

Sag C-376/21**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

17. juni 2021

Forelæggende ret:

Varhoven administrativen sad (Bulgarien)

Afgørelse af:

28. maj 2021

Kassationsappellant:

Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto und rakovoditel na Upravliavashtia organ na Operativna programa »Regioni v rastezh« 2014-2020 (stedfortrædende minister for regional udvikling og udbygning af infrastruktur og leder af forvaltningsmyndigheden for det operationelle program »Regioner i vækst 2014-2020«)

Kassationsindstævnt:

Obshtina Razlog (Razlog kommune)

Hovedsagens genstand

Kassationsappel til prøvelse af dom afsagt af forvaltningsdomstolen i første instans, hvorved sagsøgeren fik medhold i et søgsmål til prøvelse af en afgørelse om fastsættelse af en finansiel korrektion truffet af forvaltningsmyndigheden for et operationelt program finansieret med midler fra Den Europæiske Union

Den præjudicielle anmodnings genstand og retsgrundlag

Fortolkningen af EU-retten, artikel 267, stk. 1, litra b), og stk. 3, TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 160, stk. 1, og artikel 2 i forordning 2018/1046 og artikel 102, stk. 1 og 2, i forordning nr. 966/2012 fortolkes således, at de også gælder for ordregivende myndigheder i Den Europæiske Unions medlemsstater, hvis de offentlige kontrakter, som de indgår, finansieres af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde?

2. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Skal principperne om gennemsigtighed, proportionalitet, ligebehandling og ikkeforskelsbehandling i medfør af artikel 160, stk. 1, i forordning 2018/1046 og artikel 102, stk. 1, i forordning nr. 966/2012 fortolkes således, at de ikke er til hinder for en fuldstændig konkurrencebegrænsning ved indgåelsen af en offentlig kontrakt ved et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når genstanden for den offentlige kontrakt ikke har særlige kendetegn, som gør det objektivt nødvendigt, at denne kun udføres af den økonomiske aktør, der er blevet indbudt til forhandlinger? Skal navnlig artikel 160, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 164, stk. 1, litra d), i forordning 2018/1046 og artikel 102, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 104, stk. 1, litra d), i forordning nr. 966/2012 fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter den ordregivende myndighed efter indstilling af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt som følge af det forhold, at det eneste afgivne tilbud er uegnet, også har mulighed for kun at indbyde én økonomisk aktør til at deltage i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når genstanden for den offentlige kontrakt ikke har særlige kendetegn, som gør det objektivt nødvendigt, at denne kun udføres af den økonomiske aktør, der er blevet indbudt til forhandlinger?

Den Europæiske Unions retsforskrifter og retspraksis

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT L 193, 2018, s. 1):

Artikel 160, stk. 1 og 2, og artikel 164, stk. 1, litra d)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1): Artikel 102, stk. 1 og 2, og artikel 104, stk. 1, litra d)

Nationale retsforskrifter

Zakon za obshtestvenite porachki (lov om offentlige udbud): Artikel 2, stk. 1, nr. 1 og 2, og stk. 2, artikel 5, stk. 1 og 2, nr. 9, artikel 18, stk. 1, 2 og 7, artikel 79, stk. 1, nr. 1, artikel 110, stk. 1, nr. 1 og 2, artikel 182, stk. 1, nr. 2, og artikel 191, stk. 1, nr. 1

Zakon za upravljenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (lov om forvaltning af midler fra de europæiske struktur- og investeringsfonde), artikel 70, stk. 1, nr. 9

Pravilnik za prilagane na Zakona za obshtestvenite porachki (bekendtgørelse om gennemførelse af lov om offentlige udbud): Artikel 64, stk. 1 og 3

