FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 8 juli 1999 *

A — Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande rör två frågor om offentlig upphandling. Den första frågan rör vilken rättslig kvalifikation som skall ges en bestämmelse om förbud mot diskriminering (förbud mot diskriminering på grund av nationalitet) i ett direktiv om förfaranden för offentlig upphandling, och om en sådan bestämmelse om förbud mot diskriminering också innebär en skyldighet för organ som inte är upphandlande myndigheter att genomföra en upphandling i enlighet med direktivet, när nämnda organ ingår ett (offentligt) inköpsavtal med tredje man.

2. Den omtvistade bestämmelsen är artikel 2.2 i direktiv 93/36/EEG,[1] som har följande lydelse:

"När en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b[2] ger annan, oavsett dennes juridiska status, än den som gör upphandlingen speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, måste det i tillståndet föreskrivas att den upphandlande skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet vid upphandlingen."

B — Bakgrund

3. Målet vid den nationella domstolen rör ett förfarande för offentlig upphandling av öronmärken för svin. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Unitron Scandinavia A/S och 3-S A/S, Danske

* Originalspråk: tyska.

1 — Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

2 — I artikel 1 b i direktiv 93/36/EEG anges bland annat följande:
"... [begreppet] 'upphandlande myndigheter' [används i direktivet med följande betydelse]: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.
'ett organ som lyder under offentlig rätt' är varje organ:
— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,
och
— som är juridisk person,
och
— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.
..."

Svineproducenters Selskab (nedan kallade klagandena), önskade leverera sådana öronmärken. Motparten, Ministeriet for Fødevarer, Landbrug och Fiskeri (nedan kallat ministeriet), har det "övergripande ansvaret" för de danska bestämmelserna om öronmärken för svin. Det av klagandena ifrågasatta upphandlingsförfarandet genomfördes av Veterinærdirektoratet (nedan kallad Veterinärstyrelsen), som sorterar under ministeriet, och av Danske Slagterier, som är en privat organisation.

4. Genom rådets direktiv 92/102/EEG [3] infördes, i syfte att bekämpa sjukdomar, regler om märkning av djur. Medlemsstaterna skall härvid upprätta en central myndighet med ansvar för att utföra veterinärkontroll. Myndigheten skall registrera samtliga anläggningar som håller djur som omfattas av direktivet. Vad avser svinhållning bestäms att svin, innan de lämnar den anläggning där de är födda, skall märkas med ett öronmärke eller en tatuering som gör det möjligt att fastställa från vilken anläggning de kommer. Enligt den danska kungörelsen [4] måste öronmärken för svin vara godkända av Veterinärstyrelsen, vilken sorterar under ministeriet. Dessa öronmärken säljs härefter till de enskilda anläggningarna av Danske Slagterier, vilken är en privat organisation med anknytning till de danska lantbrukarorganisationerna. Veterinärstyrelsen fastställer priser för öronmärkena, och varje enskild leverans av öronmärken registreras i Landbrugsministeriets Centrale Husdyrbrugsregister (nedan kallat CH-registret).

5. Enligt begäran om förhandsavgörande används i Danmark två typer av öronmärken, nämligen avelsdjursmärken och slaktdjursmärken. Avelsdjursmärkena beställer svinproducenterna hos Danske Slagterier, som vidareförmedlar beställningen till den aktuella öronmärkesleverantören, som i sin tur sänder de beställda öronmärkena direkt till svinproducenten. Svinproducenterna betalar för öronmärkena till Danske Slagterier. Slaktdjursmärkena beställs däremot av svinproducenterna direkt hos öronmärkesleverantören, som sänder de beställda öronmärkena till svinproducenterna och underrättar Danske Slagterier härom. Svinproducenterna betalar också för dessa öronmärken till Danske Slagterier. Priserna för båda typerna av öronmärken har fastställts som öronmärkesleverantörens pris med ett tillägg av 50 öre. Danske Slagterier för in uppgifter om svin i CHR-registret, för vilken tjänst Veterinärstyrelsen betalar 400 000 DKK om året till Danske Slagterier.

