DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 17 december 1998 *

I mål C-353/96,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av juridiske chefsrådgivaren Richard Wainwright, i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

sökande,

mot

Irland, företrätt av Michael A. Buckley, Chief State Solicitor, i egenskap av ombud, biträdd av Eoghan Fitzsimons, SC, och Feargal O'Dubhghaill, BL, delgivningsadress: Irlands ambassad, 28, route d'Arlon, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om fastställelse av att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget genom att inte följa bestämmelserna i rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1), i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 (EGT L 127, s. 1), och i synnerhet genom att underlåta att i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggöra ett meddelande om upphandling avseende leverans av gödningsmedel till Irish Forestry Board (Coillte Teoranta),

meddelar

* Rättegångsspråk: engelska.

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna P. Jann (referent), J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann och M. Wathelet,

generaladvokat: S. Alber,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören D. Louterman-Hubeau,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 28 maj 1998 av: kommissionen, företrädd av Richard Wainwright och Irland, företrätt av Michael A. Buckley, biträdd av Donal O'Donnell, SC,

och efter att den 16 juli 1998 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har genom ansökan, som inkom till domstolens kansli den 29 oktober 1996, med stöd av artikel 169 i EG-fördraget väckt talan om fastställelse av att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget genom att inte följa bestämmelserna i rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1), i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 (EGT L 127, s. 1), och i synnerhet genom att underlåta att i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggöra ett meddelande om upphandling avseende leverans av gödningsmedel till Irish Forestry Board (Coillte Teoranta).

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

2 Fram till år 1994 reglerades den offentliga upphandlingen av varor i gemenskapen genom direktiv 77/62, i dess lydelse enligt bland annat rådets direktiv 88/295.

3 I artikel 1 i direktiv 77/62 ges följande definition av begreppet "upphandlande myndighet":

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

b) 'upphandlande myndigheter': statliga, regionala eller lokala myndigheter och de juridiska personer som lyder under offentlig rätt som anges i bilaga 1, eller — i de medlemsstater i vilka detta begrepp inte används — de i denna bilaga angivna organ som motsvarar nämnda juridiska personer.

..."

4 I bilaga 1 punkt VI till direktiv 77/62 anges närmare att sådana motsvarande organ i Irland är "andra myndigheter som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn".

5 Direktiv 77/62 upphävdes genom rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1). Sistnämnda direktiv skulle införlivas med den nationella rätten senast den 14 juni 1994, vilket dock inte skedde i Irland.

6 I artikel 1 i direktiv 93/36 anges följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

b) 'upphandlande myndigheter': statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

'Ett organ som lyder under offentlig rätt' är varje organ:

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,

och

— som är juridisk person,

och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

..."

7 Artikel 3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48) har följande lydelse:

"1. Kommissionen får tillgripa prövningsförfarandet enligt denna artikel, om den innan ett upphandlingskontrakt slutits anser, att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling inom områdena för direktiven 71/305/EEG och 77/62/EEG.

2. Kommissionen skall underrätta den berörda medlemsstaten och den upphandlande myndigheten om de skäl, som föranlett bedömningen att en klar och konkret överträdelse föreligger och kräva rättelse.

3. Inom 21 dagar från mottagandet av underrättelsen enligt punkt 2 skall medlemsstaten till kommissionen avge

a) bekräftelse på att överträdelsen har rättats till,

b) förklaring till varför rättelse ej skett, eller

c) uppgift om att upphandlingsförfarandet har avbrutits, antingen på upphandlingsmyndighetens eget initiativ, eller på grundval av maktbefogenheter som givits i artikel 2.1 a.

4. En förklaring enligt punkt 3 b kan bl. a. vila på, att den påstådda överträdelsen redan är föremål för rättslig eller annan undersökning eller prövningsförfarande enligt artikel 2.8. I sådant fall måste medlemsstaten underrätta kommissionen om resultatet av detta, så snart det blir känt.

5. ..."

De faktiska omständigheterna i målet

8 Coillte Teoranta (Irish Forestry Board), är ett privaträttsligt bolag som bildades på grundval av artikel 9 i 1988 års Forestry Act (irländsk lag om skogsbruk från 1988, nedan kallad lagen).

9 Enligt bestämmelserna i denna lag ansvarar Coillte Teoranta för skogsbruk och därmed sammanhängande verksamhet. Denna verksamhet skall bedrivas på marknadsmässiga grunder. Coillte Teoranta har vidare som mål att, i enlighet med den praxis som etablerats på området, skapa och underhålla en skogsindustri och tillsammans med andra ägna sig åt skogsbruk som är förenligt med nämnda mål.

10 Coillte Teoranta, som är ägare till 12 nationalparker till vilka tillträdet är fritt, tillhandahåller även, enligt artikel 3.14 i bolagsordningen, fritids-, idrotts- och utbildningsanläggningar samt vetenskapliga och kulturella anläggningar.

11 Den irländska regeringen har på Coillte Teoranta överlåtit mark och andra tillgångar värda ungefär 700 miljoner irländska pund. I gengäld överläts aktierna i bolaget på energiministern, som således innehar aktiemajoritet i bolaget.

12 Vad gäller Coillte Teorantas struktur, framgår det av såväl lagen som bolagsordningen att bolaget har bildats av energiministern (nedan kallad ministern), att dess bolagsordning samt eventuella ändringar i denna skall godkännas av ministern (artiklarna 11 och 15), att styrelsen och dess ordförande ("chairman") utses av

ministern och att denne även bestämmer deras lön (artikel 15.2 b och d), att den verkställande direktören ("first Chief Executive") utses av ministern och utövar sina befogenheter enligt ministerns instruktioner (artikel 35), att bolagets styrekonomer måste godkännas av ministern (artikel 15.2 e) och att bolaget måste följa statens allmänna riktlinjer och ministeriella instruktioner i fråga om löner, lönetillägg och arbetsvillkor för dess anställda (artikel 36). Vissa beslut av ministern måste godkännas av finansministern.

13 Coillte Teoranta är i sin verksamhet skyldigt att beakta följande. Ministern kan lämna skriftliga instruktioner som förpliktar bolaget att följa statens allmänna politiska riktlinjer beträffande skogsbruk, som förpliktar bolaget att inrätta eller underhålla bestämda tjänster och anläggningar, eller att använda bestämda markområden till specifika ändamål (artikel 38 i lagen). Coillte Teoranta är skyldigt att konsultera finansministern i fråga om skogsbruket i vissa områden som är av vetenskapligt intresse (artikel 13). Bolaget skall varje år till ministern lämna förslag på ett program för inköp och försäljning av markområden (artikel 14). Inrättande och förvärv av filialer skall godkännas av ministern (artikel 15.2 g). På de två ministrarnas begäran skall det hållas bolagsstämma (punkt 15 i bolagsordningen). Bolagets årsrapport och dess revisionsberättelse skall presenteras för det irländska parlamentet (artiklarna 30 och 31 i lagen).

14 Vad gäller finansieringen framgår av bestämmelserna i fråga att Coillte Teorantas aktiekapital måste godkännas av finansministern (artikel 10 i lagen). Bolaget får inte ta upp lån utan ministerns godkännande (artikel 24), samtidigt som finansministern kan lämna garantier för återbetalningen av varje lånat belopp (artikel 25). Bolaget kan investera en summa på upp till 250 000 IRL i kontrollen av andra företag. Detta belopp kan ökas med ministerns och finansministerns tillstånd (artikel 15.2 h). Den sistnämnde kan för övrigt ställa olika belopp till bolagets förfogande och därvid uppställa bestämda villkor och ange bestämda ändamål.

15 Den 10 mars 1994 uppmanade Coillte Teoranta leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av gödningsmedel för perioden 1 april 1994—31 mars 1995. Upphandlingens värde översteg 200 000 ECU. Det offentliggjordes inte något meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Den 30 maj 1994 bestämde Coillte Teoranta vem som skulle tilldelas upphandlingskontraktet. Den 21 juni 1994 väckte Connemara Machine Turf Co. Ltd, ett bolag vars anbud hade avslagits, vid High Court talan mot tilldelningen av kontraktet.

16 Den 18 maj 1994, det vill säga före upphandlingskontraktets tilldelning, erhöll kommissionen ett klagomål beträffande Coillte Teorantas tillvägagångssätt i samband med anbudsinfordran. I enlighet med artikel 3.1 i direktiv 89/665 sände kommissionen den 30 juni 1994 en skrivelse till den irländska regeringen. I denna skrivelse uttryckte kommissionen tvekan angående frågan huruvida kontraktet tilldelats i överensstämmelse med gemenskapsreglerna om offentlig upphandling av varor. Kommissionen påpekade dessutom att denna skrivelse skulle betraktas som en uppmaning enligt artikel 169 i fördraget. Kommissionen gjorde i huvudsak gällande att Coillte Teoranta såsom upphandlande myndighet inte hade offentliggjort något meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* enligt bestämmelserna i direktiv 77/62, och särskilt artikel 9 i detta.

17 Den irländska regeringen bestred i en skrivelse av den 22 juli 1994 de av kommissionen anförda argumenten. Den gjorde gällande att förfarandet enligt artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 89/665 inte var tillämpligt, eftersom kontraktet hade ingåtts innan regeringen erhållit kommissionens skrivelse. Dessutom var den påstådda överträdelsen redan föremål för rättslig undersökning inför en nationell irländsk domstol i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 89/665. Den irländska regeringen anförde vidare att Coillte Teoranta i alla händelser inte var någon upphandlande myndighet, varken i den mening som avses i direktiv 93/36 eller i direktiv 77/62. Enligt den irländska regeringen har Irland införlivat direktiven med nationell rätt på ett korrekt sätt. Även om gemenskapsreglerna om offentlig upphandling av varor skulle ha åsidosatts, vore förfarandet enligt artikel 169 i fördraget olämpligt, eftersom det var möjligt att vidta en annan rättslig åtgärd, nämligen den som föreskrivs i direktiv 89/665.

18 Då kommissionen inte var nöjd med detta svar sände den den 23 februari 1996 i enlighet med artikel 169 första stycket i fördraget ett motiverat yttrande till Irland. Irland besvarade detta genom skrivelse av den 7 juni 1996, i vilken landet bekräftade den position som det hade intagit i föregående skrivelse.

19 Mot denna bakgrund väckte kommissionen föreliggande talan om fördragsbrott.

Upptagande till sakprövning

20 Utan att formellt bestrida att talan kan tas upp till sakprövning har den irländska regeringen ställt frågan huruvida ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget kan inledas när det finns andra medel att avhjälpa ett eventuellt fördragsbrott, såsom de medel som föreskrivs i artikel 3 i direktiv 89/665.

21 Den irländska regeringen har vidare anfört följande. Eftersom talan väcktes vid High Court den 21 juni 1994 är det artikel 3.4 i direktiv 89/665 som är tillämplig i förevarande fall. Det är inom ramen för denna talan som en eventuell överträdelse av de tillämpliga bestämmelserna om offentlig upphandling skall bedömas. Överträdelsen skulle för övrigt inte ha begåtts av Irland, utan av Coillte Teoranta, i den mån det senare kan anses vara en upphandlande myndighet.

22 I detta hänseende skall erinras om att det särskilda förfarandet enligt direktiv 89/665 utgör en förebyggande åtgärd som inte kan avvika från eller ersätta de befogenheter som kommissionen har enligt artikel 169 i fördraget. Den sistnämnda

bestämmelsen ger i själva verket kommissionen handlingsfrihet att väcka talan vid domstolen när den bedömer att en medlemsstat har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget och att medlemsstaten inte anpassar sig till kommissionens motiverade yttrande (dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna, REG 1995, s. I-157, punkt 13).

23 Vad gäller frågan huruvida Irland kan hållas ansvarigt för Coillte Teorantas förhållningssätt såsom upphandlande myndighet är det tillräckligt att konstatera att direktiven rörande offentlig upphandling skulle förlora sin ändamålsenliga verkan om inte den berörda medlemsstaten kunde hållas ansvarig för en upphandlande myndighets handlingar.

24 Därav följer att talan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

25 Enligt kommissionens uppfattning är endast direktiv 77/62 tillämpligt. Mot bakgrund av den kombinerade effekten av de olika bestämmelserna som reglerar Coillte Teorantas rättsliga ställning anser kommissionen att bolaget skall anses vara en statlig myndighet i den mening som domstolen har gett detta begrepp i domen av den 20 september 1988 i målet Beentjes (mål 31/87, REG 1988, s. 4635).

26 Domstolen skulle i målet Beentjes ha tolkat det i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5) använda begreppet statlig myndighet med hänsyn till dess funktion. Den i direktiv 71/305/EEG angivna definitionen av begreppet upphandlande myndighet skulle vara identisk med den definition som

återfinns i direktiv 77/62. I enlighet med denna tolkning borde ett organ vars sammansättning och funktioner regleras i lagen och som i stor utsträckning är beroende av staten anses vara en statlig myndighet, även om organet rent formellt inte är någon statlig myndighet.

27 Kommissionen anser dessutom att Coillte Teoranta även kan anses vara en myndighet som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn i den mening som avses i bilaga 1 punkt VI till direktiv 77/62.