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

- 1 Ved kontrakt af 9. december 2016 mellem Razlog kommune og forvaltningsmyndigheden for det operationelle program »Regioner i vækst 2014-2020« (herefter »det operationelle program«) blev denne kommune tildelt økonomisk støtte til gennemførelsen af projektforslaget BG16RFOP001-3 002-0025 (»Investeringer til forbedring af uddannelsesinfrastrukturen med henblik på samlet forbedring af læringsprocessen ved det landbrugsvidenskabelige gymnasium i Razlog by«).
- 2 Med henblik på gennemførelsen af projektet gennemførte Razlog kommune i sin egenskab af ordregivende myndighed en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt – et offentligt udbud med følgende genstand: »levering af teknologi, udstyr og materialer til brug for det landbrugsvidenskabelige gymnasium – Razlog by«, der var opdelt i fire delkontrakter.
- 3 Ved afgørelse af 1. november 2017 blev proceduren for delkontrakt nr. 2 indstillet, da der kun var blevet afgivet et enkelt tilbud, som ikke opfyldte de på forhånd offentliggjorte udbudsbetingelser.
- 4 Ved afgørelse af 1. december 2017 indledte den ordregivende myndighed en ny procedure med samme genstand, men i dette tilfælde som »udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse« som omhandlet i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud. Beslutningen om at gennemføre denne type udbud blev begrundet med, at der i den forrige udbudsprocedure ikke var blevet afgivet noget egnet tilbud, og at de oprindeligt offentliggjorte udbudsbetingelser for det indstillede udbud vedrørende nævnte delkontrakt ikke var blevet ændret.
- 5 I udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse indbød den ordregivende myndighed kun en enkelt økonomisk aktør til forhandlinger og indgik med denne en aftale om tildeling af offentlig kontrakt nr. 681 af 29. december 2017, som vedrørte »levering af metalapparater til brug for det

landbrugsvidenskabelige gymnasium i Razlog by« med en kontraktværdi på 33 907 BGN eksklusiv moms.

- 6 Der blev indgivet en klage ved ministeriet for regional udvikling og opbygning af infrastruktur om, at den således gennemførte procedure var i strid med reglerne, idet der kun var blevet indbudt én økonomisk aktør til forhandlinger. Den stedfortrædende minister for regional udvikling og udbygning af infrastruktur, som også er leder af forvaltningsmyndigheden for det operationelle program, underrettede tilskudstilskudsmodtager (Razlog kommune) om klagen og om, at der var blevet indledt en procedure for fastsættelse af en finansiel korrektion.
- 7 I sin skriftlige udtalelse til denne myndighed henviste tilskudsmodtageren til, at den omtvistede udbudsprocedure ikke er undergivet noget forbud mod kun at gennemføre forhandlinger med en enkelt økonomisk aktør, idet der derimod er fastsat en mulighed for, at den ordregivende myndighed inden for sin skønsmargen kan forhandle med en eller flere præcist bestemte personer (artikel 18, stk. 7, sammenholdt med stk. 1, nr. 8, i lov om offentlige udbud). Ifølge tilskudsmodtageren er formålet med loven (artikel 2 i lov om offentlige udbud) i overensstemmelse med det princip, der opstilles i artikel 160 i forordning 2018/1046, at sikre, at tilbud indkaldes fra så bred en kreds som muligt ved indgåelsen af offentlige kontrakter, men kun hvis dette er muligt. Tilskudsmodtageren havde gjort sit yderste for at udvælge mindst én kontrahent til at afgive et tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne, således at de planlagte aktiviteter med henblik på realiseringen af det projekt, der blev finansieret med midler fra ESIF, kunne gennemføres.
- 8 Ved afgørelse af 15. april 2020 fastsatte lederen af forvaltningsmyndigheden en finansiel korrektion over for Razlog kommune på 10% af de støtteberettigede omkostninger i henhold til kontrakt nr. 681 af 29. december 2017 indgået mellem kommunen og den økonomiske aktør, der var blevet indbudt til forhandlinger. I begrundelsen for denne afgørelse anfægtede lederen af forvaltningsmyndigheden ikke den type procedure, som den ordregivende myndighed gennemførte – udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse – for så vidt som lovgivningens betingelser for at gennemføre en sådan procedure i henhold til lov om offentlige udbud var opfyldt. Med henvisning til artikel 160 i forordning 2018/1046 og artikel 2, stk. 1, nr. 1 og 2, og artikel 2, stk. 2, i lov om offentlige udbud fremhævede lederen af forvaltningsmyndigheden dog, at overholdelsen af princippet om fri konkurrence ved indgåelsen af offentlige kontrakter er obligatorisk. Undtagelsen fra dette princip i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse består ifølge lederen af forvaltningsmyndigheden i, at det er umuligt at indkalde tilbud »fra så bred en kreds som muligt«, dvs. at en begrænsning af konkurrencen er lovlig og begrundet, men ikke i en fuldstændig udelukkelse af konkurrencen, hvilket er tilfældet her. I mangel af objektive omstændigheder, der gjorde det nødvendigt kun at forhandle med en enkelt konkret økonomisk aktør, skulle den ordregivende myndighed have sikret gennemførelsen af proceduren under konkurrencemæssige betingelser ved at indbyde mere end én person til forhandlinger. Ved kun at indbyde en enkelt