3 — Rådets direktiv 92/102/EEG av den 27 november 1992 om identifikation och registrering av djur (EGT L 355, s. 32; svensk specialutgåva, område 3, volym 46, s. 90).

4 — Direktiv 92/102 genomfördes i Danmark genom kungörelse nr 80 av den 18 februari 1993, vilken senare ersattes av kungörelse nr 1073 av den 15 december 1995 om märkning och registrering av nötkreatur, svin, får och getter.

6. År 1993/94 genomfördes den första upphandlingen avseende leverans av öronmärken. Kravspecifikationen utarbetades i ett samarbete mellan Veterinärstyrelsen och Danske Slagterier, medan Danske Slagterier skötte upphandlingen. Upphandlingen genomfördes enligt de danska bestämmelserna. I slutet av år 1996 genomfördes på ministeriets begäran en ny upphandling. Ett anbud från ett av de företag som redan hade ett avtal om leverans av öronmärken antogs igen. Vidare antogs ett anbud från ett företag som inte tidigare hade ett sådant avtal. Avtalen gäller för tre år från den 1 april 1997 vad avser båda företagen. Denna upphandling genomfördes också enligt de danska bestämmelserna. Mellan oktober 1997 och april 1998 genomfördes ett tredje upphandlingsförfarande, vilket var det första som genomfördes i enlighet med det förfarande som föreskrivs i direktiv 93/36.

7. Då klagandenas anbud inte beaktades i upphandlingsförfarandet år 1996/97, anförde de klagomål gentemot ministeriet till Klagenævnet for Udbud (nedan kallad nämnden). Under förfarandet har de gjort gällande att Danske Slagterier vad avser denna organisations inköp av öronmärken skall jämställas med en upphandlande myndighet enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 93/36, vilket innebär att detta direktiv är analogt tillämpligt. Danske Slagterier administrerar öronmärkningen i det allmännas intresse och uppträder i själva verket på ministeriets vägnar. Leveransavtalen borde därför ha ingåtts efter en offentlig upphandling i enlighet med direktiv 93/36. Klagandena har i andra hand gjort gällande att i vart fall artikel 2.2 i direktivet borde ha tillämpats, och att ministeriet åtminstone när den gav uppdraget till Danske Slagterier borde ha tillkännagivit att diskriminering på grund av nationalitet var förbjuden, samt att upphandling borde ha skett i hela EU.

8. Ministeriet har i målet vid den nationella domstolen gjort gällande att det inte är fråga om offentlig upphandling, varför direktiv 93/36 inte är tillämpligt. I verkligheten säljer leverantörerna öronmärken till svinproducenterna. Danske Slagterier har endast till uppgift att administrera systemet och ministeriet har bara godkänt öronmärkena och utger ett visst belopp för administrationen. Inköpen av öronmärkena sker därför inte för det allmännas räkning.

9. Nämnden utgår från att Danske Slagterier är köpare av de berörda öronmärkena. Detta följer av att Danske Slagterier har genomfört upphandlingen, att svinproducenterna beställer märken för avelsdjur hos Danske Slagterier och att svinproducenterna betalar för båda typerna av märken

till Danske Slagterier. Nämnden anser dessutom att Danske Slagterier inte kan anses som en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b i direktiv 93/36, då dess verksamhet inte till mer än hälften finansieras med offentliga medel.

10. Nämnden har vidare anfört att när ministeriet ger ett privat företag eller en privat organisation, i detta fall Danske Slagterier, i uppdrag att administrera öronmärkningen och därvid köpa in öronmärken, borde denna tjänst som sådan enligt bestämmelserna vara föremål för upphandling. Upphandlingen borde härvid ha genomförts enligt direktiv 93/36 om varuupphandling och inte enligt direktiv 92/50/EEG [5] om tjänsteupphandling. Detta följer av att värdet på avtalen om inköp av öronmärken enligt vad som framkommit i ärendet är långt högre än värdet på tjänsten.

