Mål C-28/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

24 januari 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Okresný súd Bratislava III (Slovakien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

16 januari 2023

Klagande:

NFŠ a. s.

Motpart:

Slovenská republika (Republiken Slovakien) genom Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Republiken Slovakiens ministerium för utbildning, vetenskap, forskning och sport, Slovakien)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Republiken Slovakiens ministerium för utbildning, vetenskap, forskning och sport)

ARBETSDOKUMENT

Saken i målet vid den nationella domstolen

Begäran om förhandsavgörande – Uppförande av en fotbollsarena – Offentligt byggentreprenadkontrakt – Preliminärt avtal – Bidragsavtal – Kvalificering av ett kontrakt som offentligt kontrakt – Absolut och relativ ogiltighet av ett kontrakt – Direktiven 2004/18/EU, 2014/24/EU och 89/665/EEG

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1 Utgör det bidragsavtal och det preliminära köpeavtal som ingåtts mellan ministeriet (staten) och ett privaträttsligt organ som valts utan att kontraktet konkurrensutsatts ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 eller artikel 2.6 c i direktiv 2014/24, om bidragsavtalet utgör ett offentligt stöd som har godkänts av Europeiska kommissionen i den mening som avses i artikel 107.3 c FEUF, föremålet för de skyldigheter som omfattas av bidragsavtalet är skyldigheten för staten att bevilja bidrag samt skyldigheten för ett privaträttsligt organ att uppföra en anläggning i enlighet med de villkor som fastställts av ministeriet och att göra det möjligt för idrottsorganisationen att använda en del av denna anläggning, och föremålet för de skyldigheter som omfattas av det preliminära avtalet är en ensidig option som ges ett privaträttsligt organ i form av en skyldighet för staten att återköpa den uppförda anläggningen, varvid dessa avtal utgör en tids- och innehållsmässigt sammankopplad ram med ömsesidiga skyldigheter mellan ministeriet och det privaträttsliga organet?

2 Utgör artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 eller artikel 2.6 c i direktiv 2014/24 hinder för en bestämmelse i en medlemsstats nationella rätt enligt vilken en rättshandling som till sitt innehåll eller syfte strider mot lagen eller utgör ett kringgående av lagen eller strider mot god sed är absolut ogiltig (det vill säga från början/ex tunc), när denna lagöverträdelse består i ett klart åsidosättande av principerna om offentlig upphandling?

3 Utgör artikel 2d punkt 1a och 2d punkt 2 i direktiv 89/665/EEG hinder för en bestämmelse i en medlemsstats nationella rätt enligt vilken en rättshandling som till sitt innehåll eller syfte strider mot lagen, utgör ett kringgående av lagen eller strider mot god sed är absolut ogiltig (det vill säga från början/ex tunc), om denna lagöverträdelse består i ett klart åsidosättande (kringgående) av principerna om offentlig upphandling, vilket är fallet i målet vid den nationella domstolen?

ARBETSDOKUMENT

4 Ska artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 eller artikel 2.6 c i direktiv 2014/24 tolkas så att dessa bestämmelser utgör hinder ex tunc för att anta att ett sådant preliminärt köpeavtal som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen har rättsverkningar?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, artikel 1.2 b

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, artikel 2.6 c, artikel 18.1

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 (89/665/EEG; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), artikel 2d punkt 1a och artikel 2d punkt 2

EU-domstolens dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664), punkt 57

EU-domstolens dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkterna 41, 43 och 44

EU-domstolens dom av den 12 maj 2022, kommissionen/Österrike (Hyra av en byggnad som ännu inte har uppförts), C-573/19, ECLI:EU:C:2021:319, punkterna 49 och 50

Anförda nationella bestämmelser

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (lag av den 26 februari 1964 nr 40/1964 Zb, civillagen), i dess ändrade lydelse (nedan kallad civillagen)

– 39 §: ”En rättshandling vars innehåll eller syfte strider mot lagen eller utgör ett kringgående av lagen eller strider mot god sed är ogiltig.” (en rättshandlings absoluta ogiltighet)

– 40a §: ”Om orsaken till att en rättshandling är ogiltig följer av bestämmelserna i 49a §, 140 §, 145 § 1, 479 §, 589 § och 701 § 1, att rättshandlingen ska anses vara giltig om den som rättshandlingen avser inte åberopar rättshandlingens ogiltighet. Den som själv har orsakat ogiltigheten kan inte åberopa den. Detsamma gäller om rättshandlingen inte har utförts i den form som parterna har krävt (40 §). Om en rättshandling strider mot allmänna prisbestämmelser är den ogiltig endast till den del den strider mot denna bestämmelse om

