DOMSTOLENS DOM
11. juli 1991 *

I sag C-247/89,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Antonio Caeiro, Rafael Pellicer og Luis Miguel Antunes, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Guido Berardis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Den Portugisiske Republik ved João Mota de Campos, Luís Inêz Fernandes, direktør for Den Juridiske Tjeneste i Udenrigsministeriets EF-Direktorat, Domingos Oehen Gonçalves, direktør for Finansministeriets EF-Kontor og Jaime Pina Gomes, EF-Kontoret i Ministeriet for Offentlige Arbejder, Trafik og Kommunikation, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Portugisiske Ambassade, 33, allée Scheffer,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976, især artikel 9 (EFT 1977 L 13, s. 1), idet den ikke har tilsendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en bekendtgørelse om et offentligt udbud, iværksat af virksomheden Aeroportos e Navegação Aérea, vedrørende levering og opstilling af en telefoncentral i Lissabons lufthavn, med henblik på offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*,

* Processprog: portugisisk.

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, O. Due, afdelingsformændene G. F. Mancini, T. F. O'Higgins, J. C. Moitinho de Almeida, M. Díez de Velasco samt dommerne C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler, M. Zuleeg og P. J. G. Kapteyn,

generaladvokat: C. O. Lenz
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 23. januar 1991,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. marts 1991,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning, indleveret til Domstolens Justitskontor den 4. august 1989, har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-Traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den 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), især artikel 9, idet den ikke har tilsendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en bekendtgørelse om et offentligt udbud, iværksat af virksomheden Aeroportos e Navegação Aérea, vedrørende levering og opstilling af en telefoncentral i Lissabons lufthavn, med henblik på offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

2 Artikel 1, litra a), i direktiv 77/62, definerer offentlige indkøbsaftaler som gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) og en ordregivende myndighed vedrørende levering af varer. Arti-

kel 1, litra b), definerer ordregivende myndigheder som 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.

3 Ved bestemmelserne i artikel 26 og i bilag I, punkt IX D, i akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse og tilpasningerne af Traktaterne (EFT 1985 L 302, s. 21, og 139, herefter benævnt »tiltrædelsesakten«), blev der gjort følgende tilføjelse til den i bilag I til direktiv 77/62 indeholdte fortegnelse over de i artikel 1, litra b), omhandlede offentligretlige juridiske personer, og hvad der svarer hertil:

»...

XIII. Portugal:

Offentligeretlige juridiske personer, hvis indgåelse af offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol.«

4 Ifølge artikel 9 i direktiv 77/62 er de ordregivende myndigheder, som ønsker at udbyde et offentligt indkøb, forpligtet til hurtigst muligt og ved den bedst egnede forsendelsesmåde at tilstille Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer den bekendtgørelse, hvorved de giver meddelelse om indkøbet, med henblik på offentliggørelse i EF-Tidende.

5 Ifølge artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62 er offentlige indkøbsaftaler, som indgås af transportvirksomheder, undtaget fra direktivet.

6 Direktiv 77/62 skulle i henhold til tiltrædelsesaktens artikel 392 og 395 være gennemført i portugisisk ret inden den 1. januar 1986.

7 Aeroportos e Navegação Aérea (herefter benævnt »ANA-EP«) er en offentlig virksomhed, der har status som offentligretlig juridisk person, og er oprettet ved lovdekret nr. 246/79 af 25. juli 1979 (*Diario da República*, nr. 170, serie I). Ifølge dette lovdekret og ANA-EP's vedtægter, som er indeholdt i bilaget hertil, forestår ANA-EP drift og udvikling af den offentlige tjeneste for støtte til civil luftfart med det formål at lede, dirigere og kontrollere lufttrafikken, sikre flyenes afgang og ankomst, samt at passagerer, fragt og post bringes om bord, transporteres og forlader flyene. ANA-EP har endvidere til opgave at varetage aktiviteterne og tjenesten i forbindelse med de eksisterende lufthavns- og luftfartsinfrastrukturer, bl.a. Lissabons lufthavn. Endelig forestår ANA-EP gennemførelsen af undersøgelser, planlægning, tilvejebringelse og udvikling af nye infrastrukturer i forbindelse med civile lufthavne og civil luftfart.