11. I denna tvist har nämnden för det första ställt sig frågan om artikel 2.2 i direktiv 93/36 har en självständig betydelse. Nämnden anser att denna bestämmelse [6] möjligen har förlorat sin självständiga betydelse efter det att det infördes ett direktiv om upphandling av tjänster, nämligen rådets direktiv 92/50 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Nämnden anser emellertid samtidigt att det likaledes är möjligt att den självständiga betydelsen fortbestår, eftersom bestämmelsen i artikel 2.2 har bibehållits, trots att direktiv 93/36 har ändrats.

12. Nämnden har vidare ställt frågan vad en sådan självständig betydelse kan innebära, eftersom de intressen som man i så fall har önskat skydda genom artikel 2.2 i direktiv 93/36 (varuupphandling) måste antas omfattas av direktiv 92/50 (tjänsteupphandling). Nämnden önskar därför få upplysning om huruvida diskrimineringsförbudet skall iakttas vid upphandling av varor, och om det följer av den ovannämnda bestämmelsen att även ett organ som inte är en upphandlande myndighet måste följa förfarandet för offentlig upphandling, om upphandlingens värde överskrider tröskelvärdena i direktiv 93/36. Frågan är således inte huruvida ministeriet självt skall använda sig av det förfarande som föreskrivs i direktivet, utan om Danske Slagterier borde ha tillämpat ett sådant förfarande.

5 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

6 — En i det närmaste likalydande bestämmelse fanns redan i artikel 2.3 i rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, s. 1).

13. Nämnden har därför ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Har artikel 2.2 i rådets direktiv 93/36/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor en självständig betydelse sedan rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster har antagits (båda direktiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG)?

2) Om fråga 1 besvaras jakande, innebär bestämmelsen i så fall att, i fall en upphandlande myndighet överlåter administrationen av ett system för märkning av svinöron till ett privat företag, som inte är en upphandlande myndighet, den upphandlande myndigheten skall föreskriva *dels* att företaget skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet vid inköp av varor från tredje man, *dels* att inköpen av varor som behövs för detta system skall ske genom offentlig upphandling, om värdet av inköpen överstiger tröskelvärdena enligt rådets direktiv 93/36?"

14. Ministeriet — som för övrigt anser att begäran om förhandsavgörande bör avvisas — och kommissionen har yttrat sig i målet vid domstolen. De har båda ingett skriftliga yttranden och förklarat sig avstå från muntlig förhandling. Jag kommer att i nödvändig mån behandla deras argument i min bedömning.

C — Bedömning

1. *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning*

a) Frågan om Klagenævnet for Udbud är en domstol enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG)

15. Först uppstår frågan om nämnden skall anses som en "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget, och därmed huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

16. Både ministeriet och kommissionen har besvarat denna fråga jakande. De har med hänvisning till domstolens fasta rättspraxis anfört att nämnden har upprättats genom lag, är av permanent karaktär, använder kontradiktoriskt förfarande, avgör ärenden på grundval av rättsregler och är oavhängig. Det följer härav att nämnden är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget.

17. Enligt nämndens egna upplysningar bildades den med stöd av lag nr 344 av den 6 juni 1991. Den bildades bland annat i syfte att genomföra direktiv 89/665/EEG [7] om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Förfarandet vid nämnden liknar ett tvistemålsförfarande. Det genomförs ett kontradiktoriskt förfarande och i så gott som alla ärenden hålls en muntlig förhandling. Förfarandena vid nämnden avslutas genom att nämnden avgör ärendet genom ett beslut. Beslutet utformas som en tvistemålsdom. Nämnden är inte skyldig att ta emot instruktioner från någon och arbetar som ett helt oberoende organ. Nämnden består av en domare som är ordförande och flera sakkunniga ledamöter. Nämndens avgöranden rör tolkningen av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av varor och är således av judiciell karaktär. Nämnden kan fatta beslut om ogiltigförklaring av förvaltningsbeslut. Nämnden har vidare till uppgift att slutgiltigt besluta om tolkningen och tillämpningen av EU:s upphandlingsregler i Danmark. Nämnden anser därför att den omfattas av begreppet "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget.

