CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER van 16 juli 1998 *

A — Inleiding

1. In deze zaak verwijt de Commissie aan Ierland zijn verdragsverplichtingen niet te zijn nagekomen 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*. In wezen betreft het daarbij de vraag, of Coillte Teoranta een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 77/62/EEG [1] en op grond daarvan tot publicatie verplicht is.

2. Op 10 maart 1994 deed Coillte Teoranta een oproep tot inschrijving uitgaan voor een opdracht tot levering van kunstmest, echter zonder deze in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* te plaatsen. Op 18 mei 1994 kreeg de Commissie hiervan kennis. Op 30 mei 1994 werd op grond van de aanbestedingsprocedure een overeenkomst voor de levering van kunstmest (ter waarde van circa 280 000 IRL) gesloten. Een onderneming die tevergeefs aan de aanbesteding had deelgenomen, stelde op 21 juni 1994 bij de Ierse High Court [2] beroep in tegen Coillte Teoranta wegens het nalaten van de publicatie.

3. Op 30 juni 1994 zond de Commissie een aanmaning aan de Ierse regering, waarin zij het verzuim van publicatie aan de kaak stelde. Deze brief was gebaseerd op artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG [3] en gold uitdrukkelijk als een aanmaning in de zin van artikel 169 EG-Verdrag. Een brief met dezelfde inhoud werd aan Coillte Teoranta gezonden. In haar schriftelijke reactie bestreed de Ierse regering het oordeel van de Commissie. Daarop richtte de Commissie op 23 februari 1996 een met redenen omkleed advies tot de Ierse regering. Deze wees echter de haar gemaakte verwijten van de hand, enerzijds met het argument dat de procedure van artikel 169 van het Verdrag in casu niet van toepassing was omdat er al een nationale gerechtelijke procedure was ingeleid, en, anderzijds omdat Coillte Teoranta niet een aanbestedende dienst was, zodat een bericht van aanbesteding in het *Publicatieblad* niet nodig was.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Richtlijn 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).

2 — De High Court heeft zijnerzijds het Hof om uitlegging van het begrip „aanbestedende dienst" in de zin van richtlijn 77/62 verzocht (zaak Connemara Machine Turf, C-306/97, arrest van 17 december 1998): zie hiervoor de conclusie van advocaat-generaal Alber van 16 juli 1998 (Jurispr. 1998, blz. I-8761, I-8763).

3 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de 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).

4. De Commissie verzoekt het Hof:

1) 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG, 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 Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) Ierland te verwijzen in de kosten.

5. Ierland verzoekt het Hof:

1) het beroep te verwerpen;

2) de Commissie te verwijzen in de kosten.

B — De toepasselijke wettelijke bepalingen

Gemeenschapsrecht

6. 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;

(...)"

7. Bijlage I bij richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295, bevat een opsomming van

de in artikel 1, sub b, genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen en overeenkomstige eenheden. Volgens punt VI gelden, wat Ierland betreft, als zodanig:

„De andere openbare instellingen wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen."

8. Richtlijn 77/62 werd bij richtlijn 93/36/EEG [4] afgeschaft. Deze nieuwe richtlijn moest uiterlijk op 14 juni 1994 in nationaal recht zijn omgezet, wat Ierland op dat tijdstip nog niet had gedaan. Ik herinner er nogmaals aan, dat de leveringsovereenkomst al op 30 mei 1994 was gesloten.

9. Het begrip aanbestedende dienst wordt in artikel 1 thans gedefinieerd als volgt:

„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

4 — Richtlijn 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).

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;

(...)"

10. Teneinde de daadwerkelijke naleving van de aanbestedingsbepalingen te kunnen controleren, kan de Commissie volgens artikel 3 van richtlijn 89/665

„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 richtlijn (...) 77/62/EEG, een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten heeft plaatsgevonden".

Die procedure is geregeld in artikel 3, lid 2. Dit bepaalt:

„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."

De motivering waarom een schending niet ongedaan is gemaakt, kan volgens artikel 3, lid 4,

„met name worden gebaseerd op het feit dat tegen de beweerde schending beroep bij een rechter is ingesteld".

De nationale wetgeving

11. De gemeenschapsrechtelijke voorschriften zijn door de volgende regelingen in nationaal recht omgezet:

— richtlijn 77/62 door de European Communities (Award of Public Supply Contracts) Regulations, 1992 (SI nr. 37/92),

— richtlijn 89/665 door de European Communities (Award of Public Supply and

Public Works Contracts) Regulations, 1992 (SI nr. 38/92),

— richtlijn 93/36 door de European Communities (Award of Public Supply Contracts) (Amendment) Regulations, 1994 (SI nr. 292/94).

