FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 8. juli 1999 *

A — Indledning

1. Denne anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrører to spørgsmål om offentlige aftaler. Dels vedrører den spørgsmålet om, hvilken retlig kvalitet der skal tillægges en bestemmelse om forbud mod forskelsbehandling (forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet) i et direktiv om fremgangsmåden ved offentlige indkøb, dels om en sådan bestemmelse om forbud mod forskelsbehandling også indeholder en forpligtelse for institutioner, der ikke er ordregivende myndigheder, til at gennemføre en (udbuds-)procedure i overensstemmelse med direktivet, når der indgås en (offentlig) indkøbsaftale med tredjemand.

2. Den omstridte bestemmelse er artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36/EØF [1], der har følgende ordlyd:

»Når en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b) [2], overdrager et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, uanset dets juridiske status, en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, skal den retsakt, i henhold til hvilken denne ret tildeles, foreskrive, at det pågældende organ ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand som led i denne virksomhed skal respektere princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt.«

B — Faktiske omstændigheder

3. Hovedsagen angår udbud af øremærker til svin. Klagerne, Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Selskab (herefter »klagerne«), ønskede at levere sådanne øremærker. Indklagede,

* Originalsprog: tysk.

1 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

2 — Det bestemmes i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36/EØF: I dette direktiv forstås ved »... 'ordregivende myndigheder', staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.
Ved 'offentligretligt organ' forstås ethvert organ:
— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område
— som er en juridisk person, og
— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer eller er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.
...«

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (herefter »ministeriet«), har det »overordnede ansvar« for de danske bestemmelser vedrørende øremærker til svin. Den af klagerne anfægtede udbudsforretning blev gennemført af Veterinærdirektoratet, der henhører under ministeriet, og af Danske Slagterier, der er en privat institution.

4. Ved Rådets direktiv 92/102/EØF[3] blev der med henblik på sygdomsbekæmpelse indført regler om mærkning af dyr. Medlemsstaterne opretter i den forbindelse en central myndighed, der er ansvarlig for at udføre veterinærkontrol. Myndigheden skal være i besiddelse af en fortegnelse over samtlige bedrifter, hvorpå der holdes dyr, der er omfattet af dette direktiv. For så vidt angår svinehold er det bestemt, at svin, senest inden de forlader den bedrift, hvor de er født, skal mærkes med øremærke eller tatovering, således at man senere kan identificere, hvilken bedrift dyret kommer fra. Det fremgår af den danske bekendtgørelse[4], at øremærker til svin skal være godkendt af Veterinærdirektoratet, der henhører under ministeriet. Disse øremærker sælges herefter til de enkelte bedrifter af Danske Slagterier, der er en privat institution med tilknytning til de danske landbrugsorganisationer. Veterinærdirektoratet fastsætter prisen for øremærkerne, og hver enkelt udlevering af øremærker registreres i Landbrugsministeriets Centrale Husdyrbrugsregister (herefter »CH-registret«).

5. Ifølge oplysningerne i forelæggelseskendelsen anvendes i Danmark to typer øremærker, levedyrsmærker og slagtedyrsmærker. Levedyrsmærker bestilles af svineproducenterne hos Danske Slagterier, der videreformidler bestillingen til vedkommende øremærkeleverandør, som sender de bestilte øremærker direkte til svineproducenten. Svineproducenterne betaler for øremærkerne til Danske Slagterier. Slagtedyrsmærker bestilles derimod af svineproducenterne direkte hos øremærkeleverandøren, der sender de bestilte øremærker til svineproducenterne og giver Danske Slagterier underretning herom. Svineproducenterne betaler også for disse øremærker til Danske Slagterier. Prisen for begge typer øremærker er fastsat som øremærkeleverandørens pris med et tillæg på 50 øre pr. mærke. Indførelsen af svin i CH-registret foretages af Danske Slagterier, for hvilket Veterinærdirektoratet betaler 400 000 DKK om året til Danske Slagterier.

3 — Rådets direktiv 92/102/EØF af 27.11.1992 om identifikation og registrering af dyr (EFT L 355, s. 32).

