

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)
18 november 1999 *

In zaak C-275/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Klagenævn for Udbud (Denemarken), in het aldaar aanhangig geding tussen

Unitron Scandinavia A/S,

3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab,

en

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van 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 (PB L 199, blz. 1),

* Procestaal: Deens.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: L. Sevón, kamerpresident, P. Jann (rapporteur) en M. Wathelet, rechters,

advocaat-generaal: S. Alber
griffier: R. Grass

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, vertegenwoordigd door P. Biering, advocaat te Kopenhagen,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. C. Støvlbæk, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde,

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 juli 1999,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 15 juli 1998, ingekomen bij het Hof op 20 juli daaraanvolgend, heeft het Klagenævnet for Udbud (Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen) krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van 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 (PB L 199, blz. 1).

- 2 Die vragen zijn gerezen in een geding tussen Unitron Scandinavia A/S (hierna: „Unitron”) alsmede 3-S A/S Danske Svineproducenters Serviceselskab (hierna: „3-S”) en Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Ministerie van Voedingszaken, Landbouw en Visserij; hierna: „ministerie”) inzake de plaatsing van een overheidsopdracht voor oormerken voor varkens.

Toepasselijke bepalingen

3 Artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

(...)

b) ‚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.”

4 Artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 schrijft voor:

„Indien een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, onder b, 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.”

5 Het Klagenævnet for Udbud is ingesteld bij de Deense wet nr. 344 van 6 juni 1991, welke nadien herhaaldelijk is gewijzigd in verband met de uitvoering van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 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 (PB L 395, blz. 33), gewijzigd bij artikel 41 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 (PB L 209, blz. 1).

Het hoofdgeding

- 6 Ingevolge richtlijn 92/102/EEG van de Raad van 27 november 1992 met betrekking tot de identificatie en de registratie van dieren (PB L 355, blz. 32) moeten varkens van een oormerk worden voorzien, opdat hun herkomst kan worden vastgesteld. De ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde Deense regelgeving bepaalt, dat de merken na goedkeuring door de directie diergeneeskunde van het ministerie worden geleverd door de particuliere onderneming Danske Slagterier (hierna: „DS”).
- 7 Omdat men het aantal goedgekeurde oormerken voor varkens wilde beperken, leidden de directie diergeneeskunde en DS een aanbestedingsprocedure in. In november 1996 zond DS, die met de uitvoering van de procedure was belast, een aantal potentiële leveranciers een aanbestedingsdossier; na afloop van de procedure sloot DS leveringscontracten voor drie jaar, ingaande op 1 april 1997, met de ondernemingen Allflex dan-mark ApS en Daploma A/S.
- 8 Unitron en 3-S zijn producenten van oormerken voor varkens. In hun bij het Klagenævnet for Udbud ingediende klacht stellen zij, dat DS een algemeen belang dient en in feite namens het ministerie handelt, zodat zij als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36 moet worden aangemerkt. Subsidiair voeren verzoeksters in het hoofdgeding aan, dat DS de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 bedoelde procedure had moeten volgen.
- 9 Bij uitspraak van 22 januari 1998 oordeelde het Klagenævnet for Udbud om te beginnen, dat DS de oormerken feitelijk bij de leveranciers inkocht en dat het met deze opdracht gemoeide bedrag hoger was dan de in artikel 5 van richtlijn 93/36 genoemde drempelwaarde.
- 10 Vervolgens verklaarde het, dat de uitbesteding door het ministerie van het beheer van de oormerkregeling aan een onderneming, vermoedelijk via een aanbesteding

dingsprocedure overeenkomstig richtlijn 93/36 had moeten geschieden. Het stelde evenwel vast, dat deze vraag in het aldaar aanhangig geding niet aan de orde was.

- 11 Na ten slotte te hebben overwogen, dat DS geen aanbestedende dienst was in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36, verwierp het Klagenævnr for Udbud het argument van verzoeksters in het hoofdeding, dat de richtlijn naar analogie op DS moest worden toegepast.
- 12 Ten aanzien van het subsidiaire middel inzake artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 merkt het Klagenævnr for Udbud op, dat in die bepaling in wezen de inhoud van 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) is overgenomen. Toen de tekst daarvan werd vastgesteld, was er nog geen richtlijn betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening.
- 13 Nu overheidsopdrachten voor dienstverlening in richtlijn 92/50 zijn geregeld, twijfelt het Klagenævnr for Udbud aan de huidige betekenis van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36, voor zover daarin in wezen een vóór richtlijn 92/50 vastgestelde tekst is overgenomen.
- 14 Onder deze omstandigheden heeft het Klagenævnr for Udbud de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

„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?"

De ontvankelijkheid

- 15 Vooraf zij beklemtoond, dat het Klagenævnet for Udbud, gelijk de advocaat-generaal in de punten 17 en 18 van zijn conclusie terecht heeft vastgesteld, een in artikel 177 van het Verdrag bedoelde rechterlijke instantie is.
- 16 Volgens het ministerie moet het Hof de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk verklaren, omdat de juridische situatie van verweersters in het hoofdgeding, ongeacht 's Hof's uitlegging van de betrokken bepaling, ongewijzigd blijft.
- 17 Indien artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 aldus moet worden uitgelegd, dat het ministerie enkel van DS dient te verlangen, dat zij het non-discriminatiebeginsel in acht neemt, verandert dit zijns inziens niets voor Unitron en 3-S, die beide in Denemarken zijn gevestigd. Doch ook indien de bepaling aldus moet worden

uitgelegd, dat zij een aanbesteding overeenkomstig de richtlijn voorschrijft, zijn verzoeksters in het hoofdgeding daarbij niet gebaat, aangezien na de aanbesteding waarop het hoofdgeding betrekking heeft, een nieuwe aanbesteding overeenkomstig de bepalingen van richtlijn 93/36 heeft plaatsgevonden, waarmee een eventuele inbreuk teniet is gedaan.

- 18 Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt (zie onder meer arrest van 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59). Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter slechts afwijzen, wanneer duidelijk blijkt, dat de gevraagde uitlegging of toetsing van de geldigheid van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om op de gestelde vragen een nuttig antwoord te geven (zie onder meer arrest *Bosman*, reeds aangehaald, punt 61, en arrest van 29 juni 1999, *Butterfly Music*, C-60/98, Jurispr. blz. I-3939, punt 13).
- 19 Dit is in casu niet het geval. Het is immers niet uitgesloten, dat het *Klagenævnen for Udbud*, naar gelang van het antwoord op de prejudiciële vragen, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure nietig verklaart of vaststelt dat zij gebreken vertoont. Het Hof is niet bevoegd een oordeel uit te spreken over de gevolgen die het nationale recht zou kunnen verbinden aan de omstandigheid, dat na het inleiden van het hoofdgeding een nieuwe aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 93/36 heeft plaatsgevonden.
- 20 De prejudiciële vragen moeten derhalve ontvankelijk worden verklaard.

De eerste vraag

- 21 In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat richtlijn 93/36 na richtlijn 92/50 is vastgesteld.

- 22 In de tweede plaats beoogt richtlijn 93/36 blijkens de tweede overweging van haar considerans met name de bepalingen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen in overeenstemming te brengen met de bepalingen van richtlijn 92/50. Met deze laatste bepalingen is bij de vaststelling van richtlijn 93/36 dus uitdrukkelijk rekening gehouden.

- 23 De bepalingen van richtlijn 92/50 kunnen bijgevolg niet van invloed zijn op de betekenis van de bepalingen van richtlijn 93/36, met inbegrip van de bepalingen die reeds in richtlijn 77/62 voorkwamen.

- 24 Meer in het bijzonder ten aanzien van artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 wordt deze uitlegging bevestigd door het feit, dat deze bepaling niet uitsluitend gevallen betreft waarin richtlijn 92/50 van toepassing is. Richtlijn 92/50 maakt haar dus niet tot een loze bepaling.

- 25 Op de eerste vraag moet bijgevolg worden geantwoord, dat aan artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 zelfstandige betekenis toekomt ten opzichte van de bepalingen van richtlijn 92/50.

De tweede vraag

- 26 Blijkens de bevindingen van de verwijzende rechter is DS geen aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/36.
- 27 Een concessiehouder als DS is dus niet op grond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/36 verplicht, de in artikel 1, sub d, e en f, van deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toe te passen.
- 28 Voorts bevat richtlijn 93/36 geen soortgelijke bepaling als artikel 3, lid 3, van richtlijn 92/50 of artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/37/EEG 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), volgens welke de aanbestedende diensten de bepalingen van die richtlijnen moeten naleven wanneer bepaalde opdrachten door andere lichamen dan de aanbestedende diensten worden geplaatst.
- 29 Ingevolge artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 geldt indien een aanbestedende dienst aan een andere concessiehouder dan een aanbestedende dienst speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, uitsluitend het vereiste, dat de overeenkomst waarbij deze rechten worden verleend, wordt bepaald dat deze concessiehouder bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht neemt.
- 30 Uit een systematische uitlegging van deze bepaling blijkt dus, dat de aanbestedende dienst niet verplicht is van de betrokken concessiehouder te verlangen, dat hij de in richtlijn 93/36 geregelde aanbestedingsprocedures in acht neemt.

- 31 Het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit mag evenwel niet eng worden uitgelegd. Het verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd.
- 32 Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord, dat artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 moet worden uitgelegd als volgt:
- De aanbestedende dienst die aan een andere concessiehouder dan een aanbestedende dienst speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, moet van deze concessiehouder verlangen, dat hij bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht neemt.
 - De aanbestedende dienst hoeft onder dergelijke omstandigheden van de betrokken concessiehouder evenwel niet te verlangen, dat hij bij de plaatsing van die overheidsopdrachten voor leveringen de in richtlijn 93/36 geregelde aanbestedingsprocedures in acht neemt.

Kosten

- 33 De kosten door de Commissie wegens indiening van haar opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

uitspraak doende op de door het Klagenævnet for Udbud bij beschikking van 15 juli 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Aan 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, komt zelfstandige betekenis toe ten opzichte van de bepalingen 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) Artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/36 moet worden uitgelegd als volgt:

— De aanbestedende dienst die aan een andere concessiehouder dan een aanbestedende dienst speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, moet van deze concessiehouder verlangen, dat hij

bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht neemt.

- De aanbestedende dienst hoeft onder dergelijke omstandigheden van de betrokken concessiehouder evenwel niet te verlangen, dat hij bij de plaatsing van die overheidsopdrachten voor leveringen de in richtlijn 93/36 geregelde aanbestedingsprocedures in acht neemt.

Sevón

Jann

Wathelet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 november 1999.

De griffier

De president van de Eerste kamer

R. Grass

L. Sevón