



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 13. december 2017¹

Sag C-9/17

Maria Tirkkonen
procesdeltager:
Maaseutuvirasto

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Korkein hallinto-oikeus (øverste forvaltningsdomstol, Finland))

»Præjudicielt spørgsmål – direktiv 2004/18 – udbudsprocedure for offentlige kontrakter vedrørende rådgivningstjenester til landbruget – spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en offentlig kontrakt – ordning for indkøb af tjenesteydelser ved kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, og som er åben for enhver økonomisk aktør, der opfylder forudbestemte betingelser – ordning, som ikke efterfølgende er åben for andre økonomiske aktører«

1. Støtten til udvikling af landdistrikterne, som finansieres af Den Europæiske Landbrugsfond for Udvikling af Landdistrikterne (ELFUL), omfatter støtte til at yde rådgivningstjenester til landbrugere. De nationale myndigheder udvælger de rådgivere, som skal yde faglig rådgivning til de pågældende landbrugere, ved procedurer, som i princippet er åbne for enhver, der opfylder de relevante betingelser for udførelsen af denne opgave.

2. I forbindelse med en sådan udvælgelsesprocedure indgav Maria Tirkkonen en ansøgning om at blive optaget på listen over landdistriktsrådgivere, idet hun udfyldte den påkrævede blanket. Hun undlod imidlertid at udfylde det punkt, hvor hun skulle angive, om hun accepterede »betingelserne i udkastet til rammekontrakt«, hvilket medførte, at hendes ansøgning blev afvist af den ordregivende myndighed.

3. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at denne undladelse ville kunne afhjælpes, såfremt den nationale lov, der regulerer forholdet mellem de offentlige myndigheder og borgerne, blev anvendt. Anvendes derimod den nationale lov om indgåelse af offentlige kontrakter, ville manglen angiveligt være uoprettelig. Det var i det mindste, hvad der blev fastslået af såvel den finske myndighed som den ret i første instans, der stadfæstede dens afgørelse.

4. Under disse omstændigheder ønsker Korkein hallinto-oikeus (øverste forvaltningsdomstol, Finland) kort sagt oplyst, om den mekanisme til udvælgelse af landdistriktsrådgivere, som er genstand for tvisten, svarer til en »offentlig kontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18/EF².

¹ – Originalsprog: spansk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

5. Ved besvarelsen af den forelæggende rets spørgsmål er det nødvendigt at iagttage Domstolens praksis vedrørende denne bestemmelse fra Falk Pharma-sagen³, som efter min opfattelse indeholder tilstrækkelige anvisninger til at løse tvisten.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2004/18

6. Artikel 1 (»Definitioner«) bestemmer:

»[...]

2.

- a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, 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, der er omfattet af dette direktiv.

[...]

5. Ved »rammeaftale« forstås en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.

[...]«

7. Artikel 32 (»Rammeaftaler«) har følgende ordlyd:

»[...]

2. Med henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale. Valget af parter i rammeaftalen sker på grundlag af de tildelingskriterier, der er fastsat i overensstemmelse med artikel 53.

Kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, indgås efter procedurerne i stk. 3 og 4. Disse procedurer finder kun anvendelse mellem de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører, der oprindeligt var parter i rammeaftalen.

Når der indgås kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, kan parterne under ingen omstændigheder foretage væsentlige ændringer i aftalevilkårene, navnlig ikke i det i stk. 3 omhandlede tilfælde.[...]

³ – Dom af 2.6.2016 (C-410/14, EU:C:2016:399) (herefter »Falk Pharma-dommen«).

4. Når en rammeaftale indgås med flere økonomiske aktører, skal der være mindst tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal økonomiske aktører, der opfylder udvælgelseskriterierne, og/eller et tilstrækkeligt antal antagelige tilbud, der opfylder tildelingskriterierne. Tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører, kan ske:

