ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

19 april 2007 *

In zaak C-295/05,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunal Supremo (Spanje) bij beslissing van 1 april 2005, ingekomen bij het Hof op 21 juli 2005, in de procedure

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)

tegen

Transformación Agraria SA (Tragsa),

Administración del Estado,

* Procestaal: Spaans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, R. Schintgen, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (rapporteur) en L. Bay Larsen, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 juni 2006,

gelet op de opmerkingen van:

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

— Transformación Agraria SA (Tragsa), vertegenwoordigd door S. Ortiz Vaamonde en I. Pereña Pinedo, abogados,

— de Spaanse regering, vertegenwoordigd door F. Díez Moreno als gemachtigde,

— de Litouwse regering, vertegenwoordigd door D. Kriaučiūnas als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door X. Lewis en F. Castillo de la Torre als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 september 2006,

het navolgende

Arrest

1 Het prejudiciële verzoek betreft de vraag of, gelet op artikel 86, lid 1, EG, een lidstaat voor een openbare onderneming een regeling mag instellen op grond waarvan deze laatste werken kan uitvoeren zonder te worden onderworpen aan de richtlijnen

92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 1999, blz. 1) en 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), en of deze richtlijnen aan een dergelijke regeling in de weg staan.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Asociación Nacional de Empresas Forestales (hierna: „Asemfo") en de Administración del Estado betreffende een klacht tegen de voor Transformación Agraria SA (hierna: „Tragsa") geldende regeling.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3 Artikel 1 van richtlijn 92/50 bepaalde:

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder *‚overheidsopdrachten voor dienstverlening'* verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds [...]

[...]

b) worden als *‚aanbestedende diensten'* beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]"

4 In artikel 1, van richtlijn 93/36 werd bepaald:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚overheidsopdrachten voor leveringen': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de onder b omschreven aanbestedende diensten, anderzijds. De levering van de producten kan ook de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatten;

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]"

5 Artikel 1 van richtlijn 93/37 luidde als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een onder b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of onder c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

[...]"

Nationale regeling

Wetgeving inzake overheidsopdrachten

6 Artikel 152 van wet 13/1995 van 18 mei 1995 inzake de door overheidsbesturen toegewezen opdrachten (BOE nr. 119 van 19 mei 1995, blz. 14601), zoals gecodificeerd bij koninklijk wetgevend decreet 2/2000 van 16 juni 2000 (BOE nr. 148 van 21 juni 2000, blz. 21775; hierna: „wet 13/1995"), bepaalt:

„1. Het bestuur kan werken uitvoeren met gebruikmaking van zijn eigen diensten en zijn eigen personele of materiële middelen, dan wel in samenwerking met particuliere ondernemers, in het laatste geval op voorwaarde dat het bedrag van de werkzaamheden lager is dan [...], wanneer zich een van de volgende omstandigheden voordoet:

a) Het bestuur heeft de beschikking over fabrieken, voorraden, werkplaatsen, technische of industriële diensten die geschikt zijn voor de verwezenlijking van de geplande werken, in welk geval in de regel gebruik dient te worden gemaakt van deze middelen."

7 Artikel 194 van wet 13/1995 bepaalt:

„1. Het bestuur kan roerende goederen vervaardigen met gebruikmaking van zijn eigen diensten en zijn personele en materiële middelen, dan wel in samenwerking met particuliere ondernemers, in het laatste geval op voorwaarde dat het bedrag van de werkzaamheden lager is dan de maxima die in artikel 177, lid 2, zijn vastgesteld, wanneer een van de volgende omstandigheden zich voordoet:

a) Het bestuur heeft de beschikking over fabrieken, voorraden, werkplaatsen, technische of industriële diensten die geschikt zijn voor de verwezenlijking van de geplande werken, in welk geval in de regel gebruik dient te worden gemaakt van deze middelen."

Regeling voor Tragsa

8 De oprichting van Tragsa is goedgekeurd bij artikel 1 van koninklijk decreet 379/1977 van 21 januari 1977 (BOE nr. 65 van 17 maart 1977, blz. 6202).

9 De bij dit koninklijk decreet in het leven geroepen regeling voor Tragsa is herhaaldelijk gewijzigd, tot de vaststelling van wet 66/1997 van 30 december 1997, houdende fiscale, administratieve en sociale maatregelen (BOE nr. 313 van 31 december 1997, blz. 38589), zoals gewijzigd bij wetten 53/2002 van 30 december 2002 (BOE nr. 313 van 31 december 2002, blz. 46086) en 62/2003 van 30 december 2003 (BOE nr. 313 van 31 december 2003, blz. 46874; hierna: „wet 66/1997").

