

Klagenævnet for Udbud

J.nr.: 97-128.153

(H.P. Rosenmeier, Per Holmgård Andersen, Jens Fejø)

22. januar 1998

K E N D E L S E

Unitron Scandinavia A/S

og

Danske Svineproducenters Serviceselskab

(advokat Jeppe Opstrup, Århus)

mod

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri

(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Sørensen)

Sagen angår udbud af øremærker til svin.

Klagerne har endeligt nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU's indkøbsdirektiv principalt ved at give Danske Slagterier eneret til at gennemføre udbud af indkøb af øremærker til svin uden at følge

fremgangsmåden i direktivet, subsidiært ved i perioden 7. november 1996 til 3. februar 1997 i samarbejde med Danske Slagterier at medvirke til gennemførelse af et udbud af øremærker til svin uden at følge fremgangsmåden i direktivet.

Under den mundtlige forhandling for Klagenævnet har klagerne gjort gældende, at Danske Slagteriers køb af øremærker skulle have været udbudt i henhold til indkøbsdirektivet, subsidiært at indklagede burde have fulgt fremgangsmåden i direktivets artikel 2, stk. 2.

Indklagede har påstået frifindelse.

De nærmere omstændigheder er:

Ved direktiv 92/102, sagens bilag A, blev der med henblik på sygdomsbekæmpelse indført regler om mærkning af dyr. Af direktivet fremgår bl.a., at der i hver medlemsstat skal etableres en central myndighed, som skal registrere de bedrifter, på hvilke der holdes dyr, og at svin, senest inden de forlader den bedrift, hvor de er født, skal mærkes med øremærke eller tatovering, som kan identificere, hvilken bedrift dyret kommer fra.

Direktivet blev gennemført i Danmark ved bekendtgørelse nr. 80 af 18. februar 1993, senere afløst af bekendtgørelse nr. 1073 af 15. december 1995 om mærkning og registrering af kvæg, svin, får og geder, sagens bilag 16. Af §§ 2 og 5 i denne bekendtgørelse fremgår, at øremærker til svin skal være godkendt af Veterinærdirektoratet, og at de udleveres af Danske Slagterier. I bekendtgørelsens § 5 er desuden bl.a. bestemt, at Veterinærdirektoratet fastsætter prisen for øremærker, og at udlevering af øremærker registreres i Landbrugsministeriets Centrale Husdyrbrugsregister (CHR). Bekendtgørelsen er nu afløst af bekendtgørelse nr. 678 af 25. august 1997, sagens bilag O, i hvilken de tilsvarende regler indeholdes i §§ 3 og 6. De nævnte bekendtgørelser er udstedt med hjemmel i lov om husdyrsygdomme, lovebekendtgørelse nr. 381 af 7. juni 1993, sagens bilag 15. I henhold til lovens § 30, stk. 3, kan Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri fastsætte regler om, at private institutioner medvirker ved varetagelse af opgaver efter loven eller regler fastsat i henhold til den.

I de første år efter ordningens iværksættelse godkendte Veterinærdirektoratet en række øremærker til svin. Af forskellige årsager fandtes det imidlertid nødvendigt at gennemføre en begrænsning i antallet af godkendte øremærker. I 1993-94 gennemførtes der derfor et udbud med hensyn til levering af øremærker. Kravsspecifikationen blev udarbejdet i et samarbejde mellem Veterinærdirektoratet og Danske Slagterier, medens Danske Slagterier forestod udbudsforretningen. Der blev godkendt to leverandører af øremærker, Allflex dan-mark Aps og SFK, med hvilke Danske Slagterier indgik kontrakt med virkning fra 15. maj 1994.

I september 1996, sagens bilag E, anmodede indklagede, der da benævntes Landbrugs- og Fiskeriministeriet, Danske Slagterier om at foretage et nyt udbud. Efter at der i samarbejde mellem Veterinærdirektoratet og Danske Slagterier var blevet udarbejdet kravsspecifikationer, blev der i november 1996 foretaget udbud ved udsendelse af udbudsmateriale til et antal potentielle leverandører, sagens bilag 1. På grundlag af dette udbud anmodede indklagede den 3. februar 1997, sagens bilag K, Danske Slagterier om at indgå kontrakter gældende for tre år om leverancer med firmaerne Allflex dan-mark Aps og Daploma A/S, og sådanne kontrakter blev derefter indgået. Den nævnte treårs periode løber efter det oplyste fra 1. april 1997.

Af sagens akter og de oplysninger, der er fremkommet under den mundtlige forhandling for Klagenævnet, fremgår, at den etablerede ordning i hovedtræk går ud på følgende:

Der anvendes to typer øremærker, levedyrsmærker og slagtedyrsmærker.