- enten på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, uden at der iværksættes en fornyet konkurrence
- eller, hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen, efter at der er iværksat en fornyet konkurrence mellem parterne på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres, og i givet fald på andre vilkår, der anføres i udbudsbetingelserne i rammeaftalen, på følgende måde:
 - a) [F]or hver kontrakt, som skal indgås, konsulterer de ordregivende myndigheder skriftligt de økonomiske aktører, der er i stand til at udføre kontrakten.
 - b) [D]e ordregivende myndigheder fastsætter en tilstrækkelig lang frist til indgivelse af tilbud på de enkelte kontrakter under hensyntagen til elementer såsom kontraktgenstandens kompleksitet og den tid, der medgår til fremsendelse af tilbud.
 - c) [T]ilbuddene indsendes skriftligt, og deres indhold forbliver fortroligt indtil udløbet af den fastsatte svarfrist.
 - d) [D]e ordregivende myndigheder tildeler hver kontrakt til den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste tilbud på grundlag af tildelingskriterier, der er fastsat i udbudsbetingelserne i rammeaftalen.«

8. Det bestemmes i artikel 53 (»Kriterier for tildeling af kontrakter«):

»1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder følgende kriterier til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

- a) enten, når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid
- b) eller udelukkende den laveste pris.

2. Den ordregivende myndighed angiver i det i stk. 1, litra a), omhandlede tilfælde i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller ved konkurrencepræget dialog i det beskrivende dokument, hvordan den relativt vil vægte de kriterier, der er valgt med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige, jf. dog tredje afsnit.

Vægtningen kan angives ved fastsættelse af en ramme med et passende maksimalt udsving.

Når den ordregivende myndighed ikke mener, at der kan foretages en vægtning, og kan påvise dette, angiver den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller, ved konkurrencepræget dialog, i det beskrivende dokument kriteriernes prioriterede rækkefølge med det vigtigste først.«

2. Forordning (EU) nr. 1305/2013⁴

9. Artikel 15, stk. 3, bestemmer følgende:

»De myndigheder eller organer, som udvælges til at yde rådgivning, skal have passende ressourcer i form af regelmæssigt uddannet og kvalificeret personale, rådgivningsmæssig erfaring og pålidelighed med hensyn til de områder, de rådgiver inden for. Støttemodtagerne under denne foranstaltning udvælges gennem indkaldelser af bud. Udvalgsproceduren skal være underlagt lovgivningen om offentlige udbud og være åben for både offentlige og private organer. Den skal være objektiv og udelukke ansøgere med interessekonflikter.

[...]«

3. Gennemførelsesforordning (EU) nr. 808/2014⁵

10. Artikel 7 bestemmer:

»De indkaldelser af bud, der er omhandlet i artikel 15, stk. 3, i forordning (EU) nr. 1305/2013, er underlagt de gældende EU-regler og nationale regler om offentlige indkøb. De skal tage behørigt hensyn til, i hvilken grad ansøgerne besidder de kvalifikationer, der er omhandlet i nævnte artikel.«

B. National ret

11. Direktiv 2004/18/EF er i Finland gennemført ved lov om indgåelse af offentlige kontrakter (lov nr. 348/2007).

12. I henhold til § 45, stk. 1, i lov om gennemførelse af landbrugsstøtte (lov nr. 192/2003, som ændret ved lov nr. 501/2014) udvælges rådgiverne i henhold til bestemmelserne i lov om indgåelse af offentlige kontrakter for en periode, som slutter ved udløbet af udviklingsprogrammet for landdistrikterne i Finland, fastlandet, 2014-2020.

13. I henhold til samme paragrafs stk. 2 er det en uomgængelig betingelse for udvælgelsen og godkendelsen, at rådgiveren råder over den nødvendige sagkundskab med hensyn til rådgivningsopgavens kvalitet og omfang. Rådgiveren skal endvidere opfylde de opstillede krav om egnethed.

II. De faktiske omstændigheder

14. Den 16. september 2014 bekendtgjorde Maaseutuvirasto (det finske agentur for landdistrikterne, herefter »agenturet«) en offentlig udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en rammeaftale om rådgivningstjenesteydelser til landbrugsbedrifter for perioden 2015-2020.

4 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 17.12.2013 om støtte til udvikling af landdistrikterne fra Den Europæiske Landbrugsfond for Udvikling af Landdistrikterne (ELFUL) og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 1698/2005 (EUT 2013, L 347, s. 487).

5 – Kommissionens forordning af 17.7.2014 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1305/2013 om støtte til udvikling af landdistrikterne fra Den Europæiske Landbrugsfond for Udvikling af Landdistrikterne (ELFUL) (EUT 2014, L 227, s. 18).

