FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 16. juli 1998 *

A — Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der er forelagt af High Court (Irland), vedrører spørgsmålet, om Coillte Teoranta er en ordregivende myndighed [1] i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 77/62/EØF [2] og 93/36/EØF [3].

2. Sagsøgeren i hovedsagen, Connemara Machine Turf Co. Ltd, producerer maskinudskåret spaghnum og forhandler kunstgødning. Sagsøgte i hovedsagen, Irish Forestry Board (Coillte Teoranta), er blevet oprettet i december 1988 i henhold til Forestry Act (lov om skovdrift). Størstedelen af de områder, der anvendes til skovdrift, og som hidtil tilhørte staten eller energiministeriet, er blevet overført til Coillte Teoranta. Som modydelse blev der overført aktier til energiministeren, finansministeren, to statstjenestemænd, der handler på finansministerens vegne, og staten.

3. Den 12. marts 1993 offentliggjorde Coillte Teoranta et udbud vedrørende indkøb af visse gødningsstoffer (markedsværdi: 165 945 IEP). Connemara afgav bud, men fik ikke kontrakten. Den 10. marts 1994 offentliggjorde Coillte Teoranta atter et udbud vedrørende indkøb af visse gødningsstoffer (markedsværdi: 232 016 IEP). Connemara deltog atter uden held i udbudsproceduren.

4. Fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige indkøb er ikke blevet overholdt ved Coillte Teoranta's udbud. Navnlig er der ikke blevet foretaget en offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

5. Connemara har til støtte for sit søgsmål gjort gældende, at disse bestemmelser er blevet tilsidesat, mens Coillte Teoranta har gjort gældende, at det ikke er en ordregivende myndighed, og at det derfor ikke er forpligtet til at overholde fællesskabsrettens bestemmelser.

* Originalsprog: tysk.

1 — I sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, har Kommissionen anlagt en traktatbrudssag mod Irland på grund af manglende offentliggørelse af Coillte Teoranta's udbud; jf. i den forbindelse generaladvokat Alber's forslag til afgørelse af 16.7.1998, Sml. 1998, I, s. 8565, på s. 8567.

2 — Rådets direktiv af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22.3.1988 (EFT L 127, s. 1).

3 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

6. High Court har følgelig forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er sagsøgte en 'ordregivende myndighed' som defineret ved begrebet 'ordregivende myndigheder' i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976?

2) Er sagsøgte en 'ordregivende myndighed' som defineret ved begrebet 'ordregivende myndigheder' i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993?«

B — De relevante retsregler

Fællesskabsretten

7. I artikel 1 i direktiv 77/62 defineres begrebet »ordregivende myndigheder« således:

»I dette direktiv forstås ved:

...

b) 'ordregivende myndigheder' staten, lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer, eller hvad der svarer hertil i de medlemsstater, der ikke kender dette begreb

...«

8. Bilag I til direktiv 77/62, som ændret ved direktiv 88/295, indeholder en fortegnelse over de i artikel 1, litra b), omhandlede offentligretlige juridiske personer, og hvad der svarer hertil. Som sådanne anses ifølge direktivets punkt VI følgende for Irlands vedkommende:

»Andre offentlige myndigheder, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol.«

9. Direktiv 77/62 blev ophævet ved direktiv 93/36. Dette nye direktiv skulle have været gennemført i national ret senest den 14. juni 1994, hvilket Irland ikke havde gjort. Det bemærkes atter, at udbudsproceduren var blevet afsluttet forud for dette tidspunkt.

10. Begrebet »ordregivende myndighed« er nu defineret i artikel 1 på følgende måde:

»I dette direktiv forstås ved:

...

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

ved 'offentligretligt organ' forstås ethvert organ:

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer eller er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet

...«

11. Forholdet mellem ministeriet for landbrug, fødevarer og skovbrug, finansministeriet og aktionærerne i Coillte Teoranta er fastlagt i Forestry Act af 1988 og i selve selskabets vedtægtsmæssige dokumenter. For klarhedens skyld vender jeg tilbage til disse bestemmelser, når jeg gennemgår begrebet ordregivende myndighed.

C — Vurdering

12. Det skal først undersøges, hvilke fællesskabsretlige bestemmelser der finder anvendelse. Den forelæggende ret har anmodet om en fortolkning af direktiv 77/62 og 93/36.

