DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)
17. december 1998 *

I sag C-353/96,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved ledende juridisk konsulent Richard Wainwright, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Irland ved Chief State Solicitor Michael A. Buckley, som befuldmægtiget, bistået af Eoghan Fitzsimons, SC, og Feargal Ó Dubhghaill, BL, og med valgt adresse i Luxembourg på Irlands Ambassade, 28, route d'Arlon,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret ved direktiv 88/295/EØF (EFT L 127, s. 1), og navnlig ved ikke at offentliggøre udbuddet vedrørende indkøb af gødningsstoffer for Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* samt i henhold til EF-traktaten,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne P. Jann (referende dommer), J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann og M. Wathelet,

generaladvokat: S. Alber
justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Louterman-Hubeau,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 28. maj 1998 er afgivet mundtlige indlæg af Kommissionen ved Richard Wainwright og af Irland ved Michael A. Buckley, bistået af Donal O'Donnell, SC,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 16. juli 1998,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 29. oktober 1996 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret ved direktiv 88/295/EØF (EFT L 127, s. 1), og navnlig ved ikke at offentliggøre udbuddet vedrørende indkøb af gødningsstoffer for Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* samt i henhold til EF-traktaten.

Den relevante fællesskabslovgivning

2 Indtil 1994 var offentlige indkøb inden for Fællesskabet reguleret af direktiv 77/62, navnlig som ændret ved direktiv 88/295.

3 I artikel 1 i direktiv 77/62 defineres begrebet ordregivende myndighed 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

...«

4 For så vidt angår Irland er det nærmere bestemt i bilag I, punkt VI, at »hvad der svarer hertil« er »andre offentlige myndigheder, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol«.

5 Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) har ophævet direktiv 77/62. Direktivet skulle gennemføres i national ret senest den 14. juni 1994, hvilket Irland ikke gjorde.

6 I artikel 1 i dette direktiv bestemmes:

»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.

...«

7 I artikel 3 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33) bestemmes:

»1. Kommissionen kan påberåbe sig den i denne artikel fastlagte procedure, når den før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en kontraktindgåelsesprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF.

2. Kommissionen meddeler den pågældende medlemsstat og den pågældende ordregivende myndighed grundene til, at den finder, at der er begået en klar og åbenbar overtrædelse, og anmoder om, at den bringes til ophør.

3. Senest 21 dage efter modtagelsen af den i stk. 2 omhandlede meddelelse fremsender den pågældende medlemsstat til Kommissionen:

a) en bekræftelse af, at overtrædelsen er bragt til ophør, eller

b) en begrundet konklusion med redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden [i den danske version stk. 3, litra a), første led], eller

c) en meddelelse om, at den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt er blevet afbrudt, enten på den ordregivende myndigheds eget initiativ eller som følge af udøvelsen af de beføjelser, der er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra a) [i den danske version stk. 3, litra a), andet led].

4. En begrundet konklusion i henhold til stk. 3, litra b), kan bl.a. være baseret på det forhold, at den påståede overtrædelse allerede er genstand for appel eller er indbragt for en anden instans som omhandlet i artikel 2, stk. 8. I så fald underretter medlemsstaten Kommissionen om resultatet af disse procedurer, så snart det er kendt.

5. ...«

Sagens baggrund

8 Coillte Teoranta eller Irish Forestry Board (herefter »Skovkontoret«) er oprettet i form af et privatretligt selskab med hjemmel i section 9 i Irish Forestry Act 1988 (irsk lov om skovbrug fra 1988, herefter »loven«).

9 Ifølge loven har Skovkontoret til formål at drive skovbrug og dertil knyttet virksomhed på erhvervsmæssig basis og, i overensstemmelse med praksis på dette område, at oprette og vedligeholde en skovbrugsindustri samt at deltage i skovbrugsaktiviteter, der er forenelige med disse formål, sammen med andre.

10 Som ejer af tolv nationalparker, hvortil der er gratis adgang, hører det ligeledes til Skovkontorets formål at indrette installationer med et rekreativt, sportsligt, uddannelsesmæssigt, videnskabeligt og kulturelt sigte.