12. De betrekkingen tussen het Ministerie van Landbouw, Voedselvoorziening en Bosbouw, het Ministerie van Financiën en de aandeelhouders van Coillte Teoranta zijn geregeld in de Forestry Act (bosbouwwet) 1988, alsmede in de oprichtingsakte en de statuten van de vennootschap zelf. Het zal terwille van de duidelijkheid nodig zijn op de afzonderlijke bepalingen van deze regelingen terug te komen bij het onderzoek van de vraag, of het beroep gegrond is.

C — Discussie

Ontvankelijkheid

13. De Ierse regering betoogt om te beginnen, dat de niet-nakomingsprocedure van artikel 169 van het Verdrag in dit geval niet op haar plaats is. De Commissie had de in artikel 3 van richtlijn 89/665 bedoelde procedure [5] moeten instellen. Door het bij de Ierse High Court ingestelde beroep was de pretense rechtsinbreuk al het voorwerp van een rechtsgeding geworden. Aangezien dit ook aan de Commissie was meegedeeld, was zij in zoverre ook verplicht de procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665 te volgen, en kon zij geen beroep instellen krachtens artikel 169 van het Verdrag.

14. Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/665 [6] vindt de daar bedoelde procedure slechts dan toepassing, wanneer de Commissie vóór de sluiting van de overeenkomst van oordeel is, dat een duidelijke en kennelijke schending van richtlijn 77/62 heeft plaatsgevonden.

15. De Commissie herinnert eraan, dat zij haar aanmaning eerst op 30 juni 1994 tot de Ierse regering heeft gericht, terwijl de omstreden overeenkomst al op 30 mei 1994 was gesloten.

16. Wat het chronologisch aspect betreft, heeft het Hof in zijn arrest van 24 januari 1995, Commissie/Nederland [7], geoordeeld, dat blijkens de tekst en de geest van richtlijn 89/665 het in het belang van alle betrokken partijen zeer gewenst is, dat de Commissie de lidstaat en de aanbestedende dienst zo snel mogelijk

5 — Zie punt 10 supra.

6 — Zie punt 10 supra.

7 — C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punt 12.

vóór de sluiting van het contract op de hoogte stelt van haar bezwaren, zodat de lidstaat en de aanbestedende dienst de tijd hebben haar te antwoorden en zo nodig vóór de gunning van de opdracht de gestelde schending ongedaan kunnen maken.

17. In casu heeft de Commissie haar aanmaning echter pas een maand *na* het sluiten van de overeenkomst tot levering van kunstmest tot de Ierse Republiek en Coillte Teoranta gericht. De procedure van artikel 3 van richtlijn 89/665 kan derhalve niet meer worden toegepast.

18. Daarbij valt nog op te merken, 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 het met redenen omkleed advies van de Commissie niet opvolgt. [8]

19. Het door de Commissie krachtens artikel 169 van het Verdrag ingestelde beroep is derhalve ontvankelijk.

8 — Arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 13.

Ten gronde

20. Allereerst rijst de vraag, welke communautaire bepalingen van toepassing zijn.

21. Vaststaat, dat richtlijn 77/62, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295, ter zake dienend is. Naar de mening van de Ierse regering moet echter bij de beoordeling van het onderhavige geval ook rekening worden gehouden met richtlijn 93/36 respectievelijk de daaraan ten grondslag liggende beginselen.

22. Opgemerkt moet echter worden, dat deze richtlijn laatstelijk op 14 juni 1994 ten uitvoer moest zijn gelegd en dat Ierland dat op 22 juli 1994 [9] nog steeds niet had gedaan. De door de Commissie gewraakte feiten vonden in mei 1994 plaats, dus op een tijdstip waarop richtlijn 93/36 nog niet in Iers recht was omgezet en dat ook niet behoefde te zijn, hetgeen de directe toepassing van de richtlijn uitsluit.

23. Het is ook hoogst ongewis, in hoeverre de latere richtlijn kan worden benut voor de

9 — Dit blijkt uit de schriftelijke reactie van de Ierse regering van 22 juli 1994 op de aanmaning van de Commissie.

uitlegging van de eerdere. De Ierse regering, die een dergelijke methode bepleit, baseert zich daarbij op de overwegingen van de considerans van richtlijn 93/36, volgens welke die richtlijn voornamelijk ter verduidelijking is vastgesteld. Zij meent daarom, dat het geen probleem oplevert de eerdere bepalingen in het licht van de nieuwe versie te verstaan.

