

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 18 november 1999 *

I mål C-275/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Klagenævnet for Udbud (Danmark), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Unitron Scandinavia A/S,

3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab,

och

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri,

angående tolkningen av artikel 2.2 i 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),

* Rättegångsspråk: danska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Sevón samt domarna P. Jann (referent) och M. Wathelet,

generaladvokat: S. Alber,

justitiesekreterare: R. Grass,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, genom advokaten P. Biering, Köpenhamn,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom H.C. Støvlbæk, rättstjänsten, i egenskap av ombud,

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 8 juli 1999 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) har genom beslut av den 15 juli 1998, som inkom till domstolen den 20 juli samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt två frågor om tolkningen av artikel 2.2 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

- 2 Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan Unitron Scandinavia A/S (nedan kallat Unitron) och 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (nedan kallat 3-S), och å andra sidan Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Ministeriet för livsmedel, jordbruk och fiske, nedan kallat ministeriet) avseende en offentlig upphandling av örönmärken för svin.

Tillämpliga bestämmelser

3 I artikel 1 b i direktiv 93/36 stadgas följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

b) ’upphandlande myndigheter’: 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.”

4 I artikel 2.2 i direktiv 93/36 stadgas följande:

”När en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b 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.”

5 Klagenævnet for Udbud inrättades genom den danska lagen nr 344 av den 6 juni 1991, som därefter ändrats vid flera tillfällen, inom ramen för genomförandet av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), senare ändrad genom artikel 41 i 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).

Twisten i målet vid den nationella domstolen

- 6 I enlighet med 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) måste öronmärkning av svin ske för att göra det möjligt att fastställa deras härkomst. I den danska lagstiftning varigenom detta direktiv införlivats med dansk rätt föreskrivs det att efter det att märkena godkänts av Veterinärstyrelsen, vilket är en myndighet som sorterar under ministeriet, skall de levereras av Danske Slagterier ((Danska slakterier), nedan kallat DS), som är ett privat företag.
- 7 I syfte att begränsa antalet godkända märken för svin genomförde Veterinärstyrelsen och DS ett upphandlingsförfarande. I november 1996 sände DS, som ansvarade för upphandlingen, information om denna till ett visst antal potentiella leverantörer och ingick efter att förfarandet avslutats leveransavtal med företagen Allflex dan-mark ApS och Diploma A/S, med en giltighetstid om tre år från och med den 1 april 1997.
- 8 Unitron och 3-S tillverkar öronmärken för svin. I klagomål till Klagenævnet for Udbud har de gjort gällande att DS tjänar allmänna intressen och i själva verket uppträder på ministeriets vägnar på sådant sätt att DS måste jämföras med en upphandlande myndighet, i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36. I andra hand har klagandena i målet vid den nationella domstolen hävdade att DS borde ha följt det förfarande som anges i artikel 2.2 i direktiv 93/36.
- 9 Klagenævnet for Udbud fann i beslut av den 22 januari 1998 för det första att DS faktiskt var köpare av öronmärken från leverantörer och att värdet av denna upphandling översteg det tröskelvärde som anges i artikel 5 i direktiv 93/36.
- 10 Därefter uttalade Klagenævnet for Udbud att ministeriets överlåtelse av administrationen av systemet för öronmärkning till ett företag förmodligen

egentligen borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande i enlighet med direktiv 93/36. Nämnden konstaterade emellertid att denna fråga inte omfattades av prövningen i det mål som anhängiggjorts vid den.

- 11 Efter att ha funnit att DS inte var en upphandlande myndighet, i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36, avfärdade Klagenævnet for Udbud slutligen klagandenas argument i målet vid den nationella domstolen, att detta direktiv genom analogi borde tillämpas på DS.
- 12 Vad gäller andrahandsgrunden, med avseende på artikel 2.2 i direktiv 93/36, uttalade Klagenævnet for Udbud att denna bestämmelse i sak har övertagits från 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, 1977, s. 1), och att denna regel antogs vid en tidpunkt då något direktiv om offentlig upphandling av tjänster ännu inte fanns.
- 13 Eftersom direktiv 92/50 rör offentlig upphandling av tjänster frågar sig Klagenævnet for Udbud vilket det nuvarande tillämpningsområdet för artikel 2.2 i direktiv 93/36 är, eftersom bestämmelsen i sak återger en regel som fanns innan direktiv 92/50 antogs.
- 14 Mot bakgrund av dessa omständigheter beslutade Klagenævnet for Udbud att vilandeförklara målet och ställa 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 upphand-

ling av tjänster har antagits (båda direktiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EEG)?

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?”

Frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning

- 15 Inledningsvis finns det anledning att understryka att Klagenævnet for Udbud, såsom generaladvokaten med rätta har funnit i punkterna 17 och 18 i sitt förslag till avgörande, är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.
- 16 Ministeriet anser att domstolen bör avstå från att besvara tolkningsfrågorna, eftersom den rättsliga ställningen för klagandena i målet vid den nationella domstolen ändå inte kan förändras, oavsett vilken tolkning som görs av den bestämmelse som frågorna rör.
- 17 Enligt motparten i målet vid den nationella domstolen skulle, om artikel 2.2 i direktiv 93/36 skulle tolkas så att den endast innebär att ministeriet är skyldigt att kräva att DS iakttar principen om icke-diskriminering, denna tolkning för det första inte förändra något för Unitron och 3-S, som båda är etablerade i

Danmark. Om, för det andra, denna bestämmelse skulle tolkas så, att den innebär en skyldighet att genomföra upphandlingen i enlighet med detta direktiv, så skulle klagandena i målet vid den nationella domstolen inte heller kunna dra nytta av denna tolkning, eftersom en ny upphandling i enlighet med bestämmelserna i direktiv 93/36 enligt ministeriet har genomförts efter den i målet vid den nationella domstolen omtvistade upphandlingen. Detta innebär att den eventuella felaktigheten har avhjälpats.