økonomisk aktør til forhandlinger gav den ordregivende myndighed denne økonomiske aktør en uretmæssig fordel, uden at der var noget retligt eller faktisk grundlag herfor. Desuden blev der ikke givet nogen begrundelse for afgørelsen om at indbyde det konkrete selskab til forhandlinger som kontrahent, og det er uklart, hvorfor netop dette selskab blev indbudt.

- 9 Razlog kommune anlagde søgsmål til prøvelse af denne afgørelse ved Administrativen sad Blagoevgrad (forvaltningsdomstolen i Blagoevgrad). Denne annullerede afgørelsen som følge af tilsidesættelse af materiel ret.
- 10 Administrativen sad Blagoevgrad (forvaltningsdomstolen i Blagoevgrad) var nemlig af den opfattelse, at tilskudsmodtagerens beslutning om at indgå den offentlige kontrakt ved et »udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse«, efter at en tidligere offentlig udbudsprocedure med samme genstand og uden ændring af de oprindelig offentliggjorte udbudsbetingelser var blevet indstillet, var i overensstemmelse med loven (artikel 79, stk. 1, i lov om offentlige udbud). Derfor afhænger afgørelsen af sagen af, om den ordregivende myndighed i denne senere procedure har mulighed for kun at indbyde en enkelt person til forhandlinger, eller om dette udgør en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling og fri konkurrence i henhold til lov om offentlige udbud og i henhold til artikel 160, stk. 1 og 2, i forordning 2018/1046. Ifølge retten i første instans er en undtagelse fra princippet om fri konkurrence ved indgåelsen af offentlige kontrakter lovlig i bestemte tilfælde, som omfatter det foreliggende. Undtagelsen fra princippet om at indkalde tilbud fra så bred en kreds som muligt kommer til udtryk i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, hvis gennemførelsesbetingelser generelt forudsætter, at det faktisk er umuligt at anvende dette princip, enten som følge af kontraktens specifikke genstand eller i mangel af egnede tilbud (nr. 11.1 i afdelingen »Udbudsprocedurer« i bilag I til forordning 2018/1046). Ifølge Administrativen sad Blagoevgrad (forvaltningsdomstolen i Blagoevgrad) giver lov om offentlige udbud de ordregivende myndigheder en skønsmargen til i hvert enkelt tilfælde at vurdere, hvor mange personer de henset til de konkrete krav til kontraktens genstand forhandler med om fristen for at udføre kontrakten og andre forhold af betydning for en vellykket afslutning af proceduren. I denne sammenhæng fastslog denne ret, at valget af den ene eller den anden lovlige mulighed ikke udgør en tilsidesættelse af bestemmelserne om udvælgelsen af en kontrahent i henhold til lov om offentlige udbud, og at der dermed ikke forelå nogen uregelmæssighed som omhandlet i artikel 70, stk. 1, nr. 9, i lov om forvaltningen af midler fra den europæiske struktur- og investeringsfond.
- 11 I øjeblikket verserer en kassationsappel til prøvelse af Administrativen sad Blagoevgrads (forvaltningsdomstolen i Blagoevgrad) dom iværksat af lederen af forvaltningsmyndigheden for Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol).

Hovedsagens parter væsentlige argumenter

- 12 I hovedsagen har kassationsappellanten opretholdt det synspunkt, der kom til udtryk i den forvaltningsakt, som myndigheden udstedte, og tilføjet, at den ordregivende myndigheds udøvelse af sin skønsmargen ikke må stride mod lovens formål og EU-retten bærende principper. Blandt to eller flere lovlige muligheder skal den ordregivende myndighed vælge den mulighed, der kan realiseres billigst og er mest fordelagtig for staten og samfundet.
- 13 Kassationsindstævnte, den tilskudsmodtagende kommune, har gjort gældende, at denne kassationsappel er ugrundet. Ud over de argumenter, som den allerede fremførte over for forvaltningsmyndigheden og retten i første instans, har den citeret afgørelser fra Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol) i lignende sager, hvori det blev fastslået, at den ordregivende myndighed i de tilfælde [der er blevet vurderet af Varhoven administrativen sad] har mulighed for kun at indbyde én økonomisk aktør til forhandlinger, og at forordning 2018/1046 ikke finder anvendelse, eftersom den ikke regulerer udbudsprocedurer gennemført af nationale ordregivende myndigheder.
- 14 Den offentlige anklager ved Varhovna administrativna prokuratura (anklagemyndigheden ved den øverste forvaltningsdomstol), som deltager i sagen, konkluderede, at afgørelsen fra retten i første instans var korrekt, men henviste til, at det var nødvendigt at forelægge et spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 160, stk. 2, og artikel 164, stk. 1, litra d), i forordning 2018/1046 og af artikel 32, stk. 2-5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65) til præjudiciel afgørelse.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