15. Det blev i udbudsbekendtgørelsen anført, at udbudsproceduren var åben for offentlige og private rådgivere, og at formålet med proceduren var at finde tjenesteydere, som opfyldte kravene i henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 1305/2013 og artikel 13, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1306/2013⁶ samt havde rådgivningserfaring.

16. Udvælgelsesmetoden var baseret på en rammeaftale i henhold til lov om indgåelse af offentlige kontrakter, således at tjenesteyderne blev optaget i rammeaftalen ved en offentlig udbudsprocedure i henhold til den nævnte lovs § 65.

17. Rammeaftalen indeholdt de væsentligste vilkår for leveringen af tjenesteydelsen. De efterfølgende kontrakter ville blive tildelt uden en særskilt udbudsprocedure, idet den landbruger, som fremsatte en begæring, ville modtage rådgivning fra den rådgiver, som efter hans opfattelse bedst kunne opfylde rådgivningsbehovet. Som udgangspunkt skulle der anvendes rådgivere i lokalområdet, men i begrundede tilfælde kunne også andre rådgivere benyttes.

18. Vederlaget til rådgiverne skulle fastsættes på timebasis og betales af agenturet (med undtagelse af moms), hvis indbetaling påhvilede den landbruger, der havde modtaget rådgivningen).

19. Under hensyntagen til det eksisterende behov for rådgivning ville alle rådgivere, som opfyldte de i rammeaftalens bilag opstillede egnethedskrav og mindstekrav, blive optaget. Endvidere skulle ansøgerne bestå en særlig prøve som led i udvælgelsesproceduren.

20. Ved afgørelse af 18. december 2014 udelukkede agenturet Maria Tirkkonens tilbud med den begrundelse, at hun ikke havde udfyldt punkt 7 på blanketten »Opfyldelse af de formelle krav til tilbuddet og udbudsbetingelserne« (bilag 2 til udbudsmaterialet). Under dette punkt skulle hun ved at sætte kryds i »ja« eller »nej« have oplyst, om hun »accepterede betingelserne i det udkast til rammekontrakt, som var vedlagt udbuddet«.

21. Maria Tirkkonen anlagde sag ved Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) til prøvelse af agenturets afgørelse, idet hun gjorde gældende, at der ikke var tale om udbud af en offentlig kontrakt. Efter hendes opfattelse var det således ikke lov om indgåelse af offentlige kontrakter, men derimod forvaltningsloven, der burde finde anvendelse, hvorfor agenturet havde pligt til at opfordre hende til at supplere sine tilbudsdokumenter.

22. Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) forkastede Maria Tirkkonens søgsmål den 7. september 2015, hvorefter hun iværksatte en appel ved Korkein hallinto-oikeus (øverste forvaltningsdomstol, Finland), som ligger til grund for det præjudicielle spørgsmål.

23. Ifølge forelæggelsesafgørelsen drejer spørgsmålet sig om, hvorvidt »[agenturets] rådgivningstjeneste er en offentlig kontrakt, som er omfattet af udbudsdirektivet og dermed også af den nationale udbudslov«⁷.

6 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 17.12.2013 om finansiering, forvaltning og overvågning af den fælles landbrugspolitik og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 352/78, (EF) nr. 165/94, (EF) nr. 2799/98, (EF) nr. 814/2000, (EF) nr. 1290/2005 og (EF) nr. 485/2008 (EUT 2013, L 347, s. 549).

7 – Den forelæggende ret har bemærket, at det ikke er genstand for den præjudicielle anmodning at prøve, om agenturet »har handlet i overensstemmelse med de udbudsretlige bestemmelser« (præmis 8 i forelæggelsesafgørelsen). Det skal under alle omstændigheder præciseres, at det, såfremt direktiv 2004/18 finder anvendelse, kan udledes af dette direktiv, at den ordregivende myndighed på området for indgåelse af offentlige kontrakter kan tillade, at der foretages afhjælpning af formelle uregelmæssigheder, som ikke svarer til fremsættelsen af et nyt tilbud eller ændrer indholdet af det oprindelige tilbud væsentligt. Jeg skal i denne forbindelse henvise til mit forslag til afgørelse M.A.T.I. SUD og DUEMMESGR (C-523/16 og C-536/16, EU:C:2017:868).