- 18 Det är i detta avseende tillräckligt att erinra om att det ankommer uteslutande på den nationella domstol vid vilken 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 (se bland annat dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman*, REG 1995, s. I-4921, punkt 59). Domstolen kan endast avvisa en fråga som en nationell domstol har ställt om det är uppenbart att den begärda tolkningen eller prövningen av en gemenskapsrättslig regels giltighet inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen eller också då domstolen inte förfogar över de uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att frågorna skall kunna besvaras på ett ändamålsenligt sätt (se särskilt domen i det ovannämnda målet *Bosman*, punkt 61, och dom av den 29 juni 1999 i mål C-60/98, *Butterfly Music*, REG 1999, s. I-3939, punkt 13).
- 19 Så är inte fallet i förevarande mål. Det kan nämligen inte uteslutas att Klagenævnet for Udbud, på grund av de svar som lämnas på tolkningsfrågorna, kommer att ogiltigförklara den upphandling som det är fråga om i målet vid den nationella domstolen, eller konstatera att den har genomförts på ett oriktigt sätt. Det ankommer inte på domstolen att bedöma vilka följder den omständigheten att ett nytt upphandlingsförfarande genomförts i enlighet med direktiv 93/36, efter det att talan väckts i målet vid den nationella domstolen, kan ha enligt nationell rätt.
- 20 Härav följer att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning.

Den första frågan

- 21 Det finns anledning att för det första konstatera att direktiv 93/36 antagits efter direktiv 92/50.

- 22 För det andra framgår det av det andra övervägandet i direktiv 93/36 att detta har till syfte särskilt att samordna bestämmelserna om offentlig upphandling av varor med bestämmelserna i direktiv 92/50. De sistnämnda har således uttryckligen beaktats vid antagandet av direktiv 93/36.

- 23 Härav följer att bestämmelserna i direktiv 92/50 inte kan påverka tillämpningsområdet för bestämmelserna i direktiv 93/36, inklusive de bestämmelser som redan fanns i direktiv 77/62.

- 24 Vad mer särskilt gäller artikel 2.2 i direktiv 93/36 bekräftas denna tolkning av den omständigheten att denna bestämmelse inte endast omfattar situationer på vilka direktiv 92/50 är tillämpligt. Det kan således inte hävdas att direktiv 92/50 har berövat bestämmelsen dess föremål.

- 25 Följaktligen skall den första frågan besvaras så, att artikel 2.2 i direktiv 93/36 har en självständig betydelse i förhållande till bestämmelserna i direktiv 92/50.

Den andra frågan

- 26 Det följer av vad hänskjutande domstol har anfört att DS inte utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36.
- 27 Härav följer att skyldigheten enligt artikel 6.1 i direktiv 93/36 att tillämpa de upphandlingsförfaranden som fastställts i artikel 1 d, e och f i samma direktiv inte omfattar en enhet sådan som DS.
- 28 För övrigt innehåller inte direktiv 93/36 någon bestämmelse jämförbar med artikel 3.3 i direktiv 92/50 eller med artikel 2.1 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), genom vilka de upphandlande myndigheterna förpliktas att säkerställa att bestämmelserna i dessa direktiv följs i de fall vissa avtal ingåtts av andra enheter än upphandlande myndigheter.
- 29 I enlighet med artikel 2.2 i direktiv 93/36 krävs det, när en annan enhet än en upphandlande myndighet givits speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, tvärtom endast att det, i den rättsakt genom vilken denna rättighet ges, föreskrivs att nämnda enhet, när den ingår avtal om inköp av varor med tredje man inom ramen för denna verksamhet, skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet vid upphandlingen.
- 30 Det följer således av en systematisk tolkning av denna bestämmelse att den upphandlande myndigheten inte måste kräva av den upphandlande enheten att den följer de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktiv 93/36.

31 Det bör emellertid anmärkas att principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet inte får tolkas restriktivt. Principen innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas.

32 Följaktligen skall den andra frågan besvaras så, att artikel 2.2 i direktiv 93/36 skall tolkas på följande sätt:

— Genom artikeln förpliktas en upphandlande myndighet, som ger en annan enhet än en upphandlande myndighet speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, att kräva av denna enhet att den, när den ingår avtal om inköp av varor med tredje man inom ramen för denna verksamhet, skall iakttä principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

— Genom artikeln förpliktas däremot, under sådana omständigheter, inte den upphandlande myndigheten att kräva av nämnda enhet att den vid sådana inköp av varor följer de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktiv 93/36.

Rättegångskostnader

33 De kostnader som har förorsakats kommissionen, som har inkommit med yttrande till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 15 juli 1998 har ställts av Klagenævnet for Udbud — följande dom:

- 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 en självständig betydelse i förhållande till bestämmelserna i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

- 2) Artikel 2.2 i direktiv 93/36 skall tolkas på följande sätt:

— Genom artikeln förpliktas en upphandlande myndighet, som ger en annan enhet än en upphandlande myndighet speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, att kräva av

denna enhet att den, när den ingår avtal om inköp av varor med tredje man inom ramen för denna verksamhet, skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

- Genom artikeln förpliktas däremot, under sådana omständigheter, inte den upphandlande myndigheten att kräva av nämnda enhet att den vid sådana inköp av varor följer de upphandlingsförfaranden som föreskrivs i direktiv 93/36.

Sevón

Jann

Wathelet

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 november 1999.

R. Grass

Justitiesekreterare

L. Sevón

Ordförande på första avdelningen