

Sag C-367/19**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

8. maj 2019

Forelæggende ret:

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slovenien)

Afgørelse af:

30. april 2019

Ordregivende myndighed:

Ministrstvo za notranje zadeve

Klager i sagen for klagenævnet for offentlige udbud

Tax-Fin-Lex d. o. o.

Den antagne tilbudsgiver:LEXPERA, d. o. o.**Republikken Slovenien****Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil**

[udelades]

ANMODNING OM PRÆJUDICIEL AFGØRELSE***Det forelæggende organs status***

- (1) I Republikken Slovenien er det forelæggende organ, Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil¹ (det nationale klagenævn for offentlige udbud, herefter »Državna revizijska komisija«²), i henhold til Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (lov om retsbeskyttelse i

¹ [Udelades]

² [Udelades]

offentlige udbudsprocedurer herefter »ZPVPJN«) et særligt, uafhængigt og selvstændigt nationalt organ, der træffer afgørelse om lovligheden af tildeling af offentlige kontrakter på alle tidspunkter af tildelingsproceduren (ZPVPJN's artikel 60, stk. 1).

- (2) I henhold til ZPVPJN's artikel 2 sikres retsbeskyttelsen mod eventuelle tilsidesættelser begået under procedurer for tildeling af offentlige kontrakter i Republikken Slovenien inden for rammerne af:
- den indledende procedure for fornyet undersøgelse for den ordregivende myndighed,
 - klageproceduren for Državna revizijska komisija, og
 - retsbehandlingen, som i første instans foregår for Okrožno sodišče (ret i første instans), der har enekompetence i henhold til lovgivningen om retsinstanserne.

Retsbeskyttelsen ved Okrožno sodišče (ret i første instans) er begrænset til at fastslå et erstatningsansvar inden for og uden for kontrakt for et forårsaget tab og til at fastslå, at kontrakterne er ugyldige³, men vedrører derimod ikke legalitetskontrollen af Državna revizijska komisijas afgørelser, som er endelige⁴.
[Org. s. 1]

- (3) Den Europæiske Unions Domstol har allerede anerkendt Državna revizijska komisija's status som en »national ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF i dom af 8. juni 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431.
- (4) De faktiske omstændigheder, der lå til grund for afgørelsen om at anerkende Državna revizijska komisija's status som en »national ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF, har ikke ændret sig siden denne dom fra Domstolen. Uafhængig af det ovenstående henviste Državna revizijska komisija i bilag 1 til forelæggelsesafgørelsen i sag C-296/15 i detaljer til de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for afgørelsen om at anerkende klagenævnets status som en »national ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF.

Hovedsagens parter

- (5) Državna revizijska komisija, ved kollegiet sammensat af [udelades], skal træffe afgørelse i en tvist mellem Ministrstvo za notranje zadeve (indenrigsministeriet) [udelades], Ljubljana, Republikken Slovenien (herefter »den ordregivende myndighed«) og selskabet TAX-FIN-LEX, d. o. o. [Srl], [udelades] Ljubljana, Slovenien (herefter »klageren i sagen for klagenævnet for udbud«) angående gennemførelsen af proceduren for tildeling af den offentlige kontrakt med titlen

³– [Udelades]

⁴– [Udelades]

»indgåelse af en offentlig kontrakt om adgangstjenester til et retsinformationssystem«, den første delkontrakt »adgang til retsinformationssystemet«. Henset til, at den ordregivende myndigheds adfærd, som er omtvistet mellem parterne, ligeledes har betydning for situationen for selskabet LEXPERA, d. o. o., [udelades] Ljubljana, Republikken Slovenien (herefter »den antagne tilbudsgiver«), som den ordregivende myndighed har tildelt den omtvistede offentlige kontrakt til, og henset til, at den antagne tilbudsgiver har de samme rettigheder og forpligtelse som en part ⁵, skal den antagne tilbudsgiver ligeledes betragtes som en part i hovedsagen.

Hovedsagens genstand og relevante omstændigheder

- (6) Den 7. juni 2018 vedtog den ordregivende myndighed, et organ under Republikken Slovenien, en afgørelse om indledning af en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt om adgang til retsinformationssystemet for en periode på 24 måneder. [org. s. 2]
- (7) Den anslåede værdi af den omhandlede offentlige kontrakt, som fastsat af den ordregivende myndighed, beløber sig til 39 959,01 EUR, hvilket ligger under den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel ⁶.
- (8) Den ordregivende myndighed for den i den foreliggende sag omhandlede offentlige kontrakt – som var opdelt i to delkontrakter – følger proceduren for tildeling af kontrakter af beskeden værdi. Denne procedure er en national ⁷ procedure for tildeling af offentlige kontrakter, som ordregivende myndigheder kan anvende med henblik på at indgå offentlige tjenesteydelseskontrakter, hvis værdi er lavere end den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel.
- (9) Det var kun klageren i sagen for klagenævnet for udbud og den antagne tilbudsgiver, som rettidigt afgav bud for den første delkontrakt. Efter afslutningen af forhandlingerne tilbød klageren i sagen for klagenævnet for udbud adgang til et retsinformationssystem (for en periode på 24 måneder) for 0,00 EUR.
- (10) Ved afgørelsen om tildeling af en offentlig kontrakt af 11. januar 2019 blev klageren i sagen for klagenævnet for udbud underrettet om, at selskabets bud på den første delkontrakt var blevet afvist (med den begrundelse, at selskabet havde budt en endelig pris på 0,00 EUR, hvilket efter den ordregivende myndigheds opfattelse er i strid med reglerne om offentlige kontrakter), og at den offentlige kontrakt for så vidt angår den første delkontrakt var blevet tildelt den antagne tilbudsgiver.

⁵ [Udelades]

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 64).

⁷ [Udelades]

- (11) Den 17. januar 2019 indgav klageren i sagen for klagenævnet for udbud en anmodning om revision af denne afgørelse, som den antagne tilbudsgiver ikke fremsatte bemærkninger til. I forbindelse med den indledende procedure for fornyet undersøgelse afviste den ordregivende myndighed ved afgørelse af 5. februar 2019 anmodningen om revision. Den 11. februar 2019 henviste den ordregivende myndighed sagen til Državna revizijska komisija og indledte dermed klageproceduren ved sidstnævnte.
- (12) Det omtvistede spørgsmål mellem parterne vedrører rigtigheden af den ordregivende myndigheds beslutning om at afvise tilbudsgiverens bud. Den eneste grund, som den ordregivende myndighed har anført for at afvise klagerens bud, er, at klageren har tilbudt en endelig pris på 0,00 EUR.
- (13) Det må som en juridisk relevant omstændighed fremhæves, at den ordregivende myndighed ikke har foreholdt klageren i sagen for klagenævnet for udbud, at selskabet har afgivet et unormalt lavt bud (den ordregivende myndighed indledte ganske vist med at undersøge dette punkt, men afviste imidlertid ikke buddet afgivet af klageren i sagen for klagenævnet for udbud med henvisning til, at selskabet ikke med dets præciseringer havde forklaret den tilbudte pris) **[org. s. 3]**. Den ordregivende myndighed har heller ikke foreholdt klageren i sagen for klagenævnet for udbud, at selskabet har afgivet et bud, der ikke er i overensstemmelse med gældende miljø-, social- og arbejdsmarkedsforpligtelser. Den ordregivende myndighed har heller ikke anført, at buddet afgivet af klageren i sagen for klagenævnet for udbud ikke er i overensstemmelse med de krav, betingelser og kriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen samt i udbudsdokumenterne, at der foreligger udelukkelsesgrunde hos klageren i sagen for klagenævnet for udbud eller at selskabet ikke opfylder de udvælgelseskriterier, som den ordregivende myndighed har fastsat.
- (14) Klageren i sagen for klagenævnet for udbud har anført, at et bud med en samlet værdi på 0,00 EUR ikke kan afvises. Selv om reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter rent faktisk finder anvendelse ved indgåelse af gensidigt bebyrdende kontrakter, betyder dette imidlertid ikke, at den ordregivende myndighed kan afvise et bud fra en tilbudsgiver, der tilbyder tjenester uden vederlag. Tilbudsgiveren har ret til frit at fastsætte den tilbudte pris og har derfor også ret til inden for rammerne af en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt at tilbyde gratis tjenester. Desuden ville klageren i sagen for klagenævnet for udbud, såfremt selskabet havde fået tildelt den offentlige kontrakt og havde givet adgang til det retlige informationssystem uden at modtage et vederlag herfor, idet det ville have opnået et nyt marked eller nye brugere, have opnået en fordel, som det ganske vist ikke er muligt at udtrykke med en pengeværdi, men som det dog er muligt at definere som en modydelse for gennemførelsen af den pågældende kontrakt.
- (15) Den ordregivende myndighed har anført, at et bud til en samlet værdi på 0,00 EUR er uforeneligt med begrebet offentlig kontrakt. En offentlig kontrakt er et gensidigt bebyrdende forhold mellem en ordregiver og en økonomisk aktør. Et