III. Det forelagte spørgsmål

24. Det præjudicielle spørgsmål lyder som følger:

»Skal artikel 1, stk. 2, litra a), i udbudsdirektivet 2004/18/EF fortolkes således, at definitionen »offentlige kontrakter« som omhandlet i dette direktiv omfatter en kontraktordning,

- hvorved en offentlig enhed har til hensigt at indhente tjenesteydelser på markedet for en på forhånd begrænset periode, idet den på de vilkår, som er anført i et udkast til rammekontrakt, der er vedlagt udbudsmaterialet, indgår kontrakter med alle økonomiske aktører, som opfylder de i udbudsmaterialet fastlagte og særskilt anførte krav til den bydendes egnethed og den tilbudte tjenesteydelse og består en prøve, som er nærmere beskrevet i udbudsmaterialet, og
- som ikke længere kan tiltrædes i kontraktens løbetid?«

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes standpunkter

25. Det præjudicielle spørgsmål indgik til Domstolen den 9. januar 2017. Der er indgivet skriftlige indlæg af Maria Tirkkonen, den finske regering samt Kommissionen. Det er ikke blevet anset for nødvendigt at afholde et retsmøde.

26. Af de tre faser, som enhver udbudsprocedure består af (undersøgelse af tilbudsgivernes egnethed, vurdering af tilbuddenes overensstemmelse med udbudsbetingelserne samt udvælgelse af et tilbud ud fra kriteriet om laveste pris eller omkostningseffektivitet), har Maria Tirkkonen gjort gældende, at den tredje ikke blev gennemført under den omhandlede procedure, eftersom der ikke blev foretaget en sammenligning af tilbuddene, og det tilkom landbrugeren at udvælge tjenesteyderen. Hun har navnlig lagt til grund, at de 140 rådgivere, der oprindeligt blev udvalgt, gennemgik prøven, og at de 138 bestod den, men at den pågældende prøve ikke reelt gjorde det muligt at klassificere dem ud fra deres kvalifikationer. Den manglende udvælgelse blandt de modtagne tilbud udelukker efter hendes opfattelse, at der kan være tale om en offentlig kontrakt.

27. Den finske regering har fremhævet betydningen af retspraksis fra Falk Pharma-dommen, om end den har bemærket, at ordningen i dette tilfælde ikke permanent er åben for nye tilbudsgivere. Den omstændighed, at den ordregivende myndighed »opstiller et antal specifikke krav til tjenesteyderne, som ikke er begrundet i lovgivningen«⁸, indebærer efter den finske regerings opfattelse, at den pågældende ordning svarer til en offentlig kontrakt. Anvendelsen af lovgivningen vedrørende offentlige kontrakter kan således begrundes i behovet for at sikre, at udvælgelseskriterierne ikke fastsættes på en måde, som kan være diskriminerende.

28. Den finske regering har endvidere anført, at kun 140 af de 163 modtagne tilbud blev godkendt på vilkår, og at der i sidste ende blev godkendt 138. Denne oplysning bekræfter efter den finske regerings opfattelse procedurens selektive karakter, den ordregivende myndigheds hensigt om alene at udvælge de mest fordelagtige tilbud samt den afskrækkende virkning af de krav, der blev stillet til tilbudsgiverne.

29. Alt i alt er det den finske regerings opfattelse, at ordningens løbetid på seks år indebærer, at der i denne periode ikke kan antages andre rådgivere, hvilket adskiller den omtvistede procedure fra en ren godkendelsesordning.

8 – Punkt 22 i dens skriftlige indlæg.

30. Kommissionen er af den opfattelse, at de specifikke krav i udbudsmaterialet til tilbudsgivernes egnethed og til tjenesteydelsen, som den forelæggende ret har redegjort for, ikke udgør et tildelingskriterium, men derimod et rent udvælgelseskriterium.

31. Proceduren indeholdt efter Kommissionens opfattelse ingen tildelingskriterier, og agenturet kunne ikke udelukke eller afvise en egnet rådgiver, som var blevet valgt af en landbruger. Kort sagt var der under proceduren alene anvendt udvælgelseskriterier.