8 I 1987 udskrev ANA-EP en licitation vedrørende levering og opstilling af en telefoncentral i Lissabons lufthavn. Dette skete ved indrykning af en annonce i det nummer af det portugisiske ugeblad *Expresso*, som udkom den 29. august 1987.

9 Kommissionen fik kendskab til annoncen og fandt, at samtlige betingelser for at anvende direktiv 77/62 var opfyldt, samt at direktivets undtagelsesbestemmelser vedrørende de områder, som er undtaget fra direktivet, ikke kunne finde anvendelse.

10 Da Kommissionen således måtte konstatere, at ANA-EP i sin egenskab af ordregivende myndighed ikke havde opfyldt sin forpligtelse efter artikel 9 i direktiv 77/62 til at sende Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om licitationen, tilstillede Kommissionen den 22. september 1987 den portugisiske regering en åbningsskrivelse.

11 I sin svarskrivelse af 20. oktober 1987 indvendte den portugisiske regering, at direktiv 77/62 ikke kunne finde anvendelse.

12 Da Kommissionen imidlertid ikke fandt, at den portugisiske regerings argumentation for at undlade at offentliggøre meddelelsen om licitationen i *De Europæiske*

Fællesskabers Tidende var overbevisende, fremsatte Kommissionen den 21. november 1988 en begrundet udtalelse i henhold til Traktatens artikel 169, stk. 1, hvori den opfordrede den portugisiske regering til at træffe de foranstaltninger, som var nødvendige for at efterkomme udtalelsen inden en måned efter dens meddelelse.

13 I sit svar på den begrundede udtalelse tilkendegav den portugisiske regering, at den havde til hensigt at ændre den portugisiske lovgivning. Da Kommissionen imidlertid ikke fandt, at dette var nogen tilfredsstillende løsning, besluttede den at anlægge nærværende traktatbrudssag.

14 Vedrørende sagens forhistorie og retlige baggrund samt parternes anbringender og argumenter henvises i øvrigt til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

Formaliteten

15 Den portugisiske regering har påstået sagen afvist. Den fremfører flere argumenter til støtte herfor, for det første, at det påståede traktatbrud ikke kan tilregnes Den Portugisiske Republik, for det andet, at der er modstrid mellem grundene i den begrundede udtalelse og i stævningen, og for det tredje, at Kommissionen har forholdt sig tvetydigt under den administrative procedure og ikke har givet regeringen en tilstrækkelig lang frist i den begrundede udtalelse.

16 Til støtte for argumentet om, at det påståede traktatbrud ikke kan tilregnes Portugal, anfører regeringen nærmere, at en medlemsstat efter artikel 9 i direktiv 77/62 kun har pligt til at offentliggøre de meddelelser om licitationer i EF-Tidende, for hvilke staten selv er ordregivende myndighed, og at ANA-EP er en selvstændig juridisk person i forhold til staten. Staten kan derfor ikke gøres ansvarlig for ANA-EP's undladelse af at offentliggøre sine licitationer. Desuden er direktivet endnu ikke er gennemført i portugisisk ret, hvorfor ANA-EP ikke har nogen pligt til at offentliggøre meddelelser om dens offentlige indkøb.

17 Heroverfor anfører Kommissionen, at ANA-EP er en ordregivende myndighed efter direktiv 77/62, da den portugisiske stat fører kontrol med indgåelsen af virksomhedens offentlige indkøbsaftaler, hvorfor ansvaret for, at ANA-EP har undladt at offentliggøre sine licitationer, falder tilbage på den portugisiske stat. Denne fortolkning af direktivet berøres ikke af, at den portugisiske stat endnu ikke har gennemført direktivet i national ret.

18 Vedrørende det anførte bemærkes, at det findes tilstrækkeligt at konstatere, at spørgsmålet om, hvorvidt ANA-EP's handlemåde kan tilregnes Den Portugisiske Republik, forudsætter en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for traktatbrudssagen, som bør foretages i forbindelse med gennemgangen af sagens realitet og ikke dens formalitet.

