CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 8 juli 1999 *

A — Inleiding

1. In deze prejudiciële procedure gaat het om twee vragen op het gebied van overheidsopdrachten. In de eerste plaats de vraag, hoe een non-discriminatieclausule (verbod van discriminatie op grond van nationaliteit) in een richtlijn betreffende overheidsopdrachten voor leveringen juridisch moet worden gekwalificeerd, en in de tweede plaats, of een dergelijke anti-discriminatiebepaling ook een instelling die geen aanbestedende dienst is, verplicht bij het plaatsen van (overheids)opdrachten bij derden een procedure te volgen die overeenkomt met die van de richtlijn.

2. De in geding zijnde regeling is die van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36/EG [1], dat luidt als volgt:

„Indien een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, onder b [2], aan een andere concessiehouder dan de aanbestedende dienst, ongeacht de rechtsvorm hiervan, speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, moet in de overeenkomst waarbij deze rechten worden verleend, worden bepaald dat deze concessiehouder bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het beginsel van non-discriminatie op grond van de nationaliteit in acht neemt."

B — De feiten

3. Het hoofdgeding betreft een aanbestedingsprocedure voor oormerken voor varkens. Verzoeksters in het hoofdgeding, Unitron Scandinavia A/S en 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab,

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — 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).

2 — Artikel 1, onder b, van richtlijn 93/36 luidt:
„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder (...) *‚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 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."

wilden dergelijke oormerken leveren. Verweerder in het hoofdgeding, Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (ministerie van Voedselvoorziening, Landbouw en Visserij; hierna: „ministerie"), is de „eerstverantwoordelijke" instantie voor de Deense regeling inzake het oormerken van varkens. De door verzoeksters in het hoofdgeding bestreden aanbestedingsprocedure is georganiseerd door het Veterinærdirektorat — de diergeneeskundige dienst van het ministerie — en een particuliere instelling, Danske Slagterier (Deense slachthuizen).

4. Met het oog op de bestrijding van ziekten onder het vee zijn bij richtlijn 92/102/EEG van de Raad [3] identificatieregelingen ingevoerd. In de lidstaten moet daartoe een centrale instantie worden ingesteld, die belast is met de veterinaire controles en een register moet houden van alle bedrijven waar in de richtlijn bedoelde dieren worden gehouden. Met betrekking tot varkens is bepaald, dat zij, alvorens het bedrijf waar zij geboren zijn te verlaten, een oormerk of tatoeëring moeten krijgen, zodat men later zo nodig kan vaststellen, van welk bedrijf zij afkomstig zijn. Blijkens de Deense uitvoeringsverordening [4] moeten oormerken voor varkens worden goedgekeurd door de diergeneeskundige dienst van het ministerie. Zij worden via Danske Slagterier, een particuliere instelling die banden heeft met de landbouworganisaties, aan de afzonderlijke bedrijven verkocht. De diergeneeskundige dienst bepaalt de prijs van de oormerken en van iedere levering van oormerken wordt aantekening gemaakt in het centrale gebruiksdierenregister van het ministerie.

5. Naar in de verwijzingsbeschikking wordt uiteengezet, zijn in Denemarken twee soorten oormerken in gebruik, de ene voor slachtdieren, de andere voor niet voor de slacht bestemde dieren. Laatstbedoelde oormerken worden door de Deense varkensfokkers bij Danske Slagterier besteld. Deze geven de bestelling door aan de betrokken merkenleverancier, die de merken rechtstreeks aan de varkensfokker stuurt. Deze betaalt de prijs van de oormerken aan Danske Slagterier. Oormerken voor slachtdieren daarentegen worden door de varkensfokker rechtstreeks bij de merkenleverancier besteld, die de oormerken aan de fokker zendt en Danske Slagterier daarvan mededeling doet. Ook deze oormerken worden door de varkensfokker aan Danske Slagterier betaald. De prijs van beide soorten oormerken bestaat uit de door de merkenleverancier berekende prijs vermeerderd met 0,5 DKR per oormerk. Danske Slagterier zorgen ook voor de opneming van de varkens in het centrale gebruiksdierenregister, waarvoor zij van de geneeskundige dienst een jaarlijkse vergoeding van 400 000 DKR ontvangen.