ARBETSDOKUMENT

ogiltigheten görs gällande av den som rättshandlingen avser”. (en rättshandlings relativa ogiltighet)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lag av den 14 december 2005 nr 25/2006 om offentlig upphandling och om ändring och komplettering av vissa lagar) och senare ändringar: 1 § 2 m, 1 § 7, 3 § 3 och 147a §

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lag av den 18 november 2015 nr 343/2015 om offentlig upphandling och om ändring och komplettering av vissa lagar) och senare ändringar: 1 § 2 c, 3 § 3, 10 § 3, 181 § 1 och 181 § 11

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

1 Republiken Slovakiens regering (nedan kallad regeringen) antog under perioden 2006–2013 flera beslut i syfte att uppföra Słowacji Národný futbalový štadión (nationell fotbollsarena, nedan kallad arenan) i Slovakien, vilken skulle uppfylla UEFA:s standarder. Investeraren/entreprenören i projektet skulle väljas ut genom ett öppet förfarande.

2 Den 10 juli 2013 antog regeringen, utan att ett anbudsförfarande eller en konkurrensutsättning hade genomförts, resolution nr 400/2013, på grundval av vilken Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (ministeriet för utbildning, vetenskap, forskning och sport i Republiken Slovakien, nedan kallat utbildningsministeriet) skulle ingå ett memorandum med ett visst bolag, nämligen Národný futbalový štadión, a. s. (den rättsliga föregångaren till klaganden, NFŠ, a.s.), i vilket villkoren för beviljandet av bidrag och uppförandet av arenan skulle fastställas. Den slutliga versionen av memorandumet var redan en del av regeringens aktuella resolution. Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry ”Národný futbalový štadión” [memorandum om samarbete vid genomförandet av uppförandet och driften av idrottsinfrastrukturen ”Národný futbalový štadión” (nationell fotbollsarena), nedan kallat ”memorandumet”] undertecknades den 11 juli 2013.

3 Den 15 augusti 2013 ingick utbildningsministeriet och Národný futbalový štadión, a. s. Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (avtal om villkoren för beviljande av bidrag för uppförande av den nationella fotbollsarenan, nedan kallat ”avtalet om villkoren för beviljande av bidrag”). I enlighet med bestämmelserna i detta avtal offentliggjordes inom 60 dagar efter det att avtalet trätt i kraft, det vill säga den 20 september 2013, en ansökningsomgång för bidrag på idrottsområdet nr 2013–11 ”Národný futbalový štadión” (nedan kallad ansökningsomgång). Enligt ansökningsomgången angavs endast Národný futbalový štadión, a. s. som det bolag som hade rätt att lämna in en ansökan.

ARBETSDOKUMENT

4 Den 21 november 2013 ingick utbildningsministeriet och Národný futbalový štadión, a. s. Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (avtal om beviljande av bidrag från statsbudgeten) på grundval av ansökningsomgången. Bidraget beviljades utan urval från en bredare krets av intressenter (utan konkurrensutsättning), eftersom den enda enhet som hade rätt att lämna in en ansökan enligt ordalydelsen i ansökningsomgången var Národný futbalový štadión, a. s., vilket framgår av regeringens resolution 400/2013.

5 Utbildningsministeriet åtog sig att bevilja bidrag för genomförandet av projektet för uppförande av arenan till ett belopp på 27 200 000 EUR.

6 Národný futbalový štadión, a. s. åtog sig att medfinansiera arenan med minst 60 procent av utgifterna relaterade till uppförandet.

7 Den 10 maj 2016 ingick utbildningsministeriet, som agerade på Republiken Slovakiens vägnar, i egenskap av framtida köpare, zmluve č. 0385/2016 (preliminärt (köpe)avtal nr 0385/2016, nedan kallar preliminärt avtal) med NFŠ, a. s., i egenskap av framtida säljare, där villkoren för ingående av köpeavtalet avseende arenan fastställdes på grundval av NFŠ, a. s. inbjudan att anmäla intresse, varvid de risker som var förknippade med ägandet och driften av arenan skulle överföras till Republiken Slovakien vid försäljningen. En del av det preliminära avtalet bestod av bilagor som innehöll detaljerade specifikationer av de tekniska och materiella parametrarna för den uppförda anläggningen – det vill säga arenan. Anläggningens egenskaper fastställdes således av Republiken Slovakien, som företrädde av utbildningsministeriet.

