RETSMØDERAPPORT
i sag C-247/89 *

I — Retsforskrifter og sagens gang

EF-forskrifter

Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 (EFT 1977 L 13, s. 1) angår samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. »Offentlige indkøbsaftaler« er i direktivets artikel 1, litra a), defineret som gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør og en ordregivende myndighed, og som angår levering af varer.

De ordregivende myndigheder er ifølge artikel 1, litra b), 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. Disse omfatter for Portugals vedkommende de offentligretlige juridiske personer, hvis indgåelse af offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol (jf. punkt XIII i bilag I til direktiv 77/62, som blev indsat ved akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse og tilpasningerne af Traktaterne; EFT 1985 L 302, s. 217).

Ifølge artikel 2, stk. 2, litra a), omfattes offentlige indkøbsaftaler, som indgås af transportvirksomheder, ikke af direktivet.

Ifølge direktivets artikel 5, stk. 1, litra a), er offentlige indkøb, hvis anslåede værdi uden merværdiafgift udgør 200 000 ECU (svarer til ca. 34 200 000 ESC), undergivet betingelserne for offentliggørelse i direktivets artikel 9. Heri bestemmes, at ordregivende myndigheder, som ønsker at udbyde et offentligt indkøb, skal tilkendegive deres hensigt ved bekendtgørelse derom (stk. 1). Bekendtgørelsen skal sendes til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer med henblik på offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (stk. 2), før udbuddet vedrørende det offentlige indkøb offentliggøres i de officielle meddelelsesorganer eller i pressen i den ordregivende myndigheds hjemland (stk. 5).

Ifølge tiltrædelsesaktens artikel 392 og 395 skulle Portugal gennemføre direktiv 77/62 i national ret inden den 1. januar 1986.

Artikel 2 i direktiv 77/62 er ændret ved artikel 3, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1), hvorefter offentlige indkøbsaftaler, som indgås af land-, luft-, sø- og flodtransportvirksomheder, udelukkes fra direktiv 77/62's anvendelsesområde.

* Processprog: portugisisk.

Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 (EFT 1971 II, s. 613) vedrører samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Ifølge dette direktivs artikel 3, stk. 4, omfattes offentlige bygge- og anlægskontrakter, som indgås af offentligretlige transportvirksomheder, ikke af direktivets bestemmelser.

Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 (EFT L 297, s. 1) om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation vedrører ifølge direktivets sjette og syvende betragtning offentlige indkøbsaftaler inden for de sektorer, som er udelukket fra direktiv 71/305's og direktiv 77/62's anvendelsesområde. Ifølge direktivforslagets artikel 2, stk. 2, jf. bilag VIII, omfatter direktivet udtrykkeligt virksomheden Aeroportos e Navegação Aérea (herefter benævnt »ANA-EP«).

Lovgivningen i Portugal

Ifølge artikel 13, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 260/76 af 8. april 1976, som ændret ved lovdekret nr. 29/84 af 20. januar 1984 om generelle regler for offentlige virksomheder, skal der indhentes godkendelse fra vedkommende minister til erhvervelse eller afhændelse af goder med en værdi på over 50 mio. ESC.

Lovdekret nr. 235/86 af 18. august 1986, *Diário da República, nr. 188,* serie I, indeholder regler til gennemførelse af direktiv 71/305 i national ret. Det fastsætter de grundlæggende bestemmelser om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

ANA-EP er oprettet i medfør af lovdekret nr. 246/79 af 25. juli 1979, *Diário da República,* nr. 170, serie I. Ifølge artikel 2, stk. 1, artikel 1, stk. 1, samt artikel 34, stk. 1, i ANA-EP's vedtægter (som er indeholdt i bilaget til lovdekret nr. 246/79) er ANA-EP en offentligretlig juridisk person. Virksomheden har en selvstændig stilling i administrativ, finansiel og formueretlig henseende og udøver de beføjelser, der er tillagt den i medfør af lov eller vedtægt, med forbehold af den kompetence til at føre administrativt tilsyn, som er tillagt statslige organer.