4 — Direktiv 92/102 blev gennemført i Danmark ved bekendtgørelse nr. 80 af 18.2.1993, senere afløst af bekendtgørelse nr. 1073 af 15.12.1995 om mærkning og registrering af kvæg, svin, får og geder.

6. I 1993/94 gennemførtes det første udbud med hensyn til levering af øremærker. Kravsspecifikationen blev udarbejdet i et samarbejde mellem Veterinærdirektoratet og Danske Slagterier, mens sidstnævnte forestod udbudsforretningen. Udbudsforretningen blev gennemført efter de danske bestemmelser. I slutningen af 1996 blev der på ministeriets foranledning gennemført en ny udbudsforretning. Tilbuddet fra et af de firmaer, der allerede havde en kontrakt om levering af øremærker, blev antaget igen. Som det andet firma blev valgt en leverandør, der ikke hidtil havde fået en sådan kontrakt. Der blev indgået kontrakter gældende for tre år fra den 1. april 1997 med begge disse firmaer. Denne udbudsforretning blev også gennemført efter de danske bestemmelser. Mellem oktober 1997 og april 1998 blev der afholdt en tredje udbudsforretning, der var den første, der blev gennemført efter den procedure, der er fastsat i direktiv 93/36.

7. Da klagerne ikke blev taget i betragtning ved udbudsforretningerne i 1996/97, indgav de klage over ministeriet til Klagenævnet for Udbud (herefter »Klagenævnet« eller »nævnet«). Under klagesagen har de gjort gældende, at Danske Slagterier for så vidt angår denne institutions indkøb af øremærker skal ligestilles med en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/36, hvilket indebærer, at dette direktiv finder analog anvendelse. Danske Slagterier varetager administrationen af øremærkeordningen i almenhedens interesse og optræder reelt på ministeriets vegne. Tildelingen af kontrakterne skulle derfor være foretaget efter gennemførelse af et offentligt udbud i overensstemmelse med direktiv 93/36. Subsidiært har klagerne gjort gældende, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 burde have været anvendt, og at ministeriet burde have gjort Danske Slagterier opmærksom på, at det er ulovligt at forskelsbehandle på grundlag af nationalitet, hvilket medfører, at udbudsbekendtgørelsen også i dette tilfælde burde have været offentliggjort i hele EU.

8. Ministeriet har i klagesagen gjort gældende, at der ikke er tale om indgåelse af aftaler om offentlige indkøb, og derfor finder direktiv 93/36 ikke anvendelse. Det reelle forhold er, at leverandørerne sælger øremærkerne til svineproducenterne. Danske Slagteriers rolle går alene ud på at administrere ordningen, og ministeriet har blot godkendt øremærkerne og yder et beløb til administrationen. Indkøbene af øremærker sker derfor ikke for det offentliges regning.

9. Klagenævnet har lagt til grund, at Danske Slagterier er køber af de omhandlede øremærker. Dette følger af, at Danske Slagterier har foretaget udbudsforretningen, at svineproducenternes bestilling af levedyrsmærker sker hos Danske Slagterier, og at svineproducenternes betaling for

begge typer øremærker sker til Danske Slagterier. Nævnet har desuden lagt til grund, at Danske Slagterier ikke kan anses for en ordregivende myndighed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/36, da dets drift ikke finansieres af det offentlige for mere end halvdelens vedkommende.

10. Klagenævnet har yderligere anført, at ministeriets overladelse til en privat virksomhed eller organisation, her Danske Slagterier, af administrationen af øremærkeordningen med tilhørende indkøb af øremærker, som sådan burde have været udbudt som tjenesteydelse. Udbuddet burde herved formentlig være sket efter direktiv 93/36 om indkøbsaftaler og ikke efter direktiv 92/50/EØF [5] om tjenesteydelsesaftaler. Dette følger af, at værdien af købene af øremærker efter sagens oplysninger overstiger værdien den nævnte tjenesteydelse.