32. Under disse omstændigheder svarer sagen ifølge Kommissionen til den sag, der blev afgjort ved Falk Pharma-dommen, idet den retspraksis, der følger af denne dom, er blevet bekræftet ved direktiv 2014/14/EU⁹. Efter Kommissionens opfattelse har det mindre betydning, om ordningen permanent er åben for ansøgere, eftersom den manglende udvælgelse udgør en tilstrækkelig grund til at udelukke kvalificeringen som offentlig kontrakt.

V. Bedømmelse

33. Ifølge den forelæggende ret har den finske myndighed iværksat et program på grundlag af forordning nr. 1305/2013, hvis artikel 15, stk. 3, bestemmer, at proceduren for udvælgelse af rådgivningsudbydere skal være underlagt lovgivningen om offentlige udbud. Derfor bør lovgivningen om offentlige kontrakter lægges til grund for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål.

34. Jeg mener, at denne henvisning til lovgivningen om indgåelse af offentlige kontrakter skal fortolkes således, at proceduren for udvælgelse af landdistriktsrådgivere skal opfylde de principper (om gennemsigtighed, ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling), som regulerer dette retsområde. Der er efter min opfattelse ikke tale om et krav, som indebærer, at samtlige bestemmelser i EU's direktiver vedrørende offentlige organers indgåelse af kontrakter skal iagttages.

35. Den forelæggende ret ønsker konkret oplyst, om en ordning som den, der er omhandlet i den foreliggende sag, »er omfattet af direktiv 2004/18«. Jeg skal erindre om, at formålet med denne ordning er at have et ubestemt antal personer til rådighed, som skal yde landbrugsrådgivning til landbrugerne, og som udvælges ved en procedure, der er underlagt vilkårene i en rammeaftale, hvori enhver, som opfylder kravene i udbudsbetingelserne, og som består en prøve, kan deltage. Ordningen er i kraft i et begrænset tidsrum, hvori nye rådgivere ikke kan tiltræde ordningen.

36. Som anført af Kommissionen fremgår det af oplysningerne fra den forelæggende ret¹⁰, at de træk, der kendetegner de i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, definerede kontrakter, ved første øjekast foreligger. Der er netop tale om en kontrakt, som er reguleret af en rammeaftale, og som indgås skriftligt mellem en økonomisk aktør (rådgiveren) og en ordregivende myndighed (agenturet) med henblik på udførelse af tjenesteydelser mod vederlag. Det sidste er netop relevant, for så vidt som rådgivningsydelserne ifølge den forelæggende ret¹¹ naturligvis er til fordel for den landbruger, der modtager rådgivningen, men også for det agentur, der betaler herfor, og på hvis vegne rådgivningen ydes inden for dets administrative beføjelser.

37. Det må imidlertid ikke glemmes, at Domstolen har fastslået, at »[v]alget af et bud, og således af den virksomhed, som tildeles kontrakten, synes at være et element, der er uløseligt forbundet med [...] regulering[en i direktiv 2004/18] af offentlige kontrakter, og dermed med begrebet »offentlig kontrakt« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra a)«¹².

9 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

10 – Punkt 27 og 28 i Kommissionens skriftlige indlæg.

11 – Det fremgår af præmis 56 i forelæggelsesafgørelsen, at »den ydelse, som vedrører udførelsen af de omtvistede tjenesteydelser, umiddelbart bibringer [agenturet] en økonomisk fordel«.

12 – Falk Pharma-dommen, præmis 38.

38. Jeg mener ikke, at denne tilgang i Falk Pharma-dommen er for snæver. Hensigten hermed er at understrege, at der i de offentlige kontrakter, som er omfattet af direktiv 2004/18, i sidste ende skal findes en endelig vinder, som er blevet foretrukket frem for de øvrige konkurrenter på grundlag af kvaliteterne ved vedkommendes tilbud. Dette centrale element gælder »for hver kontrakt, hver rammeaftale og hver indførelse af et dynamisk indkøbssystem«, for hvilke »de ordregivende myndigheder [...] udarbejder en rapport, der skal omfatte *navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, og begrundelsen for, at den pågældendes tilbud er valgt*« [artikel 43, stk. 1, litra e), i direktiv 2004/18, min fremhævelse]¹³.