- 15 Varhoven administrativen sad (øverste forvaltningsdomstol) har i sin hidtidige retspraksis givet udtryk for to modsatrettede synspunkter vedrørende fortolkningen af de nævnte bestemmelser i national lovgivning og EU-retten.
- 16 I henhold til den ene opfattelse udgør en forhandling med kun én konkret økonomisk aktør i det i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud omhandlede tilfælde en tilsidesættelse af bestemmelserne om tildelingen af kontrakten, eftersom de strider mod artikel 2, stk. 1, nr. 2, og stk. 2, i lov om offentlige udbud, hvilket medfører en uberettiget udelukkelse af konkurrence og forhindrer muligheden for at udvælge den økonomiske aktør, der kan levere den højeste kvalitet i udførelsen til den mest fordelagtige pris. Til støtte for dette synspunkt henvises der til, at princippet om fri konkurrence er relevant for alle procedurer for tildeling af offentlige kontrakter. Bestemmelsen i artikel 18, stk. 7, i lov om offentlige udbud fremhæver den ordregivende myndigheds generelle mulighed for at føre forhandlinger med en eller flere præcist bestemte personer inden for rammerne af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Forhandlinger med en enkelt økonomisk aktør er imidlertid kun

lovlig som en undtagelse i henhold til artikel 79, stk. 1, nr. 3, i lov om offentlige udbud, såfremt formålet med kontrakten består i skabelsen eller erhvervelsen af et unikt kunstværk eller et åndsværk, såfremt der af tekniske grunde ikke er nogen konkurrence, eller såfremt der er tale om eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder. Bortset fra nødstilfælde, usædvanlige omstændigheder, et specifikt formål, en unik kontraktgenstand eller andre særlige kendetegn ved kontrakten, som berettiger, at der kun indbydes en enkelt kontrahent til forhandlinger, er det retsstridigt kun at forhandle med en enkelt person. En indbydelse af kun en enkelt økonomisk aktør er i strid med bestemmelsen i artikel 160, stk. 2, i forordning 2018/1046, hvorefter alle kontrakter indgås på grundlag af tilbud indkaldt fra så bred en kreds som muligt, idet den fastsatte undtagelse [denne forordnings artikel 164, stk. 1, litra d)] ikke finder anvendelse i den situation, der omhandles i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud. En udnyttelse af muligheden for at aftale bestemmelserne i kontrakten med en enkelt økonomisk aktør, når de udbudte aktiviteter ikke har nogen særlige kendetegn, skaber forudsætninger for, at den ordregivende myndighed kan misbruge sine beføjelser, og for misbrug fra de økonomiske aktørers side og kan dermed have alvorlige konkurrenceforvridende følger og undergrave lovens formål om at anvende de offentlige finansielle midler på en omkostningseffektiv måde (artikel 1 i lov om offentlige udbud).

