bevarings- og forskønnelsesarbejde af den spanske kulturarv i landområder [...]

b) udarbejdelse af undersøgelser, planer, projekter og enhver form for rådgivning og teknisk og uddannelsesmæssig bistand på land- og skovbrugsområdet, vedrørende udviklingen af landdistrikterne, beskyttelse og bevarelse af det naturlige miljø, akvakultur og fiskeri, såvel som på området for anvendelse og forvaltning af naturressourcer

c) landbrugs-, kvægavls- og skovbrugsvirksomhed, akvakultur samt salg af produkter, der er fremstillet heraf, administration og forvaltning af landbrug, bjergområder, landbrugs-, skovbrugs- og miljøbeskyttelsescentre, samt forvaltning af områder og naturressourcer

d) fremme af, udvikling og tilpasning af nye teknikker, nyt landbrugs-, skovbrugs-, miljø-, akva- eller fiskeriudstyr og -systemer, naturbeskyttelse samt systemer, der tilsigter en fornuftig brug af naturressourcerne

e) fremstilling og salg af løsøre af samme karakter

f) forebyggelse og bekæmpelse af katastrofer og plante- og dyresygdomme, skovbrande samt udførelse af arbejder og opgaver vedrørende teknisk bistand af hastende karakter

g) finansiering af opførelse eller udnyttelse af landbrugs- og miljøinfrastruktur samt faciliteter for landbefolkningen og stiftelse af selskaber og deltagelse i selskaber, som allerede er stiftet, og som har forbindelse med selskabets formål.

h) udførelse — efter anmodning fra tredjemand — af handlinger, arbejder, teknisk bistand, rådgivning og levering af tjenesteydelser på landbrugs-, land-, skov- samt miljøområdet, såvel inden for landet som i udlandet, enten direkte eller gennem sine datterselskaber.

4. Som forvaltningens eget organ og tekniske tjeneste har Tragsa til opgave, på eksklusivt grundlag, selv eller gennem sine datterselskaber, at udføre de arbejder, som overdrages det af den almindelige statslige forvaltning, de selvstyrende regioner og de offentlige organer, som henhører under disse, på områder, som er omfattet af selskabets formål, især nødsituationer, eller som er pålagt på grund af erklærede nødsituationer.

[...]

5. Hverken Tragsa eller dets datterselskaber kan deltage i procedurer for tildeling af kontrakter gennemført af offentlige myndigheder, og hvori disse udgør midlet. Hvis der imidlertid ikke er nogen bydende, kan det overlades til Tragsa at gennemføre den handling, som er genstand for den offentlige udbudsprocedure.

6. Prisen for bygninger, arbejder, projekter, undersøgelser og leveringer udført gennem Tragsa bestemmes ved på de udførte delleveringer at anvende de tilsvarende takster, som skal fastsættes af den kompetente myndighed. De nævnte takster beregnes således, at de afspejler de reelle omkostninger ved gennemførelsen, og anvendelsen af taksterne på udførte delleveringer anses for bevis for investeringen eller de leverede tjenesteydelser.

7. De arbejds-, leverings-, rådgivnings-, bistands- samt tjenesteydelseskontrakter, som Tragsa og dets datterselskaber indgår med tredjemænd, er fortsat omfattet af [lov nr. 13/1995] for så vidt angår offentliggørelse, udbudsprocedurer og fremgangsmåderne herfor, på betingelse af at aftalebeløbet er lig med eller højere end de beløb, der er fastsat i lovens artikel 135, stk. 1, artikel 177, stk. 2, og artikel 203, stk. 2.«

11 Det kongelige dekret nr. 371/1999 af 5. marts 1999 om den retlige ordning for Tragsa (BOE nr. 64 af 16.3.1999, s. 10605) indeholder den retlige, økonomiske og administrative ordning vedrørende dette selskab og dets datterselskabers forbindelser med de offentlige forvaltninger for så vidt angår lovmæssig forvaltning inden eller uden for landets grænser, som operationelt organ og teknisk tjeneste for disse forvaltninger.