10 Artikel 88 van wet 66/1997, getiteld „Rechtsregeling", luidt als volgt:

„1. [Tragsa] is een overheidsvennootschap [...] die, overeenkomstig de bepalingen van deze wet, essentiële diensten op het gebied van plattelandsontwikkeling en instandhouding van het milieu verricht.

2. De autonome regio's kunnen deelnemen in het maatschappelijk kapitaal van Tragsa, door het verwerven van aandelen, die slechts kunnen worden vervreemd na goedkeuring door het ministerie van Economie en Financiën, op voorstel van het ministerie van Landbouw, Visserij en Voeding en het ministerie van Milieu.

3. Tragsa heeft ten doel:

a) het verrichten van allerlei soorten handelingen, werkzaamheden en diensten op het gebied van landbouw, veehouderij, bosbouw, plattelandsontwikkeling,

instandhouding en bescherming van de omgeving en het natuurlijke milieu, visteelt en visvangst, alsmede het verrichten van handelingen die noodzakelijk zijn ter verbetering van het gebruik en het beheer van de natuurlijke hulpbronnen, inzonderheid het uitvoeren van werken ter instandhouding en verrijking van het Spaanse historische erfgoed in de plattelandsomgeving [...]

b) het uitwerken van studies, plannen, projecten en allerlei soorten adviesverlening, technische bijstand en scholing op het gebied van landbouw, bosbouw, plattelandsontwikkeling, bescherming en verbetering van het milieu, visteelt en visvangst, instandhouding van de natuur, alsmede op het gebied van het gebruik en het beheer van de natuurlijke hulpbronnen;

c) het bedrijven van landbouw, veeteelt, bosbouw, visteelt, en het verhandelen van de daaruit verkregen producten, het beheren van landbouwbedrijven, begroeide bergflanken, centra voor landbouw, bosbouw, milieu en natuurbescherming, alsmede het beheren van natuurlijke ruimten en hulpbronnen;

d) het bevorderen, ontwikkelen en aanpassen van nieuwe technieken, van nieuwe voorzieningen en systemen op het gebied van landbouw, bosbouw, milieu, visteelt, visvangst en natuurbescherming, en van systemen die een duurzaam gebruik van de natuurlijke hulpbronnen beogen;

e) het vervaardigen en verhandelen van roerende goederen van dezelfde aard;

f) het voorkomen en bestrijden van calamiteiten, planten- en dierenziekten en bosbranden, alsmede het verrichten van urgente, technisch ondersteunende werkzaamheden en taken;

g) het financieren van de bouw en het exploiteren van landbouw- en milieu-infrastructuren en van voorzieningen voor de plattelandsbevolking, alsmede het oprichten van vennootschappen en het deelnemen in reeds opgerichte vennootschappen waarvan de doelstellingen verband houden met het maatschappelijk doel van de onderneming;

h) het op verzoek van derden uitvoeren van handelingen en werkzaamheden, het geven van technische bijstand en adviezen en het verrichten van diensten op het gebied van het platteland, de land- en bosbouw en het milieu, binnen en buiten het nationale grondgebied, rechtstreeks of via haar dochterondernemingen.

4. Als instrumenteel middel en technische dienst van het bestuur is Tragsa gehouden, zelf of via haar dochterondernemingen, uitsluitend de werkzaamheden uit te voeren die haar door de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen worden toegewezen op de gebieden die verband houden met haar maatschappelijk doel en, inzonderheid, die welke urgent zijn of die haar in noodsituaties worden opgedragen.

[...]

5. Tragsa en haar dochterondernemingen mogen niet deelnemen aan procedures voor de gunning van opdrachten die zijn ingesteld door de overheidsinstanties waarvan zij het instrument vormen. Niettemin kan bij het ontbreken van andere inschrijvers Tragsa worden belast met het verrichten van de werkzaamheid waarvoor de openbare aanbestedingsprocedure is ingesteld.

6. Het bedrag van de via Tragsa uitgevoerde werkzaamheden, projecten, studies en leveranties wordt bepaald door toepassing op de uitgevoerde onderdelen van de door de bevoegde instantie vast te stellen overeenkomstige tarieven. Deze tarieven worden zodanig berekend dat zij een afspiegeling vormen van de reële uitvoeringskosten. De toepassing ervan op de uitgevoerde onderdelen dient als bewijs voor de investering of de verrichte diensten.