3 — Richtlijn van 27 november 1992 met betrekking tot de identificatie en de registratie van dieren (PB L 355, blz. 32).

4 — Richtlijn 92/102 is in Denemarken aanvankelijk ten uitvoer gelegd bij verordening nr. 80 van 18 februari 1993, later vervangen door verordening nr. 1073 van 15 december 1995 betreffende het merken en registreren van runderen, varkens, schapen en geiten.

6. In 1993/1994 vond een eerste aanbestedingsprocedure voor de levering van oormerken plaats. De biedingsvoorwaarden werden door de geneeskundige dienst tezamen met Danske Slagterier opgesteld en laatstgenoemden traden in de procedure op als penvoerder. De procedure verliep volgens de Deense wettelijke voorschriften. Eind 1996 werd op verzoek van het ministerie een nieuwe aanbestedingsprocedure georganiseerd. De opdracht werd wederom gegund aan een onderneming die voordien reeds oormerken had geleverd. Als tweede leverancier werd een onderneming gekozen die nog niet eerder een dergelijke opdracht had gehad. Met beide ondernemingen werd een contract gesloten met een looptijd van drie jaar vanaf 1 april 1997. Ook deze procedure verliep volgens de Deense wettelijke bepalingen. Een derde aanbestedingsprocedure vond tussen oktober 1997 en april 1998 plaats en hierbij werd voor het eerst de in richtlijn 93/36 geregelde procedure toegepast.

7. Omdat in de aanbestedingsprocedure 1996/1997 hun aanbod niet in aanmerking was genomen, stelden verzoeksters in het hoofdgeding beroep in tegen het ministerie bij het Klagenævn for Udbud (college van beroep in aanbestedingszaken; hierna: „Klagenævn" of „college"). In de loop van die beroepsprocedure betoogden zij, dat Danske Slagterier met betrekking tot hun aankopen van oormerken moesten worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1 van richtlijn 93/36, hetgeen betekende dat deze richtlijn van overeenkomstige toepassing was. Danske Slagterier, aldus verzoeksters in het hoofdgeding, beheerden het oormerkenstelsel in het openbaar belang en traden in werkelijkheid in plaats van het ministerie op. De aanbestedingsprocedure had daarom overeenkomstig richtlijn 93/36 als een overheidsopdracht voor leveringen moeten worden behandeld. Subsidiair stelden verzoeksters in het hoofdgeding, dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 toegepast had moeten worden en dat het ministerie Danske Slagterier er dus op had moeten wijzen, dat verschil in behandeling op grond van nationaliteit niet geoorloofd was, hetgeen betekende dat de overheidsopdracht ook in dit geval in de gehele Europese Unie gepubliceerd had moeten worden.

8. Het ministerie betoogde in de beroepsprocedure, dat het niet om een overheidsopdracht voor leveringen ging en dat richtlijn 93/36 dus niet van toepassing was geweest. In werkelijkheid verkochten de leveranciers de oormerken aan de varkensfokkers. Danske Slagterier deden niets meer dan het stelsel beheren, en het ministerie had de oormerken enkel goedgekeurd en een zeker bedrag betaald voor het beheer van het stelsel. De oormerken waren dus niet voor rekening van de overheid aangekocht.

9. Het Klagenævn gaat ervan uit, dat Danske Slagterier de oormerken kopen. Dit blijkt hieruit, dat Danske Slagterier de aanbestedingsprocedure hebben gevoerd, dat de varkensfokkers de oormerken bij Danske Slagterier bestellen en beide soor-

ten oormerken aan hen betalen. Het neemt voorts aan, dat Danske Slagterier geen aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36 zijn, omdat hun activiteit niet voor meer dan de helft uit openbare middelen wordt gefinancierd.

10. Het Klagenævn overweegt voorts, dat het ministerie, toen het het beheer van het oormerkenstelsel inclusief de aankoop van de oormerken aan een particuliere onderneming of een particuliere instelling — Danske Slagterier — overliet, deze dienstverrichting als zodanig door middel van een openbare procedure had moeten aanbesteden. Dat had dan moeten gebeuren overeenkomstig richtlijn 93/36 betreffende overheidsopdrachten voor leveringen, en niet overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG [5] betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening, en wel omdat de waarde van de aankopen van oormerken, volgens de gegevens waarover het college beschikte, hoger was dan de waarde van de betrokken dienst.