11 Den irske regering har overført skov, jord og ejendom til en værdi af ca. 700 mio. IEP til Skovkontoret. Som modydelse har Skovkontoret udstedt aktier til finansministeren, som således er hovedaktionær.

12 For så vidt angår Skovkontorets struktur fremgår det af loven samt af kontorets vedtægter, at det er oprettet af energiministeren (herefter »ministeren«), at vedtægterne og enhver ændring heraf skal tiltrædes af ministeren (section 11 og 15), at

»the chairman« (formanden) og andre direktører udnævnes og deres lønninger fastsættes af ministeren (section 15(2)(b) og (d)), at »the first Chief Executive« (den øverste generaldirektør) udnævnes af ministeren og udfører sine funktioner i henhold til retningslinjer fastsat af denne (section 35), at udnævnelsen af Skovkontorets revisorer skal tiltrædes af ministeren (section 15(2)(e)), og at Skovkontoret skal følge statens retningslinjer og de ministerielle cirkulærer vedrørende lønninger, tillæg og de ansattes arbejdsbetingelser (section 36). Visse af ministerens beslutninger skal godkendes af finansministeren.

13 I sin forretningsførelse skal Skovkontoret respektere følgende forpligtelser: Ministeren kan tilstille det skriftlige instrukser for at forpligte det til at respektere hovedlinjerne i statens politik for skovbrugsvirksomhed, til at oprette og vedligeholde bestemte tjenesteydelser eller installationer, eller til at opretholde eller benytte bestemte arealer til nærmere bestemte formål (lovens section 38). Skovkontoret skal konsultere ministeren vedrørende skovbrugsvirksomhed i visse områder af videnskabelig interesse (section 13). Hvert år skal Skovkontoret forelægge ministeren en plan for køb og salg af arealer (section 14). Oprettelse og erhvervelse af filialer skal tiltrædes af ministeren (section 15(2)(g)), en generalforsamling skal organiseres, når to ministre foreslår det (vedtægtens punkt 15), og Skovkontorets årsrapport og reviderede regnskab skal forelægges det irske parlament (lovens section 30 og 31).

14 Med hensyn til finansieringen fremgår det af de herfor gældende bestemmelser, at Skovkontorets aktiekapital skal godkendes af finansministeren (lovens section 10). Skovkontoret kan ikke optage lån uden ministerens samtykke (section 24), hvorimod ministeren kan kautionere for ethvert lånt beløb (section 25). Skovkontoret kan investere et beløb, der ikke overstiger 250 000 IEP, i kontrollen med andre selskaber. Denne sum kan forhøjes med tilladelse fra ministeren efter forhandling med finansministeren (section 15(2)(h)). Sidstnævnte kan i øvrigt stille visse beløb til rådighed for Skovkontoret på nærmere bestemte vilkår og til nærmere bestemte formål.

15 Den 10. marts 1994 offentliggjorde Skovkontoret et udbud vedrørende indkøb af gødningsstoffer til en værdi af over 200 000 ECU for perioden fra den 1. april 1994 til den 31. marts 1995. Det har ikke offentliggjort licitationsbekendtgørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Den 30. maj 1994 tildelte Skovkontoret kontrakten. Den 21. juni 1994 anlagde Connemara Machine Turf Co. Ltd, en virksomhed hvis tilbud ikke blev antaget, sag ved High Court med krav om annullation af tildelingen af kontrakten.

16 Før tildelingen af kontrakten, nemlig den 18. maj 1994, modtog Kommissionen en klage vedrørende fremgangsmåden ved udbudet. I medfør af artikel 3, stk. 1, i direktiv 89/665 fremsendte Kommissionen den 30. juni 1994 en skrivelse til den irske regering. Heri udtrykte Kommissionen sin tvivl med hensyn til kontrakttildelingens overensstemmelse med fællesskabsreglerne vedrørende offentlige indkøb og angav ligeledes, at denne skrivelse skulle anses for en henstilling i henhold til traktatens artikel 169. I det væsentlige gjorde Kommissionen gældende, at Skovkontoret som en ordregivende myndighed ikke havde offentliggjort udbuddet i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, jf. bestemmelserne i direktiv 77/62, navnlig artikel 9.