bud til en samlet værdi på 0,00 EUR påvirker den (fremtidige) gensidigt bebyrdende kontrakts karakter, eftersom vederlagsfriheden af buddets genstand ville gøre en transaktion gratis og ikke mod vederlag. Levering af tjenesteydelser uden vederlag er ikke en offentlig tjenesteydelseskontrakt. Opnåelse af et nyt marked udgør ikke en modydelse for gennemførelsen af en offentlig kontrakt, da det for alle økonomiske aktører udgør en merværdi, som det dog ikke er muligt at udtrykke med en pengeværdi og dermed fakturere til den ordregivende myndighed.

De relevante bestemmelser

Anførte EU-retlige forskrifter

(16) Artikel 1 i direktiv 2014/24: **[org. s. 4]**

»1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders udbudsprocedurer med hensyn til offentlige kontrakter samt projektkoncurrencer, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 4.

2. Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.

(17) Artikel 2, stk. 1, i direktiv 2014/24 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

5) »offentlige kontrakter«: gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser«.

(18) Artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsætter:

»Dette direktiv gælder for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskler:

[...]

b) 144 000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af statslige myndigheder [...].

[...]«.

Slovensk ret

- (12) Artikel 2, stk. 1, i Zakon o javnem naročanju (lov om offentlige kontrakter, herefter »ZJN-3«) [udelades], der finder anvendelse i hovedsagen, bestemmer følgende:

»Definitionerne i denne lov har følgende betydning: **[org. s. 5]**

1. »offentlige kontrakt«: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser;

[...]«.

*Begrundelse for anmodningen om præjudiciel afgørelse**Anvendelse af EU-retten*

- (19) Den anslåede værdi af den omhandlede offentlige kontrakt ligger under den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel.
- (20) Domstolen har ved flere lejligheder anset sig for kompetent til at træffe afgørelse om en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende bestemmelserne i en EU-retsakt i tilfælde, hvor disse bestemmelser er blevet gjort anvendelige af national ret på grund af den heri foretagne henvisning til disse bestemmelsers indhold, også selv om de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke er direkte omfattet af denne retsacts anvendelsesområde, for at fastlægge de bestemmelser, der finder anvendelse på en rent intern situation (jf. f.eks. dom af 13.3.2019, E, C-635/17, EU:C:2019:192, af 17.5.2017, ERGO Poist'ovňa, C-48/16, EU:C:2017:377, og af 28.10.2010, Volvo Car Germany, C-203/09, EU:C:2010:647).
- (21) Det følger af Domstolens faste praksis, at når en i national ret valgt regulering af rent interne forhold er tilpasset EU-retten, bl.a. for at undgå forskelsbehandling af statens egne statsborgere eller for at undgå konkurrencefordrejninger eller for at sikre en ensartet behandling af sammenlignelige situationer, er det afgjort i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås (jf. f.eks. dom af 3.12.2015, Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).
- (22) Nærværende sag angår ligeledes en sådan situation. Selv om direktiv 2014/24 ikke direkte regulerer situationen i hovedsagen, skal det fastslås, at den slovenske lovgiver ved gennemførelsen af bestemmelserne i direktiv 2014/24 besluttede, at udtrykket **[org. s. 6]** »offentlig kontrakt« betyder både kontrakter med en værdi over den i det nævnte direktiv fastsatte tærskel og kontrakter med en værdi under tærsklen.