13. Det er ubestridt, at direktiv 77/62 som ændret ved direktiv 88/295 finder anvendelse. Coillte Teoranta, den irske regering, Det Forenede Kongeriges regering og den franske regering er dog af den opfattelse, at direktiv 93/36 og dettes grundprincipper også kan tages i betragtning ved bedømmelsen af denne sag.

14. Det bemærkes dog, at dette direktiv skulle have været gennemført senest den 14. juni 1994, og at Irland den 22. juli 1994 endnu ikke havde gjort dette [4]. Udbuddene fandt imidlertid sted i marts 1993 og 1994 på et tidspunkt, hvor direktiv 93/36 endnu ikke var gennemført i irsk ret og i øvrigt endnu ikke skulle være gennemført.

15. Det er yderst tvivlsomt, om man kan anvende det tidsmæssigt senere direktiv til at fortolke det tidligere. De førnævnte parter, der har anført, at Domstolen bør følge denne fremgangsmåde, har henvist til præamblen til direktiv 93/36, hvori er anført, at dette hovedsageligt er blevet vedtaget for klarhedens skyld. Der er således ingen vanskeligheder forbundet med at læse de tidligere bestemmelser i lyset af den nye affattelse og at vurdere denne sags faktiske omstændigheder ved anvendelsen af den nye definition.

16. Det bemærkes for det første, at ordlyden af definitionen af ordregivende myndigheder er blevet betydeligt udvidet i direktiv 93/36 og nu omfatter elementer, der ikke var nævnt i det tidligere direktiv.

17. Det er korrekt, at det i første betragtning til direktiv 93/36 er nævnt, at en ny affattelse er nødvendig for klarhedens skyld. Dette skyldes den omstændighed, at direktiv 77/62 var blevet ændret flere gange, og at der fremover skulle foretages nye ændringer. Det var ligeledes nødvendigt at bringe direktivet i overensstemmelse med ordningerne vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter og vedrørende offentlige tjenesteydelsesaftaler [5]. Ifølge tredje betragtning vedrører denne tilpasning netop indsættelse af en funktionel definition af ordregivende myndigheder. Dette medfører til gengæld, at den nu gældende definition ikke nødvendigvis er sam-

4 — Dette fremgår ligeledes af den irske regerings skriftlige svar af 22.7.1994 på Kommissionens åbningsskrivelse.

5 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) og Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

menfaldende med den tidligere gældende, og at man følgelig må være meget påpasselig, hvis man vil tage dette i betragtning ved fortolkningen. Det nye direktiv, der ligeledes har ophævet bilag I og erstattet dette, indeholder i definitionen af ordregivende myndigheder nye elementer, der ikke kun er en simpel præcisering af den tidligere definition og dennes almindelige principper, men som er en ændring, der går videre end det, og som ikke vil kunne anvendes med tilbagevirkende kraft. Desuden skal der ved fortolkningen af en fællesskabsretlig regel både tages hensyn til dens ordlyd, den sammenhæng, hvori den indgår, og formålet med den [6]. Det følger heraf, at de faktiske omstændigheder i nærværende sag kun skal bedømmes i forhold til direktiv 77/62.

18. Connemara, Det Forenede Kongeriges regering og den franske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at Coillte Teoranta er en ordregivende myndighed i direktiv 77/62's forstand, hvilket har til følge, at udbuddene i overensstemmelse med direktivets artikel 9 skal offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, hvilket ikke er sket i denne sag.

19. Det anføres til støtte for dette anbringende, at Coillte Teoranta varetager vigtige offentlige opgaver, såsom vedligeholdelse af statsskove og støtte til udviklingen af skovbrug i Irland. Coillte Teoranta er ejer af 12 nationalparker og stiller fritidsanlæg til rådighed på mere end 180 steder i Irland. For at kunne opfylde formålene er selskabet blevet stiftet ved lov og har modtaget økonomiske midler fra den irske regering. Det fremgår desuden af selskabets vedtægter, at regeringen udnævner bestyrelsen og dennes formand, og at den udøver kontrol med selskabets økonomi.