39. Efter min opfattelse findes der i den omtvistede ordning ikke nogen *kriterier for tildeling* af kontrakter vedrørende rådgivningstjenesteydelser, men derimod alene *kriterier for udvælgelse* af økonomiske aktører, som er egnede til at tilbyde sådanne tjenesteydelser.

40. Som generaladvokat Wathelet erindrede om i sit forslag til afgørelse fremsat i Ambisig-sagen¹⁴, er der tale om to typer af kriterier, som Domstolen har fundet det væsentligt at sondre imellem. Således er »efterprøvning af tilbudsgivernes kapacitet til at udføre de kontrakter, der vil blive tildelt«, og selve »tildelingen af disse kontrakter« to forskellige ting. »Mens udvælgelsen af en tilbudsgiver vedrører dennes personlige situation og kapacitet til at udføre den pågældende faglige aktivitet, tildeles kontrakten til det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud [artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18] eller til tilbuddet med den laveste pris [samme artikels stk. 1, litra b)].«

41. Med andre ord har *udvælgelseskriterierne* til formål at vurdere *tilbudsgiverne* ud fra deres kvalifikationer, mens *tildelingskriterierne* anvendes til at identificere og udvælge det mest fordelagtige *tilbud* blandt dem, der er afgivet af de forskellige tilbudsgivere. Eftersom der er et ønske om at »garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter«¹⁵, er de økonomiske aktører nødt til at konkurrere mod hinanden – som rivaler – for at få tildelt tjenesteydelseskontrakten.

42. Ud fra denne synsvinkel mener jeg, at den forelæggende rets udtalelse om, at der i »udbudsmaterialet [...] ikke [er] fastlagt egenskaber, som kunne danne grundlag for en indbyrdes sammenligning af tilbuddene, og [agenturet ikke] har [...] bedømt eller sammenlignet tilbuddene ud fra et pointsystem«, men at »[a]lle bydende, som opfylder kravene i udbudsmaterialet bl.a. med hensyn til uddannelse og erhvervserfaring, blev godkendt til rammeaftalen, såfremt de bestod den i udbudsmaterialet nærmere beskrevne prøve«¹⁶, har afgørende betydning.

43. Den finske regering har anført, at udvælgelseskriterierne reelt tilførte proceduren en selektiv karakter. Dels kunne den omstændighed, at de blev offentliggjort på forhånd, resultere i, at interesserede parter, som ikke mente, at de opfyldte disse kriterier, ville afholde sig fra at fremsætte et tilbud. Dels var kravene så strenge, at det ikke var alle, der kunne opfylde dem, hvorfor proceduren i virkeligheden blev begrænset til en »udvalgt gruppe«¹⁷. Som følge af procedurens selektive karakter er det således ifølge den finske regering tvingende nødvendigt, at fastsættelsen af de kriterier, der giver proceduren denne karakter, ikke finder sted på en diskriminerende måde, hvilket taler for en anvendelse af lovgivningen om indgåelse af offentlige kontrakter.

13 – Ibidem, præmis 39.

14 – Sag C-601/13, EU:C:2014:2474, punkt 17 og 19.

15 – Anden betragtning til direktiv 2004/18.

16 – Forelæggelsesafgørelsen, præmis 59.

17 – Punkt 38 i den finske regerings skriftlige indlæg. Det er blevet anført heri, at der ud af et samlet antal på 163 tilbud foreløbigt blev godkendt 140, mens 138 tilbud blev endeligt godkendt, hvilket svarede til 85% af ansøgningerne.

44. Der er ingen tvivl om, at kravet om bestemte kvalifikationer og fortjenester for at opnå adgang til den omtvistede ordning er udtryk for en form for udvælgelsesmekanisme. Det, der er afgørende i forbindelse med de kontrakter, der er omfattet af direktiv 2004/18, er imidlertid ikke at konstatere, om tilbudsgiverne er i stand til at levere rådgivningsydelsen (udvælgeskriteriet), men derimod at sammenligne tilbuddene fra de pågældende tilbudsgivere, efter at de er blevet anset for egnede, med henblik på i sidste ende at udvælge den eller de tilbudsgivere, der skal have tildelt opgaven (tildelingskriteriet).