24. In de eerste plaats past hierbij de opmerking, dat de tekst van de definitie van aanbestedende dienst in richtlijn 93/36 aanzienlijk is uitgebreid en thans enige feitelijke elementen bevat die in de eerdere versie niet werden genoemd. In zoverre zou de nieuwe versie heel wel ook een beperking van de werkingssfeer van de richtlijn tot gevolg kunnen hebben; in die richting heeft de Commissie zich ook ter terechtzitting uitgelaten.

25. Vervolgens wordt weliswaar in de eerste overweging van de considerans van richtlijn 93/36 gezegd, dat een nieuwe versie terwille van de duidelijkheid aanbevelenswaardig is, maar tevens omdat nieuwe wijzigingen moesten worden aangebracht. [10] Evenzeer was het de bedoeling de voorschriften aan te passen aan die betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor dienstverlening. [11]

Deze aanpassing betreft volgens de derde overweging van de considerans nu juist ook de opneming van de functionele definitie van aanbestedende diensten. Dit betekent a contrario echter, dat de nu gegeven definitie niet noodzakelijkerwijs identiek is met de voordien toegepaste en daarom slechts met de grootste behoedzaamheid bij de uitlegging kan worden gebruikt. De nieuwe richtlijn, waarbij ook bijlage I bij de oude versie werd afgeschaft en vervangen, bevat in haar definitie van aanbestedende dienst nieuwe elementen, die niet slechts preciseringen van de vroegere definitie en van haar algemene grondslagen zijn, doch daarenboven wijzigingen vormen, die niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast. Overigens moet bij de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen, maar ook met de context en de doelstellingen ervan. [12] Daaruit volgt, dat in casu de feiten aan de hand van richtlijn 77/62 moeten worden beoordeeld.

26. De Commissie is van oordeel, dat Coillte Teoranta een aanbestedende dienst is in de zin van richtlijn 77/62, met als consequentie, dat de opdrachten voor leveringen krachtens artikel 9 van de richtlijn gepubliceerd moesten worden in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, hetgeen in casu echter niet is gebeurd.

10 — De eerste overweging van de considerans van de richtlijn luidt: „(...) dat richtlijn 77/62/EEG (...) herhaaldelijk is gewijzigd; dat, nu nieuwe wijzigingen worden overwogen, vanuit een oogpunt van duidelijkheid deze richtlijn algeheel dient te worden herzien".

11 — Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), en richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

12 — Arrest van 30 juli 1996, Bosphorus (C-84/95, Jurispr. blz. I-3953, punt 11, met verdere verwijzingen).

27. Ter adstructie betoogt de Commissie, dat Coillte Teoranta belangrijke taken in het algemeen belang vervult, zoals de instandhouding van het nationale bosbestand en de ondersteuning van de opbouw van de bosnijverheid in Ierland. Coillte Teoranta is eigenaar van twaalf nationale parken en zij exploiteert recreatieve inrichtingen in meer dan 180 plaatsen in Ierland. Met het oog op deze doelstellingen is de vennootschap bij wet opgericht en door de Ierse regering van financiële middelen voorzien. Voorts blijkt uit haar oprichtingsakte en de statuten, dat de regering de raad van bestuur en diens voorzitter benoemt en dat de financiën onder toezicht van de regering staan.

28. Daartegenover stelt de Ierse regering, dat Coillte Teoranta enkel een privaatrechtelijke onderneming is die in het bezit van de staat is. Ofschoon de staat de meerderheid van de aandelen bezit, beïnvloedt hij op geen enkele wijze de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap. Coillte Teoranta is op grond van de Forestry Act verplicht tot een commerciële bedrijfsvoering. De invloed van de staat is beperkt tot het algemene zakelijke beleid, zoals door iedere meerderheidsaandeelhouder in andere vennootschappen kan worden uitgeoefend. De doelstellingen en de taken van de vennootschap zijn uitsluitend van commerciële aard. Coillte Teoranta moet derhalve met andere ondernemingen concurreren en heeft precies dezelfde positie als andere vennootschappen. Wanneer Coillte Teoranta haar faciliteiten en bezittingen openstelt voor de vrijetijdsbesteding van het publiek, gebeurt dit op grond van commerciële overwegingen, omdat de opbrengst van die openstelling groter is dan de eraan verbonden kosten. Kortom, noch op Coillte Teoranta zelf noch op de door haar met andere ondernemingen gesloten overeenkomsten oefent de staat een grotere invloed uit dan bij andere vennootschappen aan meerderheidsaandeelhouders toekomt.

29. Zoals al opgemerkt, wordt krachtens artikel 1, sub b, van richtlijn 77/62 onder aanbestedende dienst verstaan: de staat, de territoriale lichamen en — wat Ierland betreft — volgens bijlage I, punt VI, de andere openbare instellingen wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen.

30. In casu betekent dit, dat eerst moet worden onderzocht, of Coillte Teoranta onder het begrip „staat" kan vallen.

31. In het kader van een dergelijk onderzoek moest het Hof in de zaak Beentjes [13] de status beoordelen van een lichaam dat zelf geen rechtspersoonlijkheid bezat, wiens taken en samenstelling wettelijk waren geregeld en waarvan de leden werden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Het moest de aanwijzingen uitvoeren van een centrale commissie, die bij koninklijk besluit was ingesteld en waarvan de leden door de Kroon werden benoemd. De staat garandeerde de nakoming van de verplichtingen die voortvloeiden uit de rechtshande-

13 — Arrest van 20 september 1988 (31/87, Jurispr. blz. 4635).

lingen van het lichaam, en financierde de openbare werken die door hem werden aanbesteed.

32. De van toepassing zijnde regeling was toen richtlijn 71/305/EEG [14]; de daarin gegeven definitie van aanbestedende dienst is echter dezelfde als die in richtlijn 77/62.

33. Het Hof kwam in die zaak tot de conclusie, dat het in de richtlijn gehanteerde begrip „staat" functioneel moest worden uitgelegd. [15] Het Hof was van mening, dat het doel van de richtlijn lag in de „verwezenlijking van een daadwerkelijke vrijheid van vestiging en dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken". [16] Het Hof concludeerde, dat het lichaam waarom het toen ging, geacht moest worden tot de staat te behoren, omdat zijn samenstelling en taak bij wet waren geregeld en het in zoverre van de overheid afhankelijk was, dat deze de leden ervan benoemde, de nakoming van de uit zijn handelingen voortvloeiende verplichtingen garandeerde en de door dat lichaam in uitvoering gegeven openbare werken financierde. Dit gold ook dan, wanneer het lichaam formeel geen deel van de staat uitmaakte. [17]

34. De onderhavige zaak moet dienovereenkomstig worden aangepakt. De doelstelling van de in casu relevante richtlijn verschilt niet wezenlijk van die van richtlijn 71/305. Volgens de eerste en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 77/62 wordt daarmede een betere controle van het verbod op belemmeringen van het vrije goederenverkeer op het gebied van overheidsopdrachten voor leveringen beoogd. Daarenboven beoogt zij blijkens de twaalfde overweging van de considerans de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten. Teneinde echter te waarborgen dat de mededinging gevrijwaard blijft van elke vorm van discriminatie, moet op functionele en niet zuiver formele wijze worden vastgesteld wie de adressaten van de richtlijn — de aanbestedende diensten — zijn.

35. Functioneel kan Coillte Teoranta niet als staatsorgaan worden aangemerkt. Wel is het zo, dat de vennootschap bij wet is opgericht en door de regering van financiële middelen is voorzien, dat zij de minister van Financiën moet raadplegen over het bosbouwbeleid in gebieden die economisch van belang zijn, dat de leden van de raad van bestuur door de regering worden benoemd en dat het jaarlijks programma inzake de aan- en verkoop van grond en hout aan de regering moet worden voorgelegd.

36. Van de andere kant evenwel heeft Coillte Teoranta rechtspersoonlijkheid. De gegunde overheidsopdrachten worden gefinancierd uit het maatschappelijk kapitaal, dat weliswaar oorspronkelijk door de staat werd gefourneerd, doch intussen tevens het resultaat is

14 — Richtlijn 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).

15 — Arrest Beentjes, aangehaald in voetnoot 13, punt 11.

16 — Ibid., punt 11.

17 — Ibid., punt 12.

van particuliere bedrijfsactiviteiten. Voor rekening van de staat worden geen overheidsopdrachten verleend. Over het geheel genomen, moet de invloed van de staat op de zaken van Coillte Teoranta wezenlijk lager worden aangeslagen dan het geval was bij de feiten in de zaak Beentjes. Aldus kan op grond van een functionele benadering niet gesteld worden, dat de vennootschap zo afhankelijk is van de staat, dat zij als staatsorgaan kan worden aangemerkt.