Ifølge artikel 2, stk. 2, i lovdekret nr. 246/79 omfatter statens tilsynskompetence på dette område bl.a. følgende: Beføjelse til at udstede koncession til udnyttelse af det offentlige lufthavnsnet, fastsættelse af afgifter for benyttelse af lufthavne, foretagelse af ekspropriation i almenvellets interesse, besiddelsestagelse af ejendom, beskyttelse af anlæg og det hertil knyttede personale samt eventuelle forpligtelser til at yde erstatning uden for kontrakt.

Ifølge artikel 2, stk. 3, i lovdekret nr. 246/79 samt artikel 2 og 34 i ANA-EP's vedtægter, som er blevet godkendt ved samme lovdekret, er de kontrakter, som ANA-EP indgår vedrørende bygge- og anlægsarbejder samt indkøb, undergivet privatretlige regler. Ifølge artikel 1, stk. 3, i lovdekret nr. 235/86 kan bestemmelserne i dette dekret ikke anvendes på offentlige virksomheder, medmindre der udstedes bekendtgørelse herom af vedkommende minister. Der er ikke udstedt en sådan bekendtgørelse med henblik på anvendelse af de offentligretlige regler i sidstnævnte lovdekret på de kontrakter, som indgås af ANA-EP.

Ifølge artikel 3 i lovdekret nr. 246/79 udøver ANA-EP bl.a. følgende virksomhed:

— Drift og udvikling efter virksomhedsprincipper 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 ombord, transporteres og forlader flyene.

— Varetagelse af aktiviteterne og tjenesten i forbindelse med de eksisterende lufthavns- og luftfartsinfrastrukturer (dvs. de ni civile lufthavne i Portugal).

— Undersøgelse, planlægning, tilvejebringelse og udvikling af nye infrastrukturer i forbindelse med civile lufthavne og civil luftfart.

Ifølge artikel 4 i lovdekret nr. 246/79 består ANA-EP's basisformue bl.a. af de lufthavnsinfrastrukturer, som er overdraget den af staten, og af alle de formueretlige goder, som tilhører »Lissabons lufthavnsvæsen«. Ifølge vedtægternes artikel 26, stk. 1, kan ANA-EP råde frit over sin formue og er ikke underkastet de almindelige begrænsninger ifølge de for statens ejendom gældende retsforskrifter.

Medlemmerne af ANA-EP's ledende organer (herunder bestyrelsen og direktionen) udnævnes af ministeren for trafik og kommunikation (jf. vedtægtens artikel 5, 7 og 14).

Ifølge vedtægternes artikel 21 skal der indhentes godkendelse fra finansministeren og ministeren for trafik og kommunikation til beslutninger om bl.a. følgende spørgsmål: Flerårige handlingsprogrammer og finansplaner, årlige aktivitetsplaner, årlige investeringsbudgetter og driftsregnskaber, fastsættelse af tariffer for benyttelse af det offentlige net, den generelle politik for fastsættelse af de priser og tariffer, som skal anvendes ved driften af andre aktiviteter, samt optagelse af lån og udstedelse af obligationer.

Ifølge vedtægternes artikel 22 skal der tillige indhentes godkendelse, dels fra førnævnte ministre, dels fra arbejdsministeren og ministeren for den økonomiske plan, til den endelige vedtagelse af personalevedtægten, navnlig for så vidt angår den lønpolitik, som føres.

Staten dækker ANA-EP's udgifter til eller indtægtsnedgangen i forbindelse med virksomhed, som giver strukturelt betinget underskud, eller for hvilken, der er fastsat særligt lave priser (jf. vedtægternes artikel 3, stk. 3, og artikel 23, stk. 2).

Ifølge vedtægternes artikel 31, stk. 3, kan regeringen overdrage ANA-EP's selskabsandele og tildele den midler eller subsidier.

I forhold til tredjemand kan staten alene ifalde ansvar for de retsakter og handlinger, som kan tilregnes ANA-EP, såfremt staten udtrykkeligt har truffet bestemmelse herom (jf. vedtægternes artikel 35, stk. 2).

Ifølge vedtægternes artikel 36 er ANA-EP undergivet den almindelige skatte- og afgiftsordning, som gælder for offentlige virksomheder. Den kan dog indrømmes særlige

fordele eller fritagelser med henblik på udførelse af de offentlige opgaver, den pålægges.