Levedyrsmærker bestilles af svineproducenten hos Danske Slagterier, der videreformidler bestillingen til vedkommende øremærkeleverandør, som sender de bestilte øremærker direkte til svineproducenten. Svineproducenten betaler for øremærkerne til Danske Slagterier. *Slagtedyrsmærker* bestilles af svineproducenten direkte hos øremærkeleverandøren, der sender de bestilte øremærker til svineproducenten og giver Danske Slagterier underretning herom. Svineproducenten betaler for øremærkerne til Danske Slagterier. Prisen for begge typer øremærker er fastsat som mærkeproducentens pris med et tillæg på 50 øre pr. mærke til Danske Slagteriers administration af ordningen. Indførelsen af svin i CHR-registret foretages af Danske Slagterier, for hvilket Veterinærdirektoratet betaler 400.000 kr. om året til Danske Slagterier.

Klagen til Klagenævnet er indgivet af Unitron Scandinavia A/S den 27. juni 1997. Senere er Danske Svineproducenters Serviceselskab yderligere indtrådt som klager.

Efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet har indklagede tilkendegivet, sagens bilag M, at man har besluttet at udbyde fabrikation og prægning af samtlige øremærker i overensstemmelse med EU's regler herom, og at de eksisterende kontrakter vil blive opsagt, så snart det er praktisk muligt. Klagen er imidlertid fastholdt.

Sagen har været mundtligt forhandlet for Klagenævnet den 7. november 1997.

Klagerne har under den mundtlige forhandling for Klagenævnet anført: Det fremgår af sagens oplysninger, at det er Danske Slagterier, der køber øremærkerne fra producenterne, og at svineproducenterne reelt køber øremærkerne hos Danske Slagterier. Det gøres ikke gældende, at Danske Slagterier skal anses for en ordregivende myndighed i henhold til indkøbsdirektivets artikel 1. Det gøres derimod gældende, at Danske Slagterier i henseende til sit indkøb af øremærkerne skal sidestilles med en ordregivende myndighed i henhold til direktivets artikel 1, og at denne bestemmelse derfor skal

anvendes analogt, således som det skete i Klagenævnets kendelse af 4. juni 1996 i sagen Håndværksrådet mod Kommunernes Landsforening, ved hvilken en indkøbsaftale indgået af Kommunernes Landsforening blev anset for udbudspligtig. Ved sin administration af øremærkeordningen og sit indkøb af øremærker varetager Danske Slagterier en offentlig interesse og optræder reelt på indklagedes vegne. Da Danske Slagteriers indkøb af øremærker overstiger indkøbsdirektivets tærskelværdi, har Danske Slagterier herefter haft pligt til at udbyde indkøbet i henhold til direktivet, og indklagede burde have sørget for, at dette skete. Klagerne har subsidiært anført, at i hvert fald har indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, skullet finde anvendelse, således at indklagede ved sin bemyndigelse til Danske Slagterier til at indgå indkøbsaftaler med leverandører skulle have tilkendegivet, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, således at der skulle være sket udbud i hele Europa. Indklagede har imidlertid ikke afgivet en tilkendegivelse som omtalt.

Indklagede har heroverfor anført: Der er ikke tale om et offentligt indkøb, hvorfor indkøbsdirektivet ikke finder anvendelse, således at der ikke har været pligt til at foretage EU-udbud. Det reelle forhold går ud på, at leverandørerne af øremærker sælger til producenterne. Danske Slagteriers rolle går kun ud på at administrere ordningen, og indklagede har blot godkendt øremærkerne og yder et beløb til administrationen. Selvom ordningen er etableret i det offentliges interesse, sker indkøbene af øremærker ikke for det offentliges regning. Indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, kan ikke finde anvendelse, da det som omtalt er svineproducenterne og ikke Danske Slagterier, der foretager indkøbene af øremærker.

Klagerne har yderligere gjort gældende, at indklagedes varetagelse af udbudet i november 1996 ikke har overholdt EU's regler om administration af udbud og anvendelse af tildelingskriterier m.v. Klagenævnet har imidlertid under den mundtlige forhandling tilkendegivet, at nævnet ikke ønsker at beskæftige sig med disse spørgsmål, da de ikke findes at have selvstændig betydning ved siden af spørgsmålet, om der har været pligt til at foretage EU-udbud. Klagerne har taget denne tilkendegivelse til efterretning, og de nævnte spørgsmål omtales derfor ikke yderligere.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet må efter sagens oplysninger til lægge grund, at Danske Slagterier er køber af de omhandlede øremærker. Klagenævnet henser herved til, at Danske Slagterier har foretaget udbudsforretningen, at svineproducenternes bestilling af levedyrsmærker sker hos Danske Slagterier, og svineproducenternes betaling for begge typer øremærker sker til Danske Slagterier.

Det er ubestridt, at øremærkernes værdi overstiger indkøbsdirektivets tærskelværdi. Det fremgår endvidere, at værdien af den ydelse, som Danske Slagterier leverer til

indklagede, d.v.s. ordningens administration og indførelsen i CHR-registret, overstiger tærskelværdien i EU's tjenesteydelsesdirektiv.