- 17 Denne opfattelse imødegås af det modsatrettede synspunkt, hvorefter forhandlinger med en enkelt økonomisk aktør er lovlige under de betingelser, der er fastsat i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud. Til støtte herfor anføres det, at lovgiver i den situation, der omhandles i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud har anset det for lovligt at begrænse de principper, som skal overholdes ved tildelingen af offentlige kontrakter, eftersom kendsgerninger og omstændigheder uden for den ordregivende myndigheds kontrol (manglende interesse fra de økonomiske aktører eller uegnede tilbud) har skabt en objektiv situation, hvor den ordregivende myndighed ikke kan realisere kontrakten og tilgodese den tilsvarende samfundsinteresse. Begrænsningen er lovlige, hvis principperne er blevet iagttaget på korrekt vis ved den oprindelige offentliggørelse af udbuddet, men der i mangel af en deltagende person, der opfylder kravene, ikke har kunnet udvælges nogen kontrahent. Såfremt lovgiver havde anset det for nødvendigt for overholdelsen af retsprincipperne i en sådan situation, at den ordregivende myndighed indbyder mere end én økonomisk aktør til forhandlinger, ville lovgiver udtrykkeligt have bestemt dette. I den situation, der omhandles i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud, har genstanden for den offentlige kontrakt som sådan ikke nogen retlig betydning, lige så lidt som spørgsmålet om, hvorvidt denne genstand objektivt kunne være blevet udført af en anden økonomisk aktør, som ikke blev indbudt til forhandlingerne. I modsat fald ville der altid kunne konstateres en tilsidesættelse af princippet om fri konkurrence, f.eks. hvis den ordregivende myndighed kun har indbudt to ud af 200 potentielle økonomiske aktører, som kunne have udført opgaven, til forhandlinger. Desuden finder forordning 2018/1046 ikke anvendelse, eftersom den ikke vedrører retsforhold i forbindelse med udførelsen af offentlige opgaver, men derimod retsforhold i forbindelse med opstillingen og gennemførelsen af

Unionens almindelige budget. Bestemmelserne i artikel 160 ff. i forordning 2018/1046, som indeholder krav vedrørende tildeling af offentlige kontrakter, indebærer ikke krav for de nationale ordregivende myndigheder. De nationale ordregivende myndigheder er undergivet bestemmelserne i direktiv 2014/24, som er blevet gennemført ved lov om offentlige udbud.

- 18 I betragtning af den manglende ensartethed i den nationale retspraksis ønsker den forelæggende ret at anføre følgende vedrørende den foreliggende sag.
- 19 Ganske vist skal undtagelsen fra princippet om en så omfattende konkurrence som muligt tages i betragtning, eftersom den er udtrykkeligt fastsat. Imidlertid skal denne undtagelse, eftersom den udgør en undtagelse fra et grundlæggende princip, fortolkes strengt.
- 20 I denne sammenhæng opstår der spørgsmål vedrørende grænserne for og indholdet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 160, stk. 2, i forordning 2018/1046 sammenholdt med denne forordnings artikel 164, stk. 1, litra d) (Er de til hinder for kun at indbyde én økonomisk aktør til forhandlinger, og gælder dette i bekræftende fald alle typer af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse og navnlig en situation som omhandlet i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud? Har genstanden for den offentlige kontrakt og det forhold, at den objektivt kan realiseres af mere end én økonomisk aktør, også relevans? Skal beslutningen om at indbyde en konkret kandidat til forhandlinger begrundes?), og der opstår det spørgsmål, efter hvilke kriterier den ordregivende myndighed har indbudt en bestemt økonomisk aktør, når der er andre økonomiske aktører, der har kapacitet til og mulighed for at udføre opgaven.
- 21 I den foreliggende sag er det også relevant at vurdere, hvorledes den undtagelse, der er fastsat i artikel 160, stk. 2, i forordning 2018/1046, kommer til udtryk – som en fuldstændig ophævelse af konkurrencen eller blot som et konkurrenceniveau, der er lavere end det højst mulige. Med andre ord: Udgør en fuldstændig konkurrencebegrænsning i en sag som den foreliggende, hvis genstanden for udbuddet ikke har særlige kendetegn, en lovlig undtagelse fra princippet om, at offentlige kontrakter skal indgås på grundlag af tilbud indkaldt fra så bred en kreds som muligt som omhandlet i forordningen?
- 22 Det skal også tages i betragtning, at bestemmelsen i artikel 160, stk. 2, i forordning 2018/1046 undtagelsesvis tillader en fravigelse af princippet om, at offentlige kontrakter skal indgås på grundlag af tilbud indkaldt fra så bred en kreds som muligt, men ikke fastsætter en fravigelse af princippet om ligebehandling og princippet om ikkeforskelsbehandling (denne forordnings artikel 160, stk. 1, og artikel 2, nr. 1, i lov om offentlige udbud), som lederen af forvaltningsmyndigheden i sin afgørelse om fastsættelse af en finansiel korrektion anså for at være blevet tilsidesat. Dermed skal spørgsmålet om, hvorvidt det i henhold til EU-retten er berettiget kun at indbyde en bestemt konkret person til indgåelsen af kontrakten i den foreliggende situation, ikke kun vurderes i henhold

til princippet om fri konkurrence, men også princippet om ligebehandling og princippet om ikkeforskelsbehandling.