17 Den irske regering tog ved skrivelse af 22. juli 1994 til genmæle mod de af Kommissionen påberåbte argumenter. Den gjorde gældende, at den i artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 89/665 omhandlede procedure var uanvendelig, da kontrakten var indgået inden modtagelsen af Kommissionens skrivelse, at den anførte overtrædelse allerede var genstand for en sag for en irsk domstol, jf. artikel 3, stk. 4, at Skovkontoret under alle omstændigheder ikke var en ordregivende myndighed hverken i henhold til direktiv 93/36 eller til direktiv 77/62, at Irland havde gennemført direktiverne korrekt i national ret, og at en procedure i henhold til traktatens artikel 169 ikke var hensigtsmæssig, selv i det tilfælde hvor der forekom en overtrædelse af fællesskabsretlige regler vedrørende offentlige indkøb, da der fandtes en anden klageadgang i medfør af bestemmelserne i direktiv 89/665.

18 Da svaret ikke var tilfredsstillende, tilstillede Kommissionen den 23. februar 1996 Irland en begrundet udtalelse i henhold til traktatens artikel 169, første afsnit, som Irland besvarede ved skrivelse af 7. juni 1996, hvori den fastholdte sin stilling, som anført i forrige skrivelse.

19 Det er under disse omstændigheder, at Kommissionen har anlagt nærværende traktatbrudssag.

Formaliteten

20 Uden formelt at påstå sagen afvist har den irske regering rejst spørgsmålet, om en procedure i henhold til traktatens artikel 169 kan iværksættes, når der findes andre midler til at afhjælpe en overtrædelse på, såsom de der er fastsat i artikel 3 i direktiv 89/665.

21 Da der er anlagt sag ved High Court den 21. juni 1994, er det artikel 3, stk. 4, i dette direktiv, der skal finde anvendelse i nærværende sag. Det er inden for rammerne af denne sag, at en eventuel overtrædelse af bestemmelserne vedrørende offentlige indkøb skal vurderes. En sådan overtrædelse ville i øvrigt ikke være begået af Irland, men af Skovkontoret, hvis dette blev anset for en ordregivende myndighed.

22 I den henseende bemærkes, at den særlige procedure på grundlag af direktiv 89/665 udgør en forebyggende foranstaltning, der ikke kan begrunde undtagelser fra eller

erstatte Kommissionens virksomhed på grundlag af traktatens artikel 169. Efter denne sidste bestemmelse er der tillagt Kommissionen kompetence til efter et frit skøn at anlægge sag ved Domstolen, når den finder, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaten, og den pågældende medlemsstat ikke efterkommer Kommissionens begrundede udtalelse (dom af 24.1.1995, sag C-359/93, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 157, præmis 13).

23 For så vidt angår spørgsmålet, om Irland kan holdes ansvarlig for Skovkontorets handlinger i sin egenskab af ordregivende myndighed, bemærkes, at direktiverne vedrørende offentlige indkøb ville miste deres effektive virkning, hvis en ordregivende myndigheds handlinger ikke kunne tilskrives den pågældende medlemsstat.

24 Det følger heraf, at spørgsmålet kan besvares.

Faktiske omstændigheder

25 Kommissionen har gjort gældende, at kun direktiv 77/62 er anvendeligt. Den mener, at Skovkontoret som følge af den samlede virkning af de forskellige bestemmelser, der regulerer Skovkontorets retsstilling, skal anses for at høre til staten i den betydning, som Domstolen har tillagt dette udtryk i dom af 20. september 1988 (sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635).

26 I denne dom har Domstolen anlagt en formålsbestemt fortolkning af begrebet stat i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), der indeholder den samme definition af ordregivende myndighed, som direktiv 77/62. Ifølge denne fortolkning skal et organ, hvis sammensætning og

funktioner er fastsat ved lov, og som i vidt omfang er afhængigt af myndighederne, anses for hørende til staten, selv om det ikke formelt er en del heraf.

27 Desuden er Kommissionen af den opfattelse, at Skovkontoret ligeledes kan anses for værende en anden offentlig myndighed, hvis offentlige indkøb er undergivet statens kontrol, jf. bilag I, punkt VI, til direktiv 77/62.