19 Dette spørgsmål skal derfor udskydes til gennemgangen af realiteten.

20 Til støtte for argumentet om, at der modstrid mellem de grunde, der er anført i henholdsvis den begrundede udtalelse og i stævningen, anfører den portugisiske regering nærmere, at Kommissionen i den begrundede udtalelse betegnede ANA-EP som ordregivende myndighed i direktivets forstand under henvisning til, at virksomhedens udbydelse af offentlige indkøb var betinget af en godkendelse fra den portugisiske regering, mens den i stævningen gjorde gældende, at det ikke ville ændre ANA-EP's status som ordregivende myndighed efter direktivet, selv om man ophævede kravet om indhentning af godkendelse til offentlige indkøb. Videre anfører regeringen, at Kommissionens holdning var tvetydig, fordi den på intet tidspunkt nærmere præciserede, hvilken slags foranstaltninger der var nødvendige for at bringe traktatbruddet til ophør. Kommissionen gjorde heller ikke indsigelser, da den portugisiske regering tilkendegav at ville afskaffe pligten til indhentning af statens godkendelse til visse offentlige indkøb. Endelig anfører den portugisiske regering, at den frist, som var fastsat i den begrundede udtalelse, ikke var tilstrækkelig lang for regeringen til at gennemføre en lovændring.

21 Heroverfor anfører Kommissionen, at der ikke kan gives regeringen medhold i nogen af disse argumenter. Kommissionen har ikke under sagens gang ændret sin beskrivelse af den handlemåde fra den portugisiske stats side, som påtales. Påtalen

i såvel den begrundede udtalelse som i stævningen vedrører ANA-EP's tilsidesættelse af pligten til at offentliggøre meddelelsen om den udskrevne licitation. Kommissionen har på intet tidspunkt opfordret regeringen til at ændre den portugisiske lovgivning. Endvidere er Kommissionen ikke i sin begrundede udtalelse forpligtet til at præcisere, hvilke foranstaltninger der bør træffes for at bringe traktatbruddet til ophør. Den frist, som var fastsat i den begrundede udtalelse, var både rimelig og tilstrækkelig lang, da Kommissionens første henvendelse til den portugisiske regering skete allerede den 28. september 1987 med fremsendelsen af åbningsskrivelsen.

22 Vedrørende det anførte bemærkes, at den begrundede udtalelse ifølge Domstolens praksis skal indeholde en sammenhængende og detaljeret redegørelse for Kommissionens grunde til at antage, at den pågældende stat har tilsidesat en af sine forpligtelser efter Traktaten (jf. dom af 28.3.1985, sag 274/83, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1077). Kommissionen har dog ikke pligt til i den begrundede udtalelse at angive, hvilke foranstaltninger, den mener, vil kunne bringe det påtalte traktatbrud til ophør.

23 Det fremgår af selve ordlyden af den begrundede udtalelse, som er vedlagt sagens akter, at den opfylder de krav, Domstolen stiller i sin praksis. Kommissionen har heri givet en tilstrækkelig detaljeret redegørelse for sagens faktiske og retlige baggrund og dens grunde til at antage, at Den Portugisiske Republik havde tilsidesat sin forpligtelse efter artikel 9 i direktiv 77/62. Kommissionen har på intet tidspunkt under den forudgående administrative procedure eller sagen for Domstolen ændret sin opfattelse på dette punkt, som derfor ikke kan betegnes som tvetydig.

24 Det må videre konstateres, at argumentationen i den begrundede udtalelse og stævningen i det væsentlige er den samme og vedrører samme klagepunkt, nemlig at artikel 9 i direktiv 77/62 er tilsidesat.