8 Samma dag, det vill säga den 10 maj 2016, ingick utbildningsministeriet och klaganden tilläggsavtal 1 till bidragsavtalet, inom ramen för vilket de uteslöt möjligheten för Slovenský futbalový zväz (Slovakiska fotbollsförbundet, Slovakien) att använda vissa ytor av arenan gratis.

9 Huruvida det preliminära avtalet skulle ha rättsverkningar var beroende av tre villkor, nämligen 1) att avtalet offentliggörs i det statliga centrala avtalsregistret, 2) Europeiska kommissionen antar ett beslut om bedömning av de transaktioner som avses i det preliminära avtalet och bidragsavtalet med avseende på beviljande av statligt stöd och 3) Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (myndighet i Republiken Slovakien för offentlig upphandling, Slovakien) (nedan kallad myndigheten), i egenskap av nationell tillsynsmyndighet för offentlig upphandling, tar ställning till om de transaktioner som avses i det preliminära avtalet är förenliga med bestämmelserna om offentlig upphandling.

10 Genom beslut SA.46530 av den 24 maj 2017 förklarade Europeiska kommissionen att det statliga stödet i form av ovannämnda bidrag och säljoptionen var förenligt med den inre marknaden i den mening som avses i artikel 107.3 c FEUF, vilket innebar att det andra av de ovannämnda villkoren som skulle vara uppfyllt för att det preliminära avtalet skulle ha rättsverkningar var uppfyllt.

ARBETSDOKUMENT

11 När det gäller det tredje av de ovannämnda villkoren som skulle vara uppfyllt för att det preliminära avtalet skulle ha rättsverkningar har myndigheten, trots utbildningsministeriets begäran, inte tagit någon bindande ställning eller genomfört någon kontroll avseende den transaktion som avses i det preliminära avtalet och har därför inte godkänt den transaktion som avses i det preliminära avtalet. Chefen för myndigheten skickade endast ett icke-bindande svar i form av en skrivelse av den 8 juli 2016.

12 För närvarande är följande tvister föremål för prövning: 1) Utbildningsministeriet och Republiken Slovakien har väckt talan mot NFŠ, a.s. angående återbetalning av hela bidragsbeloppet på 27 200 000 EUR jämte ränta och kostnader med motiveringen att bidragsavtalet är absolut ogiltigt på grund av att det inte är förenligt med lagen, 2) NFŠ, a.s. har väckt talan mot utbildningsministeriet och Republiken Slovakien angående fastställande av innehållet i den icke verkställbara bestämmelsen i det preliminära avtalet i vilken förfarandet för beräkning av köpeskillingen för arenan fastställs, 3) NFŠ, a.s. har väckt talan mot utbildningsministeriet och Republiken Slovakien om betalning av skadestånd enligt avtal om 48 000 000 EUR med motiveringen att köpeavtalet avseende stadion inte har ingåtts i enlighet med villkoren i det preliminära avtalet, och 4) NFŠ, a.s. har väckt talan mot Republiken Slovakien och utbildningsministeriet om skadestånd på 47 349 262,73 EUR jämte ränta och kostnader för skada som uppstått i samband med arenaprojektet.

Parternas huvudargument

13 Klaganden har hävdat att det inte hade varit möjligt för en privat investerare (klaganden) att genomföra uppförandet av arenan utan statligt stöd i form av bidrag och säljoptioner. Det statliga stödet för detta projekt bestod av två instrument, nämligen det bidrag som beviljades enligt bidragsavtalet och den option som föreskrivs i det preliminära avtalet. Enligt klaganden skapade avtalet om villkoren för beviljande av bidrag och memorandumet tillsammans den rättsliga ram som var avsedd att garantera att om klaganden genomgick ansökningsomgången för bidrag för uppförande av arenan med positivt resultat skulle klaganden kunna vara säker på att få statligt stöd.