20. Coillte Teoranta og den irske regering gør heroverfor gældende, at Coillte Teoranta alene er et statsejet privat selskab. Selv om staten er hovedaktionær, udøver den dog ingen indflydelse på selskabets løbende forretninger. Den irske regering og Coillte Teoranta bemærker, at sidstnævnte i henhold til Forestry Act skal drives som en virksomhed. De hævder, at statens indflydelse begrænser sig til overordnede politiske spørgsmål — en lignende indflydelse som den, enhver hovedaktionær kan udøve i andre selskaber. Men selskabets formål og opgaver er af ren kommerciel karakter. På denne måde konkurrerer selskabet med andre virksomheder og drager ikke fordel af en afvigende situation i forhold til disse selskaber. Såfremt Coillte Teoranta stiller sine anlæg og sin ejendom til rådighed for offentligheden til fritidsmæssig afbenyttelse, sker dette ud fra økonomiske overvejelser, fordi fordelene herved overstiger omkostningerne. Sammenlagt konkluderer de, at hverken Coillte Teoranta eller indgåelsen af indkøbsaftaler med andre virksom-

6 — Dom af 30.7.1996 i sag C-84/95, Bosphorus, Sml. I, s. 3953, præmis 11, som indeholder andre henvisninger.

heder er undergivet statslig indflydelse udover det, der er tilladt hovedaktionærer i andre selskaber.

21. Som allerede nævnt er ordregivende myndigheder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 77/62, staten, lokale organer, og — for Irlands vedkommende — andre myndigheder, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol, jf. bilag I, punkt VI.

22. Dette indebærer, at det i denne sag først må undersøges, om Coillte Teoranta kan henhøre under begrebet »stat«.

23. Domstolen har i Beentjes-sagen [7] haft lejlighed til at udtale sig om vedtægterne for et organ, der ikke var en selvstændig juridisk person, og hvis forpligtelser og oprettelse var fastsat ved lov, og hvis medlemmer var udpeget af et udvalg i den pågældende provins. Det skulle følge instrukserne fra en centralkommission, der var oprettet ved kongelig anordning, og hvis medlemmer var udpeget af regeringen. Staten var garant for de forpligtelser, der fulgte af dets handlinger, og finansierede de offentlige kontrakter, som det udbød.

24. På det tidspunkt fandt direktiv 71/305/EØF [8] anvendelse. Den definition af ordregivende myndigheder, der er givet heri, svarer til den, som man finder i direktiv 77/62.

25. Domstolen udtalte i denne sag, at begrebet stat som omhandlet i direktivet skulle fortolkes formålsbestemt [9]. Formålet med direktivet var ifølge Domstolen »en effektiv gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter ...« [10]. Heraf udledte den, at det pågældende organ skulle anses for en del af staten, idet dens sammensætning og funktioner var fastsat ved lov, og at det var afhængig af myndighederne med hensyn til udnævnelsen af medlemmer, garantien for de forpligtelser, der fulgte af dets retsakter, og finansieringen af de offentlige kontrakter, som det skulle udbyde. Og det på trods af at organet ikke formelt var en del af staten [11].

26. I denne sag må man benytte samme tilgang. Formålet med direktivet, der finder anvendelse her, adskiller sig ikke grundlæggende fra det direktiv, der var genstand for førnævnte sag. Ifølge første og anden betragtning er formålet med direktiv 77/62 en bedre kontrol med forbuddet mod hindringer for frie varebevægelser ved offentlige

7 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Sml. s. 4635.

8 — Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

9 — Beentjes-dommen, a.st., præmis 11.

10 — A.st., præmis 11.

11 — A.st., præmis 12.

indkøb. Ifølge tolvte betragtning er det desuden sat som mål at udvikle en effektiv konkurrence inden for offentlige indkøb. Det er dog nødvendigt, at de personer, som direktivet er rettet til — de ordregivende myndigheder — fastsættes ud fra en formålsbetragtning og ikke en ren formel betragtning med henblik på at skabe en konkurrence, der er fri for forskelsbehandling.

27. Coillte Teoranta kan ikke efter dets formål anses for en del af staten. Ganske vist blev selskabet oprettet ved lov og udstyret med offentlige midler; i forbindelse med spørgsmål om udvikling af skovbrug i områder af økonomisk interesse skal det indhente udtalelser fra finansministeren, bestyrelsesmedlemmerne udnævnes af regeringen, og den årlige plan for salg af jorder og træ skal afstemmes med regeringen.

