DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

18. november 1999 *

I sag C-275/98,

angående en anmodning, som Klagenævnet for Udbud i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Unitron Scandinavia A/S,

3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab

mod

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1),

* Processprog: dansk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Sevón, og dommerne P. Jann (refererende dommer) og M. Wathelet,

generaladvokat: S. Alber

justitssekretær: R. Grass,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri ved advokat P. Biering, København

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H.C. Støvlbæk, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. juli 1999,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 15. juli 1998, indgået til Domstolen den 20. juli 1998, har Klagenævnet for Udbud (herefter »Klagenævnet« eller »nævnet«) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag mellem på den ene side Unitron Scandinavia A/S (herefter »Unitron«) og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (herefter »3-S«) og på den anden side Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (herefter »ministeriet«) angående udbud af et offentligt indkøb af øremærker til svin.

De relevante retsregler

3 Det bestemmes i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36:

»I dette direktiv forstås ved:

...

b) '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.«

4 Det hedder i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36:

»Når en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), 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.«

5 Klagenævnet er blevet nedsat ved lov nr. 344 af 6. juni 1991, der er blevet ændret flere gange, i forbindelse med gennemførelsen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

Hovedsagen

6 I henhold til Rådets direktiv 92/102/EØF af 27. november 1992 om identifikation og registrering af dyr (EFT L 355, s. 32) skal svin øremærkes, således at det kan fastslås, hvor de stammer fra. Det fremgår af bekendtgørelsen, der gennemfører dette direktiv, at øremærkerne — efter at være blevet godkendt af Veterinærdirektoratet, der henhører under ministeriet — udleveres af Danske Slagterier (herefter »DS«), der er en privat institution.

7 For at begrænse antallet af godkendte øremærker til svin gennemførte Veterinærdirektoratet og DS en udbudsforretning. I november 1996 udsendte DS, der forestod udbudsforretningen, udbudsmateriale til en række potentielle leverandører og indgik, efter at udbuddet var gennemført, kontrakter om leverancer gældende for tre år fra den 1. april 1997 med firmaerne Allflex dan-mark ApS og Daploma A/S.

8 Unitron og 3-S er producenter af øremærker til svin. I en klage indgivet til Klagenævnet har de gjort gældende, at DS varetager en offentlig interesse og reelt optræder på ministeriets vegne, således at DS burde sidestilles med en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36. Subsidiært har klagerne i hovedsagen gjort gældende, at DS burde have fulgt proceduren i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36.

9 Ved kendelse af 22. januar 1998 har Klagenævnet først fastslået, at DS reelt var køber af øremærkerne hos leverandørerne, og at værdien af kontrakten herom oversteg tærskelværdien i artikel 5 i direktiv 93/36.

10 Nævnet bemærkede herefter, at ministeriets overladelse af administrationen af øremærkeordningen til en virksomhed formentlig burde have været udbudt i

overensstemmelse med direktiv 93/36. Klagenævnet konstaterede imidlertid, at der ikke var procederet om spørgsmålet i sagen for nævnet.

11 Efter at have fastslået, at DS ikke er en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36, afviste Klagenævnet klagernes argument, hvorefter direktivet skulle have været anvendt analogt på DS.

12 For så vidt angår det subsidiære anbringende, der støttes på artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36, bemærkede nævnet, at denne bestemmelse i det væsentlige gentager indholdet af artikel 2, stk. 3, i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), der blev vedtaget på et tidspunkt, hvor der endnu ikke eksisterede et direktiv om offentlige tjenesteydelsesaftaler.

13 Eftersom offentlige tjenesteydelsesaftaler er blevet reguleret ved direktiv 92/50, har Klagenævnet udtrykt tvivl med hensyn til den nuværende betydning af artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36, da den i det væsentlige gentager en tekst, der er ældre end direktiv 92/50.

14 Under disse omstændigheder har Klagenævnet udsat sagen og 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/EF)?

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?«

Formaliteten

15 Indledningsvis bemærkes, således om generaladvokaten rigtigt har redegjort for i punkt 17 og 18 i forslaget til afgørelse, at Klagenævnet er en ret i traktatens artikel 177's forstand.

16 Ministeriet er af den opfattelse, at Domstolen bør afvise at besvare de præjudicielle spørgsmål, for uanset hvorledes bestemmelsen, der er genstand for spørgsmålene, skal fortolkes, ændres den retlige situation ikke for klagerne i hovedsagen.

17 Såfremt artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 skal fortolkes således, at bestemmelsen alene pålægger ministeriet at stille krav om, at DS respekterer forbuddet mod forskelsbehandling, ville denne fortolkning ifølge indklagede i hovedsagen ikke ændre noget i forhold til Unitron og 3-S, som begge er etableret i Danmark. Hvis

artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 derimod skal fortolkes således, at bestemmelsen stiller krav om udbud i overensstemmelse med dette direktiv, ville klagerne i hovedsagen heller ikke kunne drage fordel af denne fortolkning, da et nyt udbud efter bestemmelserne i direktiv 93/36 har fundet sted efter det udbud, der er genstand for hovedsagen, og har repareret en eventuel overtrædelse.

18 I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at det udelukkende tilkommer den nationale ret, 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 den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59). Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, når det klart fremgår, at den af denne ret ønskede fortolkning eller vurdering af en fællesskabsregels gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a Bosman-dommen, præmis 61, og dom af 29.6.1999, sag C-60/98, Butterfly Music, Sml. I, s. 3939, præmis 13).

19 Dette er ikke tilfældet i nærværende sag. Det kan ikke udelukkes, at Klagenævnet under hensyn til svarene på de præjudicielle spørgsmål, må annullere den i hovedsagen anfægtede udbudsforretning eller fastslå, at den er ulovlig. Det tilkommer ikke Domstolen at vurdere de konsekvenser, det kan have efter national ret, at en ny udbudsforretning i overensstemmelse med direktiv 93/36 har fundet sted efter indgivelsen af klagen i hovedsagen.

20 De præjudicielle spørgsmål kan følgelig antages til realitetsbehandling.

Første spørgsmål

21 For det første må det fastslås, at direktiv 93/36 er blevet vedtaget senere end direktiv 92/50.

22 Det fremgår for det andet af anden betragtning til direktiv 93/36, at dette navnlig har til formål at bringe udformningen af bestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige indkøbsaftaler i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 92/50. Sidstnævnte bestemmelser er således udtrykkeligt blevet taget i betragtning ved vedtagelsen af direktiv 93/36.

23 Det følger heraf, at hverken bestemmelserne i direktiv 92/50 eller bestemmelserne i direktiv 77/62 påvirker rækkevidden af bestemmelserne i direktiv 93/36.

24 Denne fortolkning bekræftes for så vidt angår artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 af, at denne bestemmelse ikke udelukkende regulerer situationer, hvori direktiv 92/50 finder anvendelse. Det kan derfor ikke antages, at bestemmelsen har mistet sit indhold som følge af direktiv 92/50.

25 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 har en selvstændig betydning i forhold til bestemmelserne i direktiv 92/50.

Andet spørgsmål

26 Det fremgår af oplysningerne fra den forelæggende ret, at DS ikke er en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36.

27 Det følger heraf, at forpligtelsen i artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/36 til at foretage en udbudsforretning efter procedurerne i direktivets artikel 1, litra d), e) og f), ikke påhviler et organ som DS.

28 Endvidere indeholder direktiv 93/36 ikke bestemmelser, der kan sammenlignes med artikel 3, stk. 3, i direktiv 92/50, eller artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), hvorefter de ordregivende myndigheder skal sørge for, at bestemmelserne i disse direktiver bliver overholdt, når visse kontrakter indgås af andre organer end de ordregivende myndigheder selv.

29 Når et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, af en ordregivende myndighed får overdraget en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser, kræves det derimod i henhold til artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 alene, at den retsakt, i henhold til hvilken denne ret tildeles, skal 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.

30 Det fremgår dermed af en systematisk fortolkning af denne bestemmelse, at en ordregivende myndighed ikke skal kræve, at det pågældende organ overholder udbudsprocedurerne i direktiv 93/36.

31 Det bemærkes imidlertid, at princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, ikke må fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes.

32 Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 skal fortolkes på følgende måde:

— Bestemmelsen pålægger en ordregivende myndighed, der overdrager en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser til et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, at kræve af det pågældende organ, at det ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand som led i denne virksomhed respekterer princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt.

— Derimod pålægger bestemmelsen under disse omstændigheder ikke den ordregivende myndighed at kræve af det pågældende organ, at det ved indgåelse af sådanne offentlige indkøbsaftaler overholder udbudsprocedurerne i direktiv 93/36.

Sagens omkostninger

33 De udgifter, der er afholdt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Klagenævnet for Udbud ved kendelse af 15. juli 1998, for ret:

1) **Artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb har en selvstændig betydning i forhold til bestemmelserne i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.**

2) **Artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/36 skal fortolkes på følgende måde:**

— **Bestemmelsen pålægger en ordregivende myndighed, der overdrager en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser til et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, at kræve af det pågældende organ, at**

det ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand som led i denne virksomhed respekterer princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt.

— Derimod pålægger bestemmelsen under disse omstændigheder ikke den ordregivende myndighed at kræve af det pågældende organ, at det ved indgåelse af sådanne offentlige indkøbsaftaler overholder udbudsprocedurerne i direktiv 93/36.

Sevón Jann Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. november 1999.

R. Grass

Justitssekretær

L. Sevón

Formand for Første Afdeling