11. I denne retstvist stiller det forelæggende klagenævn for det første det spørgsmål, om der tilkommer bestemmelsen i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 en selvstændig betydning. Nævnet anser det for muligt, at denne bestemmelse [6] har tabt sin selvstændige betydning, efter at der er gennemført et direktiv om udbud af aftaler om tjenesteydelser, nemlig Rådets direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Nævnet anser det imidlertid ligeledes for muligt, at den selvstændige betydning fortsat består, da bestemmelsen i artikel 2, stk. 2, er blevet bibeholdt, selv om direktiv 93/36 er blevet ændret.

12. For det andet spørger Klagenævnet, hvad en sådan selvstændig betydning kunne gå ud på, da de formål, som i så fald ønskes varetaget med artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 (indkøbsaftaler), må antages at være omfattet af direktiv 92/50 (tjenesteydelsesaftaler). I den forbindelse ønsker nævnet at få oplyst, hvorvidt forbuddet mod forskelsbehandling skal respekteres ved indgåelsen af indkøbsaftaler, og om det følger af den nævnte bestemmelse, at også en institution, der ikke er en ordregivende myndighed, skal følge fremgangsmåden ved offentlige indkøb, når værdien af aftalerne overstiger tærskelværdien i direktiv 93/36. Dette er således ikke er spørgsmål om, hvorvidt ministeriet selv skal anvende fremgangsmåden efter direktivet, men om Danske Slagterier skulle have anvendt denne fremgangsmåde.

5 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

6 — En næsten enslydende bestemmelse fandtes allerede i artikel 2, stk. 3, i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1).

13. Klagenævnet har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

1) Har artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb stadig en selvstændig betydning efter vedtagelsen af Rådets direktiv 92/50/EØF om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (begge ændret ved Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 97/52/EØF)?

2) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, indebærer bestemmelsen i så fald, at i tilfælde, hvor en ordregivende myndighed overlader administrationen af en svineøremærkningsordning til en privat virksomhed, der ikke er en ordregivende myndighed, at den ordregivende myndighed skal foreskrive *dels*, at virksomheden skal respektere forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i de indkøbsaftaler, som virksomheden indgår med tredjemand, og *dels* at de indkøb af varer, der er forbundet med ordningen, skal i offentligt udbud, hvis værdien af indkøbene overstiger tærskelværdien i Rådets direktiv 93/36?

14. Det indklagede ministerium — der i øvrigt finder, at Domstolen bør afvise at realitetsbehandle de forelagte spørgsmål — og Kommissionen har deltaget i sagens behandling for Domstolen. De har begge indgivet skriftlige indlæg og givet afkald på mundtlig forhandling. I det omfang, det er nødvendigt, vil jeg behandle disse parters bemærkninger under bedømmelsen.

C — Bedømmelse

1. *Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse*

a) Spørgsmålet, om Klagenævnet er en ret efter EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF)

15. Først opstår spørgsmålet, om Klagenævnet skal anses for en »ret« efter EF-traktatens artikel 177, og dermed om forelæggelsen kan behandles.

16. Både ministeriet og Kommissionen besvarer dette spørgsmål bekræftende. Under henvisning til Domstolens faste praksis har de anført, at Klagenævnet er oprettet ved lov, har permanent karakter, anvender kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler og er uafhængigt. Det følger heraf, at nævnet er en ret i EF-traktatens artikel 177's forstand.

17. Ifølge Klagenævnets egne oplysninger blev det nedsat ved lov nr. 244 af 6. juni 1991. Det blev bl.a. oprettet med henblik på gennemførelsen af direktiv 89/665/EØF [7] om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter. Sagsbehandlingen ved Klagenævnet foregår som behandlingen af borgerlige retssager. Der gennemføres en kontradiktorisk behandling, og i så godt som alle sager afholdes der mundtlig forhandling. Behandlingen afsluttes med en afgørelse i form af en kendelse. Sådanne kendelser udformes som domme i borgerlige retssager. Klagenævnet er ikke undergivet instruktionsbeføjelser fra nogen og arbejder som et uafhængigt organ. Det består af en dommer som formand og flere sagkyndige medlemmer. Nævnets afgørelser angår fortolkningen af EU's udbudsregler og er derfor af judiciel karakter. Det kan annullere forvaltningens foranstaltninger. Det er endvidere ansvarligt for endeligt at fastlægge fortolkningen og administrationen af EU's udbudsregler i Danmark. Klagenævnet finder derfor, at det falder ind under ordet »ret« i EF-traktatens artikel 177.

18. Dette resultat er jeg enig i. Domstolen har adskillige gange udtalt, at ved bedømmelsen af det rent fællesskabsretlige spørgsmål, om det forelæggende organ er en ret efter betydningen i EF-traktatens artikel 177, er det afgørende, om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt [8]. Da de kriterier, som Domstolen har opstillet i retspraksis, er opfyldt for Klagenævnets vedkommende, er det en »ret« efter betydningen i EF-traktatens artikel 177. En anmodning om en præjudiciel afgørelse kan i det mindste antages til behandling ud fra denne betragtning.

7 — Direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 (EFT L 395, s. 33).

8 — Dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 277, org. ref.: Rec. s. 584, af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, og af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23.

b) Spørgsmålet, om en besvarelse er nødvendig for afgørelsen

19. Det indklagede ministerium er af den opfattelse, at forelæggelsen alligevel ikke kan antages til behandling, da besvarelsen af spørgsmålene ikke er nødvendig for, at Klagenævnet kan træffe afgørelse. Et svar vil ikke medvirke til en løsning af tvisten i hovedsagen. Det tilkommer ganske vist den nationale, forelæggende ret at vurdere, om en anmodning om præjudiciel afgørelse er nødvendig og relevant for afgørelsen, men da et svar i dette tilfælde kun har en hypotetisk værdi, kan forelæggelsen ikke antages til behandling. Den fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36, som Klagenævnet har udbedt sig, ændrer intet ved klagernes retsstilling. Der foreligger ingen retlig interesse. I realiteten drejer det sig om spørgsmål, der kunne opstå i en senere retstvist. Domstolens besvarelse af spørgsmålene er under alle omstændigheder ikke til hjælp for klagerne, da en eventuel procedurefejl i forbindelse med den omtvistede udbudsforretning i mellemtiden er blevet afhjulpet. Den udbudsforretning, der til sidst blev gennemført i 1997/98, blev foretaget i overensstemmelse med direktiv 93/36 (indkøbsaftaler). Dermed kan klagerne kun gøre et erstatningskrav gældende, hvilket dog ikke hører under Klagenævnet, og et sådant krav er heller ikke rejst under hovedsagen.

20. Det fremgår af EF-traktatens artikel 177, at det er de nationale retter, der træffer afgørelse om, hvorvidt det er nødvendigt at indhente en præjudiciel afgørelse fra Domstolen. Der er i EF-traktatens artikel 177 ikke fastsat en beføjelse for Domstolen til at afslå at besvare sådanne anmodninger om en præjudiciel afgørelse. Domstolen har derfor også i fast praksis bekræftet, at det udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retslige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen[9]. Herfor taler navnlig den omstændighed, at den nationale ret, der alene har et umiddelbart og præcist kendskab til sagen, bedst kan træffe afgørelse om dette spørgsmål. Såfremt de spørgsmål, der er forelagt af en national ret, vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom.

21. Det fremgår dog også, at Domstolen i forskellige sager har gjort undtagelser fra dette princip og har afvist at besvare enkelte eller alle de forelagte spørgsmål. For det første drejer det sig i den forbindelse om sager, hvori den forelæggende ret ikke for Domstolen har fremlagt alle nødvendige oplysninger for, at Domstolen kan træffe en for sagen relevant afgørelse. For det andet har Domstolen i en række tilfælde afvist at besvare de forelagte spørgsmål, hvor disse åbenbart ikke udviste nogen sammenhæng med retstvisten i hovedsagen.

9 — Jf. bl.a. dom af 3.3.1994, forenede sager C-332/92, C-333/92 og C-335/92, Eurico Italia m.fl., Sml. I, s. 711, præmis 17.