28. Coillte Teoranta er imidlertid en selvstændig juridisk person. De tildelte offentlige indkøbskontrakter finansieres af selskabskapitalen, som staten oprindeligt havde stillet til rådighed, men som i mellemtiden også sikres ved private erhvervsmæssige aktiviteter. Der indgås ingen offentlige kontrakter for statens regning. Sammenlagt må statens indflydelse på Coillte Teoranta's forretninger anses for at være væsentlig ringere end det, der var tilfældet i Beentjes-sagen. Dermed kan en sådan afhængighed af staten ikke begrundes ud fra en formålsbetragtning, der tillader den slutning, at der for selskabets vedkommende er tale om en del af staten.

29. Da Coillte Teoranta ikke efter den her fremsatte opfattelse henhører under statsbegrebet i artikel 1, litra b), i direktiv 77/62, skal det undersøges, om der ifølge bilag I foreligger en myndighed, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol. Bestemmende herfor er den indflydelse, som staten udøver på indgåelsen af offentlige kontrakter udover varetagelsen af offentlige interesser.

30. Connemara, Det Forenede Kongeriges regering og den franske regering samt Kommissionen gør det samme synspunkt gældende som under det ovenfor diskuterede spørgsmål. De gør navnlig gældende, at den omstændighed, at selskabet er oprettet ved lov, at bestyrelsen udnævnes af regeringen, at stiftelseskapitalen blev stillet til rådighed af staten, og at denne stadig kontrollerer økonomien, har til følge, at Coillte Teoranta er en myndighed, hvis offentlige kontrakter staten kontrollerer.

31. Heroverfor har Coillte Teoranta og den irske regering atter henvist til selskabets erhvervsmæssige karakter, idet dette på det relevante marked skal konkurrere med andre private virksomheder. Det har ingen forret-

tigheder, der giver selskabet en privilegeret stilling i forhold til andre. Statens indflydelse er begrænset til det, som andre aktionærer også tilstås eller ville kunne få. Staten har retligt set ingen mulighed for at påvirke de daglige forretninger og har heller ikke forsøgt at udøve en sådan indflydelse. Coillte Teoranta behandles i selskabsretlig henseende som alle andre selskaber. Dets virksomhed drives med økonomisk gevinst for øje og er uafhængig af ministerens anvisninger.

32. Det afgørende spørgsmål er derfor følgende: Var de offentlige indkøbsaftaler, som Coillte Teoranta udbød, undergivet statens kontrol, således som det er forudsat i bilag I til direktiv 77/62 for så vidt angår Irland?

33. Der bør igen benyttes en tilgang, der ikke begrænser sig til en ren formel betragtning. Alle offentlige virksomheder er på en eller anden måde kendetegnet ved statslig kontrol, uden at dette er ensbetydende med, at de ligeledes er ordregivende myndigheder i direktivets forstand.

34. Begrebet offentlig virksomhed forekommer i EF-traktatens artikel 90, stk. 1. Denne artikel forbyder medlemsstaterne, for så vidt angår disse virksomheder, at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med bestemmelserne i den fælles konkurrencepolitik. Offentlige virksomheder er karakteriseret ved, at de offentlige myndigheder kan udøve indflydelse på deres administration. Muligheden for at kunne udøve indflydelse er tilstrækkelig, og denne mulighed består altid, når staten besidder majoriteten af aktiekapitalen [12].

35. Karakteren af offentlig virksomhed siger imidlertid intet om, hvorvidt de offentlige indkøbsaftaler, som Coillte Teoranta indgår, er undergivet statens kontrol. Da bilag I til direktiv 77/62 udtrykkeligt taler om statens kontrol med offentlige indkøbsaftaler, kræver dette punkt en konkret bedømmelse [13]. Indkøbsaftaler skal efter de pågældende bestemmelser åbne mulighed for en form for statslig kontrol, således at de offentlige myndigheder kan få indflydelse på kontraktindgåelsen.

36. De offentlige myndigheder har tilvejebragt hele aktiekapitalen i Coillte Teoranta. Som modydelse har de modtaget en tilsvarende aktieandel i selskabet. Den årlige plan for salg af træ og arealer skal forelægges for ministeren. Bestyrelsesmedlemmerne udpeges af vedkommende ministre. Der kræves samtykke eller tilladelse fra vedkom-

12 — Dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Instituto Chemioterapici Italiana og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 41, og dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 26.