28 Ifølge den irske regering kan Skovkontoret ikke anses for værende en ordregivende myndighed hverken i henhold til direktiv 77/62 eller direktiv 93/36.

29 Skovkontoret er ifølge den irske regering en privat virksomhed, der er underlagt bestemmelserne i Companies Act (selskabslov). Det er følgelig en erhvervsvirksomhed, der tilhører staten. Beføjelserne til at udnævne og afskedige Skovkontorets ansvarlige og at bestemme dets generelle politik er ikke videre end de, der ville være fastsat i vedtægterne for et privat selskab, der næsten ejes fuldstændigt af en aktionær. Den daglige ledelse foregår til gengæld uafhængigt, og staten har ingen indflydelse på indkøbene.

30 Irland bestrider ikke, at hvis Skovkontoret skulle kvalificeres som en ordregivende myndighed, skulle det have offentliggjort udbuddet vedrørende det pågældende indkøb.

31 Indledningsvis bemærkes, at sagens faktiske forhold kun kan henhøre under direktiv 77/62. På tidspunktet for udbuddets offentliggørelse, og selv på tids-

punktet for kontraktens tildeling, var gennemførelsesfristen for direktiv 93/36 endnu ikke udløbet, og Irland havde heller ikke foretaget en sådan gennemførelse.

32 For så vidt angår spørgsmålet, om Skovkontoret er en ordregivende myndighed i henhold til direktiv 77/62, bemærkes, at Skovkontoret er en juridisk person i modsætning til det berørte organ i den førnævnte Beentjes-dom. Det er i øvrigt ubestridt, at det ikke foretager offentlige indkøb på statens eller et lokalt organs regning.

33 Under disse omstændigheder kan Skovkontoret ikke anses for at være staten eller et lokalt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 77/62. Det bør dog undersøges, om det svarer til en offentligretlig juridisk person, jf. bilag I til direktiv 77/62.

34 For så vidt angår Irland angiver bilaget andre offentlige myndigheder, hvis indkøb er undergivet statens kontrol, som ordregivende myndighed.

35 Det bemærkes, at samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb har til formål at fjerne hindringerne for varernes frie bevægelighed.

36 For at give princippet om fri bevægelighed fuld virkning skal begrebet ordregivende myndighed fortolkes formålsbestemt (jf. i denne forbindelse dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 62).

37 Det må i den forbindelse understreges, at det er staten, der har oprettet Skovkontoret og har overladt det visse opgaver, der primært består i at opretholde statsskovene og en skovbrugsindustri, men også at indrette forskellige installationer i almenhedens interesse. Det er også staten, der har retten til at udnævne Skovkontorets øverste ledelse.

38 Ministerens adgang til at tilstille Skovkontoret instrukser, navnlig at forpligte det til at respektere hovedlinjerne i statens politik vedrørende skovdrift eller til at indrette nærmere bestemte tjenesteydelser eller installationer, og de beføjelser, der er tillagt denne minister og finansministeren på det økonomiske område, giver desuden staten mulighed for at kontrollere Skovkontorets økonomiske aktivitet.

39 Det fremgår heraf, at selv om ingen bestemmelser udtrykkeligt fastsætter, at den statslige kontrol specifikt omfatter Skovkontorets offentlige indkøb, kan staten i det mindste indirekte udøve en sådan kontrol.

40 Det følger af det foranstående, at Skovkontoret skal anses for værende en »offentlig myndighed, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol«, jf. bilag I, punkt VI, til direktiv 77/62.

41 Heraf følger, at Skovkontoret er en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 77/62. Følgelig var det forpligtet til at offentliggøre en licitationsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

42 Det må herefter fastslås, at Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 77/62, som ændret ved direktiv 88/295, da Skovkontoret ikke har offentliggjort en licitationsbekendtgørelse vedrørende indkøb af gødningsstoffer i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Sagens omkostninger

43 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Irland har tabt sagen og dømmes til at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) Irland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988, da Coillte Teoranta ikke har offentliggjort en licitationsbekendtgørelse vedrørende indkøb af gødningsstoffer i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

2) Irland betaler sagens omkostninger.

Puissochet Jann Moitinho de Almeida

Gulmann Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. december 1998.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling