

**Mål C-367/19**

**Begäran om förhandsavgörande**

**Datum för ingivande:**

8 maj 2019

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

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

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

30 april 2019

**Upphandlande myndighet:**

Ministrstvo za notranje zadeve

**Klagande som har begärt omprövning:**

Tax-Fin-Lex d. o. o.

**Anbudsgivare som har tilldelats kontraktet:**

LEXPERA, d. o. o.

**Republiken Slovenien**

**Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil**

[utelämnas]

**BEGÄRAN  
OM FÖRHANDESAVGÖRANDE**

***Det hänskjutande organets status***

- (1) I Republiken Slovenien är Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil<sup>1</sup> (nationell omprövningsnämnd i förfarandena vid offentlig upphandling, nedan kallad Državna revizijska komisija) – den hänskjutande domstolen i förevarande mål – enligt Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (lagen om rättsligt skydd i förfarandena vid offentlig

<sup>1</sup> [utelämnas]

upphandling [utelämnas]<sup>2</sup>, nedan kallad ZPVPJN) ett särskilt, oberoende och fristående statligt organ som prövar lagenligheten av tilldelningen av offentliga kontrakt under förfarandets samtliga etapper (artikel 60.1 ZPVPJN).

- (2) I Republiken Slovenien garanteras rättsligt skydd mot åsidosättanden i förfarandena vid offentlig upphandling enligt artikel 2 ZPVPJN genom
- förhandsprövningen vid den upphandlande myndigheten,
  - omprövningen vid Državna revizijska komisija och
  - domstolsförfarandet i första instans vid behörig Okrožno sodišče (distriktsdomstol), som enligt lagen om reglering av jurisdiktion har exklusiv behörighet.

Rättsligt skydd vid behörig Okrožno sodišče är begränsat till att det ska fastställas huruvida det föreligger skadeståndsansvar och huruvida kontrakten ska ogiltigförklaras.<sup>3</sup> Nämnade skydd omfattar däremot inte prövning av lagenligheten av beslut meddelade av Državna revizijska komisija, vilka är slutgiltiga.<sup>4</sup>  
**[Orig. s. 1]**

- (3) Redan i dom av den 8 juni 2017, *Medisanus*, C-296/15, EU:C:2017:431, tillerkände EU-domstolen Državna revizijska komisija status som domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF.
- (4) De omständigheter mot bakgrund av vilka Državna revizijska komisija ansågs vara en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF har inte förändrats sedan EU-domstolen meddelade ovan nämnda dom. I bilaga 1 till förevarande begäran om förhandsavgörande ges, under alla omständigheter och oberoende av ovanstående, en närmare redogörelse för de omständigheter som styrker slutsatsen att även Državna revizijska komisija ska anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

***Parterna i det nationella målet***

- (5) Državna revizijska komisija, sammansatt av [utelämnas], har att avgöra en tvist mellan Ministrstvo za notranje zadeve (inrikesministeriet) [utelämnas], Ljubljana, Republiken Slovenien (nedan kallad den upphandlande myndigheten), och bolaget TAX-FIN-LEX, d. o. o., [utelämnas] Ljubljana, Slovenien (nedan kallad klaganden), som gäller genomförandet av det offentliga upphandlingsförfarandet med beteckningen ”Offentlig upphandling för tilldelning av ett tjänstekontrakt avseende tillhandahållande av åtkomst till det juridiska informationssystemet”, när

<sup>2</sup> [utelämnas]

<sup>3</sup> [utelämnas]

<sup>4</sup> [utelämnas]

det gäller del 1 med beteckningen ”Åtkomst till det juridiska informationssystemet”. Eftersom den upphandlande myndighetens agerande, som utgör tvisten mellan parterna, även påverkar bolaget LEXPERA, d. o. o., [utelämnas] Ljubljana, Republiken Slovenien (nedan kallad den andra anbudsgivaren), till vilket den upphandlande myndigheten tilldelade det aktuella offentliga kontraktet, och med hänsyn tagen till att den andra anbudsgivaren har samma rättigheter och skyldigheter som en part i målet<sup>5</sup>, ska även nämnda anbudsgivare tillerkännas ställning som part i det nationella målet.

### *Saken i det nationella målet och faktiska omständigheter*

- (6) Den 7 juni 2018 beslutade den upphandlande myndigheten, som är ett offentligt organ i Republiken Slovenien, att inleda ett förfarande för offentlig upphandling av ett tjänstekontrakt avseende tillhandahållande av åtkomst till det juridiska informationssystemet under en period på 24 månader. **[Orig. s. 2]**
- (7) Det aktuella offentliga kontraktets uppskattade värde, som fastställts av den upphandlande myndigheten, uppgick till 39 959,01 euro, vilket därmed understeg det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktiv 2014/24.<sup>6</sup>
- (8) Den upphandlande myndigheten tilldelade det aktuella offentliga kontraktet – som var uppdelat i två delar – enligt förfarandet för tilldelning av kontrakt av ringa värde. Detta förfarande regleras i nationell lagstiftning om offentlig upphandling<sup>7</sup> och kan användas av de upphandlande myndigheterna vid upphandling av tjänster vars värde understiger det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktiv 2014/24.
- (9) Det var enbart klaganden och den andra anbudsgivaren som lämnade anbud för del 1 inom fristen. Till följd av förhandlingar lämnade klaganden anbud för att tillhandahålla åtkomst till det juridiska informationssystemet (under en period på 24 månader) till ett pris på 0 euro.
- (10) Genom av den 11 januari 2019 beslutet om tilldelning av det offentliga kontraktet informerades klaganden om att dess anbud för del 1 hade underkänts (eftersom det erbjudna slutliga priset var 0 euro, vilket den upphandlande myndigheten ansåg strida mot reglerna om offentlig upphandling) och att den upphandlande myndigheten hade tilldelat kontraktet för del 1 till den andra anbudsgivaren.
- (11) Den 17 januari 2019 ingav klaganden begäran om omprövning av detta beslut. Den andra anbudsgivaren inkom inte med något yttrande. I förhandsprövningen avslog den upphandlande myndigheten nämnda begäran genom beslut av den 5 februari 2019. Den 11 februari 2019 hänsköt den upphandlande myndigheten

<sup>5</sup> [utelämnas]

<sup>6</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT 2014, L 94, s. 6[5])

<sup>7</sup> [utelämnas]

tvisten till Državna revizijska komisija, vilket resulterade i att omprövningsförfarandet inleddes vid nämnda organ.

- (12) Tvisten mellan parterna avser frågan huruvida den upphandlande myndighetens beslut att underkänna klagandens anbud var rättsenligt. Det enda skäl som den upphandlande myndigheten anförde i motiveringen till sitt beslut att underkänna klagandens anbud var att klaganden lämnade ett slutligt anbud till ett pris på 0 euro.
- (13) En relevant rättslig omständighet som bör noteras är att den upphandlande myndigheten inte har kritiserat klaganden för att ha lämnat ett onormalt lågt anbud (den upphandlande myndigheten inledde visserligen sin granskning av anbudet med att bedöma huruvida anbudet var onormalt lågt, men underkände inte klagandens anbud på den grunden att klaganden inte hade förklarat varför det erbjudna priset var så lågt). **[Orig. s. 3]** Den upphandlande myndigheten har inte heller kritiserat klaganden för att anbudet inte uppfyllde gällande miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav. Nämnda myndighet har inte heller gjort gällande att klagandens anbud stred mot krav, villkor och kriterier i meddelandet om upphandling och dokumentationen angående tilldelning av det offentliga kontraktet, eller att det förelåg skäl för att utesluta klaganden, det vill säga att klaganden inte uppfyllde de villkor för deltagande som fastställdes av den upphandlande myndigheten.
- (14) Klaganden har gjort gällande att det inte är rättsstridigt att lämna ett anbud på 0 euro. Reglerna om offentlig upphandling tillämpas visserligen på kontrakt med ekonomiska villkor, men detta innebär inte att den upphandlande myndigheten får underkänna anbudet från en aktör som har erbjudit sig att tillhandahålla tjänster utan vederlag. Anbudsgivaren har rätt att fritt bestämma priset på sitt anbud och därmed rätt att inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling erbjuda sig att tillhandahålla tjänster kostnadsfritt. Dessutom skulle klaganden, om denne hade tilldelats kontraktet och, utan att motta något vederlag, hade möjliggjort åtkomsten till det juridiska informationssystemet, ha erhållit en fördel på så sätt att klaganden skulle ha haft tillträde till en ny marknad eller fått nya användare. Trots att denna fördel inte kan uttryckas i pengar, får den betraktas som motprestation för det aktuella kontraktets genomförande.
- (15) Den upphandlande myndigheten har gjort gällande att ett anbud på 0 euro strider mot begreppet offentligt kontrakt. Ett offentligt kontrakt är ett kontraktsförhållande med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en ekonomisk aktör. Ett anbud på 0 euro påverkar den omständigheten att (det framtida) kontraktet har ekonomiska villkor, eftersom tillhandahållandet av en prestation utan att det uppbärs något vederlag resulterar i ett kostnadsfritt avtal, och inte i något kontrakt med ekonomiska villkor. Tillhandahållande av tjänster utan vederlag utgör inget offentligt tjänstekontrakt. Tillträde till en ny marknad utgör ingen motprestation för det aktuella kontraktets genomförande, eftersom det för en ekonomisk aktör (oavsett vilken) innebär ett mervärde, som inte kan

uttryckas i pengar och för vilket det inte heller kan utfärdas någon faktura till den upphandlande myndigheten.

### **Tillämpliga bestämmelser**

#### *Unionsrätt*

(16) Artikel 1 i direktiv 2014/24 har följande lydelse: **[Orig. s. 4]**

”1. I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt samt om projektävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4.

2. Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.”

(17) I artikel 2.1 i direktiv 2014/24 stadgas:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

...

5) *offentligt kontrakt*: ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster”

(18) Artikel 4 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Detta direktiv ska tillämpas på upphandlingar vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

b) 144 000 EUR för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av centrala statliga myndigheter ...

...”

#### *Slovensk lagstiftning*

(12) I artikel 2.1 i Zakon o javnem naročanju (lagen om offentlig upphandling [utelämnas], nedan kallad ZJN-3), som är tillämplig i det nationella målet, föreskrivs bland annat följande:

”I denna lag gäller följande definitioner: **[Orig. s. 5]**

1. ”offentligt kontrakt”: ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster

...”

### ***Redogörelse för skälen till begäran om förhandsavgörande***

#### ***Tillämpning av unionsrätten***

- (19) Det aktuella kontraktets uppskattade värde understiger det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktiv 2014/24.
- (20) EU-domstolen har redan vid flera tillfällen förklarat sig behörig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse i de fall då denna bestämmelse inte är tillämplig på de faktiska omständigheter som är aktuella i det nationella målet, men en medlemsstats nationella rätt hänvisar till denna bestämmelse när det gäller att fastställa vilka regler som är tillämpliga i en situation som är av rent intern art (se, exempelvis, dom av den 13 mars 2019, E., C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192, dom av den 17 maj 2017, ERGO Poist’ovňa, C-48/16, ECLI:EU:C:2017:377, och dom av den 28 oktober 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, ECLI:EU:C:2010:647).
- (21) Det framgår av EU-domstolens fasta praxis att när en reglering i nationell lagstiftning av rent inhemska situationer är anpassad till den reglering som har valts i unionsrätten, för att bland annat undvika att landets egna medborgare diskrimineras eller att konkurrensen snedvrids eller för att säkerställa ett och samma förfarande i jämförbara situationer, föreligger det ett klart intresse för unionen av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten tolkas på ett enhetligt sätt, oberoende av de omständigheter under vilka de ska tillämpas, detta för att i framtiden undvika skilda tolkningar (se, exempelvis, dom av den 3 december 2015, Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, punkt 17 och där angiven rättspraxis).
- (22) En sådan situation föreligger just i förevarande fall. Även om direktiv 2014/24 inte direkt kan anses reglera den aktuella situationen, är det inte desto mindre så att när bestämmelserna i direktivet införlivades med nationell rätt beslutade den slovenska lagstiftaren att tillämpa begreppet offentligt kontrakt på samtliga kontrakt, oavsett om deras värde överstiger eller understiger det tröskelvärde som fastställs i nämnda direktiv. **[Orig. s. 6]**
- (23) ZJN-3, genom vilken direktiv 2014/24 har införlivats med slovensk rätt, tillämpas både på kontrakt vars värde uppnår det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktivet och på kontrakt vars värde inte uppnår nämnda tröskelvärde.

- (24) Definitionen av begreppet offentligt kontrakt i ZJN-3 är identisk med motsvarande definition i direktiv 2014/24. Denna definition är identisk både med avseende på offentliga kontrakt vars värde överstiger det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i nämnda direktiv och på kontrakt vars värde understiger nämnda tröskelvärde. Bestämmelsen i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, där begreppet offentligt kontrakt definieras, har därför genom slovensk rätt på ett direkt och ovillkorligt sätt gjorts tillämplig även på situationer som inte omfattas av nämnda direktiv.
- (25) Även om offentliga kontrakt vars värde inte uppnår det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktiv 2014/24 med stöd av ZJN-3 kan tilldelas genom ett förfarande som fullständigt regleras i nationell rätt (som inte föreskrivs i direktivet – det är fråga om förfarandet för tilldelning av kontrakt av ringa värde), görs det ändå ingen åtskillnad i ZJN-3, i fråga om begreppet offentligt kontrakt, mellan kontrakt vars värde överstiger det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktivet och kontrakt vars värde understiger nämnda tröskelvärde.
- (26) För att säkerställa identisk behandling måste det unionsrättsliga begreppet offentligt kontrakt tolkas på samma sätt både i situationer som omfattas av direktiv 2014/24 (i förfaranden för tilldelning av kontrakt vars värde överstiger tröskelvärdet) och i situationer som inte omfattas av direktivet (i förfaranden för tilldelning av kontrakt vars värde understiger tröskelvärdet). Detta innebär att begreppet offentligt kontrakt, i en situation som den förevarande där det aktuella kontraktets värde understiger det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 i direktiv 2014/24, ska tolkas även med beaktande av EU-domstolens praxis.

#### *Skälen till begäran om förhandsavgörande*

- (27) Državna revizijska komisija hyser tvivel om tolkningen och tillämpningen av artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, där begreppet offentligt kontrakt definieras. **[Orig. s. 7]**
- (28) Den omständigheten att kontraktsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den ekonomiska aktören har ekonomiska villkor är ett av de grundläggande kännetecknen som är utmärkande för ett offentligt kontrakt. Ekonomiska villkor föreligger onekligen i kontraktsförhållandet när båda kontraktsparter är borgenär respektive gäldenär gentemot varandra. Leverantören levererar den upphandlande myndigheten en vara eller tillhandahåller en tjänst och mottar i gengäld en motprestation från myndigheten för leveransen av varan eller tillhandahållandet av tjänsten.
- (29) Državna revizijska komisija önskar emellertid få klarhet i huruvida det föreligger ”ekonomiska villkor” i kontraktsförhållandet i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24 om den upphandlande myndigheten inte är skyldig att göra någon motprestation samtidigt som den ekonomiska aktören, om det aktuella kontraktet ingås, etablerar sig på en ny marknad eller får nya användare. Mot bakgrund av att den upphandlande myndigheten tillhandahåller tjänsten till ett pris på 0 euro eller inte är skyldig att göra någon form av motprestation för

tillhandahållandet av den aktuella tjänsten blir slutsatsen att det vid ett anbud med ett pris på 0 euro inte är fråga om något kontraktsförhållande med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24. Däremot kan enbart den omständigheten att den ekonomiska aktören tilldelas ett kontrakt, även om den upphandlande myndigheten inte är skyldig att betala något vederlag för tillhandahållandet av tjänsten, ha ett (ekonomiskt) värde för aktören, som inte kan uttryckas i pengar vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet eller ingåendet av kontraktet. Medelst genomförandet av kontraktet får den ekonomiska aktören tillträde till en ny marknad och därmed referenser, vilket i viss mån kan utgöra en framtida ekonomisk fördel.

- (30) Om EU-domstolen inte delar den uppfattningen att tillträde till marknaden eller förvärvande av en ny marknad och förvärvande av referenser kan utgöra ”ekonomiska villkor” i kontraktsförhållandet i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, hyser Državna revizijska komisija tvivel angående tillämpningen av denna bestämmelse. I detta sammanhang önskar Državna revizijska komisija få klarhet i huruvida nämnda bestämmelse utgör en självständig rättslig grund för att underkänna anbudet.
- (31) Državna revizijska komisija frågar sig huruvida den upphandlande myndigheten, efter att ha inlett förfarandet för offentlig upphandling, kan förkasta en anbudsgivares anbud om det under förfarandet framkommer att myndigheten inte behöver göra någon motprestation för tillhandahållandet av tjänsten, eftersom anbudsgivaren i syfte att få kontraktet har erbjudit ett pris på 0 euro.
- (32) Om anbudet med ett pris på 0 euro accepteras, uppstår det för det första inte något kontraktsförhållande med ekonomiska villkor mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren, utan ett kontrakt utan ekonomiska villkor, eftersom nämnda upphandlande myndighet i en sådan situation inte är skyldig att göra någon motprestation för den erhållna tjänsten. I och med att det ingångna kontraktet inte har ekonomiska villkor, kan det inte betraktas **[Orig. s. 8]** som något offentligt upphandlingskontrakt. Detta innebär att den upphandlande myndigheten inleder ett förfarande för offentlig upphandling vars slutresultat inte är att tilldela något offentligt tjänstekontrakt eller ingå något offentligt upphandlingskontrakt, utan i stället, till exempel, består i ett gåvokontrakt.
- (33) För det andra innehåller artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, där begreppet offentligt kontrakt definieras, inte några regler om offentlig upphandling, utan där anges bara vilka fall som omfattas av direktivet. Definitionen av begreppet offentligt kontrakt kan tillmätas betydelse antingen innan eller efter det att kontraktet har ingåtts. Innan kontraktet har ingåtts utgör begreppet offentligt kontrakt ett riktmärke på så sätt att den upphandlande myndigheten ska beakta bestämmelserna i direktiv 2014/24 om den har för avsikt att anskaffa varor eller tjänster på grundval av ett kontraktsförhållande med ekonomiska villkor. Om den upphandlande myndigheten däremot har för avsikt att anskaffa varor eller tjänster på grundval av ett kontraktsförhållande utan ekonomiska villkor, är den inte skyldig att iaktta förfarandena enligt bestämmelserna i direktiv 2014/24. När



kontraktet väl har ingåtts är begreppet offentligt kontrakt emellertid relevant för att bedöma huruvida ett specifikt kontrakt har ingåtts i överensstämmelse med reglerna om offentlig upphandling.

- (34) Inledandet av förfarandet för offentlig upphandling återspeglar den upphandlande myndighetens bedömning av huruvida myndigheten är skyldig att göra någon motprestation för att erhålla föremålet för det aktuella kontraktet. Frågan huruvida denna bedömning från den upphandlande myndighetens sida är korrekt eller ej kan enbart besvaras mot bakgrund av de anbud som lämnas av anbudsgivarna med beaktande av situationen på den relevanta marknaden. Anbudsgivarnas därpå följande agerande och innehållet av deras anbud kan inte påverka nämnda (förhands)bedömning från den upphandlande myndighetens sida. När förfarandet för offentlig upphandling har inletts och efter det att anbudet har mottagits, är den upphandlande myndigheten skyldig att beakta de mottagna anbuden och bedöma dem enbart med hänsyn tagen till de krav som tidigare har fastställts. Det ska tilläggas att de upphandlande enheterna inte genomför förfaranden för offentlig upphandling i syfte att ingå kontrakt med ekonomiska villkor, utan i syfte att anskaffa (nödvändiga) varor och tjänster. Även i förevarande fall skulle den upphandlande myndigheten anskaffa föremålet för kontraktet i enlighet med de egna kraven, om myndigheten accepterade anbudet på 0 euro.

*Slutsatsen av och innehållet i begäran om förhandsavgörande*

- (35) Då Državna revizijska komisija anser att de tvivel som har uppstått avser tolkningen och tillämpningen av unionsrätten, hänskjuts två frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande med stöd av artikel 267 tredje stycket FEUF. Det preciseras att svaret på fråga 2 endast är nödvändigt om fråga 1 besvaras nekande. [Orig. s. 9]

**1. Föreligger det "ekonomiska villkor" i ett kontraktsförhållande, vilket enligt artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24 är kännetecknande för ett offentligt kontrakt, om den upphandlande myndigheten inte är skyldig att göra någon motprestation samtidigt som den ekonomiska aktören genom kontraktets genomförande får tillträde till en ny marknad och får referenser?**

**2. Kan eller ska artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24 tolkas så, att bestämmelsen utgör en rättslig grund för att underkänna ett anbud på 0 euro?**

[utelämnas]