11. Het Klagenævn ziet zich in dit geding in de eerste plaats gesteld voor de vraag, of de regeling van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 [6] zelfstandige betekenis heeft. Het college acht het mogelijk, dat dat niet meer het geval is, daar er reeds een richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening is vastgesteld, te weten richtlijn 92/50. Het acht het echter evenzeer mogelijk, dat die zelfstandige betekenis voortbestaat, daar bij alle in richtlijn 93/36 aangebrachte wijzigingen de bepaling van artikel 2, lid 2, gehandhaafd is.

12. In de tweede plaats rijst voor het Klagenævn de vraag, waarin die zelfstandige betekenis dan bestaat, daar het in dat geval bij de belangen die door artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 (leveringen) beschermd moesten worden, gaat om belangen die onder richtlijn 92/50 (dienstverlening) vallen. Het college wenst in dit verband dan ook te vernemen, in hoeverre bij het plaatsen van leveringsopdrachten het non-discriminatiebeginsel in acht moet worden genomen en of uit deze bepaling volgt, dat ook een instelling die geen aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn is, de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten moet volgen wanneer de waarde van de opdrachten boven de in richtlijn 93/36 bepaalde drempelwaarde uitkomt. Het gaat er dus niet om, of het ministerie zelf de procedure overeenkomstig de richtlijn had moeten organiseren, maar of Danske Slagterier die procedure hadden moeten toepassen.

5 — Richtlijn 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).

6 — Deze regeling was nagenoeg gelijkluidend geformuleerd in artikel 2, lid 3, 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 (PB 1977, L 13, blz. 1).

13. Het Klagenævn heeft derhalve het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Komt aan artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, na de vaststelling van richtlijn 92/50/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (beide gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad), nog zelfstandige betekenis toe?

2) Voor het geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, impliceert die bepaling dan, dat wanneer een aanbestedende dienst het beheer van een regeling voor oormerken voor varkens opdraagt aan een particuliere onderneming die geen aanbestedende dienst is, de aanbestedende dienst in de eerste plaats moet voorschrijven, dat deze onderneming bij de opdrachten voor leveringen die zij aan derden geeft, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht dient te nemen, en in de tweede plaats, dat de plaatsing van opdrachten voor de levering van de goederen waarop de regeling betrekking heeft, via een openbare aanbesteding dient te geschieden wanneer de waarde van die leveringen de in richtlijn 93/36 bepaalde drempelwaarde overschrijdt?"

14. Aan de procedure voor het Hof hebben het ministerie — dat overigens de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk acht — en de Commissie deelgenomen. Beiden hebben één memorie ingediend en verklaard geen behoefte te hebben aan een terechtzitting. Op de opmerkingen van deze partijen zal ik in het navolgende voor zover nodig ingaan.

C — Discussie

1. *De ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing*

a) Is het Klagenævn for Udbud een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG)?

15. In de eerste plaats rijst de vraag, of het Klagenævn te beschouwen is als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag, en of zijn verzoek om een prejudiciële beslissing dus ontvankelijk is.

16. Zowel het ministerie als de Commissie beantwoorden deze vraag bevestigend. Refererend aan de vaste rechtspraak van het Hof wijzen zij op de wettelijke grondslag van het college, op zijn permanent karakter, de procedure op tegenspraak, op het feit dat het rechtsregels toepast en onafhankelijk is. Zij concluderen daaruit, dat het Klagenævn een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

17. Naar het Klagenævn zelf heeft meegedeeld, is het opgericht bij wet nr. 344 van 6 juni 1991, onder meer in het kader van de tenuitvoerlegging van richtlijn 89/665/EEG[7] 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. De procedure voor het college komt overeen met de procedure in burgerlijke zaken; zij is contradictorisch en omvat in nagenoeg alle gevallen een mondelinge behandeling. De beslissing waarmee de procedure wordt afgesloten, heeft de vorm van een beschikking, overeenkomend met een vonnis in burgerlijke zaken. Het Klagenævn heeft van niemand instructies te ontvangen en werkt als een onafhankelijk orgaan. Het bestaat uit een rechter als voorzitter en enkele deskundige leden. Zijn beslissingen betreffen de uitlegging van de gemeenschapsvoorschriften inzake overheidsopdrachten en hebben derhalve rechterlijk karakter. Het college is ook bevoegd de ongeldigheid van bestuursmaatregelen vast te stellen. Bovendien is het in Denemarken de hoogste instantie voor de uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Het Klagenævn komt op grond van een en ander tot de slotsom, dat het een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

