URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

18. November 1999 *

In der Rechtssache C-275/98

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom Klagenævnet for Udbud (Dänemark) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Unitron Scandinavia A/S,

3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab

gegen

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1)

* Verfahrenssprache: Dänisch.

erläßt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Sevón sowie der Richter P. Jann (Berichterstatter) und M. Wathelet,

Generalanwalt: S. Alber

Kanzler: R. Grass

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— des Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, vertreten durch Rechtsanwalt P. Biering, Kopenhagen,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch H. C. Støvlbæk, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten,

aufgrund des Berichts des Berichterstatters,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 8. Juli 1999,

folgendes

Urteil

1 Das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuß für Verfahren zur Auftragsvergabe) hat mit Beschluß vom 15. Juli 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 20. Juli 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) zwei Fragen nach der Auslegung des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Unitron Scandinavia A/S (im folgenden: Unitron) und der 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (im folgenden: 3-S) einerseits und dem Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri andererseits (Ministerium für Lebensmittel, Landwirtschaft und Fischerei; im folgenden: Ministerium) wegen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags für Ohrmarken für Schweine.

Rechtlicher Rahmen

3 Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

...

b) gelten als *öffentliche Auftraggeber* der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind."

4 Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 bestimmt:

„Wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, ungeachtet ihrer Rechtsstellung Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs zuerkennt, so muß in dem Rechtsakt über die Zuerkennung dieses Rechts bestimmt sein, daß die betreffende Einrichtung bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge an Dritte im Rahmen dieser Tätigkeit den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten hat."

5 Das Klagenævnet for Udbud wurde durch das später mehrfach geänderte dänische Gesetz Nr. 344 vom 6. Juni 1991 zur Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung des Artikels 41 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) errichtet.

Ausgangsverfahren

6 Nach der Richtlinie 92/102/EWG des Rates vom 27. November 1992 über die Kennzeichnung und Registrierung von Tieren (ABl. L 355, S. 32) müssen Schweine mit einer Ohrmarke versehen werden, damit ihre Herkunft festgestellt werden kann. Das dänische Gesetz zur Umsetzung dieser Richtlinie sieht vor, daß die Ohrmarken nach Zulassung durch die dem Ministerium unterstehende Veterinärbehörde von den Danske Slagterier (Dänische Schlachthöfe; im folgenden: DS), einem privaten Unternehmen, geliefert werden.

7 Um die Zahl der für die Schweine zugelassenen Marken zu beschränken, führten die Veterinärbehörde und die DS ein Vergabeverfahren ein. Im November 1996 schickten die für die Durchführung dieses Verfahrens zuständigen DS Ausschreibungsunterlagen an eine Reihe möglicher Lieferanten und schlossen am Ende des Verfahrens Lieferverträge für drei Jahre ab dem 1. April 1997 mit den Firmen Allflex dan-mark ApS und Daploma A/S.

8 Unitron und 3-S stellen Ohrmarken für Schweine her. Mit ihrer Beschwerde beim Klagenævnet for Udbud machten sie geltend, die DS dienten einem öffentlichen Interesse und handelten in Wirklichkeit im Auftrag des Ministeriums, so daß sie einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 gleichzustellen seien. Die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens trugen hilfsweise vor, die DS hätten das Verfahren nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 einhalten müssen.

9 Das Klagenævnet for Udbud stellt in seinem Beschluß vom 22. Januar 1998 zunächst fest, daß die DS die Ohrmarken bei den Herstellern kauften und der Wert der Ohrmarken den Schwellenwert nach Artikel 5 der Richtlinie 93/36 übersteige.

10 Das Ministerium hätte bei Erteilung des Zuschlags für die Verwaltung des Ohrmarkensystems an ein Unternehmen die Richtlinie 93/36 beachten müssen. Diese Frage sei jedoch nicht Gegenstand des anhängigen Verfahrens.

11 Da die DS keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 seien, sei die Richtlinie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen des Ausgangsverfahrens auf sie auch nicht analog anzuwenden.

12 Der von den Beschwerdeführerinnen hilfsweise geltend gemachte Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 übernehme im wesentlichen den Inhalt des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1), der aus einer Zeit stamme, als es noch keine Richtlinie über öffentliche Dienstleistungsaufträge gegeben habe.

13 Da die öffentlichen Dienstleistungsaufträge unter die Richtlinie 92/50 fielen, bestünden Zweifel über den gegenwärtigen Geltungsbereich des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36, der im wesentlichen eine Vorschrift aus der Zeit vor Erlaß der Richtlinie 92/50 übernehme.

14 Aufgrund dessen hat das Klagenævnet for Udbud das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Hat Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge noch eine selbständige Bedeutung, nachdem die Richtlinie 92/50/EWG des Rates über

die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (beide geändert durch Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates) erlassen wurde?

2. Bei Bejahung der Frage 1: Beinhaltet die Vorschrift in diesem Fall, daß ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er die Verwaltung eines Ohrmarkensystems für Schweine einem Privatunternehmen überträgt, das kein öffentlicher Auftraggeber ist, bestimmen muß, daß das Unternehmen *erstens* bei der Vergabe von Lieferaufträgen an Dritte den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten hat und daß *zweitens* die im Zusammenhang mit diesem System stehenden Käufe von Waren in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu erfolgen haben, wenn der Wert der Käufe den in der Richtlinie 93/36 des Rates vorgesehenen Schwellenwert übersteigt?

Zulässigkeit

15 Wie sich aus den Ausführungen des Generalanwalts in Nummer 17 und 18 seiner Schlußanträge ergibt, ist das Klagenævnet for Udbud ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag.

16 Nach Auffassung des Ministeriums muß der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen als unzulässig zurückweisen, da die Auslegung der fraglichen Bestimmung nicht entscheidungserheblich sei.

17 Wenn Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 in dem Sinne auszulegen sei, daß das Ministerium nur verlangen müsse, daß die DS den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachteten, wäre diese Auslegung ohne Bedeutung für Unitron und 3-S, die beide in Dänemark ansässig seien. Wenn diese Bestimmung aber in dem Sinne auszulegen sei, daß sie ein der Richtlinie entsprechendes Vergabesystem

vorschreibe, könnte diese Auslegung den Beschwerdeführerinnen des Ausgangsverfahrens ebensowenig zugute kommen, da nach Auffassung des Ministeriums nach der Vergabe, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens gewesen sei, eine neue Vergabe gemäß den Vorschriften der Richtlinie 93/36 stattgefunden und einen möglichen Verstoß geheilt habe.

18 Insofern genügt der Hinweis, daß es allein Sache des mit dem Rechtsstreit befaßten nationalen Gerichts ist, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung übernehmen muß, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlaß seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen (vgl. insbesondere Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59). Der Gerichtshof kann ein Ersuchen eines nationalen Gerichts nur zurückweisen, wenn offensichtlich ist, daß die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. insbesondere Urteil Bosman, Randnr. 61, und Urteil vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-60/98, Butterfly Music, Slg. 1999, I-3939, Randnr. 13).

19 Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Es ist nämlich nicht auszuschließen, daß das Klagenævnet for Udbud das im Ausgangsverfahren streitige Vergabeverfahren je nach der Antwort auf die Vorabentscheidungsfragen für nichtig erklärt oder seine Fehlerhaftigkeit feststellt. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, zu beurteilen, welche Folgen nach nationalem Recht ein neues Vergabeverfahren haben könnte, das gemäß den Vorschriften der Richtlinie 93/36 nach Einleitung des Ausgangsverfahrens stattgefunden hat.

20 Die Vorabentscheidungsfragen sind daher zulässig.

Erste Frage

21 Die Richtlinie 93/36 ist nach der Richtlinie 92/50 erlassen worden.

22 Nach ihrer zweiten Begründungserwägung soll die Richtlinie 93/36 vor allem den Wortlaut der Bestimmungen zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge an die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 anpassen. Diese wurden bei Erlaß der Richtlinie 93/36 also ausdrücklich berücksichtigt.

23 Die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 können somit den Geltungsbereich der Bestimmungen der Richtlinie 93/36, einschließlich der Bestimmungen, die bereits in der Richtlinie 77/62 enthalten waren, nicht beeinflussen.

24 Diese Auslegung wird hinsichtlich des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 dadurch bestätigt, daß diese Bestimmung nicht lediglich die Fälle erfaßt, in denen die Richtlinie 92/50 anwendbar ist. Sie wurde durch die Richtlinie 92/50 also nicht gegenstandslos.

25 Auf die erste Frage ist somit zu antworten, daß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 eine selbständige Bedeutung gegenüber den Bestimmungen der Richtlinie 92/50 hat.

Zweite Frage

26 Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts sind die DS kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36.

27 Eine Einrichtung wie die DS war somit nicht gemäß Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 verpflichtet, die Vergabeverfahren nach Artikel 1 Buchstaben d, e und f dieser Richtlinie anzuwenden.

28 Außerdem enthält die Richtlinie 93/36 keine Bestimmung, die Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 oder Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) vergleichbar ist, wonach die öffentlichen Auftraggeber die Bestimmungen dieser Richtlinien bei bestimmten Auftragsvergaben durch andere Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber einhalten müssen.

29 Räumt ein öffentlicher Auftraggeber einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs ein, so muß vielmehr nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 in dem Rechtsakt über die Einräumung dieses Rechts bestimmt sein, daß diese Einrichtung bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge an Dritte im Rahmen dieser Tätigkeit das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten hat.

30 Aus einer systematischen Auslegung dieser Bestimmung ergibt sich somit, daß der öffentliche Auftraggeber von der fraglichen Einrichtung nicht die Beachtung der Vergabeverfahren gemäß der Richtlinie 93/36 verlangen muß.

31 Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, daß das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht eng ausgelegt werden darf. Es schließt insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob es beachtet wird.

32 Folglich ist auf die zweite Vorabentscheidungsfrage zu antworten, daß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 wie folgt auszulegen ist:

— Ein öffentlicher Auftraggeber, der einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs einräumt, muß von dieser verlangen, daß sie bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge an Dritte im Rahmen dieser Tätigkeit das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachtet.

— Dagegen braucht der öffentliche Auftraggeber unter solchen Umständen von der fraglichen Einrichtung nicht zu verlangen, daß sie bei der Vergabe derartiger Lieferaufträge die Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/36 beachtet.

Kosten

33 Die Auslagen der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben hat, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

auf die ihm vom Klagenævnet for Udbud durch Beschluß vom 15. Juli 1998 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge hat eine selbständige Bedeutung gegenüber den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.**

2. **Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 ist wie folgt auszulegen:**

— **Ein öffentlicher Auftraggeber, der einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs einräumt, muß von dieser verlangen,**

daß sie bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge an Dritte im Rahmen dieser Tätigkeit das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachtet.

— Dagegen braucht der öffentliche Auftraggeber unter solchen Umständen von der fraglichen Einrichtung nicht zu verlangen, daß sie bei der Vergabe derartiger Lieferaufträge die Vergabeverfahren nach der Richtlinie 93/36 beachtet.

Sevón Jann Wathelet

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. November 1999.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Ersten Kammer

L. Sevón