28 Enligt den irländska regeringen kan Coillte Teoranta inte anses vara någon upphandlande myndighet, varken i den mening som avses i direktiv 77/62 eller i direktiv 93/36.

29 Coillte Teoranta är enligt den irländska regeringen ett privat företag, för vilket bestämmelserna i bolagslagen (Companies Act) gäller. Det är alltså ett kommersiellt bolag som tillhör staten. Staten utser och avsätter visserligen de ansvariga i bolaget och drar upp allmänna riktlinjer för dess verksamhet, men dessa befogenheter går inte längre än de som följer av bolagsordningen för ett privat bolag som nästan helt innehas av en enda aktieägare. Den löpande verksamheten bedrivs däremot oberoende av staten, som inte heller har något inflytande över tilldelningen av upphandlingskontrakt.

30 Irland har däremot inte bestritt att om Coillte Teoranta skall anses vara en upphandlande myndighet, borde den ha offentliggjort ett meddelande om upphandlingen i fråga.

31 Inledningsvis skall fastslås att endast direktiv 77/62 är tillämpligt på de faktiska omständigheterna i förevarande fall. Vid tiden för anbudsinfordran och även vid

tidpunkten för tilldelningen av upphandlingskontraktet i fråga hade fristen för genomförande av direktiv 93/36 nämligen ännu inte löpt ut och Irland hade ännu inte genomfört direktivet.

32 Vad gäller frågan huruvida Coillte Teoranta är en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktiv 77/62 skall påpekas att, i motsats till det organ som domen i det ovannämnda målet Beentjes handlade om, är bolaget en juridisk person. Det står för övrigt klart att Coillte Teoranta inte tilldelar upphandlingskontrakt för någon statlig, regional eller lokal myndighets räkning.

33 Mot denna bakgrund kan Coillte Teoranta inte anses vara en statlig, regional eller lokal myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 77/62. Det måste dock undersökas huruvida bolaget kan anses vara ett organ som motsvarar en juridisk person som lyder under offentlig rätt enligt bilaga 1 till direktiv 77/62.

34 Uppräkningen i den bilagan omfattar för Irlands del andra myndigheter som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn.

35 Vidare skall det erinras om att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling av varor avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor.

36 För att ge full verkan åt principen om fri rörlighet måste begreppet upphandlande myndighet tolkas funktionellt (se i det avseendet dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding, REG 1998, s. I-6821, punkt 62).

37 På denna punkt bör understrykas att staten har bildat Coillte Teoranta och att staten har anförtrott bolaget bestämda uppgifter, vilka huvudsakligen består i att värna om de nationella skogsområdena och skogsindustrin, men även i att tillhandahålla olika anläggningar i det allmänna intresset. Det är dessutom staten som utser de huvudansvariga i bolaget.

38 Även ministerns möjlighet att ge Coillte Teoranta instruktioner, särskilt för att förplikta bolaget att följa statens allmänna politiska riktlinjer eller för att inrätta eller underhålla bestämda tjänster och anläggningar, samt de maktbefogenheter som denna minister och finansministern har på finansområdet, ger staten möjlighet att kontrollera bolagets ekonomiska verksamhet.

39 Även om det inte finns någon bestämmelse som uttryckligen föreskriver att statens kontroll specifikt omfattar Coillte Teorantas tilldelning av upphandlingskontrakt, kan staten således i varje fall indirekt utöva en sådan kontroll.

40 Av vad anförts följer att Coillte Teoranta skall anses vara en "annan myndighet som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn" i den mening som avses i bilaga 1 punkt VI till direktiv 77/62.

41 Coillte Teoranta är således en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktiv 77/62. Följaktligen var bolaget i förevarande fall skyldigt att offentliggöra ett meddelande om upphandling i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

42 Det skall därför fastställas att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 77/62/EEG, i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/295/EEG, då Coillte Teoranta inte har offentliggjort ett meddelande om upphandling avseende leverans av gödningsmedel i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Rättegångskostnader

43 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Irland har tappat målet och skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, i dess lydelse enligt rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988, då Coillte Teoranta inte har offentliggjort ett meddelande om upphandling avseende leverans av gödningsmedel i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

2) Irland skall ersätta rättegångskostnaderna.

Puissochet Jann Moitinho de Almeida

Gulmann Wathelet

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 december 1998.

R. Grass

Justitiesekreterare

J.-P. Puissochet

Ordförande på femte avdelningen