



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 13 december 2017¹

Mål C-9/17

Maria Tirkkonen
Intervenient:
Landsbygdsverket (Finland)

(begäran om förhandsavgörande från Högsta förvaltningsdomstolen (Finland))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2004/18/EG – Offentliga upphandlingsförfaranden rörande jordbruksrådgivning – Huruvida det föreligger ett offentligt kontrakt – System för köp av tjänster genom kontrakt som grundar sig på ett ramavtal och som är öppet för alla ekonomiska aktörer som uppfyller de på förhand fastställda villkoren – System som därefter inte är öppet för andra ekonomiska aktörer”

1. Bland de stöd för landsbygdsutveckling som finansieras av Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling (Ejflu), finns sådant som syftar till att erbjuda rådgivning åt jordbrukare. De nationella myndigheterna väljer ut aktörer som ska erbjuda professionell rådgivning åt jordbrukare. Det sker genom förfaranden som i princip är öppna för alla som uppfyller lämplighetskraven för att utföra denna uppgift.

2. Inom ramen för dessa urvalsförfaranden lämnade Maria Tirkkonen anbud för att bli upptagen i förteckningen över jordbruksrådgivare, varvid hon fyllde i det föreskrivna formuläret. Hon underlät emellertid att fylla i den punkt där hon skulle ange om hon godtog ”villkoren i utkastet till ramavtalet”, vilket medförde att hennes anbud uteslöts av den upphandlande myndigheten.

3. Enligt vad som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande hade den underlåtenheten kunnat avhjälpas om den nationella lag som reglerar förhållandet mellan myndigheter och enskilda hade tillämpats. Om det däremot är lagen om offentlig upphandling som tillämpas, förefaller det som om denna brist inte kan rättas till. Det hävdade åtminstone den finländska myndigheten och den domstol i första instans som fastställde dess beslut.

4. Mot bakgrund av detta vill Högsta förvaltningsdomstolen i Finland veta huruvida det system för urval av jordbruksrådgivare som tvisten rör är att betrakta som ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG.²

5. För att besvara den hänskjutande domstolens fråga bör domstolens praxis rörande detta begrepp i målet Falk Pharma³ beaktas, vilken enligt min uppfattning ger tillräcklig vägledning för att avgöra tvisten.

¹ Originalspråk: spanska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

³ Dom av den 2 juni 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399) (nedan kallad domen Falk Pharma).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/18

6. Artikel 1 ("Definitioner") har följande lydelse:

"...

2.

- a) offentliga kontrakt: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits 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 i den mening som avses i detta direktiv.

...

5. Ramavtal: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

..."

7. Artikel 32 ("Ramavtal") har följande lydelse:

"...

2. En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal som skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4. Dessa förfaranden får bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal, bland annat i det fall som avses i punkt 3...

4. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller

- om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med följande förfarande:
 - a) För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ekonomiska aktörer som är i stånd att genomföra kontraktet.
 - b) Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud beträffande varje särskilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud.
 - c) Anbudet skall lämnas skriftligen, och innehållet i dem skall vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.
 - d) Den upphandlande myndigheten skall tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.”

8. Artikel 53 ("Tilldelningsgrunder") har följande lydelse:

- ”1. Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas skall den upphandlande myndigheten tillämpa följande kriterier vid tilldelning av offentliga kontrakt:
 - a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.
 - b) I annat fall, enbart det lägsta priset.
- 2. Utan att bestämmelserna i tredje stycket åsidosätts skall, om tilldelningen sker enligt punkt 1 a, den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, när det gäller den konkurrenspräglade dialogen, i det beskrivande dokumentet ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om, enligt den upphandlande myndighetens åsikt, viktning inte är möjlig av påvisbara skäl skall den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, när det gäller den konkurrenspräglade dialogen, i det beskrivande dokumentet ange kriterierna i fallande prioritetsordning.”

2. Förordning (EU) nr 1305/2013⁴

9. I artikel 15.3 föreskrivs följande:

”De myndigheter eller organ som utsetts för uppgiften att erbjuda rådgivning ska ha lämpliga resurser i form av regelbundet utbildad och kvalificerad personal och erfarenhet av rådgivning samt tillförlitlighet inom de områden där de erbjuder rådgivning. Stödmottagarna enligt denna åtgärd ska utses genom anbudsförfaranden. Urvalsförfarandet ska styras av lagstiftningen om offentlig upphandling och ska vara öppet för både offentliga och privata organ. Förfarandet ska vara objektivet och ska utesluta kandidater med intressekonflikter.

...”

3. Genomförandeförordning (EU) nr 808/2014⁵

10. I artikel 7 föreskrivs följande:

”De anbudsförfaranden som avses i artikel 15.3 i förordning (EU) nr 1305/2013 ska följa tillämpliga unionsregler och nationella regler om offentlig upphandling. De ska ta vederbörlig hänsyn till i vilken grad de sökande har uppnått de kvalifikationer som avses i samma artikel.”

B. Nationell rätt

11. Direktiv 2004/18 införlivades i Finland genom lagen om offentlig upphandling (348/2007).

12. Enligt 45 § första stycket i lagen om verkställighet av jordbruksstöd (192/2003, ändrad genom lag 501/2014), väljs rådgivarna med iakttagande av upphandlingslagen. Rådgivarna väljs och godkänns för viss tid, som löper ut när giltigheten för programmet för utveckling av landsbygden i Fastlandsfinland 2014–2020 upphör.

13. Enligt 45 § andra stycket förutsätter valet och godkännandet av en rådgivare att han eller hon har tillräcklig sakkunskap med hänsyn till rådgivningsuppgiftens art och omfattning. Rådgivaren ska dessutom uppfylla behörighetsvillkoren.

II. Faktiska omständigheter

14. Den 16 september 2014 offentliggjorde Landsbygdsverket ett meddelande om upphandling genom ett öppet förfarande för tilldelning av ett kontrakt för tillhandahållande av rådgivningstjänster för jordbruksföretag som skulle genomföras som ramavtal för perioden 2015–2020.

15. I meddelandet angavs att anbudsförfarandet var öppet för såväl offentliga som privata rådgivare och att syftet med det var att få fram tjänsteleverantörer som uppfyllde kraven i artikel 15.3 i förordning nr 1305/2013 och artikel 13.1 i förordning (EU) nr 1306/2013⁶ och hade erfarenhet av rådgivning.

⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1305/2013 av den 17 december 2013 om stöd för landsbygdsutveckling från Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling (Ejflu) och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1698/2005 (EUT L 347, 2013, s. 487).

⁵ Kommissionens förordning (EU) nr 808/2014 av den 17 juli 2014 om regler för tillämpningen av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1305/2013 om stöd för landsbygdsutveckling från Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling (Ejflu) (EUT L 227, 2014, s. 18).

⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1306/2013 av den 17 december 2013 om finansiering, förvaltning och övervakning av den gemensamma jordbrukspolitikerna och om upphävande av rådets förordningar (EEG) nr 352/78, (EG) nr 165/94, (EG) nr 2799/98, (EG) nr 814/2000, (EG) nr 1290/2005 och (EG) nr 485/2008 (EUT L 347, 2013, s. 549).

16. Urvalssystemet byggde på ett ramavtal enligt lagen om offentlig upphandling, vilket innebar att tjänsteleverantörer valdes för ramavtal genom ett öppet förfarande enligt 65 § i upphandlingslagen.

17. Ramavtalet innehöll de viktigaste villkoren för tillhandahållandet av tjänsten. De enskilda kontrakten skulle tilldelas utan separat anbudsförfarande på så sätt att den lantbrukare/markförvaltare som ansökte om det fick rådgivning av en rådgivare som bäst ansågs tillgodose behovet av rådgivning. I allmänhet anlätades rådgivningstjänster i den närmaste omgivningen, men när det var motiverat kunde även andra rådgivare anlitas.

18. Rådgivningen tillhandahölls mot en timbaserad ersättning som betalades av Landsbygdsverket (med undantag av mervärdesskatten som jordbrukaren fick betala).