- 23 I den nationale lovgivning, artikel 18, stk. 7, i lov om offentlige udbud, er der principielt fastsat en mulighed for den ordregivende myndighed for i et udbud med forhandling at gennemføre forhandlinger om fastsættelse af kontraktvilkårene med en eller flere præcist bestemte personer, idet denne bestemmelse, som i betragtning af sin karakter er generel, dog ikke sonder mellem de enkelte betingelser, hvorunder en kontraktindgåelse ved denne udbudsprocedure, der gennemføres undtagelsesvis, er lovlig. De konkrete tilfælde, som er omfattet af undtagelsens anvendelsesområde, reguleres på det tilsvarende sted i lovens opbygning – i artikel 79 («Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse»), i artikel 182 («Direkte forhandling med bestemte personer») og i artikel 191 («Indbydelse af bestemte personer [til forhandlinger]»).
- 24 For at besvare det spørgsmål, der stilles i hovedsagen, skal de forskellige betingelser, der berettiger anvendelsen af et udbud med forhandling, også uden forudgående offentliggørelse, afvejes mod hinanden. Artikel 164, stk. 4, første punktum, i forordning 2018/1046 lyder således: »I alle procedurer, der omfatter forhandling, forhandler den ordregivende myndighed med tilbudsgiverne om de indledende og eventuelle efterfølgende tilbud eller dele heraf, undtagen deres endelige tilbud, med henblik på at forbedre indholdet heri.« I den anførte bestemmelses formulering er det bemærkelsesværdigt, at ordet »tilbudsgiverne« kun anvendes i pluralis. Den nationale lovgiver valgte en lignende fremgangsmåde i artikel 64, stk. 1 og 3, i bekendtgørelse om gennemførelse af lov om offentlige udbud, i artikel 182, stk. 1, i lov om offentlige udbud og delvis i artikel 191, stk. 1, i lov om offentlige udbud. Dermed kræver vurderingen af, om det i den foreliggende sag er lovligt at gennemføre forhandlinger med en enkelt økonomisk aktør, en sammenlignende analyse af alle forhandlingstilfælde.
- 25 Besvarelsen af disse spørgsmål er afgørende for endeligt at afklare, om der foreligger en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling og fri konkurrence eller af reglerne for tildelingen af den offentlige kontrakt, såfremt indbydelsen til at indgå kontrakten i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kun rettes til en enkelt person, såfremt den forudgående procedure, hvor alle interessenter kunne have afgivet et tilbud, blev indstillet i mangel af et passende tilbud, og der ikke er indtruffet nogen ændring i betingelserne for kontrakten, men kontraktens genstand ikke har nogen særlige kendetegn, som uundgåeligt medfører, at den kun kan udføres af den økonomiske aktør, der er blevet indbudt til forhandlinger.
- 26 Med hensyn til parternes modstridende synspunkter vedrørende anvendeligheden af artikel 160, stk. 1 og 2, i forordning 2018/1046 på de nationale ordregivende myndigheder er det den forelæggende rets opfattelse, at det er muligt at fortolke denne forordnings bestemmelser i en dobbelt forstand, hvilket gør det strengt nødvendigt at afklare deres nøjagtige betydning ved at anmode om en præjudiciel afgørelse. For det første er det logisk at lægge til grund, at anvendeligheden af den

anførte bestemmelse ikke afhænger af den ordregivende myndigheds art (en EU-institution eller en national ordregiver), men af den specifikke karakter af de udbetalte offentlige finansielle midler fra den Europæiske Unions budget, dvs. at forordningens bestemmelser altid finder anvendelse, hvis der er blevet udbetalt midler fra den Europæiske Unions budget. Forordningen er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat. Eftersom medlemsstaterne gennemfører budgettet i fællesskab og indirekte, er de også undergivet de udbudsregler, der er fastsat i forordningen. På den anden side er definitionen af en offentlig kontrakt i forordningens artikel 2, nr. 51), der kun omfatter den ordregivende myndighed som omhandlet i forordningens artikel 174 og 178, dvs. kun EU-institutionerne, til hinder herfor. Den beskrevne uklarhed med hensyn til anvendelsesområdet for forordningens artikel 160, stk. 1 og 2, vedrørende udbudsprocedurer, som modtagere af støttemidler fra ESIF gennemfører i deres egenskab af nationale ordregivende myndigheder, kan afhjælpes ved, at EU-Domstolen foretager en fortolkning af denne bestemmelse.