13 — Jf. i den forbindelse generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sag C-247/89 (Kommissionen mod Portugal, Sml. 1991 I, s. 3659, punkt 59).

mende minister til investeringer, der overstiger et beløb på 250 000 IEP. Energiministeren kan fastsætte de økonomiske mål. Selskabet har ligeledes fået overladt visse offentlige opgaver, såsom at indrette installationer med et rekreativt, sportsligt, uddannelsesmæssigt, videnskabeligt, kulturelt og turistmæssigt sigte på selskabets arealer. Bestyrelsen varetager den daglige ledelse af selskabet, herunder beslutninger om indkøb.

37. Der forekommer imidlertid ingen bestemmelser, hvorefter ministeren eller en statstjenestemand kan pålægge selskabet eller bestyrelsen at indgå kontrakter (i givet fald på grundlag af ikke-forretningsmæssige kriterier). Selskabet er forpligtet til at føre virksomhed på en omkostningsbevidst og forretningsmæssig måde. Bestyrelsesmedlemmerne skal udøve deres beføjelser i overensstemmelse med deres loyalitetspligt over for selskabet uafhængig af deres egne interesser. Selskabet skal respektere hovedlinjerne i den nationale politik for skovbrugsvirksomhed, hvilket ligeledes gælder for samtlige skovejere i Irland. Bestyrelsen fremlægger hvert år en femårig udviklingsplan, hvori planerne for selskabets drift og udvikling samt dets formue, inklusive erhvervelse og salg af arealer, for skovplantning og forventet udbytte nærmere beskrives. Men også i dette tilfælde indrømmes der efter de gældende bestemmelser ikke staten beføjelser, hvorefter staten kan gribe regulerende ind i selskabets daglige drift.

38. Det er korrekt, at det ud fra de førnævnte kriterier kan fastslås, at staten udøver en generel indflydelse på selskabet, men dette er ikke tilstrækkeligt til under hensyn til de bestemmelser, der finder anvendelse i denne sag, at opnå en konkret kontrol med tildelingen af offentlige indkøbsaftaler. Indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler er ikke afhængig af de offentlige myndigheders mellemkomst. Derfor er Coillte Teoranta ikke en ordregivende myndighed i henhold til direktiv 77/62.

39. Det fremgår af ovenstående, at Coillte Teoranta ikke henhører under anvendelsesområdet for direktiv 77/62.

40. Selv om direktiv 93/36 ikke finder anvendelse i denne sag, idet kontrakten blev indgået, inden direktivet trådte i kraft, og idet dette indeholder ændringer og ikke kun tilvejebringer klarhed, bør der under hensyn til den forelæggende rets andet spørgsmål subsidiært tilføjes følgende. I lyset af den ændrede og udvidede definition af en ordregivende myndighed bør det undersøges, om Coillte Teoranta er et offentligretligt organ. Det ville for det første være nødvendigt, at det er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område. Det ville her føre til et bekræftende svar, da Coillte Teoranta ligeledes — og overvejende — har til formål, at stille installa-

tioner til fritids- og rekreativt brug til rådighed for offentligheden på selskabets områder. Selv om dette ikke er selskabets eneste opgaver, ændrer det ikke ved det forhold, så længe opgaverne udføres som en særlig pligt [14]. Desuden er Coillte Teoranta en juridisk person. Når flertallet af medlemmerne af selskabets bestyrelse er udnævnt af staten, ville Coillte Teoranta være en ordregivende myndighed i direktiv 93/36's forstand. Som ovenfor anført finder dette direktiv imidlertid ikke anvendelse i denne sag. Den forelæggende rets andet spørgsmål kan derfor ikke besvares.

D — Forslag til afgørelse

41. Følgelig foreslår jeg Domstolen at besvare de af High Court, Irland, forelagte spørgsmål således:

»Et selskab som det i forelæggelseskendelsen beskrevne er ikke en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.«

14 — Jf. i denne forbindelse Domstolens dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagebau Austria AG m.fl., Sml. I, s. 73, særlig præmis 25 og 26, og generaladvokat La Pergola's forslag til afgørelse af 19.2.1998 i sag C-360/96 (BFI Holding BV, Sml. 1998 I, s. 6821, på s. 6824).