25 Hvad angår fristen i den begrundede udtalelse bemærkes, at det af Kommissionen påtalte traktatbrud blev bragt til den portugisiske regerings kundskab ved åbningsskrivelsen af 28. september 1987, dvs. mere end et år før Kommissionen fremsatte den begrundede udtalelse, hvilket skete den 21. november 1988. Det må endvidere fremhæves, at den portugisiske regering lige fra begyndelsen af den administrative

procedure bestred at have begået noget traktatbrud og herved henviste til, dels at direktiv 77/62 ikke kunne finde anvendelse, dels at traktatbruddet ikke kunne tilregnes den portugisiske stat. Herefter må den frist på en måned, som Kommissionen havde givet den portugisiske regering i den begrundede udtalelse til at efterkomme sine forpligtelser, betragtes som både rimelig og tilstrækkelig lang.

26 Herefter må anbringenderne til støtte for afvisningspåstanden forkastes.

Realiteten

27 Kommissionen har gjort gældende, at ANA-EP efter direktivets artikel 9 var forpligtet til at sende meddelelsen om den omhandlede licitation til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer med henblik på, at den blev offentliggjort i EF-Tidende, da samtlige betingelser for at anvende artikel 9 var opfyldt, og ingen af direktivets undtagelsesbestemmelser kunne finde anvendelse.

28 Heroverfor har den portugisiske regering anført, at direktivets bestemmelser ikke kunne finde anvendelse på det her i sagen omhandlede udbud.

29 Til støtte herfor anfører regeringen nærmere, for det første, at den virksomhed, som ANA-EP udøver i medfør af lovdekret nr. 246/79 og sine vedtægter, og den virksomhed, som flytransporten udgør, er uadskilleligt forbundne med hinanden og indbyrdes supplerende. Som følge heraf må ANA-EP anses for en transportvirksomhed efter direktivets artikel 2, stk. 2, litra a), hvis offentlige indkøbsaftaler ikke er omfattet af direktivet.

30 Den portugisiske regering henviser endvidere til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1). Dette direktiv omfatter bl.a. offentlige indkøb inden for de sektorer, som er udelukket

navnlig fra anvendelsesområdet for direktiv 77/62, som senest ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1). Den omstændighed, at ANA-EP udtrykkeligt er nævnt blandt de organer, som er omfattet af direktiv 90/531, er efter den portugisiske regerings opfattelse et bevis for, at ANA-EP ikke er omfattet af direktiv 77/62.

31 Den portugisiske regering fremhæver desuden, at artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62, som undtager »transportvirksomheder« fra direktivet, har et videre anvendelsesområde end den nye version af samme bestemmelse, som affattet ved artikel 3 i direktiv 88/295. Denne sidste bestemmelse undtager nemlig kun »land-, luft-, sø- og flodtransportvirksomheder« fra direktiv 77/62. Forskellen på de to versioner godtgør, at organer, der i lighed med ANA-EP varetager tjenesteydelser på landjorden, var omfattet af den version af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62, som var i kraft på det tidspunkt, da den her i sagen omhandlede licitation blev udskrevet.

32 Heroverfor har Kommissionen anført, at ANA-EP ikke er nogen transportvirksomhed efter direktiv 77/62. Kommissionen henviser til støtte herfor til det vademecum, den har udsendt vedrørende offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter i EF (EFT 1987 C 358, s. 1). Den gør herved nærmere gældende, at direktivets artikel 2, stk. 2, litra a), som bør fortolkes indskrænkende, alene sigter til organisationer, som varetager transporten af personer og gods fra et sted til et andet. Den nye version af artikel 2, stk. 2, litra a), som er indført ved direktiv 88/295, har udelukkende til formål at klargøre og ikke at ændre bestemmelsens anvendelsesområde. Endelig er den omstændighed, at ANA-EP er direkte nævnt i direktiv 90/531, blot en konkret bekræftelse af direktivets formål, som er at ligestille offentlige virksomheder og private organer, der forvalter lufthavne.

33 Vedrørende det anførte bemærkes for det første, at direktiv 77/62 ifølge den version af artikel 2, stk. 2, litra a), som var i kraft på det tidspunkt, da den her i sagen omhandlede licitation blev udskrevet, ikke omfatter offentlige indkøbsaftaler, som indgås af transportvirksomheder.

34 Dette begrundes i direktivets sjette og syvende betragtning med, at

»de organer, som for tiden i medlemsstaterne varetager transportvirksomhed, er dels af offentligretlig, dels af privatretlig karakter; i overensstemmelse med målene for den fælles transportpolitik bør der sikres lige behandling, ikke blot mellem virksomheder, som beskæftiger sig med samme transportgren, men også mellem disse virksomheder og dem, der beskæftiger sig med andre transportgrene,

indtil der er truffet foranstaltninger til samordning af de fremgangsmåder, der skal gælde for transportorganer, og hvorved der tages hensyn til de særlige omstændigheder, som er nævnt ovenfor, bør sådanne af de ovennævnte organer, som ellers ville være omfattet af direktivet på grund af deres retlige status, holdes uden for dets anvendelsesområde«.

35 Videre bemærkes, at begrebet »transportvirksomheder« i den version af direktivets artikel 2, stk. 2, litra a), som var i kraft på det i sagen relevante tidspunkt, må antages at omfatte sektoren for transportydelser som helhed.

36 Den virksomhed, ANA-EP udøver i medfør af lovdekret nr. 246/79 og vedtægterne, er nemlig snævert forbundet med flytransporten af personer og gods, som ikke ville kunne gennemføres uden den nødvendige infrastruktur og de ydelser, som lufthavnene stiller til rådighed.

37 Det må videre fremhæves, for det første, at den fælles transportpolitik, som omtales i de betragtninger, der er nævnt i præmis 34, også omfatter aktiviteter, uden hvilke den for transporten nødvendige infrastruktur ikke ville kunne fungere, og for det andet, at det i betragtningerne omtalte ligebehandlingskrav også gælder for de organer, som varetager aktiviteter og tjenesteydelser i forbindelse med de eksisterende lufthavns- og luftfartsinfrastrukturer i medlemsstaterne, og som dels er af offentligretlig, dels af privatretlig karakter.

38 Følgelig må et organ som ANA-EP, der varetager sådanne aktiviteter og sådanne tjenesteydelser, anses for en transportvirksomhed i henhold til den version af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62, som var i kraft på det tidspunkt, da den her i sagen omhandlede licitation blev udskrevet.

39 Dette bekræftes af det af Rådet vedtagne direktiv 90/531 af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, såvel af selve direktivets bestemmelser som af dettes anvendelsesområde.

40 I den forbindelse bemærkes, at dette direktiv, som tager sigte på at regulere fremgangsmåderne for indgåelse af aftaler inden for bl.a. transportsektoren, ifølge artikel 2, stk. 2, litra b), nr. ii), omfatter virksomhed, hvorved der til udnyttelse af et bestemt geografisk område stilles bl.a. lufthavne til rådighed for de transportvirksomheder, der opererer i luften, og at ANA-EP er nævnt i direktivets bilag VIII som en af de ordregivere, der opfylder de kriterier, der omtales i direktivets artikel 2, stk. 6.

41 Det fremgår endvidere klart af den sjette og syvende betragtning til direktiv 90/531, at transportsektoren er en af de sektorer, som er undtaget fra direktiv 77/62, senest som affattet ved direktiv 88/295.

42 Herefter kan der ikke gives Kommissionen medhold i dens argument om, at der skal anlægges en indskrænkende fortolkning af begrebet »transportvirksomheder« i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62.

43 Det følger af samtlige de anførte betragtninger, uden at det er nødvendigt at tage stilling til de øvrige anbringender, som den portugisiske regering har fremført til sit forsvar, at ANA-EP i sin egenskab af transportvirksomhed efter artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62, ikke var omfattet af direktivets anvendelsesområde på det tidspunkt, da den omhandlede licitation blev udskrevet, hvorfor påstanden om, at der er begået et traktatbrud, ikke kan tages til følge.

Sagens omkostninger

44 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Da Kommissionen har tabt sagen, bør den betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) Sagsøgte frifindes.

2) Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Due Mancini O'Higgins Moitinho de Almeida

Díez de Velasco Kakouris Schockweiler Zuleeg Kapteyn

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. juli 1991.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

O. Due
Præsident