12 Ifølge artikel 2 i kongeligt dekret nr. 371/1999 ejes hele kapitalen i Tragsa af offentlige retssubjekter.

13 Dekretets artikel 3, med overskriften »Retlig ordning«, har følgende ordlyd:

»1. Tragsa og dets datterselskaber er et særligt operationelt organ og teknisk tjeneste for den almindelige statslige forvaltning samt forvaltningerne i alle de pågældende selvstyrende regioner.

De forskellige afdelinger eller ministerier i de ovennævnte offentlige forvaltninger i de selvstyrende regioner og de organer, som henhører under disse, samt de organer af enhver art, som er forbundet med dem med henblik på at gennemføre deres beredskabsplaner, er berettiget til at pålægge Tragsa eller dets datterselskaber arbejder og aktiviteter, som er nødvendige inden for rammerne af deres beføjelser og opgaver, samt arbejder og supplerende aktiviteter i overensstemmelse med den ordning, som er indført ved dette kongelige dekret.

2. Tragsa og dets datterselskaber er forpligtet til at udføre de arbejder og aktiviteter, som overdrages dem af forvaltningen. Denne forpligtelse omfatter udelukkende de forespørgsler, som forvaltningen retter til dem som særligt operationelt organ og teknisk tjeneste inden for de områder, som er omfattet af selskabernes formål.

3. De hasteforanstaltninger, som træffes i forbindelse med naturkatastrofer og lignende ulykker af enhver art, og som overdrages Tragsa og dets datterselskaber af den kompetente forvaltning, skal anvendes og har forrang.

Offentlige myndigheder kan i de nødsituationer, hvor de skal handle omgående, direkte benytte Tragsa og dets datterselskaber, og pålægge dem de nødvendige indgreb med henblik på at beskytte personer og goder så effektivt som muligt og opretholde tjenester.

Tragsa og dets datterselskaber vil med henblik herpå blive integreret i de eksisterende bestemmelser om risikoforebyggelse og beredskabsplaner, og de vil være omfattet af gennemførelsesprotokollerne. De vil i disse situationer efter anmodning mobilisere alle de midler, der er til rådighed.

4. De offentlige forvaltninger kan i forbindelse med deres samarbejdsforbindelser med andre offentligretlige forvaltninger eller organer tilbyde Tragsa og dets datterselskabers — der anses for at være deres særlige operationelle organ og tekniske tjeneste — tjenester med henblik på, at de andre forvaltninger eller offentligretlige organer gør brug af dem som deres eget operationelle organ [...].

5. [...] Organisations-, tilsyns-, og kontrolfunktionerne vedrørende Tragsa og dets datterselskaber udøves af landbrugs-, fiskeri- og fødevareministeriet samt miljøministeriet.

6. Tragsa og dets datterselskabers forbindelser — som særligt operationelt organ og teknisk tjeneste — til de offentlige myndigheder er af instrumental og ikke kontraktmæssig karakter. Selskaberne har derfor i alle henseender en intern karakter kendetegnet ved afhængighed og underordning.«

14 Artikel 4 i kongeligt dekret nr. 371/1999, med overskriften »Økonomisk ordning«, har følgende ordlyd:

»1. I overensstemmelse med artikel 3 i dette kongelige dekret kan Tragsa og dets datterselskaber som modydelse for arbejder, teknisk bistand, rådgivning, leveringer og levering af de tjenesteydelser, som er overdraget dem, opkræve et beløb, der svarer til de udgifter, som selskaberne har afholdt, ved at anvende et takstsystem, som er fastsat i nærværende artikel [...]

2. Taksterne beregnes og anvendes ved delleveringer, således at de afspejler de reelle og samlede omkostninger ved udførelsen heraf, hvad enten de er direkte eller indirekte.

[...]

7. De nye takster, ændringer af eksisterende takster, samt fremgangsmåder, ordninger og revisionsformularer fastsættes af de enkelte offentlige myndigheder, hvoraf Tragsa og dets datterselskaber udgør deres særlige operationelle organ og tekniske tjeneste.

[...]«

15 Det er endelig i artikel 5 i kongeligt dekret nr. 371/1999, med overskriften »Administrativ interventionsordning«, fastsat, at:

»1. Der skal for obligatoriske opgaver, som pålægges Tragsa og dets datterselskaber, henholdsvis udarbejdes projekter, redegørelser eller andre tekniske dokumenter [...]