45. Adgangskravene til rådgivningsordningen for landbruget, som er baseret på teknisk formåen (herunder beståelsen af en prøve), gør det netop muligt at udvælge ansøgere ud fra en forudbestemt tærskel. Den udvælgelse, som har betydning for så vidt angår begrebet offentlige kontrakter i direktiv 2004/18, er imidlertid den, der følger af forskellen mellem kvaliteterne og fortjenesterne ved de forskellige ansøgers tilbud. Dvs., at det, som er afgørende, er den endelige *tildeling* – ud fra en sammenligning eller kontrastering – på grundlag af det bedste tilbud, og ikke den indledende *udvælgelse* på grundlag af en tærskel, hvis overvindelse ikke indebærer nogen som helst konkurrence mellem ansøgerne.

46. Den forelæggende ret har henvist til Ambisig-sagen¹⁸, hvori det blev fastslået, at kompetencerne og erfaringen hos medlemmerne af et hold, der skal udføre en kontrakt om levering af uddannelses- og konsulentytelser, er »afgørende for at vurdere dette holds faglige kvalitet«, og at »[d]enne kvalitet kan være en iboende egenskab i tilbuddet og være forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18«¹⁹, hvorfor »den nævnte kvalitet [kan] fremgå af tildelingskriterierne i pågældende udbudsbekendtgørelse eller af udbudsbetingelserne«²⁰.

47. Domstolen fremsatte imidlertid denne udtalelse i en sammenhæng, hvor den ordregivende myndighed havde udvalgt en af de konkurrerende tilbudsgivere og udelukket en anden, netop ved at lægge deres respektive holds kvaliteter til grund som kriterium herfor.

48. I den foreliggende sag har den forelæggende ret derimod forsikret om, at agenturet hverken begrænsede antallet af mulige tjenesteydere *ab initio*²¹, sammenlignede tilbuddene med hinanden eller foretog endelig udvælgelse af ét eller flere af disse på grundlag af en sammenlignende vurdering af deres respektive indhold, med den deraf følgende udelukkelse af de øvrige tilbud²².

49. Vi har således at gøre med et tilfælde, hvor retspraksis fra Falk Pharma-sagen finder anvendelse. Det fremgår heraf, at »[n]år en offentlig enhed tilsigter at indgå kontrakter om levering med alle de økonomiske aktører, der ønsker at levere de pågældende varer på de vilkår, som denne enhed har anført, betyder den manglende udvælgelse af en økonomisk aktør, som tildeles eneretten til en kontrakt, [...] at det ikke er nødvendigt at lade denne ordregivende myndigheds handlinger være omfattet af de præcise regler i direktiv 2004/18 med henblik på at forhindre den i at tildele en kontrakt ved begunstiggelse af indenlandske erhvervsdrivende«²³.

18 – Dom af 26.3.2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

19 – Ibidem, præmis 33.

20 – Ibidem, præmis 34.

21 – Ifølge den forelæggende ret havde agenturet anført, at der var »behov for en så stor gruppe tjenesteydere som muligt for at sikre, at modtagerne af tjenesteydelsen modtager den tjenesteydelse, de har behov for« (forelæggelsesafgørelsens præmis 50).

22 – Ydermere tilkommer den *endelige* udvælgelse af den, der i hvert enkelt tilfælde skal levere tjenesteydelsen, ikke engang agenturet, men derimod de landbrugere, der tilmelder sig rådgivningsordningen. Selv om der som udgangspunkt skal anvendes rådgivere i lokalområdet, kan disse landbrugere vælge den rådgiver, der bedst passer til deres behov, eftersom der i begrundede tilfælde altid er mulighed for at benytte andre rådgivere. Jf. herom i forelæggelsesafgørelsens præmis 14.

23 – Som Domstolen bemærkede i samme doms præmis 35, »er formålet med direktiv 2004/18 at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter«. En risiko, der – som bemærket i umiddelbar forlængelse heraf (præmis 36) – »er snævert forbundet med det valg, som den ordregivende myndighed ønsker at foretage blandt de bud, der kan antages, og med den eneret, som vil følge af tildelingen af den pågældende kontrakt til den aktør, hvis bud antages, eller til de økonomiske aktører, hvis bud antages i tilfælde af en rammeaftale, hvilket er formålet med en offentlig udbudsprocedure«.