18. Hiermee kan ik het alleen maar eens zijn. Het Hof heeft meermaals verklaard, dat het voor de beoordeling of een verwijzende instantie een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is — een beoordeling die uitsluitend van het gemeenschapsrecht afhangt —, aankomt op factoren als de wettelijke grondslag van het orgaan, zijn permanent karakter en zijn verplichte jurisdictie, of het rechtsregels toepast en de partijen bindende beslissingen neemt, of de leden onafhankelijk zijn en of de procedure contradictoir is.[8] Aangezien het Klagenævn aan deze in 's Hofs rechtspraak omschreven voorwaarden voldoet, is het een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag. Althans in dit opzicht is het verzoek om een prejudiciële beslissing dus ontvankelijk.

7 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 (PB L 395, blz. 33).

8 — Arresten van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Jurispr. blz. 377); 27 april 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477), en 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23).

b) Zijn de prejudiciële vragen relevant voor de beslissing in het hoofdgeding?

19. Volgens het ministerie, verweerder in het hoofdgeding, is de prejudiciële verwijzing niettemin niet ontvankelijk, omdat beantwoording van de vragen niet noodzakelijk is voor de beslissing die het Klagenævn in het hoofdgeding moet nemen. Die antwoorden zullen niet bijdragen tot de oplossing van het geschil. Weliswaar dient de verwijzende nationale rechter te beslissen of een prejudiciële verwijzing noodzakelijk en relevant is voor zijn beslissing, maar daar een antwoord in casu slechts hypothetische waarde zal hebben, is de verwijzing niet ontvankelijk. Door de door het Klagenævn gevraagde uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 zal de rechtssituatie van verzoeksters in het hoofdgeding op geen enkele wijze veranderen. Er bestaat hier geen enkel te beschermen rechtsbelang. In werkelijkheid gaat het om vragen die in een later geding zouden kunnen rijzen. De ondernemingen zullen hoe dan ook niet gebaat zijn met het antwoord van het Hof op de gestelde vragen, daar een mogelijke vormfout in de in geding zijnde aanbestedingsprocedure in de tussentijd is hersteld. De voor het laatst in 1997/1998 georganiseerde aanbestedingsprocedure is overeenkomstig richtlijn 93/36 (leveringen) verlopen. De verzoeksters, aldus het ministerie, zouden dus enkel schadevergoeding kunnen vorderen, maar om een dergelijke vordering, waarvoor het Klagenævn overigens niet bevoegd is, gaat het in het hoofdgeding niet.

20. Blijkens artikel 177 van het Verdrag is het aan de nationale rechterlijke instantie om te beslissen, of een prejudiciële verwijzing naar het Hof noodzakelijk is. Genoemd artikel voorziet niet in een bevoegdheid van het Hof om de beantwoording van een prejudiciële vraag te weigeren. Het Hof heeft in vaste rechtspraak dan ook verklaard, dat het uitsluitend de taak is van de nationale rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is en die verantwoordelijk is voor de te geven beslissing, om, rekening houdend met alle bijzonderheden van de zaak, te beoordelen of een prejudiciële verwijzing noodzakelijk is om in die zaak uitspraak te kunnen doen, en of de aan het Hof voorgelegde vragen daarvoor relevant zijn.[9] Dit is in het bijzonder zo, omdat de nationale rechterlijke instantie, die als enige rechtstreeks en precies de feiten van de zaak kent, het best in staat is dat te beoordelen. Wanneer de door een nationale rechter gestelde vragen de uitlegging van het gemeenschapsrecht betreffen, is het Hof in principe dus verplicht ze te beantwoorden.

21. In een aantal gevallen is het Hof echter van deze regel afgeweken en heeft het een of meer voorgelegde vragen niet willen beantwoorden. In de eerste plaats ging het daarbij om zaken waarin de verwijzende rechter het Hof niet alle gegevens had verstrekt die het nodig had om een nuttig antwoord te kunnen geven; in de tweede plaats om zaken waarin de vragen kennelijk geen verband hielden met het hoofdgeding; en in de derde plaats om zaken

9 — Zie onder meer arrest van 3 maart 1994, Eurico Italia e.a. (C-332/92, C-333/92 en C-335/92, Jurispr. blz. I-711, punt 17).

waarin het Hof van oordeel was, dat de nationale rechter de procedure van artikel 177 van het Verdrag verkeerd gebruikte. In deze gevallen stelde het Hof zich op het standpunt, dat de gestelde vragen een algemeen of hypothetisch karakter hadden.

22. Op de twee laatste categorieën wordt ook in het betoog van het ministerie gedoeld.

23. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter, dat het Klagenævn door de door verzoeksters aangevoerde argumenten ertoe is gebracht, de prejudiciële vragen te stellen. Het college acht het mogelijk, dat in de aanbestedingsprocedures vormfouten zijn gemaakt die de ongeldigheid van die procedures tot gevolg kunnen hebben. Indien uit de door het college aangevoerde bepalingen zou volgen, dat een openbare procedure overeenkomstig de bepalingen van richtlijn 93/36 georganiseerd had moeten worden, dan zou het de bestreden procedure wel ongeldig moeten verklaren. Daar het echter twijfel koesterde over de uitlegging van, met name, artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36, heeft het college het Hof twee prejudiciële vragen desbetreffend voorgelegd.

24. Hieruit volgt, dat het Klagenævn het noodzakelijk achtte die vragen te stellen om in het hoofdgeding uitspraak te kunnen doen. Anders dan het ministerie meent, kan men uit de verwijzingsbeschikking niet concluderen, dat het enkel gaat om hypothetische vragen, die eventueel voor een later geding van belang zouden kunnen zijn. Daar de verwijzende instantie de relevantie van de gestelde vragen heeft bevestigd en gemotiveerd, is het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

2. *De eerste vraag*

25. Met zijn eerste vraag wenst het Klagenævn te vernemen, of artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 (leveringen) zelfstandige betekenis heeft. Het college meent, dat dat wellicht niet het geval is. Deze bepaling is overgenomen uit artikel 2, lid 3, van richtlijn 77/62 en daarbij moet eventueel in aanmerking worden genomen, dat toen die richtlijn werd vastgesteld, er nog geen gemeenschapsregeling voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening bestond. Het is dus mogelijk, dat de bepaling aanvankelijk zelfstandige betekenis had, maar deze heeft verloren toen richtlijn 92/50 (dienstverlening) werd vastgesteld. Anderzijds, aldus het college, is het ook denkbaar dat bedoelde bepaling naast richtlijn 92/50 wel zelfstandige betekenis heeft, juist omdat zij bij de vaststelling van richtlijn 93/36 is gehandhaafd.

26. Het ministerie, dat slechts à titre subsidiaire opmerkingen over de prejudiciële vragen maakt, meent eveneens, dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 zelfstandige betekenis heeft. Bij vergelijking met de Eerste richtlijn (77/62) betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, blijkt dat die regeling ondanks verscheidene wijzigingen steeds is gehandhaafd. Ook uit de voorstukken en de ontwerpen van richtlijn 93/36 valt niet af te leiden, dat artikel 2, lid 2, zijn zelfstandigheid door de vaststelling van richtlijn 92/50 heeft verloren. Deze bepaling is niet enkel maar een „herinnering aan voorbije tijden".

27. In haar opmerkingen wijst de Commissie er vooraf op, dat, gelet op de feiten zoals beschreven door het Klagenævn, zowel richtlijn 93/36 (leveringen) als richtlijn 92/50 (dienstverlening) van toepassing zou kunnen zijn. Uit de voorstukken en ontwerpen van richtlijn 93/36 blijkt, dat het niet de bedoeling was de vroegere richtlijn op wezenlijke punten te wijzigen. De vaststelling ervan was noodzakelijk, met name om in richtlijn 92/50 aanpassingen aan te brengen, die ook gevolgen hadden voor richtlijn 93/37/EEG. [10] Dat had echter geen invloed gehad op artikel 2, lid 2. Ondanks die wijzigingen is het nog steeds in richtlijn 93/36 te vinden, waar het de eerbiediging van het discriminatieverbod waarborgt ook als richtlijn 92/50 niet van toepassing is. Dit is met name het geval bij concessieovereenkomsten. Daarom moet ervan worden uitgegaan, dat artikel 2, lid 2, zelfstandige betekenis heeft.