7. De overeenkomsten inzake werken, leveranties, bijstand, adviezen en diensten die Tragsa en haar dochterondernemingen afsluiten met derden blijven onderworpen aan de bepalingen van [wet 13/1995] inzake bekendmaking, aanbestedingsprocedures en -vormen, mits het bedrag van de opdrachten gelijk is aan of hoger dan de bedragen die zijn vastgesteld in de artikelen 135, lid 1, 177, lid 2, en 203, lid 2, van [deze wet]."

11 Koninklijk decreet 371/1999 van 5 maart 1999 tot vaststelling van een regeling voor Tragsa (BOE nr. 64 van 16 maart 1999, blz. 10605; hierna: „koninklijk decreet 371/1999") preciseert de juridische, economische en bestuurlijke regeling waaraan deze vennootschap en haar dochterondernemingen in hun hoedanigheid van instrumenteel middel en technische dienst van de overheidsbesturen in hun betrekkingen met deze besturen zijn onderworpen in het kader van het bestuurlijk handelen van deze laatste binnen of buiten het nationale grondgebied.

12 Volgens artikel 2 van koninklijk decreet 371/1999 is het maatschappelijk kapitaal van Tragsa geheel in handen van publiekrechtelijke personen.

13 Artikel 3 van voornoemd koninklijk decreet, getiteld „Rechtsregeling", bepaalt:

„1. Tragsa en haar dochterondernemingen zijn een instrumenteel middel en een technische dienst van de centrale overheid en van de overheden van elk van de betrokken autonome regio's.

De verschillende departementen of ministeries van de voornoemde overheden, de daarvan afhankelijke overheidsorganen en de lichamen, van welke aard ook, die met hen zijn verbonden met het oog op de uitvoering van de door hen geplande maatregelen, kunnen overeenkomstig de in dit koninklijk decreet vastgestelde regeling Tragsa of haar dochterondernemingen opdragen om de voor de uitoefening van hun bevoegdheden en taken noodzakelijke werkzaamheden en activiteiten alsmede aanvullende of ondersteunende werkzaamheden te verrichten.

2. Tragsa en haar dochterondernemingen zijn verplicht, de hun door het bestuur opgedragen werkzaamheden en activiteiten te verrichten. Deze verplichting betreft uitsluitend de opdrachten die hun in hun hoedanigheid van instrumenteel middel en technische dienst worden verleend op de gebieden die vallen onder het maatschappelijk doel van Tragsa.

3. Dringende acties waartoe wordt besloten naar aanleiding van rampen of calamiteiten, van welke aard ook, en die door de bevoegde instantie aan Tragsa en haar dochterondernemingen worden opgelegd, hebben voor hen niet alleen een verplicht, maar ook een prioritair karakter.

In urgente situaties, waarin de overheidsinstanties onmiddellijk dienen op te treden, kunnen deze instanties rechtstreeks over Tragsa en haar dochterondernemingen beschikken en hun opdragen de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn ter verzekering van een zo effectief mogelijke bescherming van personen en goederen, alsmede voor het handhaven van de dienstverlening.

Daartoe worden Tragsa en haar dochterondernemingen in de bestaande regelingen voor risicopreventie alsmede in de actieplannen geïntegreerd en aan de toepassingsprotocollen onderworpen. In dit soort situaties dienen zij desgevraagd alle middelen in te zetten waarover zij beschikken.

4. In het kader van hun medewerkings- of samenwerkingsverbanden met andere besturen of publiekrechtelijke lichamen kunnen de overheidsbesturen de diensten van Tragsa en haar dochterondernemingen als instrumenteel middel aanbieden aan deze andere besturen of publiekrechtelijke lichamen om deze laatste de mogelijkheid te bieden hen als zodanig in te zetten [...]

5. [...] de organisatorische, toezichthoudende en controlerende taken met betrekking tot Tragsa en haar dochterondernemingen worden uitgevoerd door het ministerie van Landbouw, Visserij en Voeding en door het ministerie van Milieu.

6. De betrekkingen die Tragsa en haar dochterondernemingen als eigen middel en technische dienst met de overheidsinstanties onderhouden, zijn van instrumentele en niet van contractuele aard. Bijgevolg gaat het in alle opzichten om een interne, afhankelijke en ondergeschikte relatie."