14 Klaganden har vidare hävdat att det av preliminära avtalet inte följer någon skyldighet att uppföra och sedan sälja arenan till utbildningsministeriet. Enligt klaganden uppfyller det preliminära avtalet inte definitionen av begreppet offentligt kontrakt, eftersom det enligt EU-domstolens praxis, för att ett avtal ska kunna betraktas som ett offentligt kontrakt, krävs att det enligt avtalet föreligger en skyldighet att utföra vissa arbeten, vars utförande kan göras gällande vid domstol. Det preliminära avtalet innehåller emellertid inte någon sådan skyldighet. Klaganden har ifrågasatt den ekonomiska karaktären av det preliminära avtalet och hävdat att föremålet för det preliminära avtalet endast är den option som ges klaganden och inte dennes skyldighet att fullgöra avtalet.

ARBETSDOKUMENT

15 Utbildningsministeriet har hävdat att principerna om offentlig upphandling hade åsidosatts vid arenas uppförande. Utbildningsministeriet har anfört att avtalet om beviljande av bidrag från statsbudgeten hade ingåtts i strid mot lagen, eftersom bidraget beviljades och avtalet ingicks på grundval av en inbjudan att anmäla intresse som inte förutsåg någon konkurrensutsättning mellan dem som ansökte om ekonomiskt stöd. Enligt utbildningsministeriet är bidragsavtalet därför ogiltigt i den mening som avses i 39 § i civillagen (absolut ogiltighet).

16 Utbildningsministeriet har vidare hävdat att det faktum att förfaranden för offentlig upphandling inte hade tillämpats och att avtal direkt tilldelades NFŠ, a.s. inte bara stred mot bestämmelserna om offentlig upphandling, utan även mot andra bestämmelser i Republiken Slovakien som föreskriver konkurrensutsättning eller som fastställer en skyldighet att använda offentliga medel på ett sparsamt och effektivt sätt.

17 Utbildningsministeriet anser att avtalet om beviljande av bidrag från statsbudgeten och det preliminära avtalet utgör en tids- och innehållsmässigt sammankopplad ram med ömsesidiga rättigheter och skyldigheter för utbildningsministeriet och NFŠ, a. s., genom vilken lagstiftningen i č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lag nr 25/2006 om offentlig upphandling och om ändring och komplettering av vissa lagar) och senare ändringar, och zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (lag nr 343/2015 om offentlig upphandling) avsiktligen kringgicks, och att avtalet därför från början är absolut ogiltigt på grund av det strider, eventuellt kringgår, lagen om offentlig upphandling.

18 Utbildningsministeriet anser att valet av entreprenör eller investerare borde ha skett genom en transparent konkurrensutsättning och att ett visst privaträttsligt organ inte borde ha gynnats.

19 Utbildningsministeriet har hävdat att det i bidragsavtalet angavs vilka villkor som arenan var tvungen att uppfylla (arenan skulle vara en arena i kategori 4 i den mening som avses i UEFA-direktivet, den skulle uppfylla vissa krav avseende kapacitet, utrustning, dimensioner, tekniska parametrar, förberedelser för idrottsföreträdare mm.). Utbildningsministeriet var styrelseledamot och ansvarade för uppförandet av arenan och övervakade uppförandet, vilket gav ministeriet möjlighet att yttra sig över hur uppförandet av anläggningen fortlöpte och användningen samt andra frågor om uppförande, finansiering och analys och yttranden från externa rådgivare. Övervakningskommitténs uppgifter och kontroll regleras också direkt i det preliminära avtalet (punkt 4.1.1 i det preliminära avtalet).

20 Dessutom anser utbildningsministeriet att det i punkt 2.2 i det preliminära avtalet uttryckligen föreskrivs en kontankförmån genom beräkning av köpeskillingen (även med angivande av dess övre gräns). I det preliminära avtalet föreskrivs därför ett förfarande avseende det pris för vilket staten ska köpa arenan på grundval av köpeavtalet. Hela den transaktion som föreskrivs i det preliminära

ARBETSDOKUMENT

avtalet kan därför realistiskt värderas i pengar och det spelar ingen roll om den slutliga summan tas upp i det köpeavtalet, eftersom det redan av det preliminära avtalet utan tvekan framgår att det för avtalsparterna är fråga om en transaktion mot vederlag. Om konceptet ”mot vederlag och utan vederlag”, som NFŠ, a.s. föreslagit, skulle antas, skulle det innebära att det i praktiken vore möjligt att med hjälp av denna avsiktliga och rättsstridiga metod omvandla varje avtal mot vederlag till ett avtal utan vederlag, genom att innefatta ett avtal mot vederlag i form av en förpliktelse i ett preliminärt avtal med beviljande av en rätt till en ”ensidig option” att ingå ett avtal mot vederlag som endast ges en part i avtalet (anbudsgivaren).