2. De kompetente organer skal godkende disse dokumenter og følge de obligatoriske procedurer samt de tekniske, juridiske, budgetmæssige, kontrolmæssige og godkendelsesmæssige krav vedrørende udgiften, inden forespørgslen defineres.

3. Forespørgsler vedrørende alle obligatoriske opgaver skal formelt meddeles Tragsa eller dets datterselskaber af forvaltningen ved hjælp af en anmodning, der ud over relevante oplysninger skal angive den pågældende forvaltning, fristen for gennemførelse, prisen, den tilsvarende post på budgettet samt i givet fald de årlige trancher, hvorunder finansieringen finder sted, og det tilsvarende beløb, som henhører derunder, og navnet på den direktør, der er blevet udpeget til at gennemføre det pågældende indgreb. [...]

[...]«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

16 Omstændighederne i hovedsagen, således som de fremgår af forelæggelsesafgørelsen, kan sammenfattes således.

17 Den 23. februar 1996 indgav Asemfo en klage mod Tragsa for at få fastslået, at Tragsa misbrugte sin dominerende stilling på det spanske marked for bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og projekter inden for skovvæsenet, fordi de udbudsprocedurer, der er fastsat i lov nr. 13/1995, ikke blev fulgt. Ifølge den nævnte sammenslutning tillader Tragsas særlige status, at det kan udføre en lang række forskellige arbejder på direkte forespørgsel fra forvaltningen, i strid med principperne om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler og den frie konkurrence, hvilket medfører, at enhver konkurrence udelukkes på det spanske marked. Tragsa vil — som en offentlig virksomhed i fællesskabsrettens forstand — ikke, under

foregivende af, at der er tale om teknisk tjeneste for forvaltningen, kunne gives særbehandling i forhold til reglerne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler.

18 Ved afgørelse af 16. oktober 1997 afviste den kompetente myndighed klagen med den begrundelse, at Tragsa er et særligt instrument for forvaltningen, som ikke selv har beslutningsbeføjelser, og som er forpligtet til at udføre de tildelte arbejder. Da dette selskab ikke har nogen forbindelse til markedet, kan dets virksomhed derfor ikke være omfattet af konkurrencereglerne.

19 Denne afgørelse blev af Asemfo indbragt for Tribunal de Defensa de la Competencia. Denne instans forkastede ved afgørelse af 30. marts 1998 søgsmålet med den begrundelse, at de aktiviteter, som Tragsa udførte, blev udført af disse myndigheder selv, og at der kun i tilfælde af, at dette selskab optrådte selvstændigt, kunne være tale om en tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

20 Denne afgørelse indbragte Asemfo for Audiencia Nacional, som ved dom af 26. september 2001 stadfæstede den afgørelse, der var truffet i første instans.

21 Asemfo iværksatte kassationsappel til prøvelse af denne dom ved Tribunal Supremo og gjorde gældende, at Tragsa i sin egenskab af offentlig virksomhed ikke kan betragtes som forvaltningens særlige operationelle tjeneste, som reglerne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler ikke finder anvendelse på, og at den retlige ordning, der gælder for dette selskab, som den navnlig er fastsat i artikel 88 i lov nr. 66/97, ikke er forenelig med fællesskabsretten.

22 Efter at have fastslået, at Tragsa udgør et instrument, som forvaltningen råder over, og at selskabet er begrænset til at udføre de arbejder, som forvaltningen pålægger det, og hverken har beføjelse til at afvise at udføre dem eller til at fastsætte priser i forbindelse med dets virksomhed, var Tribunal Supremo i tvivl med hensyn til, om den retlige ordning for Tragsa var forenelig med Fællesskabets retsorden, når henses til Domstolens retspraksis vedrørende anvendelsen af disse bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter og af reglerne om den frie konkurrence på offentlige virksomheder.

23 Den forelæggende ret har endvidere under henvisning til, at Domstolen i dom af 8. maj 2003, Spanien mod Kommissionen (sag C-349/97, Sml. I, s. 3851), vedrørende Tragsa fastslog, at dette selskab må betragtes som et instrument, hvorigennem administrationen selv handler direkte, præciseret, at der i den sag, der verserer for den, er faktiske omstændigheder, der ikke blev behandlet i den nævnte dom, som f.eks., at den offentlige virksomhed deltager på markedet for bygge- og anlægsarbejder inden for landbruget i en så udpræget grad, at det kan fremkalde en væsentlig forstyrrelse af markedet, uanset at den nævnte offentlige virksomheds aktiviteter formelt er uden for markedet, i det omfang det ud fra et juridisk synspunkt er forvaltningen selv, der handler.