28. Ik kan mij geheel vinden in hetgeen het ministerie en de Commissie hebben betoogd. De bepaling van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 is in overeenkomstige bewoordingen reeds te vinden in richtlijn 77/62, de eerste richtlijn voor de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. In richtlijn 77/62 staat die bepaling nog in artikel 2, lid 3. De enige wijziging die zij in de loop van de tijd heeft ondergaan, betreft de omschrijving van het begrip aanbestedende dienst. De wezenlijke inhoud ervan is echter onveranderd gebleven. Zowel volgens de oude als volgens de huidige versie moet in de overeenkomst betreffende de toekenning van een bijzonder recht door een aanbestedende dienst aan een instelling die geen aanbestedende dienst is, worden bepaald, dat die instelling bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen het non-discriminatiebeginsel in acht neemt. Weliswaar bevat ook artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 (dienstverlening) een non-discriminatieclausule, maar deze houdt slechts in, dat de aanbestedende diensten ervoor moeten zorgen, dat „tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd". Maar zoals uit haar titel blijkt, geldt deze richtlijn in het bijzonder voor procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, terwijl richtlijn 93/36 betrekking heeft op

10 — Richtlijn 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).

procedures voor het plaatsen van leveringsopdrachten.

29. Men kan zich echter alleszins casusposities indenken waarin op het eerste gezicht behalve richtlijn 93/36 (leveringen) ook richtlijn 92/50 (dienstverlening) van toepassing zou kunnen zijn, zo bijvoorbeeld wanneer de opdracht zowel elementen van dienstverlening als van levering omvat. Wanneer de opdracht dan echter hoofdzakelijk betrekking had op het leveren van goederen, zou richtlijn 92/50 met haar in artikel 3, lid 2, opgenomen discriminatieverbod niet meer toepasselijk zijn. In een dergelijk geval treedt de zelfstandige betekenis van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 aan de dag. Er is echter ook een casuspositie denkbaar waarin het weliswaar om overheidsopdrachten voor dienstverlening gaat, doch met de mogelijkheid dat deze in het kader van een concessieovereenkomst worden doorgegeven. Ook dan zouden richtlijn 92/50 en het daarin opgenomen discriminatieverbod niet van toepassing zijn, maar de situatie zou wel binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/36 blijven, zodat het discriminatieverbod van artikel 2, lid 2, zijn werking kan ontvouwen.

30. Daar voorts de voorstukken noch de ontwerpen van richtlijn 93/36 iets bevatten waaruit valt af te leiden, dat het bepaalde in artikel 2, lid 2, geen zelfstandige betekenis meer kan hebben, moet ervan worden uitgegaan, dat deze bepaling nog steeds naast richtlijn 92/50 van toepassing is.

3. *De tweede vraag*

31. Met zijn tweede vraag verzoekt het Klagenævn om uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 in het geval dat het zelfstandige betekenis heeft. Het vraagt daarbij in het bijzonder naar de inhoud van deze bepaling en of, in de eerste plaats, een aanbestedende dienst bij de verlening van bijzondere rechten aan een onderneming die geen aanbestedende dienst is, deze moet voorschrijven het discriminatieverbod te eerbiedigen, en of, in de tweede plaats, uit artikel 2, lid 2, volgt dat die onderneming de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten moet toepassen.

32. Het ministerie is van mening, dat de overeenkomst waarbij bijzondere rechten worden verleend, de non-discriminatieclausule van artikel 2, lid 2, dient te bevatten. Dit om te verzekeren, dat ook wanneer de aanbestedingsprocedure niet overeenkomstig de richtlijn behoeft te verlopen, althans het discriminatieverbod wordt geëerbiedigd. Daarmee wordt duidelijk gemaakt, dat ook particulieren bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen dat verbod in acht moeten nemen. Daarentegen verlangt artikel 2, lid 2, niet, dat de onderneming waaraan bijzondere rechten zijn

verleend, in alle gevallen een openbare aanbestedingsprocedure moet toepassen.