For det tredje skal nævnes de sager, hvor Domstolen har afvist anmodningen om en præjudiciel afgørelse, da Domstolen var af den opfattelse, at den nationale dommer misbrugte proceduren i EF-traktatens artikel 177. I disse tilfælde var Domstolen af den opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål drejede sig om almindelige eller hypotetiske spørgsmål.

22. Ministeriets argumentation vedrører de to sidstnævnte kategorier.

23. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at Klagenævnet blev foranlediget af klagernes anbringender til at anmode om en præjudiciel afgørelse. Nævnet anser det herved for muligt, at de gennemførte udbudsforretninger er behæftet med proceduremangler, der kunne medføre, at de blev erklæret ugyldige. Såfremt det skulle fremgå af de bestemmelser, som Klagenævnet har anført, at kontrakterne skulle have været udbudt offentligt i henhold til bestemmelserne i direktiv 93/36, så måtte nævnet formentlig erklære den gennemførte udbudsforretning for ugyldig. Da nævnet imidlertid er i tvivl med hensyn til fortolkningen af især artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36, har det forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål.

24. Heraf følger, at Klagenævnet har anset forelæggelsen af disse spørgsmål for nødvendig for, at det kan træffe afgørelse i hovedsagen. I modsætning til ministeriets opfattelse kan det ikke udledes af forelæggelseskendelsen, at det drejer sig om hypotetiske spørgsmål, der eventuelt kunne vedrøre en senere retstvist. Da det forelæggende klagenævn således anser en afgørelse for relevant og har begrundet dette, kan anmodningen om en præjudiciel afgørelse antages til behandling.

2. *Det første præjudicielle spørgsmål*

25. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker Klagenævnet at få oplyst, om der tilkommer artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 (indkøbsaftaler) en selvstændig betydning. Ifølge nævnets opfattelse er det muligt, at spørgsmålet skal besvares benægtende. Denne bestemmelse er overtaget fra artikel 2, stk. 3, i direktiv 77/62 og skal forstås på baggrund af, at der ikke ved dette direktivs udstedelse fandtes fællesskabsbestemmelser om udbud af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Det er derfor muligt, at den omtvistede bestemmelse har tabt sin oprindelige betydning, efter at direktiv 92/50 (tjenesteydelsesaftaler) er blevet udstedt. På den anden side taler det ifølge nævnet for en selvstændig betydning ved siden af direktiv 92/50, at den omtvistede bestemmelse netop er blevet opretholdt ved udstedelsen af direktiv 93/36.

26. Ministeriet, der kun subsidiært tager stilling til de præjudicielle spørgsmål, finder ligeledes, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 har selvstændig betydning. En sammenligning med direktiv 77/62 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb viser, at denne bestemmelse hver gang er blevet bibeholdt, skønt der er foretaget flere ændringer. Det fremgår heller ikke af forarbejderne og forslagene til direktiv 93/36, at artikel 2, stk. 2, har mistet sin selvstændige betydning ved udstedelsen af direktiv 92/50. Bestemmelsen skal ikke kun forstås som »en reminiscens... fra tiden før tjenesteydelsesdirektivet«.

27. Kommissionen har i sit indlæg først henvist til, at såvel direktiv 93/36 (indkøbsaftaler) som direktiv 92/50 (tjenesteydelsesaftaler) kan være relevant på grundlag af den sagsfremstilling, som Klagenævnet har fremlagt. Forarbejderne og forslagene til direktiv 93/36 viser, at dette ikke materielt skulle ændre det tidligere direktiv. Dets udstedelse var nødvendig navnlig for at foretage tilpasninger under hensyn til direktiv 92/50, således som de også blev foretaget ved direktiv 93/37/EØF [10]. Artikel 2, stk. 2, blev imidlertid ikke berørt heraf. Bestemmelsen findes stadig i direktiv 93/36 på trods af ændringerne og sikrer overholdelsen af forbuddet mod forskelsbehandling, også selv om direktiv 92/50 ikke skulle finde anvendelse. Dette er især tilfældet ved koncessionsaftaler. Man må derfor gå ud fra, at artikel 2, stk. 2, har en selvstændig betydning.