24 Tribunal Supremo har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det efter bestemmelserne i artikel 86, stk. 1, EF lovligt, at en medlemsstat i Den Europæiske Union ved lov tildeler en offentlig virksomhed en retsstilling, der gør det muligt for virksomheden at udføre offentlige arbejder uden at være underkastet de almindelige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter ved hjælp af udbud, uden at der foreligger særlige omstændigheder vedrørende uopsættelighed eller almene hensyn, og hvorved værdien i nogle tilfælde er lavere, i andre tilfælde højere end den økonomiske tærskel, der fastsættes i fællesskabsdirektiverne i denne forbindelse[?]

2) Er en sådan retsstilling forenelig med bestemmelserne i direktiverne 93/36 [...] og 93/37 [...] og med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1) og med Kommissionens direktiv 2001/78/EF [af 13.9.2001 (EFT L 285, s. 1)] om ændring af tidligere direktiver, hvilket direktiv for nyligt er blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 [om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114)][?]

3) Finder bemærkningerne i dommen [...] Spanien mod Kommissionen under alle omstændigheder anvendelse på Tragsa og dettes datterselskaber, når henses til EF-Domstolens øvrige praksis vedrørende offentlige kontrakter, og når det tages i betragtning, at forvaltningen tildeler Tragsa et stort antal arbejder, der falder uden for bestemmelserne om den frie konkurrence, og at denne omstændighed kan medføre en væsentlig fordrejning af det relevante marked?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

25 Tragsa, den spanske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har bestridt, at Domstolen har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse, og har under påberåbelse af en række argumenter sat spørgsmålstegn ved, om de forelagte spørgsmål bør antages til realitetsbehandling.

26 Det bemærkes indledningsvis, at disse spørgsmål alene vedrører vurderingen af nationale foranstaltninger, og at de derfor ikke henhører under Domstolens kompetence.

27 Spørgsmålene er dernæst hypotetiske, for så vidt som de har til formål at løse problemer, som er irrelevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Selv om det eneste relevante anbringende, som Asemfo har fremført, vedrører en tilsidesættelse af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, gør en sådan tilsidesættelse alene det ikke muligt at antage, at Tragsa har misbrugt en dominerende stilling på markedet. Det lader heller ikke til, at Domstolen kan foranlediges til at fortolke direktiver vedrørende indgåelse af offentlige aftaler inden for rammerne af en national sag, som har til formål at undersøge, om dette selskab angiveligt har misbrugt en dominerende stilling på markedet.

28 Endelig bemærkes, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder nogen oplysninger om det relevante marked og Tragsas angiveligt dominerende stilling herpå. Forelæggelsesafgørelsen indeholder heller ikke nogen udførlig argumentation vedrørende spørgsmålet, om artikel 86 EF finder anvendelse, og den nævner intet vedrørende anvendelsen af denne bestemmelse, sammenholdt med artikel 82 EF.

29 Det bemærkes for det første, at Domstolen ifølge fast retspraksis ganske vist ikke under en sag i henhold til artikel 234 EF kan tage stilling til, om nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten, idet det tilkommer de nationale domstole at fortolke de nationale bestemmelser. Domstolen har derimod kompetence til at forsyne disse domstole med alle de fællesskabsretlige fortolkningselementer, som kan sætte dem i stand til at bedømme, om nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten (dom af 19.9.2006, sag C-506/04, Wilson, Sml. I, s. 8613, præmis 34 og 35 samt den deri nævnte retspraksis).

30 For det andet bemærkes, at det — ligeledes ifølge fast retspraksis — inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter i henhold til artikel 234 EF udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når spørgsmål, som er stillet af nationale retter, derfor vedrører fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse, er Domstolen principielt forpligtet til at træffe afgørelse (jf. bl.a. dom af 1.4.2004, sag C-286/02, Bellio F.lli, Sml. I, s. 3465, præmis 27, og af 14.12.2006, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Sml. I, s. 11987, præmis 16 og 17 samt den deri nævnte retspraksis).