Der er ikke forelagt nærmere oplysninger om institutionen Danske Slagterier, men Klagenævnet må efter det fremkomne gå ud fra, at Danske Slagterier er en privat organisation med tilknytning til de danske landbrugsorganisationer, og at Danske Slagteriers drift ikke finansieres af det offentlige med mere end halvdelen. Der er herefter ikke grundlag for at anse Danske Slagterier som en ordregivende myndighed i henhold til indkøbsdirektivets artikel 1, hvilket klagerne heller ikke har gjort gældende.

Indklagedes overladelse til en privat virksomhed eller organisation, her Danske Slagterier, af administration af øremærkeordningen med tilhørende indkøb af øremærker og indførelse i CHR-registret burde formentlig have været udbudt som sådan. Udbudet burde formentlig være sket efter EU's indkøbsdirektiv, d.v.s. ikke tjenesteydelsesdirektivet, da værdien af købene af øremærker efter det fremkomne langt overstiger værdien af den tjenesteydelse, som ordningens administration og indførelsen i CHR-registret er udtryk for.

Klagerne synes imidlertid ikke, i hvert fald ikke under den mundtlige forhandling for Klagenævnet, at have gjort gældende, at ordningens administration etc. skulle have været udbudt, og der er ikke procederet om spørgsmålet. Klagenævnet ser derfor væk fra det.

Klagenævnet kan ikke tiltræde klagerne synspunkt om, at Danske Slagteriers indkøb af øremærker ganske må sidestilles med indkøb, der foretages af en ordregivende myndighed i henhold til EU's indkøbsdirektiv, direktiv 93/36, og at indkøbsdirektivets artikel 1 derfor skal anvendes analogt. Klagenævnet henser herved til, at direktivets regler om, hvem der er ordregivende myndigheder, må anses for udtømmende. Den foreliggende situation svarer ikke til forholdene i den af klagerne påberåbte kendelse fra Klagenævnet af 4. juni 1996, der angik indkøb foretaget af kommuner.

Med hensyn til klagerne subsidiære synspunkt om, at indklagede skulle have fulgt fremgangsmåden i indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, bemærkes:

Det forekommer tvivlsomt, hvorledes denne bestemmelse skal forstås.

Den er overtaget fra artikel 2, stk. 3, i det tidligere indkøbsdirektiv, direktiv 77/62, og skal eventuelt forstås på baggrund af, at der ikke ved dette direktivs udstedelse eksisterede et direktiv om udbud af tjenesteydelser. Det er derfor muligt, at artikel 2, stk. 2, i indkøbsdirektivet har tabt sin selvstændige betydning, efter at der er gennemført et direktiv om udbud af tjenesteydelser, d.v.s. direktiv 92/50.

På den anden side er det gældende indkøbsdirektiv, direktiv 93/36, i hvilket artikel 2, stk. 2, er indeholdt, udstedt efter tjenesteydelsesdirektivet, direktiv 92/50, og der må

derfor være en formodning for, at artikel 2, stk. 2, i indkøbsdirektivet har selvstændig betydning ved siden af tjenesteydelsesdirektivet. Dette bekræftes af, at bestemmelsens formulering i direktiv 93/36 på enkelte punkter er anderledes end i direktiv 77/62. Disse forskelle i formuleringen synes ganske vist kun at være udtryk for redaktionelle ændringer, men netop det forhold, at sådanne ændringer er foretaget, peger i retning af, at bestemmelsens opretholdelse i direktiv 93/36 er bevidst. Det er imidlertid uklart, hvad den selvstændige betydning i givet fald nærmere går ud på, da de formål, som i så fald ønskes varetaget med artikel 2, stk. 2, i indkøbsdirektivet, må antages først og fremmest at blive varetaget gennem tjenesteydelsesdirektivet.

På baggrund af den beskrevne tvivl om forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, finder Klagenævnet det rigtigst at forelægge spørgsmålet for EF-domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 177.

Forelæggelsen for EF-domstolen vil ske ved en særlig forelæggelseskendelse, i hvilken der vil blive givet en sagsfremstilling nogenlunde svarende til sagsfremstillingen i nærværende kendelse, og i hvilken Klagenævnet vil redegøre for baggrunden for, at Klagenævnet anser sig kompetent til at foretage forelæggelser i henhold til EF-traktatens artikel 177. Forelæggelseskendelsen vil i udkast blive forelagt parterne til kommentar, før den afsiges.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge for så vidt angår klagernes anbringende om, at Danske Slagteriers indkøb af øremærker som sådant skulle have været udbudt efter EU's indkøbsdirektiv.

Sagen forelægges for EF-domstolen med spørgsmål om forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2.

Sagens videre ekspedition, d.v.s. udformningen af udkast til forelæggelseskendelsen m.v., afventer udløbet af fristen for indbringelse af nærværende kendelse for domstolene i medfør af § 5, stk. 4, i lov om Klagenævnet for udbud eller tilkendegivelser fra parterne om, at en sådan indbringelse frafaldes.