28. Jeg er hvad resultatet angår enig i de indlæg, som ministeriet og Kommissionen har indgivet. Bestemmelsen i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 findes allerede i en lignende udformning i direktiv 77/62, der er det første direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. I direktiv 77/62 findes den omtvistede bestemmelse endnu i artikel 2, stk. 3. Den eneste ændring, som dette direktiv har undergået i tidens løb, vedrører blot definitionen af begrebet ordregivende myndighed. Bestemmelsens egentlige indhold er imidlertid forblevet det samme. Ifølge begge bestemmelser skal den retsakt, i henhold til hvilken en særlig ret overdrages til et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, således foreskrive, at det pågældende organ ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler skal respektere princippet om, at forskelsbehandling ikke er tilladt. Der findes ganske vist en bestemmelse om forbud mod forskelsbehandling i artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 (tjenesteydelsesaftaler), men heri er det alene fastsat, at det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, »at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere«. I henhold til titlen gælder dette direktiv specielt for fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvorimod direktiv 93/36 vedrører frem-

10 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

gangsmåder ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler.

29. Man kan dog sagtens forestille sig tilfælde, hvori der ved siden af direktiv 93/36 (indkøbsaftaler) som udgangspunkt også skal ske anvendelse af direktiv 92/50 (tjenesteydelsesaftaler). Dette kunne bl.a. være tilfældet, når den kontrakt, der skal indgås, indeholder både tjenesteydelses- og indkøbselementer. Såfremt kontrakten dog hovedsageligt består i levering af varer, ville direktiv 92/50 ikke længere være anvendelig i denne situation. Forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 ville så ikke finde anvendelse. Her viser sig så den selvstændige betydning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36. Man kunne også forestille sig et tilfælde, hvor det ganske vist drejer sig om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, men disse kan gives videre inden for rammerne af en koncessionsaftale. Også i dette tilfælde ville direktiv 92/50 og det heri indeholdte forbud mod forskelsbehandling ikke være anvendeligt, hvorimod man stadig ville være inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/36. I denne forbindelse ville forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 2, stk. 2, ligeledes igen finde anvendelse.

30. Da det hverken fremgår af forarbejderne eller forslagene til direktiv 93/36, at bestemmelsen i artikel 2, stk. 2, ikke skulle have en selvstændig betydning, må det antages, at bestemmelsen fortsat også skal gælde ved siden af direktiv 92/50.

3. *Det andet præjudicielle spørgsmål*

31. Med sit andet spørgsmål har Klagenævnet anmodet om en fortolkning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 i tilfælde af, at bestemmelsen har selvstændig betydning. Nævnet ønsker herved navnlig oplysning om indholdet af denne bestemmelse og spørger for det første, om en ordregivende myndighed ved overdragelsen af særlige rettigheder til en privat virksomhed, der ikke selv er en ordregivende myndighed, skal pålægge denne at respektere forbuddet mod forskelsbehandling, og for det andet, om det følger af artikel 2, stk. 2, at den pågældende private virksomhed skal følge fremgangsmåden for indgåelse af offentlige aftaler.

32. Ministeriet er af den opfattelse, at aftalen, i henhold til hvilken særlige rettigheder overdrages, skal indeholde en bestemmelse om forbuddet mod forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2. Dermed sikres det i det mindste, at forbuddet mod forskelsbehandling overholdes, selv om der ikke skal gennemføres en udbudsforretning i overensstemmelse med direktivet. Det gøres dermed klart, at også private ved indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler skal overholde dette forbud. Derimod er det ikke i artikel 2, stk. 2, fastsat, at en virksomhed, som har fået overdraget særlige rettigheder, i hvert enkelt tilfælde

skal gennemføre en offentlig udbudsforretning.