- (23) ZJN-3, hvorved direktiv 2014/24 blev gennemført i slovensk ret, finder anvendelse på både offentlige kontrakter, som når op på den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel, og kontrakter, der ikke når op på den.
- (24) Definitionen af begrebet »offentlig kontrakt« i ZJN-3 svarer til definitionen i direktiv 2014/24. Denne definition er den samme for offentlige kontrakter med en værdi over den i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel og kontrakter med en værdi under denne tærskel. Derfor finder bestemmelsen i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, som definerer begrebet »offentlig kontrakt«, i overensstemmelse med slovensk ret ligeledes på direkte og ubetinget vis anvendelse i situationer, hvor det nævnte direktiv ikke finder anvendelse.
- (25) Selv om ZJN-3 for offentlige kontrakter, der ikke når op på den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel, tillader en rent national udbudsprocedure (der ikke er fastsat i dette direktiv – dvs. en procedure for offentlige kontrakter med lav værdi), sondres der imidlertid ikke i den nævnte ZJN-3 angående begrebet »offentlig kontrakt« mellem kontrakter med en værdi over den i artikel 4 i det nævnte direktiv fastsatte tærskel og kontrakter med en værdi under denne tærskel.
- (26) For at sikre ens ensartet behandling er det nødvendigt at fortolke begrebet »offentlig kontrakt« i EU-retten ensartet både i situationer, som er omfattet af direktiv 2014/24 (i procedurer for indgåelse af kontrakter med en værdi over tærsklen), og i situationer, hvor dette direktiv ikke finder anvendelse (i procedurer for indgåelse af kontrakter med en værdi under tærsklen). Dette betyder, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor værdien af den omhandlede offentlige kontrakt er lavere end den i artikel 4 i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel, er det ligeledes nødvendigt at fortolke begrebet »offentlig kontrakt« under hensyntagen til Domstolens praksis.

Begrundelsen for forelæggelsen

- (27) Državna rezijska komisija er i tvivl om fortolkningen og anvendelsen af artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, hvori begrebet offentlig kontrakt defineres. [org. s. 7]
- (28) Den gensidigt bebyrdende karakter af et kontraktforhold indgået mellem en ordregivende myndighed og en økonomisk aktør udgør et af de væsentlige elementer, der kendetegner en offentlig kontrakt. Kontraktforholdet er uden tvivl gensidigt bebyrdende, når de to respektive parter er hinandens kreditor og debitor. Den økonomiske aktør leverer en vare eller en tjenesteydelse til den ordregivende myndighed og modtager fra sidstnævnte en modydelse for de leverede varer eller tjenesteydelser.
- (29) Državna revizijska komisija er dog i tvivl om, hvorvidt der er tale om »et gensidigt bebyrdende kontraktforhold« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, når den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at yde nogen modydelse, men den økonomiske aktør, hvis der indgås en kontrakt, med

hensyn til genstanden for kontrakten får adgang til et nyt marked eller nye brugere. Den omstændighed, at den ordregivende myndighed opnår leveringen af tjenesteydelser til en pris på 0,00 EUR, eller at den ikke er forpligtet til at levere en modydelse for denne levering, kunne give anledning til at konkludere, at der, såfremt den tilbudte pris er på 0,00 EUR, ikke foreligger et gensidigt bebyrdende kontraktforhold som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), direktiv 2014/24. Selv om den ordregivende myndighed ikke skal betale for leveringen af tjenesteydelserne, er det ikke desto mindre muligt, at opnåelsen af en offentlig kontrakt allerede i sig selv har en (økonomisk) værdi for den økonomiske aktør, som det ganske vist ikke er muligt at udtrykke med en pengeværdi på tidspunktet for tildelingen af kontrakten eller kontraktens indgåelse. Ved at gennemføre kontrakten opnår den økonomiske aktør nemlig et nyt marked og følgelig nye referencer, hvilket for den pågældende kan udgøre en fremtidig økonomisk fordel.