33. Volgens de Commissie is de aanbestedende dienst ingevolge artikel 2, lid 2, verplicht om de onderneming waaraan bijzondere rechten worden verleend, op het discriminatieverbod te attenderen en erop toe te zien, dat dit wordt geëerbiedigd. Dat die onderneming tevens verplicht zou zijn de openbare aanbestedingsprocedure toe te passen, kan in artikel 2, lid 2, niet worden gelezen.

34. Bij de beoordeling van deze standpunten moet ik er om te beginnen op wijzen, dat de bepalingen van richtlijn 93/36 betreffende de aanbestedingsprocedure in het onderhavige geval niet van toepassing zijn voor zover het om Danske Slagterier gaat. Weliswaar wordt de in artikel 5 van richtlijn 93/36 genoemde drempelwaarde overschreden, zodat wat dat aspect betreft, de richtlijn van toepassing zou zijn, maar Danske Slagterier is geen aanbestedende dienst. Evenmin worden de oormerken namens of voor rekening van de Deense overheid verkocht. Tussen de oormerkenleveranciers en de overheidsinstanties bestaan desbetreffend geen financiële betrekkingen. Voor zover het om de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen gaat, is de richtlijn daarom in een situatie als de onderhavige niet van toepassing.

35. Om echter ook buiten het eigenlijke toepassingsgebied de eerbiediging van het — in het gemeenschapsrecht fundamentele — discriminatieverbod te waarborgen, legt artikel 2, lid 2, de aanbestedende diensten de verplichting op, bij de verlening van bijzondere rechten aan derden deze aan dat verbod te binden. Een verder gaande verplichting, namelijk met betrekking tot het toepassen van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, kan echter niet aan artikel 2, lid 2, worden ontleend. Ook een vergelijking met de beide andere richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten laat zien, dat men genoemde bepaling niet ruimer mag interpreteren. Zowel in richtlijn 93/37 als in richtlijn 92/50 wordt de lidstaten (enkel) de verplichting opgelegd, de nodige maatregelen te treffen om te verzekeren dat de *aanbestedende diensten* zich aan de bepalingen van de richtlijn houden. En tot die bepalingen behoort telkens ook een in de richtlijn neergelegd discriminatieverbod.

36. In casu blijkt al uit de bewoordingen van artikel 2, lid 2, dat enkel de aanbestedende dienst verplicht is ervoor te zorgen, dat de instelling waaraan bijzondere rechten zijn verleend, het discriminatieverbod eerbiedigt. Daardoor wordt ook op dit gebied voorkomen, dat gegadigden wegens hun nationaliteit ongelijk worden behandeld. Doelstelling van de richtlijn is de verwezenlijking van het vrije goederenverkeer op het gebied van overheidsopdrachten voor leveringen, die in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen worden geplaatst. Om dat doel te bereiken, schrijft de richtlijn de toepassing voor van een bijzondere procedure voor het plaatsen van dergelijke opdrachten door de aanbestedende dienst. Met betrekking tot alle

voorwaarden van die procedure bevat de richtlijn gedetailleerde regelingen. Daarentegen volgt uit artikel 2, lid 2, op zich beschouwd niet, dat instellingen waaraan bijzondere rechten zijn verleend, maar die geen aanbestedende diensten zijn, een procedure moeten toepassen als die welke in richtlijn 93/36 is voorgeschreven voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, doch enkel, dat zij het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit dienen te eerbiedigen.

37. Hieruit volgt, dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 de aanbestedende dienst enkel verplicht, bij het verlenen van bijzondere rechten de betrokken instelling aan het discriminatieverbod te binden.

D — Conclusie

38. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, heeft zijn zelfstandige betekenis behouden, ongeacht de inwerkingtreding van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

2) Wanneer een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 93/36 aan een instelling die geen aanbestedende dienst is, ongeacht haar rechtsvorm, bijzondere of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, moet in de overeenkomst waarbij die rechten worden verleend, worden bepaald dat de betrokken instelling bij de overheidsopdrachten voor leveringen die zij bij derden plaatst, het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht moet nemen. Artikel 2, lid 2, verplicht de aanbestedende dienst echter niet, ervoor te zorgen dat bedoelde instelling die geen aanbestedende dienst is, de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen toepast."