33. Ifølge Kommissionens opfattelse indeholder artikel 2, stk. 2, en forpligtelse for en ordregivende myndighed til at gøre en institution, der overdrages særlige rettigheder, opmærksom på forbuddet mod forskelsbehandling og til at sørge for, at dette forbud overholdes. Der kan ikke af artikel 2, stk. 2, derudover udledes en forpligtelse for denne institution til at gennemføre udbudsproceduren.

34. Ved bedømmelsen skal det først bemærkes, at bestemmelserne i direktiv 93/36 vedrørende udbudsproceduren ikke i sig selv finder anvendelse i dette tilfælde for så vidt angår Danske Slagterier. Tærskelværdien i artikel 5 i direktiv 93/36 er ganske vist overskredet, således at en anvendelse kunne komme på tale på grundlag af kontraktstørrelsen. Danske Slagterier er derimod ikke en ordregivende myndighed. Salget af øremærker foregår endvidere hverken på vegne af de danske myndigheder eller for deres regning. I denne henseende er der ingen økonomiske forbindelser mellem leverandørerne af øremærkerne og myndighederne. Derfor finder direktivet ikke anvendelse på et forhold som det foreliggende, for så vidt angår fremgangsmåden ved indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler.

35. For at sikre, at det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling i fællesskabsretten også overholdes uden for det egentlige anvendelsesområde, foreskriver artikel 2, stk. 2, at en ordregivende myndighed, når den overdrager særlige rettigheder til andre organer, da skal pålægge dem dette forbud. Derimod fremgår det ikke af artikel 2, stk. 2, at bestemmelserne om fremgangsmåden ved indgåelse af offentlige aftaler skal iagttages derudover. En sammenligning med de to andre direktiver om indgåelse af offentlige aftaler viser også, at der ikke kan indfortolkes mere i den omtvistede bestemmelse. Både i medfør af direktiv 93/36 og direktiv 92/50 pålægges medlemsstaterne (kun) at træffe de nødvendige forholdsregler for at sikre, at *ordregivende myndigheder* respekterer direktivets forskrifter, herunder et i begge direktiver indeholdt forbud mod forskelsbehandling.

36. Allerede ordlyden af artikel 2, stk. 2, viser for så vidt angår den foreliggende sag, at der udelukkende består en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at sørge for, at det organ, der har fået overdraget særlige rettigheder, respekterer forbuddet mod forskelsbehandling. Dermed vil man undgå, at der på dette område sker en forskelsbehandling mellem flere tilbudsgivere på grundlag af nationalitet. Direktivets indhold og formål er virkeliggørelsen af frie varebevægelser på området for offentlige indkøbsaftaler, der indgås i medlemsstaterne for statens, regionale eller lokale myndigheders eller andre offentligretlige organers regning. I dette øjemed er ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige indkøbsaftaler i medfør af direktivet

undergivet en særlig fremgangsmåde. De nærmere krav til udbudsproceduren er indeholdt i de enkelte bestemmelser i direktivet. Det fremgår derimod ikke af artikel 2, stk. 2, at organer, der har fået overdraget særlige rettigheder, men som ikke er ordregivende myndigheder, skal gennemføre en udbudsforretning med henblik på indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler, således som det er foreskrevet i direktiv 93/36, men udelukkende, at de skal respektere princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt.

37. Heraf følger, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 kun indeholder en forpligtelse for den ordregivende myndighed til, når den overdrager særlige rettigheder til en institution, da at pålægge denne forbuddet mod forskelsbehandling.

D — Forslag til afgørelse

38. På grundlag af de foranstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

1) Artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb har bevaret sin selvstændige betydning uanset ikrafttrædelsen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

2) Såfremt en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 93/36 overdrager et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, uanset dets juridiske status, en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, skal den retsakt, i henhold til hvilken denne ret tildeles, foreskrive, at det pågældende organ ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand skal respektere princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt. Derudover indeholder artikel 2, stk. 2, ikke en yderligere forpligtelse for den ordregivende myndighed til at påse, at dette organ, der ikke er en ordregivende myndighed, anvender fremgangsmåden for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler.