ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
17 december 1998 *

In zaak C-353/96,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Wainwright, juridisch hoofdadviseur, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Ierland, vertegenwoordigd door M. A. Buckley, Chief State Solicitor, als gemachtigde, bijgestaan door E. Fitzsimons, SC, en F. Ó Dubhghaill, BL, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Ierse ambassade, Route d'Arlon 28,

verweerder,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen dat Ierland, door de bepalingen van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB L 127, blz. 1), niet na te leven en, in het bijzonder, door geen bericht van aanbesteding voor de opdracht tot levering van kunstmest ten behoeve van de Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, de krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen,

wijst

* Procestaal: Engels.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet, kamerpresident, P. Jann (rapporteur), J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann en M. Wathelet, rechters,

advocaat-generaal: S. Alber
griffier: D. Louterman-Hubeau, hoofdadministrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 28 mei 1998, waar de Commissie was vertegenwoordigd door R. Wainwright en Ierland door M. A. Buckley, bijgestaan door D. O'Donnell, SC,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juli 1998,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 oktober 1996, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen dat Ierland, door de bepalingen van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB L 127, blz. 1), niet na te leven en, in het bijzonder, door geen bericht van aanbesteding voor de opdracht tot levering van kunstmest ten behoeve van de Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, de krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

De toepasselijke gemeenschapswetgeving

2 Tot 1994 werd het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen in de Gemeenschap geregeld door richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij, onder meer, richtlijn 88/295.

3 In artikel 1 van richtlijn 77/62 wordt het begrip aanbestedende dienst gedefinieerd als volgt:

„In de zin van deze richtlijn:

(...)

b) wordt onder ‚aanbestedende diensten' verstaan: de staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen, of, in de lidstaten die dit begrip niet kennen, de overeenkomstige eenheden, welke in bijlage I zijn opgesomd;

(...)"

4 In bijlage I, punt VI, bij richtlijn 77/62 worden, wat Ierland betreft, als overeenkomstige eenheden genoemd „de andere openbare instellingen wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen".

5 Bij richtlijn 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 199, blz. 1), werd richtlijn 77/62 afgeschaft. De bepalingen van die richtlijn moesten uiterlijk op 14 juni 1994 in nationaal recht zijn omgezet, wat Ierland op dat tijdstip nog niet had gedaan.

6 Artikel 1 van die richtlijn bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

(...)

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

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

(...)"

7 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), bepaalt in artikel 3:

„1. De Commissie kan de procedure van dit artikel hanteren, wanneer zij vóór de sluiting van een overeenkomst van oordeel is dat er tijdens de aanbestedingsprocedure die valt onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG en 77/62/EEG, een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden.

2. De Commissie geeft de betrokken lidstaat en de betrokken aanbestedende dienst kennis van de redenen waarom zij meent dat er een duidelijke en kennelijke schending heeft plaatsgevonden en zij vraagt om deze ongedaan te maken.

3. Binnen 21 dagen na ontvangst van de in lid 2 bedoelde kennisgeving, deelt de betrokken lidstaat aan de Commissie mee:

a) de bevestiging dat de schending ongedaan is gemaakt;

of

b) een met redenen omklede conclusie waarin toegelicht wordt waarom geen corrigerende actie is ondernomen;

of

c) een kennisgeving waarin wordt meegedeeld dat de aanbestedingsprocedure hetzij op initiatief van de aanbestedende dienst hetzij in het kader van de uitoefening van de in artikel 2, lid 1, onder a), vermelde bevoegdheden is opgeschort.

4. Een met redenen omklede conclusie in de zin van lid 3, onder b), kan met name worden gebaseerd op het feit dat tegen de beweerde schending beroep bij een rechter of een beroep als bedoeld in artikel 2, lid 8, is ingesteld. In dat geval deelt de lidstaat de Commissie het resultaat van deze procedures mee, zodra dit bekend is.

5. (...)"

De achtergronden van het geschil

8 De oprichting, in de vorm van een privaatrechtelijke vennootschap, van de Coillte Teoranta of Irish Forestry Board (hierna: „Forestry Board") is geregeld bij Section 9 van de Irish Forestry Act 1988 (Ierse boswet van 1988; hierna: „wet").

9 Volgens deze wet heeft de Forestry Board tot doel de bosbouw en daarmee verwante activiteiten op commerciële basis uit te oefenen en overeenkomstig de in deze sector gevestigde gebruiken een bosbouwwezen tot stand te brengen en te beheren, en met anderen deel te nemen in bosbouwactiviteiten die met deze doelstellingen verenigbaar zijn.

10 Tot de doelstellingen van de Forestry Board, eigenaar van twaalf nationale parken die gratis toegankelijk zijn, behoort ingevolge artikel 3(14) van zijn statuten, voorts de exploitatie van inrichtingen met een recreatief, sportief, educatief, wetenschappelijk en cultureel karakter.

11 De Ierse regering heeft aan de Forestry Board grond en andere goederen met een waarde van ongeveer 700 miljoen IRL overgedragen. Als tegenprestatie voor die goederen heeft de Forestry Board aandelen uitgegeven ten gunste van het Ministerie van Financiën, dat daardoor meerderheidsaandeelhouder is geworden.

12 Aangaande de structuur van de Forestry Board blijkt uit de wet en de statuten het volgende: de Board is opgericht door de minister van Energie (hierna: „minister"), die de statuten en iedere wijziging daarvan moet goedkeuren (Sections 11 en 15),

de „chairman" (voorzitter) en de andere bestuurders benoemt en hun bezoldiging vaststelt [Section 15(2)(b) en (d)], de „first Chief Executive" (directeur-generaal) aanstelt en diens taakomschrijving bepaalt (Section 35), en de aanstelling van de financieel controleurs van de Forestry Board moet goedkeuren [Section 15(2)(e)]; de Board moet de richtlijnen van de staat en de ministeriële richtlijnen met betrekking tot salarissen en vergoedingen en de arbeidsomstandigheden van zijn personeel naleven (Section 36). Sommige besluiten van de minister behoeven de goedkeuring van de minister van Financiën.

13 In zijn bedrijfsvoering moet de Board de volgende verplichtingen naleven: de minister kan hem schriftelijke aanwijzingen geven om de grote lijnen van het overheidsbeleid op bosbouwgebied te volgen, bepaalde diensten of inrichtingen te exploiteren of te onderhouden, of bepaalde terreinen voor specifieke doeleinden te beheren of te gebruiken (Section 38 van de wet); de Board moet de minister van Financiën raadplegen over bosbouwactiviteiten in bepaalde gebieden die wetenschappelijk van belang zijn (Section 13); ieder jaar moet de Board de minister een programma voorleggen inzake de aan- en verkoop van grond (Section 14); de oprichting en overname van dochtermaatschappijen moet door de minister worden goedgekeurd [Section 15(2)(g)]; een algemene vergadering moet op voorstel van beide ministers plaatsvinden (artikel 15 van de statuten), en het jaarverslag en het accountantsrapport van de Board moeten aan het Ierse parlement worden voorgelegd (Sections 30 en 31 van de wet).

14 Ten aanzien van de financiering regelen de desbetreffende bepalingen, dat het maatschappelijk kapitaal van de Board door de minister van Financiën moet worden goedgekeurd (Section 10 van de wet). De Board kan alleen met toestemming van de minister leningen aangaan (Section 24), terwijl de minister van Financiën de terugbetaling van een geleend bedrag kan garanderen (Section 25). De Board mag een bedrag tot 250 000 IRL investeren in deelnemingen in andere ondernemingen. Dit bedrag kan met machtiging van de minister en in overleg met de minister van Financiën worden verhoogd [Section 15(2)(b)]. Deze laatste kan de Forestry Board voorts uiteenlopende bedragen tegen specifieke voorwaarden en voor specifieke doeleinden ter beschikking stellen.

15 Op 10 maart 1994 deed de Forestry Board een oproep tot inschrijving uitgaan voor een opdracht tot levering van kunstmest voor een waarde van meer dan 200 000 ECU, voor de periode van 1 april 1994 tot en met 31 maart 1995. Hij plaatste evenwel geen bericht van aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*. De opdracht werd op 30 mei 1994 door de Board gegund. Op 21 juni 1994 stelde Connemara Machine Turf Co. Ltd, wier aanbieding niet was aanvaard, bij de High Court beroep in tegen de gunning van de opdracht.

16 Op 18 mei 1994, nog vóór de gunning van de opdracht, ontving de Commissie een klacht over de wijze waarop de aanbestedingsprocedure verliep. Op 30 juni 1994 zond zij de Ierse regering een brief krachtens artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/665, waarin zij schreef te betwijfelen, of de gunning van de opdracht verenigbaar was met de gemeenschappelijke voorschriften op het gebied van leveringsopdrachten, en erop wees, dat de brief gold als aanmaning in de zin van artikel 169 van het Verdrag. Als concreet bezwaar voerde de Commissie aan, dat de Forestry Board, als aanbestedende dienst, geen bericht van aanbesteding had geplaatst in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* overeenkomstig het bepaalde in richtlijn 77/62, met name artikel 9.

17 De Ierse regering wees de bezwaren van de Commissie bij schrijven van 22 juli 1994 van de hand. Zij voerde de volgende argumenten aan: de procedure van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665 was niet van toepassing, omdat de overeenkomst reeds was gesloten voordat de brief van de Commissie werd ontvangen; overeenkomstig het in artikel 3, lid 4, van richtlijn 89/665 bedoelde geval was tegen de beweerde schending beroep ingesteld bij een Ierse rechterlijke instantie; hoe dan ook was de Forestry Board geen aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 93/36 of richtlijn 77/62; Ierland had de richtlijnen correct omgezet in nationaal recht, en zelfs als er sprake zou zijn van een inbreuk op de gemeenschapsvoorschriften inzake overheidsopdrachten voor levering, was de procedure van artikel 169 van het Verdrag niet op haar plaats, omdat er volgens de bepalingen van richtlijn 89/665 een andere beroepsweg bestond.

18 Met dit antwoord niet tevreden, richtte de Commissie op 23 februari 1996 een met redenen omkleed advies tot Ierland overeenkomstig artikel 169, eerste alinea, van het Verdrag. Ierland antwoordde daarop bij schrijven van 7 juni 1996, waarin het vasthield aan het in zijn eerdere brief kenbaar gemaakte standpunt.

19 In deze omstandigheden heeft de Commissie het onderhavige beroep wegens niet-nakoming ingesteld.

De ontvankelijkheid

20 Zonder de ontvankelijkheid van het beroep formeel te betwisten, stelt de Ierse regering de vraag aan de orde, of de procedure van artikel 169 van het Verdrag kan worden ingeleid, wanneer er andere middelen bestaan om tegen een eventuele niet-nakoming op te komen, zoals die bedoeld in artikel 3 van richtlijn 89/665.

21 Nu er op 21 juni 1994 een beroep bij de High Court is ingesteld, is volgens de Ierse regering in casu artikel 3, lid 4, van die richtlijn van toepassing. Een eventuele schending van de bepalingen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten moet in het kader van dat beroep worden beoordeeld. Die schending zou overigens niet aan een verzuim van Ierland, maar aan een verzuim van de Forestry Board zijn toe te schrijven, indien deze als een aanbestedende dienst moet worden aangemerkt.

22 Vastgesteld moet worden, dat de bijzondere procedure van richtlijn 89/665 een preventieve maatregel is, die niet kan derogeren aan of in de plaats kan treden van de

bevoegdheden van de Commissie krachtens artikel 169 van het Verdrag. Deze bepaling verleent de Commissie immers de discretionaire bevoegdheid zich tot het Hof te wenden wanneer zij van oordeel is dat een lidstaat een van zijn verdragsverplichtingen niet is nagekomen, en die lidstaat het met redenen omkleed advies van de Commissie niet opvolgt (arrest van 24 januari 1995, Commissie/Nederland, C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punt 13).

23 Wat de vraag betreft, of Ierland verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gedraging van de Forestry Board als aanbestedende dienst, kan worden volstaan met vast te stellen, dat de richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten elk nuttig effect zouden missen wanneer de gedraging van een aanbestedende dienst niet aan de betrokken lidstaat kon worden aangerekend.

24 Hieruit volgt, dat het beroep ontvankelijk is.

Ten gronde

25 De Commissie meent, dat alleen richtlijn 77/62 ter zake dienend is. Gelet op de verschillende bepalingen die de status van de Forestry Board regelen, in hun onderlinge samenhang gelezen, moet de Board worden geacht te behoren tot de staat, in de zin die het Hof in zijn arrest van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635), aan die term heeft gegeven.

26 In dat arrest heeft het Hof een functionele uitlegging gegeven aan het begrip staat in de zin van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), die dezelfde definitie van het begrip aanbestedende dienst bevatte als richtlijn 77/62. Volgens die uitlegging moet een lichaam

waarvan de samenstelling en de taak bij wet zijn geregeld en dat afhankelijk is van de overheid, worden geacht tot de staat te behoren, ook indien het er formeel geen deel van uitmaakt.

27 Overigens meent de Commissie, dat de Forestry Board ook kan worden beschouwd als een andere openbare instelling wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen, als bedoeld in bijlage I, punt VI, bij richtlijn 77/62.

28 Volgens de Ierse regering kan de Forestry Board niet worden aangemerkt als een aanbestedende dienst, noch in de zin van richtlijn 77/62, noch in de zin van richtlijn 93/36.

29 De Forestry Board is een particuliere onderneming waarop de bepalingen van de Companies Act (vennootschapswet) van toepassing zijn. Het is dus een aan de staat toebehorende commerciële vennootschap. De bevoegdheden inzake aanstelling en ontslag van de bestuurders van de Forestry Board en inzake het bepalen van het algemene beleid zijn dus niet ruimer dan de bevoegdheden overeenkomstig de statuten van een particuliere vennootschap die nagenoeg geheel in handen van één aandeelhouder is. In zijn dagelijkse bedrijfsvoering treedt de Forestry Board daarentegen zelfstandig op en op de plaatsing van opdrachten heeft de staat geen enkele invloed.

30 Ierland betwist echter niet, dat de Forestry Board, indien deze als aanbestedende dienst moest worden aangemerkt, een bericht van aanbesteding van de betrokken overheidsopdracht had moeten publiceren.

31 Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat enkel richtlijn 77/62 op de feiten van deze zaak van toepassing kan zijn. Op het moment immers waarop de oproep tot

inschrijving uitging, en zelfs op het moment waarop de opdracht werd gegund, was de termijn voor uitvoering van richtlijn 93/36 nog niet verstreken en had Ierland de richtlijn ook nog niet ten uitvoer gelegd.

32 Met betrekking tot de vraag of de Forestry Board een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 77/62, moet worden opgemerkt dat hij, anders dan het lichaam waarom het ging in het arrest Beentjes (reeds aangehaald), rechtspersoonlijkheid bezit. Het staat trouwens vast, dat de Board geen overheidsopdrachten verleent voor rekening van de staat of van een territoriaal lichaam.

33 In die omstandigheden kan de Forestry Board niet worden aangemerkt als een staatsorgaan of een territoriaal lichaam in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 77/62. Blijft nog te onderzoeken, of hij behoort tot de met een publiekrechtelijke rechtspersoon overeenkomende eenheden, genoemd in bijlage I bij richtlijn 77/62.

34 Voor Ierland worden in deze bijlage als aanbestedende diensten aangewezen de andere openbare instellingen wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen.

35 Er zij aan herinnerd, dat de coördinatie op gemeenschapsniveau van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen ertoe dient, belemmeringen van het vrije verkeer van goederen te voorkomen.

36 Om volle werking te geven aan het beginsel van vrij verkeer moet het begrip aanbestedende dienst een functionele uitlegging krijgen (zie, in deze zin, arrest van 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, Jurispr. blz. I-6281, punt 62).

37 Daarbij is van belang, dat het de staat is die de Forestry Board heeft opgericht en hem bepaalde taken heeft toegewezen, in de eerste plaats het beheer van de nationale bossen en de opbouw van een bosbouwnijverheid, maar ook de exploitatie van diverse inrichtingen in het algemeen belang. Het is ook de staat die bevoegd is de hoofdbestuurders van de Forestry Board aan te stellen.

38 De bevoegdheid van de minister om de Forestry Board aanwijzingen te geven, met name om hem te verplichten de grote lijnen van het overheidsbeleid inzake de bosbouw te volgen, of diensten of inrichtingen te exploiteren, alsmede de aan die minister en aan de minister van Financiën toegekende bevoegdheden op financieel gebied, geven de staat bovendien de mogelijkheid de economische activiteit van de Forestry Board te controleren.

39 Ofschoon dus geen enkele bepaling er uitdrukkelijk in voorziet, dat de staatscontrole zich specifiek uitstrekt tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen aan de Forestry Board, kan de staat een dergelijke controle ten minste indirect uitoefenen.

40 Uit het voorgaande volgt, dat de Forestry Board moet worden aangemerkt als een „openbare instelling wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen" in de zin van bijlage I, punt VI, bij richtlijn 77/62.

41 Dit betekent, dat de Forestry Board een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 77/62 en bijgevolg verplicht was in het hier besproken geval een bericht van aanbesteding te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

42 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat waar de Forestry Board geen bericht van aanbesteding voor een opdracht tot levering van kunstmest heeft doen plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, Ierland de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295.

Kosten

43 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien Ierland in het ongelijk is gesteld, dient het in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende, verstaat:

1) **Waar de Coillte Teoranta geen bericht van aanbesteding voor een opdracht tot levering van kunstmest heeft doen plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, is Ierland de verplichtingen niet nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988.**

2) **Ierland wordt verwezen in de kosten.**

Puissochet Jann Moitinho de Almeida

Gulmann Wathelet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 december 1998.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

J.-P. Puissochet