14 Artikel 4 van koninklijk decreet 371/1999, getiteld „Economische regeling", luidt als volgt:

„1. Overeenkomstig artikel 3 van dit koninklijk decreet ontvangen Tragsa en haar dochterondernemingen als tegenprestatie voor de van hen verlangde werkzaamheden, technische bijstand, adviezen, leveranties en dienstverrichtingen een bedrag overeenkomend met de door hen gemaakte kosten, met toepassing van het in dit artikel bedoelde tarievenstelsel [...]

2. De tarieven worden berekend en toegepast per uitgevoerd onderdeel en op een dusdanige wijze dat zij een afspiegeling vormen van de werkelijke en totale, directe of indirecte, kosten van de verwezenlijking van dit onderdeel.

[...]

7. Nieuwe tarieven, wijzigingen van de bestaande tarieven, alsmede de procedures, mechanismen en formules voor de herziening worden vastgesteld door elke overheidsinstantie waarvan Tragsa en haar dochterondernemingen het instrument en de technische dienst vormen.

[...]"

15 Ten slotte bepaalt artikel 5 van koninklijk decreet 371/1999, getiteld „Bestuurlijke regeling voor opdrachten":

„1. De verplichte opdrachten die aan Tragsa of aan haar dochterondernemingen worden verleend, worden, afhankelijk van het geval, vastgesteld in projecten, memories of andere, technische documenten [...]

2. Alvorens de opdracht te omschrijven, keuren de bevoegde organen deze documenten goed en verrichten zij de voorgeschreven technische, juridische, budgettaire en controleformaliteiten en de formaliteiten inzake de goedkeuring van de uitgave.

3. Elke verplichte opdracht wordt formeel door het bestuur aan Tragsa of haar dochterondernemingen meegedeeld; zij bevat, naast feitelijke informatie, de naam van de instantie, de uitvoeringstermijn en het bedrag van de opdracht, de desbetreffende begrotingspost en, in voorkomend geval, de begrotingsjaren waarin de financiering plaatsvindt en de respectieve bedragen, alsmede de directeur die is aangewezen voor de uit te voeren opdracht.

[...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

16 De feiten, zoals die uit de verwijzingsbeslissing blijken, kunnen als volgt worden samengevat.

17 Op 23 februari 1996 heeft Asemfo een klacht ingediend tegen Tragsa teneinde te doen vaststellen dat laatstgenoemde misbruik maakt van haar machtspositie op de Spaanse markt van werken, diensten en projecten op het gebied van de bosbouw, door niet de bij wet 13/1995 vastgestelde aanbestedingsprocedures in acht te nemen. Volgens Asemfo stelt de bijzondere regeling die voor Tragsa geldt deze onderneming in staat om een groot aantal werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van het bestuur uit te voeren, waardoor inbreuk wordt gemaakt op de beginselen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en de vrije mededinging, hetgeen alle mededinging op de Spaanse markt uitsluit. Aangezien Tragsa een openbare onderneming is in de zin van het gemeenschapsrecht, mag zij geen geprivilegieerde behandeling op het gebied van de regels inzake de plaatsing van overheidsop-

drachten krijgen onder het voorwendsel dat zij een technische dienst van het bestuur is.

18 Bij besluit van 16 oktober 1997 van de bevoegde autoriteit is voornoemde klacht afgewezen op grond dat Tragsa een eigen dienst van het bestuur is zonder zelfstandige beslissingsbevoegdheid en verplicht is om de haar opgedragen werkzaamheden uit te voeren. Aangezien deze onderneming buiten de markt om opereert, valt haar activiteit niet onder het mededingingsrecht.

19 Asemfo heeft tegen dit afwijzende besluit beroep ingesteld bij het Tribunal de Defensa de la Competencia. Bij vonnis van 30 maart 1998 heeft deze rechterlijke instantie dit beroep verworpen op grond dat de door Tragsa uitgevoerde werken door het bestuur zelf worden uitgevoerd, en er derhalve enkel sprake zou zijn van een schending van het mededingingsrecht indien deze onderneming zelfstandig zou handelen.

20 Asemfo is tegen dit vonnis opgekomen bij de Audiencia Nacional, die het vonnis van eerste aanleg bij arrest van 26 september 2001 heeft bekrachtigd.

21 Asemfo heeft tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld bij het Tribunal Supremo, stellende dat Tragsa als openbare onderneming niet kan worden aangemerkt als een eigen dienst van het bestuur, die van de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten zou mogen afwijken, en dat de in artikel 88 van wet 66/1997 voor deze vennootschap vastgestelde regeling onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

22 Na te hebben vastgesteld dat Tragsa een instrument van het bestuur is en dat deze vennootschap enkel de opdrachten van de openbare instanties uitvoert, zonder deze te kunnen weigeren en zonder de prijzen van haar activiteiten te kunnen vaststellen, is bij het Tribunal Supremo twijfel gerezen over de vraag of de voor Tragsa geldende regeling, gelet op de rechtspraak van het Hof inzake de toepasselijkheid op openbare ondernemingen van de gemeenschapsbepalingen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en de vrije mededinging, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

23 Voorts preciseert de verwijzende rechter onder verwijzing naar het arrest van 8 mei 2003, Spanje/Commissie (C-349/97, Jurispr. blz. I-3851), waarin het Hof met betrekking tot Tragsa heeft geoordeeld dat deze onderneming dient te worden aangemerkt als een middel voor het bestuur om rechtstreeks op te treden, dat in de aan hem voorgelegde zaak feitelijke omstandigheden aan de orde zijn die in voornoemd arrest niet in aanmerking zijn genomen, zoals de sterke deelneming van de overheid op de markt van landbouwwerkzaamheden, die deze markt aanzienlijk verstoort, ook al treedt deze vennootschap niet rechtens op deze markt op, aangezien het vanuit juridisch oogpunt het bestuur zelf is dat handelt.

24 In deze omstandigheden heeft het Tribunal Supremo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzet artikel 86, lid 1, EG zich ertegen dat een lidstaat voor een openbare onderneming ex lege een regeling instelt op grond waarvan deze onderneming zowel beneden als boven de in de betrokken communautaire richtlijnen vastgestelde economische drempel openbare werken kan uitvoeren, zonder aan de algemene regeling voor het plaatsen van overheidsopdrachten via een openbare inschrijving te worden onderworpen, ook wanneer er geen sprake is van bijzondere spoedeisende omstandigheden of van een algemeen belang?

2) Is een dergelijke regeling verenigbaar met richtlijnen 93/36 [...] en 93/37 [...] en met richtlijnen 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 [PB L 328, blz. 1] en 2001/78[/EG] van de Commissie [van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1)] tot wijziging van genoemde richtlijnen, welke regeling onlangs is herzien bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 [betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114)]?

3) Gelden de overwegingen van [...] het arrest [...] Spanje/Commissie hoe dan ook voor Tragsa en haar dochterondernemingen, gelet op de overige rechtspraak van het Hof op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten en op het feit dat het bestuur Tragsa een groot aantal werkzaamheden opdraagt die niet zijn onderworpen aan het stelsel van vrije mededinging en deze situatie een aanmerkelijke verstoring van de betrokken markt oplevert?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

25 Tragsa, de Spaanse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen voeren verschillende argumenten aan ter betwisting van de bevoegdheid van het Hof om uitspraak te doen op het verzoek om een prejudiciële beslissing en van de ontvankelijkheid van de door de verwijzende rechter gestelde vragen.

26 Om te beginnen hebben deze vragen volgens hen enkel betrekking op de beoordeling van nationale maatregelen en vallen zij dus niet onder de bevoegdheid van het Hof.

27 Vervolgens zijn deze vragen hypothetisch, aangezien zij betrekking hebben op problemen die niet relevant zijn en niets te maken hebben met de beslechting van het hoofdgeding. Het enige relevante middel van Asemfo betreft de schending van de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten. Een dergelijke schending kan evenwel op zich niet de stelling rechtvaardigen dat Tragsa misbruik maakt van haar machtspositie op de markt. Bovendien kan het Hof er niet toe worden gebracht de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten uit te leggen in het kader van een nationale procedure die ertoe strekt na te gaan of deze onderneming een gestelde machtspositie heeft misbruikt.

28 Ten slotte bevat de verwijzingsbeslissing geen enkele informatie omtrent de relevante markt en de gestelde machtspositie van Tragsa hierop. Zij bevat evenmin een uitvoerige uiteenzetting over de toepasselijkheid van artikel 86 EG en gaat niet in op de toepassing van laatstgenoemde bepaling in samenhang met artikel 82 EG.

29 In de eerste plaats zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat het Hof in het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG weliswaar niet bevoegd is om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met bepalingen van gemeenschapsrecht, aangezien de uitlegging van nationale bepalingen een zaak is van de nationale rechter, maar dat het niettemin bevoegd is deze rechter alle gegevens over de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die hem in staat stellen te beoordelen of dergelijke bepalingen verenigbaar zijn met de gemeenschapsregeling (arrest van 19 september 2006, Wilson, C-506/04, Jurispr. blz. I-8613, punten 34 en 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 In de tweede plaats is het, eveneens volgens vaste rechtspraak, in het kader van de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties waarin artikel 234 EG voorziet, uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het aan hem voorgelegde geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de door de nationale rechters gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht uitspraak te doen (zie met name arresten van 1 april 2004, Bellio F.lli, C-286/02, Jurispr. blz. I-3465, punt 27, en 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punten 16 en 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 In de derde plaats is het vaste rechtspraak dat het Hof slechts kan weigeren een uitspraak te doen op een vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de feitelijke of juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de hem gestelde vragen (arrest van 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado, C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Verder heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, een omschrijving moet geven van het feitelijke en juridische kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd (arrest van 9 november 2006, Nemec, C-205/05, Jurispr. blz. I-10745, punt 25, en arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, reeds aangehaald, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 In dit verband is het volgens de rechtspraak van het Hof onontbeerlijk dat de nationale rechter minstens beknopt uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften verzoekt, en aangeeft welk verband hij ziet tussen deze voorschriften en de in het geding toepasselijke nationale wettelijke regeling (arrest Nemec, reeds aangehaald, punt 26, en arrest van 5 december 2006, Cipolla e.a., C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punt 38).

34 Wat het hoofdgeding betreft, staat weliswaar vast dat het Hof als zodanig geen uitspraak kan doen over de verenigbaarheid van de voor Tragsa geldende regeling met het gemeenschapsrecht, maar niets weerhoudt het Hof ervan om gegevens over de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die de verwijzende rechter in staat stellen zelf een uitspraak te doen over de verenigbaarheid van deze regeling met het gemeenschapsrecht.

35 In deze omstandigheden moet worden onderzocht of het Hof in het licht van de in de punten 31 tot en met 33 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de hem gestelde vragen.

36 Wat de tweede en de derde vraag betreft, zij erop gewezen dat de verwijzingsbeslissing een bondige, maar precieze uiteenzetting geeft van de feiten die aan het hoofdgeding ten grondslag liggen en van de relevante bepalingen van het toepasselijke nationale recht.

37 Uit deze beslissing blijkt namelijk duidelijk dat het geschil is ontstaan naar aanleiding van een door Asemfo ingediende klacht over de regeling die geldt voor Tragsa, die volgens verzoekster in het hoofdgeding rechtstreeks in opdracht van het bestuur een groot aantal werken kan uitvoeren, zonder dat de in de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten geformuleerde regels inzake bekendmaking in acht worden genomen. In het kader van het hoofdgeding betoogt Asemfo voorts dat Tragsa als openbare onderneming geen geprivilegieerde behandeling mag krijgen op het gebied van de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten onder het voorwendsel dat zij een technische dienst van het bestuur is.

38 In het kader van de tweede en de derde vraag geeft de verwijzingsbeslissing bovendien, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, uitdrukkelijk aan waarom de verwijzende rechter vragen heeft gesteld over de uitlegging van de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en wat het verband is tussen de relevante gemeenschapsregeling en de ter zake toepasselijke nationale wetgeving.

39 Met betrekking tot de eerste vraag, of artikel 86, lid 1, EG zich verzet tegen de voor Tragsa geldende regeling, zij eraan herinnerd dat volgens dit artikel de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel mogen nemen of handhaven die in strijd is met de regels van het EG-Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 EG en 81 tot en met 89 EG.

40 Uit de duidelijke bewoordingen van artikel 86, lid 1, EG blijkt dat deze bepaling geen zelfstandige betekenis heeft, in die zin dat zij dient te worden gelezen in samenhang met de relevante verdragsregels.

41 Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat de verwijzende rechter artikel 86, lid 1, EG in samenhang met artikel 82 EG als relevante bepaling voor ogen had.

42 In dit verband moet worden vastgesteld dat de verwijzingsbeslissing geen nauwkeurige aanwijzingen bevat over het bestaan van een machtpositie, het misbruik hiervan door Tragsa en de invloed van deze positie op de handel tussen de lidstaten.

43 Bovendien lijkt de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen het oog te hebben op werken die als overheidsopdrachten kunnen worden aangemerkt, waarover het Hof hoe dan ook om een uitspraak wordt verzocht in het kader van de tweede vraag.

44 Uit het voorgaande volgt derhalve, dat, anders dan bij de tweede en de derde vraag het geval is, het Hof niet beschikt over de feitelijke of juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de eerste vraag.

45 Hieruit volgt dat de eerste vraag niet-ontvankelijk is, maar dat het verzoek om een prejudiciële beslissing voor de twee andere vragen ontvankelijk moet worden verklaard.

Ten gronde

Tweede vraag

46 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de richtlijnen 93/36 en 93/37, zoals gewijzigd bij richtlijnen 97/52, 2001/78 en 2004/18, zich verzetten tegen een regeling als die welke voor Tragsa geldt, op grond waarvan zij werken kan uitvoeren zonder aan de bij deze richtlijnen voorziene regeling te worden onderworpen.

47 Allereerst zij vastgesteld dat, ondanks de verwijzingen door de verwijzende rechter naar de richtlijnen 97/52, 2001/78 en 2004/18, gelet op de context en de datum van de feiten van het hoofdgeding alsmede op de aard van de werkzaamheden van Tragsa, zoals omschreven in artikel 88, lid 3, van wet 66/1997, deze tweede vraag moet worden onderzocht in het licht van de regels van de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, te weten de in casu relevante richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37.

48 Volgens de definities in artikel 1, sub a, van de in het voorgaande punt genoemde richtlijnen vooronderstelt een overheidsopdracht voor dienstverlening, leveringen of de uitvoering van werken het bestaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen enerzijds een dienstverlener, leverancier of ondernemer en anderzijds een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van voornoemde richtlijnen.

49 In casu dient om te beginnen te worden vastgesteld dat volgens artikel 88, leden 1 en 2, van wet 66/1997 Tragsa een overheidsvennootschap is en dat ook de autonome regio's in haar maatschappelijk kapitaal kunnen deelnemen. Lid 4 van ditzelfde artikel 88 en artikel 3, lid 1, eerste alinea, van koninklijk decreet 371/1999 preciseren dat Tragsa een instrumenteel middel en een technische dienst is van de centrale overheid en van de overheden van elk van de betrokken autonome regio's.

50 Voorts is Tragsa blijkens artikel 3, leden 2 tot en met 5, en artikel 4, leden 1, 2 en 7, van koninklijk decreet 371/1999 verplicht om de opdrachten uit te voeren die haar door de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen worden toegewezen op de gebieden die verband houden met haar maatschappelijk doel, en beschikt zij niet over de mogelijkheid om vrijelijk het tarief voor haar activiteiten vast te stellen.

51 Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 6, van voornoemd koninklijk decreet dat de betrekkingen van Tragsa met deze overheidsinstanties niet van contractuele aard zijn, maar dat in alle opzichten sprake is van een interne, afhankelijke en ondergeschikte relatie, voor zover Tragsa een instrumenteel middel en een technische dienst van deze instanties vormt.

52 Asemfo betoogt dat de juridische betrekking die voortvloeit uit de opdrachten die Tragsa ontvangt, weliswaar formeel een eenzijdig karakter heeft, maar volgens de rechtspraak van het Hof in werkelijkheid een onmiskenbaar contractuele band met de opdrachtgever weerspiegelt. Zij verwijst in dit verband naar het arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a. (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409). In deze omstandigheden is Tragsa, hoewel zij in opdracht van de overheidsinstanties lijkt te handelen, in werkelijkheid een medecontractant van het bestuur, zodat de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden toegepast.

53 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof in punt 205 van het reeds aangehaalde arrest Spanje/Commissie — in een andere context dan die van het hoofdgeding — heeft geoordeeld dat Tragsa als instrumenteel middel en technische dienst van het Spaanse bestuur gehouden is, zelf of via haar dochterondernemingen, uitsluitend de werkzaamheden uit te voeren die de centrale overheid, de autonome regio's en de daarvan afhankelijke overheidsorganen haar toewijzen.

54 Indien Tragsa geen enkele vrijheid zou hebben om een door de bevoegde instanties verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, zou niet zijn voldaan aan de voorwaarde voor toepassing van de betrokken richtlijnen dat er sprake is van een overeenkomst.