31 Det er for det tredje ifølge fast retspraksis alene muligt at afvise en anmodning fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (dom af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax og Administración del Estado, Sml. I, s. 11125, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

32 Domstolen har også fastslået, at det for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål (dom af 9.11.2006, sag C-205/05, Nemec, Sml. I, s. 10745, præmis 25, og dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

33 I henhold til Domstolens praksis er det i denne forbindelse nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen (jf. Nemec-dommen, præmis 26, og dom af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, præmis 38).

34 Det bemærkes, at selv om Domstolen i hovedsagen ikke som sådan kan udtale sig om foreneligheden af Tragsas retlige ordning med fællesskabsretten, er der intet til hindrer for, at den forsyner den forelæggende ret med alle de fællesskabsretlige fortolkningselementer, som kan sætte den i stand til selv at bedømme, om den retlige ordning for Tragsa er forenelig med fællesskabsretten.

35 Det skal under disse betingelser undersøges, om Domstolen i lyset af den i denne doms præmis 31-33 nævnte retspraksis råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål.

36 Det bemærkes for så vidt angår det andet og tredje spørgsmål, at der i forelæggelsesafgørelsen kortfattet, men præcist redegøres for de faktiske omstændigheder i hovedsagen og de relevante nationale bestemmelser, som finder anvendelse.

37 Det fremgår således klart af denne afgørelse, at tvisten er opstået som følge af en klage indgivet af Asemfo vedrørende den retlige ordning for Tragsa, idet Tragsa ifølge sagsøgeren i hovedsagen kan udføre en lang række forskellige arbejder på direkte forespørgsel fra forvaltningen, uden at udbudsreglerne i direktiverne om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler overholdes. Asemfo har i denne sag også gjort gældende, at Tragsa, som er en offentlig virksomhed, ikke, under foregivende af, at der er tale om en teknisk tjeneste for forvaltningen, kan gives særbehandling i forhold til reglerne om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler.

38 Der redegøres endvidere i forelæggelsesafgørelsen i forbindelse med det andet og tredje spørgsmål, og under henvisning til Domstolens retspraksis, dels for grundene til, at den forelæggende ret ønsker en fortolkning af direktiverne om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler, dels for forbindelsen mellem de relevante fællesskabsbestemmelser og de nationale regler, der finder anvendelse på området.

39 For så vidt angår det første spørgsmål, som vedrører problemet, om artikel 86, stk. 1, EF er til hinder for den retlige ordning for Tragsa, bemærkes, at medlemsstaterne ifølge denne artikel for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med EF-traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 12 EF og 81 EF — 89 EF nævnte.

40 Det fremgår af den klare ordlyd i artikel 86, stk. 1, EF, at bestemmelsen ikke har en selvstændig rækkevidde, således at den skal sammenholdes med relevante bestemmelser i traktaten.

41 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den for den forelæggende ret relevante bestemmelse er artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.

42 Det bemærkes i denne henseende, at der ikke i forelæggelsesafgørelsen foreligger nogen præcis angivelse vedrørende tilstedeværelsen af en dominerende stilling, Tragsas misbrug heraf eller indvirkningen af en sådan stilling på handelen mellem medlemsstaterne.

43 Det fremgår endvidere, at den forelæggende ret med det første spørgsmål i det væsentlige sigter til de arbejder, der kan kvalificeres som offentlige aftaler, et forhold, som Domstolen under alle omstændigheder opfordres til at udtale sig om i forbindelse med det andet spørgsmål.

44 Det følger således af ovenstående, at Domstolen — i modsætning til, hvad der gælder for det andet og tredje spørgsmål — ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af det første spørgsmål.

45 Heraf følger, at den præjudicielle forelæggelse — selv om det første spørgsmål skal afvises — for så vidt angår de to øvrige spørgsmål skal fremmes til realitetsbehandling.

Realiteten

Det andet spørgsmål

46 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 93/36 og 93/37, som ændret ved direktiv 97/52, 2001/78 og 2004/18, er til hinder for en retlig ordning som den, som Tragsa er omfattet af, og som giver selskabet mulighed for at foretage transaktioner uden at være underkastet den ordning, som er fastsat i de nævnte direktiver.