Eventuel tvivl om fortolkningen eller anvendelsen af vedtægterne kan om nødvendigt afklares ved udstedelse af en bekendtgørelse fra ministeren for trafik og kommunikation og finansministeren og ministeren for den økonomiske plan (jf. vedtægternes artikel 41).

Sagens gang

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. Det fremgik af annoncen, som er udstedt i henhold til de gældende forskrifter for offentlige udbud i Portugal, at basisprisen ved licitationen udgjorde 120 mio. ESC. Vedrørende gældende ret i Portugal henvistes i annoncen, for så vidt angår alle de forhold, som ikke var nævnt i forbindelse med licitationsproceduren, til de detaljerede regler i lovdekret nr. 235/86 af 18. august 1986, i det omfang disse regler var forenelige med bygherrens stilling som entreprenør.

Da Kommissionen var af den opfattelse, at ANA-EP ikke havde opfyldt sin forpligtelse til at tilsende EF's Publikationskontor en bekendtgørelse om det offentlige indkøb, som påtænktes foretaget, med henblik på at meddelelsen herom blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, tilstillede Kommissionen den 28. september 1987 Den Portugisiske Republik en åbningsskrivelse, hvori den opfordrede regeringen til at fremsætte sine bemærkninger inden for en frist af 15 dage. Ved skrivelse af 20. oktober 1987 svarede de portugisiske myndigheder, at direktiv 77/62 efter deres opfattelse ikke fandt anvendelse på den omhandlede licitation.

Ved telex af 4. februar 1988 anmodede Kommissionen Den Portugisiske Republik om at tilstille den visse dokumenter. Som svar herpå tilsendte den portugisiske regering, ved meddelelse af 8. april 1988, Kommissionen sagsakterne for den omhandlede licitation, lovdekret nr. 246/79 samt ANA-EP's vedtægter.

Da Kommissionen ikke fandt, at der var noget forhold, som kunne begrunde, at meddelelsen om indkøbet ikke blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* opfordrede den, ved begrundet udtalelse af 21. november 1988, den portugisiske regering til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme udtalelsen inden en måned efter dens meddelelse.

Ved telex af 17. januar 1989 og skrivelse af 31. marts 1989 meddelte de portugisiske myndigheder, at de havde til hensigt at ændre lovdekret nr. 29/84 af 20. januar 1984, således at artikel 13, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 260/76 blev ophævet og traktatbruddet dermed kunne bringes til ophør. Ved skrivelse af 10. maj 1989 tilsendte de portugisiske myndigheder Kommissionen et udkast til et lovforslag om ændring heraf. Da Kommissionen imidlertid den 4. august 1989 måtte konstatere, at traktatbruddet stadig ikke var bragt til ophør, anlagde den nærværende sag ved Domstolen.

Den skriftlige forhandling er forløbet forskriftsmæssigt.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Den har dog stillet Kommissionen et spørgsmål.

II — Parternes påstande

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at Den Portugisiske Republik ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til afsnit III, og især artikel 9, i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, idet den ikke har tilsendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en bekendtgørelse om et offentligt udbud vedrørende levering og opstilling af en telefoncentral i Lissabons lufthavn, med henblik på offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende.*

2) Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Den Portugisiske Republik har nedlagt følgende påstande:

1) Afvisning, subsidiært frifindelse, hvorved det fastslås, at den portugisiske stat ikke har begået noget traktatbrud, hvorfor søgsmålet savner ethvert grundlag.

2) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

Formaliteten

I svarskriftet har *den portugisiske regering* påstået sagen afvist af tre grunde.

1. Dens første argument er, at det påtalte traktatbrud ikke kan tilregnes den portugisiske stat. ANA-EP er nemlig en offentlig virksomhed og en selvstændig juridisk person i forhold til den portugisiske stat, som indtager en uafhængig stilling, såvel i administrativ, finansiel som formueretlig henseende. Ganske vist er den portugisiske stat ifølge artikel 9 i direktiv 77/62 forpligtet til at offentliggøre de licitationer i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, hvor staten selv står som ordregivende myndighed, men direktivet pålægger ikke, og kan ikke pålægge, andre ordregivende myndigheder end staten selv nogen forpligtelse til at offentliggøre de licitationer i EF-Tidende, som afholdes af andre juridiske personer end staten. Normalt har staten ikke engang kendskab til de pågældende licitationer.