- 27 Hvad angår bestemmelsernes tidsmæssige gyldighed har den forelæggende ret taget hensyn til det forhold, at de retlige og faktiske omstændigheder, der har betydning i sagen, indtraf før ikrafttrædelsen af forordning 2018/1046, dvs. i den periode, hvor forordning nr. 966/2012 var gældende. Der henvises til, at afgørelsen om fastsættelse af en finansiell korrektion blev truffet efter ikrafttrædelsen af forordning 2018/1046 og efter ophævelsen af forordning nr. 966/2012. For så vidt som bestemmelsen i artikel 160 i forordning 2018/1046, som lederen af forvaltningsmyndigheden har anset for at være blevet tilsidesat, indholdsmæssigt stemmer overens med artikel 102, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 104, stk. 1, litra d), i forordning nr. 966/2012, der faktisk finder anvendelse på de fastslåede faktiske omstændigheder, vil EU-Domstolens fortolkning af de anførte bestemmelser i den ophævede forordning i lyset af den foreliggende sag være afgørende for afgørelsen af sagen af tilsvarende grunde som de ovenfor anførte.
- 28 De ovenfor stillede spørgsmål om grænserne for, indholdet af og indtrædelsen af den omhandlede undtagelse vedrører også fortolkningen af artikel 102, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 104, stk. 1, litra d), i forordning nr. 966/2012. I denne forbindelse skal det fremhæves, at Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (ophævet) udtrykkeligt fastsætter et minimumsantal på tre deltagere (artikel 128) med henblik på at sikre en lovlig gennemførelse af den procedure, der reguleres i den delegerede forordnings artikel 134, stk. 1, litra a), som svarer til den situation, der nævnes i artikel 79, stk. 1, nr. 1, i lov om offentlige udbud. I henhold til den delegerede forordnings artikel 128 skal antallet af ansøgere, der opfordres til at byde, være tilstrækkelig stort til at sikre reel konkurrence.
- 29 Et argument, der taler for, at den anmodede fortolkning af artikel 160, stk. 1 og 2, i forordning 2018/1046 sammenholdt med denne forordnings artikel 164, stk. 1,

litra d), og af artikel 102, stk. 1 og 2, i forordning nr. 966/2012 sammenholdt med denne forordnings artikel 104, stk. 1, litra d), kan antages til realitetsbehandling, kan udledes af reglen i artikel 281, stk. 3, i forordning 2018/1046, hvorefter henvisninger til den ophævede forordning gælder som henvisninger til nærværende forordning og skal læses efter sammenligningstabellen i bilag II. Det fremgår af sammenligningstabellen i bilag II, at artikel 160 svarer til den ophævede forordnings artikel 102, og at artikel 164 svarer til den ophævede artikel 104. De to forordninger regulerer i forskellige perioder det samme sagsområde, nemlig de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget. Artikel 281, stk. 3, i forordning 2018/1046 illustrerer den retligt-logiske og historiske sammenhæng mellem de ophævede og de gældende bestemmelser med hensyn til de fastsatte tidsperioder og ligheden mellem de afgørelser, der er truffet med disse bestemmelser vedrørende retsforhold omfattet af det identiske sagsområde, som er genstanden for dem begge.

- 30 Nødvendigheden af at fortolke de relevante bestemmelser i den ophævede forordning nr. 966/2012 og forordning 2018/1046, skyldes også, at de enheder, der som »ordregivende myndighed« er omfattet af begge forordninger, afgrænses forskelligt. I den foreliggende sag blev den kontrakt, til hvis finansiering der blev udbetalt midler fra ESIF, indgået af borgmesteren for Razlog kommune, der har egenskab af ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 5, stk. 2, nr. 9, i lov om offentlige udbud, ved en procedure som fastsat i lov om offentlige udbud.
- 31 Med hensyn til direktiv 2014/24/EU er det den forelæggende rets vurdering, at denne retsakt ikke finder anvendelse på den sag, der verserer ved den nationale ret, eftersom værdien af den omhandlede offentlige kontrakt ligger under de tærskler, der er fastsat i dette direktiv.