47 Indledningsvis bemærkes, at det andet spørgsmål — uanset den forelæggende rets henvisning til direktiv 97/52, 2001/78 og 2004/18 — i betragtning af såvel sammenhængen som tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen samt arten af Tragsas virksomhed, som præciseret i artikel 88, stk. 3, i lov nr. 66/1997, skal behandles i relation til reglerne i direktiverne vedrørende indgåelse af offentlige aftaler, nemlig Rådets direktiv 92/50, 93/36 og 93/37, som er relevante for nærværende sag.

48 Det bemærkes i denne forbindelse, at ifølge de definitioner, som er fastsat i artikel 1, litra a), i de i præmis 47 ovenfor nævnte direktiver, er det en forudsætning for, at der foreligger en offentlig indkøbs- eller bygge- og anlægskontrakt, at der mellem en tjenesteyder, en leverandør eller en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som omhandlet i samme artikel 1, litra b), på den anden side skriftligt er indgået en gensidigt bebyrdende aftale.

49 Det bemærkes indledningsvis i denne sag, at Tragsa ifølge ordlyden af artikel 88, stk. 1 og 2, i lov nr. 66/1997 er et statsligt selskab, hvori de selvstyrende regioner også kan anbringe kapital. Det er i artikel 88, stk. 4, og artikel 3, stk. 1, første afsnit, i kongeligt dekret nr. 371/1999 præciseret, at Tragsa er dets særlige operationelle organ og tekniske tjeneste for den almindelige statslige forvaltning og forvaltningerne i de pågældende selvstyrende regioner.

50 Tragsa er herefter, som det fremgår af artikel 3, stk. 2-5, og artikel 4, stk. 1, 2 og 7, i kongeligt dekret nr. 371/1999, forpligtet til at udføre de ordrer, som overdrages selskabet af den almindelige statslige forvaltning, de selvstyrende regioner samt de offentlige organer, som henhører under disse, på de områder, som er omfattet af selskabets formål, og selskabet har ikke mulighed for frit at fastsætte taksterne for foranstaltningerne.

51 Det fremgår endelig af artikel 3, stk. 6, i det kongelige dekret, at Tragsas forbindelser med de nævnte offentlige myndigheder — for så vidt som dette selskab er et særligt operationelt organ og tekniske tjeneste for disse forvaltninger — ikke er af kontraktmæssig, men derimod i alle henseender af intern karakter, kendetegnet ved afhængighed og underordning.

52 Asemfo har gjort gældende, at den juridiske forbindelse, som følger af de bestillinger, som Tragsa modtager, i realiteten, selv om den formelt set er af ensidig karakter — som det fremgår af Domstolens praksis — er udtryk for et ubestrideligt kontraktforhold med kommanditisten. Selskabet henviser i denne forbindelse til dom af 12. juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl. (sag C-399/98, Sml. I, s. 5409). Selv om Tragsa under disse omstændigheder synes at handle på de offentlige myndigheders bestilling, er selskabet i realiteten forvaltningens medkontrahent, således at reglerne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler skal anvendes.

53 Det bemærkes i denne forbindelse, at Domstolen i præmis 205 i den ovennævnte dom i sagen Spanien mod Kommissionen, i en sammenhæng, som adskiller sig fra hovedsagen, fastslog, at Tragsa, der er et instrument og en teknisk tjeneste for den spanske forvaltning, har til opgave, på eksklusivt grundlag, selv eller gennem sine datterselskaber, at udføre de arbejder, som overdrages det af den almindelige statslige forvaltning, de selvstyrende regioner og de offentlige organer, som henhører under disse.

54 Det bemærkes, at selv om Tragsa ikke har nogen frihed med hensyn til, hvad der skal ske med hverken en bestilling fra de pågældende kompetente myndigheder eller den takst, som skal anvendes for dets ydelser, hvilket forhold det påhviler den forelæggende ret at undersøge, er betingelsen for at anvende de pågældende direktiver vedrørende tilstedeværelsen af en kontrakt ikke opfyldt.