37. Aangezien Coillte Teoranta op grond van de hier verdedigde mening niet onder het begrip „staat" van artikel 1, sub b, van richtlijn 77/62 kan worden gebracht, blijft nog te onderzoeken, of zij niet volgens bijlage I een openbare instelling is wier opdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen. Naast de behartiging van taken in het algemeen belang is hierbij doorslaggevend, in welke mate de staat invloed uitoefent op het plaatsen van overheidsopdrachten.

38. De Commissie is dezelfde mening toegedaan als met betrekking tot het zojuist besproken punt. Zij betoogt, dat inzonderheid uit het feit dat de vennootschap bij wet is opgericht, de raad van bestuur door de regering wordt benoemd, het maatschappelijk kapitaal door de staat werd gefourneerd en deze de financiële middelen blijft controleren, volgt, dat Coillte Teoranta een staatsorgaan is wiens overheidsopdrachten door de staat worden gecontroleerd.

39. Daartegenover beroept de Ierse regering zich wederom op het commerciële karakter van de vennootschap, die op de voor haar relevante markt met andere privaatrechtelijke ondernemingen moet concurreren. Zij geniet geen enkel voorrecht op grond waarvan zij een geprivilegieerde positie ten opzichte van andere ondernemingen inneemt. De invloed van de staat is niet groter dan die welke elders door aandeelhouders wordt of zou kunnen worden uitgeoefend. De staat kan rechtens geen invloed uitoefenen op de dagelijkse gang van zaken, noch heeft hij ooit getracht een dergelijke invloed uit te oefenen. Voor het vennootschapsrecht is Coillte Teoranta een gewone vennootschap, haar activiteit is gericht op het realiseren van winst en zulks onafhankelijk van de aanwijzingen van de minister.

40. De cruciale vraag is daarom: vielen de door Coillte Teoranta gegunde overheidsopdrachten voor levering onder controle van de staat, zoals in bijlage I van richtlijn 77/62 voor Ierland bepaald?

41. Ook hier is een benadering nodig die niet van zuiver formele aard is. Een kenmerk van alle openbare ondernemingen is, dat zij in een of andere vorm onder controle van de staat vallen, zonder dat dit tegelijkertijd betekent dat zij ook aanbestedende diensten in de zin van de richtlijn zijn.

42. Het begrip „openbare onderneming" komt voor in artikel 90, lid 1, EG-Verdrag. Dit artikel verbiedt de lidstaten om ten aanzien van dergelijke ondernemingen maatregelen te nemen of te handhaven die in strijd zijn met het communautaire mededingingsbeleid. Openbare ondernemingen worden daardoor gekenmerkt, dat de overheid het beleid kan beïnvloeden. Daarvoor is voldoende dat beïnvloeding mogelijk is, een situatie die steeds dan bestaat, wanneer de staat de meerderheid van het maatschappelijk kapitaal bezit. [18]

43. De status van openbare onderneming betekent echter nog niet, dat door Coillte Teoranta gegunde overheidsopdrachten voor leveringen onder controle van de staat vallen. Aangezien bijlage I bij richtlijn 77/62 de controle van de staat over de overheidsopdrachten voor leveringen uitdrukkelijk vermeldt, moet dit punt in concreto worden beoordeeld. [19] Dit betekent, dat de betrokken opdracht voor leveringen volgens de toepasselijke bepalingen in die mate onder controle van de staat staat, dat de overheid invloed kan uitoefenen op het sluiten van de overeenkomst.

44. Om te beginnen heeft de overheid het volledige maatschappelijk kapitaal van Coillte Teoranta gefourneerd. Als tegenprestatie ontving zij de daarmee overeenkomende aandelen in de vennootschap. Het jaarlijkse verkoopplan voor land en hout moet aan het ministerie worden voorgelegd. De leden van de raad van bestuur worden door de bevoegde ministers benoemd; voor investeringen van in totaal meer dan 250 000 IRL moet de machtiging respectievelijk toestemming van de bevoegde ministers worden verkregen. De minister van Energie kan financiële doelstellingen formuleren. De vennootschap voorziet ook in behoeften van algemeen belang, zoals de exploitatie op haar terreinen van inrichtingen voor vrijetijdsbesteding, recreatie, sportbeoefening, alsmede met een wetenschappelijk en cultureel karakter, gekoppeld aan vakantiemogelijkheden. De raad van bestuur is belast met het dagelijks beleid van de vennootschap, waaronder beslissingen over de plaatsing van opdrachten.