Det eneste, Kommissionen i givet fald vil kunne foreholde den portugisiske stat under en traktatbrudssag, er, at den ikke har vedtaget de nationale retsforskrifter, som er nødvendige for i overensstemmelse med direktiv 77/62 at give ANA-EP pålæg om at offentliggøre meddelelser om offentlige indkøb i EF-Tidende.

Virksomheden ANA-EP kan som anført ikke betragtes som henhørende under den portugisiske stat efter direktiv 77/62, da direktivet drager en klar sondring mellem disse to juridiske personer, idet det i bilag I, punkt XIII anføres, at en offentlig virksomhed alene kan anses for en ordregivende myndighed, såfremt de indkøbsaftaler, den indgår, skal godkendes af staten.

Såfremt ANA-EP tilsidesætter sin forpligtelse til at offentliggøre de meddelelser om licitationer, som den afholder, kan dette alene tilregnes den portugisiske stat, såfremt det er gjort gældende og bevist af Kommissionen, at den portugisiske stat, uanset den ikke har pligt til at godkende de indkøbsaftaler, som indgås af ANA-EP, har udnyttet sine suverænitetsbeføjelser i forhold til virksomheden til at modsætte sig offentliggørelsen af meddelelsen om licitationen.

2. Regeringens andet argument er, at den er blevet vildledt af Kommissionen, fordi der er modstrid mellem de grunde, som er anført i henholdsvis den begrundede udtalelse og i stævningen. I den begrundede udtalelse anførte Kommissionen nemlig, at ANA-EP er en ordregivende myndighed efter direktiv 77/62, fordi den portugisiske regering skal godkende indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler. På foranledning heraf foreslog den portugisiske regering, for at bringe traktatbruddet til ophør, at gennemføre en lovændring, som ville indebære en formel ophævelse af forpligtelsen til at indhente statens godkendelse til visse kontrakter, der indgås af offentlige virksomheder (artikel 13 i lovdekret nr. 260/76). Først i stævningen erklærede Kommissionen, at en ophævelse af betingelsen om, at der skal indhentes godkendelse fra regeringen, ikke ville ændre ved ANA-EP's status som ordregivende myndighed.

3. Regeringens tredje argument er, at Kommissionen har indtaget en tvetydig holdning under den administrative procedure. Den præciserede nemlig på intet tidspunkt nærmere, hvilken karakter foranstaltningerne skulle have for at bringe traktatbruddet til ophør, og rejste på den anden side heller ingen indsigelser, da den portugisiske regering tilkendegav at ville afskaffe forpligtelsen til at indhente statens godkendelse til visse offentlige indkøbsaftaler. Under alle omstændigheder var fristen i den begrundede udtalelse for kort til, at regeringen havde nogen mulighed for at få gennemført en lovændring inden dens udløb.

Kommissionen kan ikke tilslutte sig den portugisiske regerings opfattelse på nogen af de tre angivne punkter.

Vedrørende det første argument anfører Kommissionen, at den portugisiske stats ansvar for traktatbruddet beror på den kontrol, staten udøver med den offentlige virksomhed ANA-EP. Desuden er spørgsmålet, om en bestemt handlemåde kan tilregnes staten, ikke bestemt af, om det organ, som rent faktisk udfører handlingen, er en selvstændig juridisk person eller ej, eller af, om det efter sine vedtægter har en selvstændig stilling i administrativ, finansiel og formueretlig henseende.

Der er endvidere ingen støtte for den portugisiske regering at hente i den omstændighed, at direktiv 77/62 ikke er gennemført i national ret, selv om Den Portugisiske Republik var forpligtet hertil senest den 1. januar 1986. I den forbindelse anfører Kommissionen, at enhver undladelse af at offentliggøre en meddelelse om en offentlig indkøbsaftale, som en ordregivende myndighed gør sig skyldig i på trods af pligten hertil, efter direktivet falder tilbage på staten, uan-

set om direktivet er gennemført i national ret eller ej.

Vedrørende regeringens andet argument anfører Kommissionen, at den ikke, som hævdet, ændrede sin beskrivelse i stævningen af det traktatbrud, den har foreholdt den portugisiske stat. Ifølge såvel den begrundede udtalelse som stævningen består traktatbruddet i, at meddelelsen om den af ANA-EP udskrevne licitation ikke blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Kommissionen har på intet tidspunkt opfordret den portugisiske stat til at ændre artikel 13 i lovdekret nr. 260/76. Den anførte blot i stævningen, at den foreslåede lovændring ikke ville bringe det allerede begåede traktatbrud til ophør.

Vedrørende det tredje argument bestrider Kommissionen, at den var forpligtet til i den begrundede udtalelse at angive, hvilke foranstaltninger der måtte træffes på nationalt plan for at bringe den retsstridige tilstand til ophør. Kommissionen fandt det ikke hensigtsmæssigt at præcisere, hvori disse foranstaltninger nærmere skulle bestå, når der var tale om et område, som endnu ikke er fuldt ud harmoniseret. Desuden regnede den med, at den kunne forhandle sig frem til en ordning med den portugisiske regering. Under alle omstændigheder kunne den omstændighed, at indkøbsaftalen allerede var indgået, da den begrundede udtalelse blev fremsendt, hverken ændre ved det begåede traktatbrud eller fratage Kommissionen dens ret til at forfølge sagen. Kommissionen har heller ikke på anden måde tilskyndet den portugisiske stat til at ændre artikel 13 i lovdekret nr. 260/76. Endelig anfører Kommissionen, at den fastsatte frist var både rimelig og tilstrækkelig lang. Der forløb toogtyve måneder mellem det tidspunkt, da Kommissionen sendte den portugisiske stat den første meddelelse i sagen, hvilket skete den 28. september 1987, og det tidspunkt, da proceduren blev iværksat, hvilket skete den 28. juli 1989.

Realiteten

Kommissionen har anført, at samtlige betingelser efter artikel 9 i direktiv 77/62 var opfyldt, og at ingen af undtagelsesbestemmelserne vedrørende direktivets anvendelsesområde kunne finde anvendelse. Selv om ANA-EP er en ordregivende myndighed, har den ikke opfyldt sin forpligtelse til at sende meddelelsen om indkøbet til EF's Publikationskontor, så den kunne offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, som det er foreskrevet i artikel 9 i direktiv 77/62.

Den portugisiske regerings første anbringende er, at ANA-EP ikke er nogen ordregivende myndighed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 77/62 og bilagets punkt XIII. Til støtte herfor anfører den portugisiske regering to argumenter.

1. Det første argument er, at der ikke var noget offentligt indkøb, da den aftale, ANA-EP indgik, ikke var undergivet offentligretlige regler.

Indkøbet var nemlig af relativt beskedent omfang og til relativt begrænsede priser og var derfor ifølge artikel 2, stk. 3, i lovdekret nr. 246/79 og vedtægternes artikel 34 undergivet privatretlige regler. Desuden har de offentligretlige regler i lovdekret nr. 235/86, hvortil der henvises i de portugisiske forskrifter for offentlig licitation, alene en udfyldende karakter og finder kun anvendelse i det omfang, de er forenelige med bygherrens stilling som entreprenør (jf. artikel 24 i forskrifterne for offentlig licitation). Under alle omstændigheder er anvendelsen af lovdekret nr. 235/86 på offentlige virksomheder ifølge samme lovdekrets arti-

kel 1, stk. 3, betinget af, at der er udstedt en bekendtgørelse af vedkommende minister. Da dette ikke er sket, er den af ANA-EP indgåede indkøbsaftale ikke undergivet offentligretlige regler.

2. Regeringens andet argument er, at det ikke er noget krav efter punkt XIII i bilag I til direktiv 77/62, at staten udøver en generel kontrol med virksomheden (hvilket er selve kendetegnet for en offentlig virksomhed), men blot, at staten fører en særskilt kontrol med den pågældende virksomheds offentlige indkøbsaftaler. ANA-EP's indkøbsaftaler er imidlertid ikke undergivet en sådan særskilt kontrol fra statens side.

I den forbindelse anfører den portugisiske regering for det første, at artikel 13, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 260/76 — som affattet ved lovdekret nr. 29/84 — ikke finder anvendelse på indkøbsaftaler. Lovdekretets bestemmelse om, at der skal indhentes godkendelse til erhvervelse eller afhændelse af goder, omfatter nemlig ikke aftaler om akkordarbejde eller levering, men udelukkende erhvervelse af fast ejendom med henblik på indretning af drift til brug for offentlige virksomheder. For det andet kan bestemmelsen ikke anvendes på ANA-EP, da lovdekret nr. 29/84 er af generel karakter og derfor ikke kan ophæve den speciallov om godkendelse af ANA-EP's vedtægter, som er indeholdt i lovdekret nr. 246/79. Lovdekret nr. 260/76 og de andre specielle lovdekreter er alle lovgivningsakter af samme rang. Betegnelsen »rammelov«, som Kommissionen har anvendt, findes ikke i den portugisiske forfatning og har derfor ikke juridisk relevans i denne sammenhæng. Til godtgørelse af, at der ikke udøves nogen statslig kontrol efter punkt XIII i bilag I til direktiv 77/62, henviser den portugisiske regering endelig til de gældende bestemmelser vedrørende oprettelsen af ANA-EP, navnlig til artikel 4 i lovdekret nr. 246/79 samt vedtægternes artikel 34, stk. 1, artikel 26, stk. 1, artikel 3, stk. 3, artikel 35, stk. 2, og artikel 36.

Vedrørende den portugisiske regerings første argument anfører *Kommissionen*, at anvendelsen af direktiv 77/62 ikke afhænger af kontraktens art. Direktivet finder kun anvendelse, såfremt der foreligger en offentlig indkøbsaftale, dvs. en aftale, der er indgået som led i et offentligt eller begrænset udbud, som er foranstaltet af en af de ordregivende myndigheder, som er nævnt i artikel 1, litra b). Den afgørende betingelse for at kunne anse ANA-EP for en ordregivende myndighed er, at staten fører kontrol med de offentlige indkøbsaftaler. Det er derfor uden betydning, om den kontrakt, der er indgået vedrørende indkøbet, ifølge national ret er undergivet privatrettens regler. Efter Kommissionens opfattelse tyder de betingelser, som gjaldt for udbuddet af det her i sagen omhandlede indkøb, i øvrigt på, at aftalen var undergivet offentligretlige regler i Portugal. I betingelserne for afgivelse af bud, navnlig disses artikel 24, henviser der nemlig til lovdekret nr. 235/86.

Vedrørende det andet argument anfører Kommissionen, at udtrykket »statens kontrol« ikke kan forstås sådan, at der kræves en særlig kontrol fra statens side. Den eneste betingelse efter direktiv 77/62 og dettes bilag I er, at indgåelsen af indkøbsaftalerne er undergivet statens kontrol, uanset hvordan denne kontrol i øvrigt udøves. Den portugisiske stat fører rent faktisk kontrol med ANA-EP og med virksomhedens aktivitet i forbindelse med indgåelsen af kontrakter. Kommissionen henviser i denne sammenhæng til følgende bestemmelser: artikel 3 og 4 i lovdekret nr. 246/79, artikel

5, stk. 1, artikel 8, stk. 1, artikel 9 A, stk. 2, og artikel 10, stk. 2, i lovdekret nr. 260/76 som affattet ved lovdekret nr. 29/84, og til artikel 3, 5, 7, 14, 21, 22 og artikel 23, stk. 2, artikel 31, artikel 35, stk. 2, samt artikel 36 i ANA-EP's vedtægter, som er indeholdt i bilaget til lovdekret nr. 246/79. Lovdekret nr. 260/76 er en rammelov, som gælder for alle offentlige virksomheder. De specielle lovdekreter om stiftelse af sådanne offentlige virksomheder (såsom lovdekret nr. 246/79) må under ingen omstændigheder indeholde bestemmelser i strid med rammelovens bestemmelser, da de i modsat fald er forfatningsstridige.

Den portugisiske regerings andet anbringende er, at ANA-EP er en transportvirksomhed ifølge artikel 2, stk. 2, litra a), og er dermed undtaget fra direktiv 77/62. Til støtte herfor anfører regeringen nærmere følgende:

— 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.

— Artikel 2, stk. 2, i direktiv 77/62, som undtager »transportvirksomheder« fra direktivet, har et videre anvendelsesområde end den nye version af bestemmelsen, som er indført ved artikel 3 i direktiv 88/295. Den sidste version undtager kun »land-, luft-, sø- og flodtransportvirksomheder« fra direktiv 77/62. Denne forskel viser, at undtagelsesbestemmelsen i den gamle version af direktivets artikel 2, stk. 2, også gælder for organer, som i lighed med ANA-EP præsterer tjenesteydelser på landjorden.

— Ifølge artikel 3, stk. 4, i direktiv 71/305 omfattes offentlige bygge- og anlægskontrakter, som indgås af offentligretlige transportvirksomheder, ikke af direktivets bestemmelser. Artikel 3, stk. 4, anvender endvidere tilsvarende begreber som artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62. Ifølge begge direktiver må organer som ANA-EP derfor antages at være udelukket fra direktivernes anvendelsesområde.

— Forslaget til Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport vedrører navnlig offentlige udbud inden for de sektorer, som er undtaget fra direktiverne 71/305 og 77/62, som ændret ved direktiv 88/295. Den omstændighed, at ANA-EP udtrykkeligt er nævnt blandt de organer, som er omfattet af ordningen efter direktivforslaget (jf. forslagets artikel 2, stk. 2), viser, at ANA-EP ikke var omfattet af direktiv 77/62's anvendelsesområde.

Kommissionen har anført, at forvaltningen af en lufthavn ikke er omfattet af begrebet »transportvirksomhed« i henhold til artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62. Denne fortolkning af bestemmelsen bekræftes af det vademecum om offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter i EF (EFT 1987 C 358, s. 1), som Kommis-

sionen udsendte for at gøre offentligheden bekendt med sin fortolkning af direktiverne om offentlige indkøbsaftaler. Formålet med artikel 2, stk. 2, litra a), er at forhindre en ulige behandling af transportorganer med forskellig retlig status (den sjette betragtning til direktiv 77/62). Der kunne opstå en sådan forskelsbehandling, såfremt nogle af disse organer var omfattet af direktivet på grund af deres offentlige karakter, mens andre, navnlig offentlige virksomheder, var undtaget.

Med den nye version af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62 (der blev indført ved direktiv 88/295), tilsigtedes alene en præcisering af bestemmelsen og ikke nogen udvidelse af direktiv 77/62's anvendelsesområde. Kommissionen henviser i den forbindelse til den ottende betragtning til direktiv 88/295, hvor det hedder: »i denne forbindelse bør omfanget af undtagelser for de enkelte sektorer fastlægges således, at det undgås, at forskellene i medlemsstaternes anvendelse af direktiverne øges som følge af indbyrdes afvigende fortolkninger«.

Kommissionen anfører videre, at dens fortolkning af artikel 3, stk. 4, i direktiv 71/305 er i overensstemmelse med den fortolkning, den har anlagt af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62.

Hvad angår den omstændighed, at ANA-EP var omfattet af direktivforslaget om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport, anfører Kommissionen, at formålet hermed var at ligestille de offentlige virksomheder, som administrerer lufthavne, med private organer, som udfører samme form for virksomhed.

IV — Besvarelse af Domstolens spørgsmål

Domstolen har anmodet Kommissionen om at uddybe de forskelle i fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62, som gjorde det nødvendigt, at Kommissionen udsendte et vademecum, der indeholdt en fortolkning af direktivet, og ændrede bestemmelsen ved direktiv 88/295 (jf. s. 29 i replikken).

Hertil har Kommissionen svaret, at nogle af medlemsstaterne i begyndelsen indtog det standpunkt, at de organer, som administrerer havne og lufthavne, bør være undtaget fra direktiverne 77/62 og 71/305. Under de procedurer, som Kommissionen iværksatte i medfør af Traktatens artikel 169, anerkendte alle de pågældende medlemsstater dog den opfattelse, som Kommissionen havde fremført, og hvorefter kun transportvirksomheder er undtaget fra de nævnte direktiver.

Kommissionen ville imidlertid gerne opnå klarhed om situationen for at kunne løse de bestående vanskeligheder vedrørende fortolkningen af direktiverne i relation til organer, som administrerer havne og lufthavne. Det var derfor, at den i det udsendte vademecum medtog sin fortolkning af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 77/62 og i forbindelse med ændringerne af direktiverne 77/62 og 71/305 benyttede lejligheden til at tilvejebringe en endelig klargøring af de omhandlede bestemmelser.

P. J. G. Kapteyn
Refererende dommer