18. Jag delar denna uppfattning. Domstolen har vid upprepade tillfällen förklarat att för att bedöma om det organ som har ställt en tolkningsfråga är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, skall EG-domstolen beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, dess varaktighet, att dess behörighet är av tvingande art, organets tillämpning av rättsregler, den tvingande karaktären av dess avgöranden, att dess ledamöter är oberoende och att det tillämpar ett kontradiktoriskt förfarande. [8] Då de kriterier som domstolen har uppställt i rättspraxis är uppfyllda vad avser Klagenævnet, är den en "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i EG-fördraget. Begäran om förhandsavgörande kan därför, åtminstone vad gäller denna aspekt, upptas till sakprövning.

7 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

8 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels (REG 1966, s. 377; svensk specialutgåva, volym 1, s. 263), av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m.fl. (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15), och av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkt 23.

b) Frågan om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att den nationella domstolen skall kunna döma i saken

19. Ministeriet är av den uppfattningen att tolkningsfrågorna ändå inte kan upptas till sakprövning, eftersom de inte behöver besvaras för att nämnden skall kunna avgöra ärendet. Domstolens svar kan inte bidra till tvistens lösning. Det ankommer visserligen på den hänskjutande nationella domstolen att avgöra om ett förhandsavgörande är nödvändigt och relevant för avgörandet, men eftersom ett svar i förvarande mål endast är av hypotetiskt värde, kan tolkningsfrågorna inte upptas till sakprövning. Den tolkning av artikel 2.2 i direktiv 93/36 som nämnden har begärt ändrar på intet sätt klagandenas rättsställning. Klagandena har därför inget berättigat intresse av rättsligt skydd i detta hänseende. I själva verket rör det sig om frågor som kan uppstå i en senare rättstvist. Domstolens svar på frågorna är under alla omständigheter inte till hjälp för klagandena, eftersom ett eventuellt formfel i samband med den omtvistade upphandlingen under mellantiden har avhjälpts. Den senaste upphandlingen från år 1997/98 genomfördes i enlighet med direktiv 93/36 (varuupphandling). Därmed kan klagandena endast yrka skadestånd, vilket dock inte faller under nämndens behörighet, och klagandena har inte heller framställt ett sådant yrkande i det ärende som nämnden har att pröva.

20. Det framgår av artikel 177 i EG-fördraget att det ankommer på de nationella domstolarna att avgöra om det är nödvändigt att inhämta ett förhandsavgörande från domstolen. Artikel 177 i EG-fördraget ger inte EG-domstolen behörighet att vägra att besvara en sådan begäran om förhandsavgörande. Domstolen har därför i fast rättspraxis bekräftat att det uteslutande ankommer på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.[9] Härför talar den omständigheten att den nationella domstolen, som ensam har omedelbar och ingående kunskap om målet, bäst kan avgöra denna fråga. Om den fråga som en nationell domstol har ställt rör tolkningen av gemenskapsrätten är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande.

21. Det framgår emellertid även av rättspraxis att domstolen i flera mål har gjort undantag från denna princip och vägrat att besvara vissa eller alla frågor som har ställts. Det rör sig härvid i första hand om mål där den hänskjutande domstolen inte har meddelat domstolen alla upplysningar som är nödvändiga för att domstolen skall kunna meddela ett ändamålsenligt förhandsavgörande. För det andra har domstolen vid några tillfällen vägrat att besvara tolkningsfrågorna när det varit

9 — Se bland annat dom av den 3 mars 1994 i de förenade målen C-332/92, C-333/92 och C-335/92, Eurico Italia m.fl. (REG 1994, s. I-711), punkt 17.

uppenbart att de inte har något samband med tvisten i målet vid den nationella domstolen. För det tredje vill jag nämna de mål där domstolen har avvisat begäran om förhandsavgörande på grund av att den ansett att den nationella domstolen missbrukat förfarandet i artikel 177 i EG-fördraget. I dessa mål har domstolen ansett att tolkningsfrågorna rörde generella eller hypotetiska frågor.

22. Ministeriets argumentation rör de två sistnämnda kategorierna.

23. Det framgår emellertid av begäran om förhandsavgörande att nämnden begärt förhandsavgörande med anledning av de argument som klagandena har anfört. Nämnden anser det härvid möjligt att de upphandlingar som genomförts är behäftade med formfel som kan medföra ett upphandlingarna skall ogiltigförklaras. Om det skulle framgå av de bestämmelser som nämnden har hänvisat till att avtalen borde ha blivit föremål för offentlig upphandling i enlighet med bestämmelserna i direktiv 93/36, så måste nämnden ogiltigförklara den upphandling som har genomförts. Då nämnden emellertid är tveksam om hur särskilt artikel 2.2 i direktiv 93/36 skall tolkas, har den ställt två tolkningsfrågor till domstolen.

24. Härav följer att nämnden har ansett att ett svar på frågorna är nödvändigt för att den skall kunna avgöra ärendet i fråga. Tvärtemot vad ministeriet har anfört anser jag inte att det kan utläsas av begäran om förhandsavgörande att det rör sig om en hypotetisk fråga, som eventuellt kan röra en senare rättstvist. Då den hänskjutande nämnden anser att ett avgörande är nödvändigt för att döma i saken och har motiverat varför den anser det, kan begäran om förhandsavgörande upptas till sakprövning.

2. *Den första tolkningsfrågan*

25. Nämnden har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.2 i direktiv 93/36 (varuupphandling) har en självständig betydelse. Enligt nämndens uppfattning är det möjligt att frågan skall besvaras nekande. Denna bestämmelse har övertagits från artikel 2.3 i direktiv 77/62 och skall eventuellt förstås mot bakgrunden att det när detta direktiv antogs inte fanns några gemenskapsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling av tjänster. Det är därför möjligt att den omtvistade bestämmelsen har förlorat sin ursprungliga betydelse efter det att direktiv 92/50 (tjänsteupphandling) antogs. Nämnden menar emellertid att det finns andra omständigheter som talar för att bestämmelsen har en självständig betydelse, utan hänsyn till direktiv 92/50, nämligen att den omtvistade bestämmelsen bibehölls när direktiv 93/36 antogs.

26. Ministeriet, som endast i andra hand tagit ställning till denna tolkningsfråga, anser även det att artikel 2.2 i direktiv 93/36 har en självständig betydelse. En jämförelse med direktiv 77/62 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av varor visar att denna bestämmelse hela tiden har bibehållits trots att flera ändringar har skett. Det framgår inte heller av förarbetena och förslagen till direktiv 93/36 att artikel 2.2 skulle ha mist sin självständiga betydelse genom att direktiv 92/50 antogs. Bestämmelsen skall inte ses som "en reminiscens ... från tiden före tjänsteupphandlingsdirektivet".

27. Kommissionen har i sitt yttrande först anfört att såväl direktiv 93/36 (varuupphandling) som direktiv 92/50 (tjänsteupphandling) kan vara relevanta mot bakgrund av de omständigheter som nämnden har beskrivit. Förarbetena och förslagen till direktiv 93/36 visar att detta direktiv materiellt sett inte var tänkt att ändra det tidigare direktivet. Direktiv 93/36 antogs nämligen i syfte att göra vissa anpassningar med hänsyn till direktiv 92/50 som även påverkade direktiv 93/37/EEG. [10] Artikel 2.2 berördes emellertid inte härav. Bestämmelsen finns kvar i direktiv 93/36 trots ändringarna och garanterar att diskrimineringsförbudet upprätthålls även när direktiv 92/50 inte är tillämpligt. Detta är särskilt fallet med koncessionsavtal. Man måste därför utgå ifrån att artikel 2.2 har en självständig betydelse.

28. Jag är vad resultatet angår enig med ministeriets och kommissionens yttranden. Bestämmelsen i artikel 2.2 i direktiv 93/36 finns i en liknande utformning redan i direktiv 77/62, som är det första direktivet om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av varor. I direktiv 77/62 finns den omtvistade bestämmelsen ännu i artikel 2.3. Den enda ändring som detta direktiv har undergått under tidens lopp rör definitionen av begreppet upphandlande myndighet. Bestämmelsens innehåll är emellertid i huvudsak fortfarande detsamma. Enligt båda dessa bestämmelser skall den rättsakt som innebär att en särskild rätt överförs på ett organ som inte är en upphandlande myndighet således föreskriva att detta organ vid offentlig upphandling av varor skall respektera principen om förbud mot diskriminering. Det finns visserligen en bestämmelse om förbud mot diskriminering i artikel 3.2 i direktiv 92/50 (tjänsteupphandling), men häri föreskrivs det endast att det åligger de upphandlande myndigheterna att säkerställa att "ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer". Enligt direktivets titel gäller detta direktiv särskilt för förfaranden för offentlig upphandling

10 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54).

av tjänster, medan direktiv 93/36 rör förfaranden för offentlig upphandling av varor.

29. Man kan dock föreställa sig fall där, vid sidan av direktiv 93/36 (varuupphandling), även direktiv 92/50 (tjänsteupphandling) kan vara tillämpligt. Detta kan bland annat vara fallet när det avtal som skall ingås innehåller element av upphandling av både varor och tjänster. Om avtalet i huvudsak rör leverans av varor, är direktiv 92/50 inte längre tillämpligt i denna situation. Diskrimineringsförbudet i artikel 3.2 i direktiv 92/50 är i så fall inte tillämpligt. I ett sådant fall skall alltså artikel 2.2 i direktiv 93/36 ha en självständig betydelse. Man kan också föreställa sig fall då det visserligen rör sig om upphandling av tjänster, men där avtalen ingås inom ramen för ett koncessionsavtal. Även i detta fall är direktiv 92/50 och det häri angivna diskrimineringsförbudet inte tillämpligt, medan direktiv 93/36 även i denna situation skulle vara tillämpligt. Även i detta sammanhang skulle diskrimineringsförbudet i artikel 2.2 alltså få genomslag.

30. Då det varken framgår av förarbetena eller förslagen till direktiv 93/36 att bestämmelsen i artikel 2.2 inte skulle ha en självständig betydelse, kan det antas att bestämmelsen fortfarande skall gälla vid sidan av direktiv 92/50.

3. *Den andra tolkningsfrågan*

31. Nämnden har ställt sin andra tolkningsfråga för att få klarhet i hur artikel 2.2 i direktiv 93/36 skall tolkas, för det fall att denna bestämmelse har en självständig betydelse. Nämnden önskar härvid upplysning om innehållet i denna bestämmelse och frågar om, i fall en upphandlande myndighet överlåter speciella rättigheter på ett privat företag, som inte är en upphandlande myndighet, den upphandlande myndigheten skall föreskriva dels att företaget skall iaktta principen om förbud mot diskriminering, dels att företaget skall tillämpa förfarandet för offentlig upphandling.

32. Ministeriet är av den uppfattningen att ett avtal varigenom speciella rättigheter överförs skall innehålla en sådan bestämmelse om förbud mot diskriminering som anges i artikel 2.2. Därmed skall säkerställas att åtminstone diskrimineringsförbudet upprätthålls, även om det inte behöver genomföras en offentlig upphandling i enlighet med direktivet. Det görs därmed klart att också privata rättssubjekt skall iaktta detta förbud när de genomför offentlig upphandling av varor. Däremot föreskrivs det inte i artikel 2.2 att ett företag som tilldelats speciella rättigheter i varje

enskilt fall skall genomföra en offentlig upphandling.

33. Enligt kommissionens uppfattning innehåller artikel 2.2 en skyldighet för en upphandlande myndighet att göra ett organ som tilldelas speciella rättigheter uppmärksamt på diskrimineringsförbudet och att säkerställa att detta förbud iakttas. Det kan inte därutöver av artikel 2.2 utläsas en skyldighet för detta organ att anordna offentlig upphandling.

34. Vid bedömningen skall det först anmärkas att bestämmelserna i direktiv 93/36 rörande förfarandet för offentlig upphandling inte i sig är tillämpliga i detta fall vad avser Danske Slagterier. Tröskelvärdet i artikel 5 i direktiv 93/36 har i och för sig överskridits, varför direktivet skulle kunna tillämpas på grund av upphandlingens värde. Danske Slagterier är däremot inte en upphandlande myndighet. Försäljningen av öronmärken sker varken på de danska myndigheternas vägnar eller för deras räkning. Det föreligger härvid inga ekonomiska förbindelser mellan leverantörerna av öronmärken och myndigheterna. Direktivet är således inte tillämpligt på ett förhållande som det förevarande när det gäller förfarandet för offentlig upphandling av varor.

35. I syfte att säkerställa att gemenskapsrättens grundläggande förbud mot diskriminering även upprätthålls utanför dess egentliga tillämpningsområde föreskriver artikel 2.2 att en upphandlande myndighet, när den ger speciella rättigheter till andra organ, skall ålägga dem detta förbud. Däremot framgår det inte av artikel 2.2 att dessutom bestämmelserna om förfarandet för offentlig upphandling skall tillämpas. En jämförelse med de två andra upphandlingsdirektiven visar också att den omtvistade bestämmelsen inte kan ges en vidare tolkning än så. Både i direktiv 93/37 och i direktiv 92/50 åläggs medlemsstaterna (endast) att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att *de upphandlande myndigheterna* respekterar direktivets föreskrifter, till vilka även hör det diskrimineringsförbud som anges i båda direktiven.

36. Redan ordalydelsen av artikel 2.2 visar att såvitt angår förevarande mål är den upphandlande myndigheten endast skyldig att se till att det organ som tilldelats speciella rättigheter respekterar diskrimineringsförbudet. Därmed undviker man att det förekommer diskriminering på detta område mellan olika anbudsgivare på grund av deras nationalitet. Direktivets syfte är att förverkliga fri rörlighet för varor vad avser offentlig upphandling i medlemsstaterna för statens, regionala eller lokala myndigheters eller andra offentligrättsliga organs räkning. I detta syfte föreskrivs i direktivet att upphandlande myndigheter vid offentlig upphandling av varor skall tillämpa ett särskilt förfarande. De närmare kraven för förfarandet framgår

sedan av direktivets bestämmelser. Det framgår däremot inte av artikel 2.2 att organ som tilldelats speciella rättigheter, men som inte är upphandlande myndigheter, skall tillämpa ett förfarande för offentlig upphandling, på det sätt som föreskrivs i direktiv 93/36, utan endast att de skall respektera principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

37. Härav följer att artikel 2.2 i direktiv 93/36 endast innehåller en skyldighet för den upphandlande myndigheten att när den ger speciella rättigheter till ett organ ålägga detta att beakta förbudet mot diskriminering.

D — Förslag till avgörande

38. På grundval av ovan angivna överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna på följande sätt:

1) Artikel 2.2 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor har bibehållit sin självständiga betydelse även efter det att rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster har antagits.

2) När en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktiv 93/36/EEG ger annan, oavsett dennes juridiska status, än den som gör upphandlingen speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, måste det i den rättsakt genom vilken denna rättighet ges föreskrivas att den upphandlande skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet vid upphandlingen. Artikel 2.2 innebär däremot inte en ytterligare skyldighet för den upphandlande myndigheten att se till att detta organ, som inte är en upphandlande myndighet, följer förfarandet för offentlig upphandling av varor.