45. Er bestaat echter geen bepaling volgens welke de minister of een ambtenaar van de staat de vennootschap of de raad van bestuur aanwijzing kan geven opdrachten toe te wijzen (eventueel op grond van niet-commerciële criteria). De vennootschap is verplicht haar zaken met zo min mogelijk kosten en op commerciële wijze te exploiteren. De leden van de raad van bestuur zijn verplicht hun bevoegdheden in overeenstemming met hun loyaliteitsverplichtingen jegens de vennootschap en zonder rekening te houden met hun eigen belangen uit te oefenen. Weliswaar moet de vennootschap de grote lijnen van het overheidsbeleid inzake de bosbouw volgen, maar dit geldt voor alle boseigenaren in Ierland. Voorts moet de raad van bestuur ieder jaar een vijfjarenplan overleggen met betrekking tot het commerciële beheer en de ontwikkeling van de vennootschap en haar activa, betreffende de koop en de verkoop van land, de doelstellingen op het gebied van de bebossing en de winstverwachtingen. Maar ook in dit opzicht ontlenen de staatsinstanties aan de relevante bepalingen geen bevoegdheden om

18 — Arresten van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico en Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 41), en 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie (188/80, 189/80 en 190/80, Jurispr. blz. 2545, punt 26).

19 — Zie hiervoor ook conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest van 11 juli 1991, Commissie/Portugal (C-247/89, Jurispr. blz. I-3659, punt 59).

in de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap regulerend in te grijpen.

46. Ofschoon derhalve uit de genoemde criteria volgt, dat de staat in het algemeen invloed op de vennootschap kan uitoefenen, omvat deze invloed krachtens de in casu relevante bepalingen niet de concrete controle op het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Overeenkomsten met betrekking tot overheidsopdrachten voor leveringen komen tot stand zonder dat daar staatsorganen bij betrokken zijn. Om deze reden is Coillte Teoranta geen aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 77/62.

47. Uit het voorgaande volgt, dat Coillte Teoranta niet onder de werkingssfeer van richtlijn 77/62 valt en dat dus het beroep wegens niet-nakoming van verdragsverplichtingen ongegrond is.

48. Ook al is richtlijn 93/36 in casu niet van toepassing — omdat de overeenkomst werd gesloten vóór de inwerkingtreding van die richtlijn en omdat deze ook wijzigingen en niet slechts verduidelijkingen bevat —, met het oog op de uitvoerige conclusies van de partijen moge daarover subsidiair nog het volgende worden opgemerkt. Aan de hand van de gewijzigde ruimere definitie van het begrip „aanbestedende dienst" van artikel 1, sub b, zou kunnen worden onderzocht, of Coillte Teoranta een publiekrechtelijke instelling is. Daartoe ware allereerst nodig, dat zij specifiek is opgericht ter vervulling van taken van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Deze vraag zou vermoedelijk bevestigend moeten worden beantwoord, omdat Coillte Teoranta ook, althans in overwegende mate, de verplichting heeft inrichtingen met een vrijetijds- en recreatief karakter op haar terreinen voor het publiek te exploiteren. Ook al zijn dit niet de enige taken van de vennootschap, de conclusie blijft dezelfde zolang taken worden verricht waartoe een specifieke verplichting bestaat. [20] Daarbij komt, dat Coillte Teoranta zelf rechtspersoonlijkheid bezit. Wanneer dan ook nog de raad van bestuur van de vennootschap in meerderheid uit leden bestaat die door de staat worden benoemd, kan Coillte Teoranta heel wel een aanbestedende dienst zijn in de zin van de nieuwe richtlijn 93/36. Zoals hierboven uiteengezet, is die richtlijn in casu echter niet toepasselijk.

D — Kosten

49. Volgens artikel 69, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij in de proceskosten te worden veroordeeld.

20 — Zie hiervoor eveneens arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e. a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, met name punten 25 en 26), alsmede conclusie van advocaat-generaal La Pergola van 19 februari 1998 in de zaak BFI Holding (C-360/96, arrest van 10 november 1998, Jurispr. 1998, blz. I-6821, I-6824).

E — Conclusie

50. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Commissie wordt in de kosten verwezen."