55 Hoe dan ook is het vaste rechtspraak van het Hof dat een oproep tot inschrijving volgens de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens van de aanbestedende dienst is onderscheiden, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uit te oefenen zoals op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de overheidsinstantie of overheidsinstanties die dit lichaam controleren (zie arresten van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50; 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49; 13 januari 2005, Commissie/Spanje, C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 38; 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 34, en 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 33).

56 Derhalve dient te worden onderzocht of ten aanzien van Tragsa is voldaan aan de twee in het vorige punt genoemde, door de rechtspraak gestelde voorwaarden.

57 Wat de eerste voorwaarde — inzake het toezicht door het overheidsorgaan — betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, er in beginsel op lijkt te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, reeds aangehaald, punt 37).

58 Uit het dossier in het hoofdgeding kan, behoudens verificatie door de verwijzende rechter, worden afgeleid dat de Spaanse Staat zowel rechtstreeks als via een

holdingvennootschap en een garantiefonds 99 % van het maatschappelijk kapitaal van Tragsa in handen heeft en dat vier autonome regio's, die elk één aandeel bezitten, 1 % van voornoemd kapitaal in handen hebben.

59 In dit verband kan de stelling dat aan de genoemde voorwaarde enkel wordt voldaan voor opdrachten die worden verleend door de Spaanse staat, met uitsluiting van die welke worden verleend door de autonome regio's, ten aanzien waarvan Tragsa als een derde zou moeten worden aangemerkt, niet worden aanvaard.

60 Volgens artikel 88, lid 4, van wet 66/1997 en de artikelen 3, leden 2 tot en met 6, en 4, leden 1 en 7, van koninklijk decreet 371/1999 lijkt Tragsa namelijk verplicht te zijn om de opdrachten uit te voeren die haar worden toegewezen door de overheidsorganen, met inbegrip van de autonome regio's. Uit deze nationale regeling lijkt eveneens voort te vloeien dat Tragsa in het kader van de werkzaamheden die zij als instrumenteel middel en technische dienst ten behoeve van deze regio's verricht, evenmin als in haar verhouding tot de Spaanse Staat, beschikt over de mogelijkheid om vrijelijk het tarief voor haar activiteiten vast te stellen, en dat haar betrekkingen met deze regio's niet van contractuele aard zijn.

61 Derhalve kan Tragsa kennelijk niet worden aangemerkt als derde ten opzichte van de autonome regio's die een deel van haar kapitaal in handen hebben.

62 Wat de tweede voorwaarde betreft, dat het merendeel van de activiteiten van Tragsa wordt verricht ten behoeve van de overheidsinstantie of overheidsinstanties die deze vennootschap bezitten, volgt uit de rechtspraak dat in het geval dat meerdere lichamen een onderneming in handen hebben, aan deze voorwaarde voldaan kan

zijn wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd; zij hoeft deze niet noodzakelijkerwijs voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen te verrichten (arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, reeds aangehaald, punt 70).

63 Blijkens de stukken in het hoofdgeding verricht Tragsa gemiddeld meer dan 55 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de autonome regio's en bijna 35 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de staat. Hieruit volgt dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de lichamen of overheidsorganen die haar controleren.

64 In deze omstandigheden moet, behoudens verificatie door de verwijzende rechter, worden geoordeeld dat in casu is voldaan aan de twee voorwaarden die door de in punt 55 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak worden gesteld.

65 Uit het voorgaande volgt dat op de tweede vraag moet worden geantwoord dat de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 zich niet verzetten tegen een regeling als die welke geldt voor Tragsa, op grond waarvan deze als openbare onderneming, in haar hoedanigheid van instrumenteel middel en technische dienst van verscheidene overheidsinstanties, werkzaamheden kan uitvoeren zonder aan de bij voornoemde richtlijnen voorziene regeling te worden onderworpen, mits de betrokken overheidsinstanties op deze onderneming toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze instanties.

Derde vraag

66 Gelet op het antwoord op de tweede vraag van de verwijzende rechter hoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

67 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht:

De richtlijnen 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, verzetten zich niet tegen een regeling als die welke geldt voor Transformación Agraria, SA, op grond waarvan deze als openbare onderneming, in haar hoedanigheid van instrumenteel middel en technische dienst van verscheidene overheidsinstanties, werkzaamheden kan uitvoeren zonder aan de bij voornoemde richtlijnen voorziene regeling te worden onderworpen, mits de betrokken overheidsinstanties op deze onderneming toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze instanties.

ondertekeningen