55 Det bemærkes under alle omstændigheder, at offentligt udbud i overensstemmelse med direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler ifølge Domstolens faste praksis ikke er obligatorisk, selv om medkontrahenten er en i forhold til den ordregivende myndighed juridisk særskilt enhed, når to betingelser er opfyldt. Dels skal den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, udøve en kontrol med den pågældende særskilte enhed, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, dels skal denne enhed udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som den ejes af (jf. dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38, af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 34, og af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 33).

56 Det skal derfor undersøges, om de to betingelser, der i henhold til den retspraksis, som er nævnt i den foregående præmis, kræves, er opfyldt i relation til Tragsa.

57 Med hensyn til den første betingelse vedrørende den offentlige myndigheds kontrol følger det af Domstolens praksis, at den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, i princippet tyder på, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene (dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 37).

58 Det fremgår af hovedsagens akter — med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse — at 99% af Tragsas kapital ejes af den spanske stat og af et

holdingselskab og en garantifond samt fire selvstyrende regioner, som hver besidder 1% af denne kapital.

59 I denne forbindelse kan påstanden om, at den nævnte betingelse kun kan være opfyldt for aftaler, som gennemføres på den spanske stats bestilling, hvormed de aftaler, som har været genstand for en bestilling fra de selvstyrende regioner, i forhold til hvilke Tragsa må anses for en tredjemand, udelukkes, ikke lægges til grund.

60 Det fremgår således af artikel 88, stk. 4, i lov nr. 66/1997 og artikel 3, stk. 2-6, og artikel 4, stk. 1-7, i kongeligt dekret nr. 371/1999, at Tragsa er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages selskabet af de offentlige myndigheder, herunder de selvstyrende regioner. Det synes også at fremgå af denne nationale lovgivning, at Tragsa ligesom den spanske stat i forbindelse med sine aktiviteter med de selvstyrende regioner i sin egenskab af eget operationelt organ og teknisk tjeneste ikke har mulighed for frit at fastsætte takster for selskabets foranstaltninger, og at dets forbindelse til de nævnte regioner ikke er af kontraktmæssig karakter.

61 Det fremgår således, at Tragsa ikke kan anses for en tredjemand i forhold til de selvstyrende regioner, som ejer en del af dets kapital.

62 For så vidt angår den anden betingelse vedrørende den omstændighed, at Tragsa skal udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som det ejes af, følger det af retspraksis, at såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hoved-

parten af sin virksomhed, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder (dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 70).

63 Som det fremgår af akterne i hovedsagen, udfører Tragsa gennemsnitligt mere end 55% af sin virksomhed med de selvstyrende regioner og ca. 35% heraf med staten. Det fremgår således, at hovedparten af selskabets virksomhed udføres sammen med de selvstyrende regioner og de offentlige organer, som ejer det.

64 Under disse omstændigheder — med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse — skal det fastslås, at de to betingelser, der i fastsat i den retspraksis, som er nævnt i denne doms præmis 55, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

65 Det følger af samtlige ovenfor nævnte betragtninger, at det andet spørgsmål skal besvares med, at direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 ikke er til hinder for en retlig ordning som den, Tragsa er omfattet af, som giver selskabet mulighed for som offentlig virksomhed i sin egenskab af særligt operationelt organ og teknisk tjeneste for flere offentlige myndigheder at foretage transaktioner uden at være underkastet den ordning, som er fastsat ved de nævnte direktiver, for så vidt som de pågældende offentlige myndigheder dels udøver en kontrol med den pågældende virksomhed, der svarer til den, som de fører med deres egne tjenestegrene, og for så vidt som en sådan virksomhed dels udfører hovedparten af sin virksomhed med de samme myndigheder.

Det tredje spørgsmål

66 Under hensyn til besvarelsen af den forelæggende rets andet spørgsmål er det ufornødent besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

67 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for en retlig ordning som den, Tragsa er omfattet af, som giver selskabet mulighed for som offentlig virksomhed i sin egenskab af særligt operationelt organ og teknisk tjeneste for flere offentlige myndigheder at foretage transaktioner uden at være underkastet den ordning, som er fastsat ved de nævnte direktiver, for så vidt som de pågældende offentlige myndigheder dels udøver en kontrol med den pågældende virksomhed, der svarer til den, som de fører med deres egne tjenestegrene, og for så vidt som en sådan virksomhed dels udfører hovedparten af sin virksomhed med de samme myndigheder.

Underskrifter