- (30) Er det imidlertid ikke muligt at tage argumentet til følge om, at markedsadgang eller erhvervelse af et nyt marked og af referencer kan udgøre »et gensidigt bebyrdende kontraktforhold« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, er Državna revizijska komisija i så fald i tvivl om anvendelsen af den pågældende direktivbestemmelse. Državna revizijska komisija er i denne henseende i tvivl om, hvorvidt den ovennævnte bestemmelse udgør et selvstændigt retsgrundlag for afvisning af budet.
- (31) Državna rezijska komisija er i tvivl om, hvorvidt den ordregivende myndighed efter at have indledt proceduren for indgåelse af den offentlige kontrakt kan afvise en tilbudsgivers bud, hvis det under proceduren viser sig, at den ordregivende myndighed md henblik på at modtage tjenesteydelserne ikke skal levere nogen modydelse, fordi tilbudsgiveren har tilbudt en pris på 0,00 EUR for at gennemføre den offentlige kontrakt.
- (32) På den ene side er der ikke tale om et gensidigt bebyrdende kontraktforhold indgået mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiveren i tilfælde af, at et bud med en pris på 0,00 EUR accepteres, men om et ensidigt bebyrdende kontraktforhold, da den ordregivende myndighed i et sådant tilfælde ikke er forpligtet til at levere en modydelse for at opnå tjenester. På grund af den vederlagsfrie karakter kan den indgåede kontrakt ikke betragtes som en kontrakt om gennemførelse af en offentlig kontrakt. **[org. s. 8]**. Dette betyder, at den ordregivende myndighed har indledt en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, hvis endelige resultat ikke er opnåelse af en offentlig kontrakt om levering af tjenesteydelser, eller indgåelse af en kontrakt om gennemførelse af en offentlig kontrakt, men f.eks. en gave.
- (33) På den anden side regulerer artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, som definerer begrebet »offentlig kontrakt«, ikke handlemåden under en procedure for indgåelse af offentlige kontrakter, men fastsætter, i hvilke tilfælde direktivet finder anvendelse. Definitionen af begrebet offentlig kontrakt kan være relevant forinden selve indgåelsen af kontrakten eller efter indgåelsen af samme. Forinden indgåelsen af kontrakten udgør begrebet offentlig kontrakt et krav om at

overholde bestemmelserne i direktiv 2014/24, hvis den ordregivende myndighed foreskriver levering af varer eller tjenesteydelser på grundlag af et gensidigt bebyrdende kontraktforhold. Hvis en ordregivende myndighed omvendt har foreskrevet levering af varer eller tjenesteydelser på grundlag af et ensidigt bebyrdende kontraktforhold, er den ikke forpligtet til at handle i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2014/24. Efter indgåelsen af kontrakten er begrebet offentlig kontrakt derimod relevant med henblik på en vurdering af, om den pågældende kontrakt er blevet indgået i overensstemmelse med reglerne for proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter.

- (34) Indledningen af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt afspejler den ordregivende myndigheds vurdering af, at den skal levere en modydelse for at opnå den offentlige kontrakts genstand. Det er muligt, at det kun er de bud, som afgives af tilbudsgivere på baggrund af markedsbetingelserne, som påviser, om denne vurdering fra den ordregivende myndighed var korrekt. Tilbudsgivernes efterfølgende adfærd og indholdet af deres bud kan ikke have nogen betydning for den ordregivende myndigheds (indledende) vurdering. Efter indledningen af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt og modtagelsen af buddene er den ordregivende myndighed forpligtet til at tage hensyn til de modtagne bud, og til at undersøge og bedømme dem udelukkende på grundlag af de på forhånd fastsatte krav. Desuden iværksætter ordregivende myndigheder ikke procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter med henblik på at indgå en gensidigt bebyrdende kontrakt, men med det formål at modtage varer eller tjenesteydelser (som de har brug for). Også i den foreliggende sag vil den ordregivende myndighed, såfremt den accepterer budet på 0,00 EUR, opnå genstanden for den offentlige kontrakt i overensstemmelse med dens krav.

Konklusion og indhold af anmodningen om præjudiciel afgørelse

- (35) Idet Državna revizijska komisija er af den opfattelse, at den beskrevne tvivl vedrører fortolkningen og anvendelsen af EU-retten, har den i overensstemmelse med artikel 267, stk. 3, TEUF, forelagt Domstolen følgende to spørgsmål til præjudiciel afgørelse, idet det præcises, at det kun er nødvendigt at besvare spørgsmål 2), såfremt spørgsmål 1) besvares benægtende: [org. s. 9]

1. Foreligger der en »et gensidigt bebyrdende kontraktforhold« som et element i en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, når den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at levere en modydelse, men den økonomiske operatør opnår et nyt marked og referencer ved at gennemføre den offentlige kontrakt?

2. Er det muligt eller nødvendigt at fortolke artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 således, at den udgør et grundlag for at afvise et bud på 0,00 EUR?

[udelades]