50. Både den finske regering²⁴ og den forelæggende ret er enige om, at den retspraksis, som jeg netop har henvist til, er relevant for den aktuelle sag. Deres eneste tvivl, som for så vidt angår Korkein hallinto-oikeus (øverste forvaltningsdomstol) lader til at være det, der har ligget til grund for forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål²⁵, består i, at den af agenturet udformede ordning, til forskel fra, hvad der var tilfældet i Falk Pharma-sagen, ikke permanent er åben for alle interesserede økonomiske aktører under hele dens løbetid.

51. Det er korrekt, at der ved at begrænse ordningen for indgåelse af kontrakter under hele dens løbetid til de økonomiske aktører, der oprindeligt er blevet godkendt af agenturet (hvilket forhindrer andre rådgivere i at tiltræde på et senere tidspunkt), strengt taget indføres en vis kvantitativ begrænsning. Dette stemmer imidlertid blot overens med den rene og strenge tidsmæssige begrænsning, der gælder for selve ordningen for rådgivningsstøtte, som løber parallelt med udviklingsprogrammet for landdistrikterne i Finland, fastlandet, 2014/2020.

52. I øvrigt var Domstolens henvisning i Falk Pharma-dommen til, at ordningen for indgåelse af kontrakter permanent var tilgængelig for nye tilbudsgivere, efter min opfattelse ikke ratio decidendi i den pågældende dom, men derimod en udtalelse, der blev fremsat for fuldstændighedens skyld. Det, der var afgørende i den pågældende sag, var, at den ordregivende myndighed ikke havde tildelt en af tilbudsgiverne eneretten til kontrakten²⁶.

53. I den foreliggende sag har der, ligesom i Falk Pharma-sagen, heller ikke foreligget nogen reel konkurrence mellem ansøgerne i forbindelse med en vurdering af, hvilket tilbud der var det bedste, og en samtidig afvisning af de øvrige.

54. Som Domstolen i øvrigt bemærkede i samme dom²⁷, er dette centrale element nu udtrykkeligt fastsat i definitionen af »udbud« i direktiv 2014/24, og den omstændighed, at direktivet ikke finder tidsmæssig anvendelse i sagen, betyder ikke, at henvisningen hertil bliver meningsløs, også selv om det kun er for at give udtryk for lovgivers hensigt om udtrykkeligt at tillægge de offentlige kontrakter en egenskab, som ifølge Domstolen er uløseligt forbundet med deres art²⁸.

55. Dette elements positive eller negative betydning kommer til udtryk, når det i fjerde betragtning til direktiv 2014/24 forklares, at de situationer, hvor alle aktører, der opfylder visse betingelser, har ret til at udføre en given opgave uden nogen form for udvælgelse, »ikke [bør] forstås som indkøb«.

VI. Forslag til afgørelse

56. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Korkein hallinto-oikeus (øverste forvaltningsdomstol, Finland) forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at en ordning for udvælgelse af leverandører af rådgivningstjenester til landdistrikterne som den, der er genstand for

24 – Ifølge den finske regering indebærer denne omstændighed, at den her omhandlede procedure adskiller sig fra en ren godkendelsesordning og snarere har karakter af en »offentlig kontrakt« som omhandlet i direktiv 2004/2018.

25 – For den forelæggende rets vedkommende består tvivlen i, »om det følger af den [...] egenskab ved ordningen, hvorefter den ikke er åben for andre økonomiske aktører, at der kan være tale om en offentlig kontrakt som omhandlet i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a)« (forelæggelsesafgørelsen, præmis 63).

26 – Falk Pharma-dommen, præmis 38.

27 – Ibidem, præmis 40.

28 – I henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24, omfatter »[u]dbud i henhold til dette direktiv [...] 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«. Min fremhævelse.

hovedsagen, hvorefter et offentligt organ godkender alle de økonomiske aktører, der opfylder kravene om egnethed og består en prøve, uden at tildele én eller flere af disse rådgivere eneretten til udførelse af tjenesteydelsen på konkurrencevilkår, ikke udgør en offentlig kontrakt i henhold til dette direktiv. Det er i denne forbindelse uden betydning, om ordningen har en begrænset løbetid, hvorunder den ikke kan tiltrædes af andre rådgivere.«