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

21 Det måste klargöras om i) ett bidragsavtal för uppförandet av en anläggning som förutom sitt kommersiella syfte även kommer att tjäna det offentliga främjandet av idrotten och ii) ett preliminärt avtal som ingåtts mellan utbildningsministeriet (staten) och det privaträttsliga organ som valts ut utan konkurrensutsättning utgör ett

”offentligt byggentreprenadkontrakt” i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18/EG eller artikel 2.6 c i direktiv 2014/23/EU om

- bidragsavtalet utgör ett statligt stöd som har godkänts av Europeiska kommissionen i den mening som avses i artikel 107.3 c FEUF,
- föremålet för de skyldigheter som omfattas av bidragsavtalet är skyldigheten för staten att bevilja bidrag samt skyldigheten för ett privaträttsligt organ att uppföra en anläggning i enlighet med de villkor som fastställts av utbildningsministeriet och att möjliggöra för en idrottsorganisation att använda en del av denna anläggning, och
- föremålet för de skyldigheter som omfattas av det preliminära avtalet är den ensidiga option som ett privaträttsligt organ ges i form av en skyldighet för staten att återköpa den uppförda anläggningen,
- varvid dessa avtal utgör en tids- och innehållsmässigt sammankopplad ram med ömsesidiga skyldigheter mellan utbildningsministeriet och det privaträttsliga organet.

22 Parterna i målet vid den nationella domstolen har påpekat att det i doktrinen och rättspraxis inte har klarlagts huruvida en överträdelse av lagen om offentlig upphandling leder till att avtalet är absolut ogiltigt (ogiltigt från början - ex tunc) eller om det är fråga om ett relativt ogiltigt avtal (ex nunc).

23 Klaganden har i detta avseende, i sin talan om fastställande av innehållet i det preliminära avtalet i den del som avser fastställandet av köpeskillingen, angett att ”det varken i doktrinen eller i rättspraxis slutgiltigt har avgjorts huruvida

ARBETSDOKUMENT

åsidosättandet av lagen om offentlig upphandling medför att avtalet är absolut eller relativt ogiltigt”. I detta sammanhang har klaganden hävdat att ogiltigheten av en rättshandling (avtal) inte kan åberopas av den som orsakat ogiltigheten (40a § i civillagen).

24 Utbildningsministeriet har yrkat att domstolen ska fastställa att rättshandlingen (avtalet) är absolut ogiltig på grund av att det omtvistade sammansatta avtalet leder till ett uppenbart kringgående av principer om offentlig upphandling såsom de anges i lagen om offentlig upphandling och i unionsrätten.

25 Den nationella rättspraxis som rör den här frågan är inte enhetlig. Klaganden har åberopat domar från Krajský súd v Bratislave (Regionala domstolen i Bratislava, Slovakien) som vad gäller åsidosättandet av principerna om offentlig upphandling har tillämpat begreppet ett avtals relativa ogiltighet. Utbildningsministeriet har däremot åberopat ett avgörande från Ústavný súd (Författningsdomstolen, Republiken Slovakien), som kopplar åsidosättandet av principerna om offentlig upphandling till absolut ogiltighet ex tunc, och ett avgörande från Krajský súd v Bratislave (Regionala domstolen i Bratislava, Republiken Slovakien), i vilket denna domstol fann att tilldelning av ett kontrakt som skulle ha tilldelats enligt ett förfarande som föreskrivs i lag [om offentlig upphandling], men som inte hade tilldelats på detta sätt, även medför att ett sådant avtal blir absolut ogiltigt.

26 Det ska mot bakgrund av vad som anförts ovan avgöras om artiklarna 2d punkt1d och 2d punkt 2 i direktiv 89/665 utgör hinder för en bestämmelse i en medlemsstats nationella rätt enligt vilken en rättshandling som till sitt innehåll eller syfte strider mot lagen, utgör ett kringgående av lagen eller strider mot god sed är absolut ogiltig (det vill säga från början/ex tunc), om denna överträdelse av lagen består i ett klart åsidosättande (kringgående) av principerna om offentlig upphandling.

ARBETSDOKUMENT