19. Med beaktande av den befintliga efterfrågan på rådgivning skulle alla rådgivare väljas som uppfyllde de behörighetsvillkor och minimikrav som angavs i bilagorna till ramavtalet. Dessutom skulle anbudsgivarna genomgå ett separat prov, som var en del av anbudsförfarandet.

20. Genom beslut av den 18 december 2014 uteslöt Landsbygdsverket Maria Tirkkonens anbud, eftersom hon inte hade fyllt i punkt 7 i blanketten "Uppfyllande av de formella kraven i anbudet och villkoren i anbudsinfordran" (bilaga 2 till anbudsförfrågan). I denna punkt skulle anbudsgivaren genom att kryssa i "ja" eller "nej" bland annat ange om han eller hon "godtog de villkor som angavs i det utkast till ramavtal som hade bifogats anbudsförfrågan".

21. Maria Tirkkonen överklagade Landsbygdsverkets beslut till Marknadsdomstolen och gjorde gällande att det inte rörde sig om tilldelning av ett offentligt kontrakt. Det innebar att upphandlingslagen inte var tillämplig utan förvaltningslagen, enligt vilken Landsbygdsverket borde ha uppmanat henne att komplettera sina anbudshandlingar.

22. Marknadsdomstolen ogillade Maria Tirkkonens överklagande genom dom av den 7 september 2015 och hon överklagade den domen till Högsta förvaltningsdomstolen, som har hänskjutit tolkningsfrågan.

23. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida "Landsbygdsverkets arrangemang i fråga om rådgivningstjänsterna var sådan offentlig upphandling som avses i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG och således också sådan offentlig upphandling som avses i den nationella lagen om offentlig upphandling".⁷

III. Frågan som har hänskjutits för ett förhandsavgörande

24. Tolkningsfrågan har följande lydelse:

"Ska artikel 1.2.a i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG tolkas så att den i direktivet avsedda definitionen av offentliga kontrakt omfattar ett sådant avtalsarrangemang,

⁷ Den hänskjutande domstolen har betonat att frågan huruvida Landsbygdsverket "har handlat i enlighet med upphandlingsreglerna" inte är föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande (punkt 8 i beslutet att begära förhandsavgörande). Det bör under alla förhållanden klargöras att om direktiv 2004/18 är tillämpligt, så följer det av det direktivet att den upphandlande myndigheten vid offentlig upphandling får medge att formella brister avhjälpas förutsatt att det inte innebär att ett nytt anbud lämnas eller att det ursprungliga anbudet ändras väsentligt. Jag hänvisar, beträffande detta, till mitt förslag till avgörande i målet M.A.T.I. SUD och DUEMMESGR (C-523/16 och C-536/16, EU:C:2017:868).

- i vilket ett offentligt organ har för avsikt att på marknaden upphandla tjänster för en på förhand bestämd avtalsperiod genom att på de villkor som framgår av ett utkast till ramavtal som fogats till anbudsförfrågan ingå avtal med alla sådana ekonomiska aktörer som uppfyller i handlingarna i anbudsförfrågan ställda specificerade krav i fråga om anbudsgivarens lämplighet och den tjänst som ska tillhandahållas samt godkänns vid [det prov] som närmare beskrivs i anbudsförfrågan, och
- som det inte längre är möjligt att ansluta sig till under avtalets giltighetstid?”

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas ståndpunkter

25. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 9 januari 2017. Skriftliga yttranden har inkommit från Maria Tirkkonen, den finländska regeringen och kommissionen. Det ansågs inte nödvändigt att hålla muntlig förhandling.

26. Maria Tirkkonen gör gällande att av de tre faser som varje upphandling innefattar (kontroll av anbudsgivarnas behörighet, bedömning av om anbudet uppfyller villkoren i anbudsinfordran samt val av ett anbud enligt kriteriet om lägsta pris eller kostnadseffektivitet), genomfördes den tredje fasen inte i det här aktuella fallet, eftersom anbudet inte jämfördes med varandra och det ankom på jordbrukaren att välja tjänsteleverantör. Maria Tirkkonen har bland annat påpekat att de 140 rådgivare som först valdes ut genomgick provet och att 138 av dem godkändes, men att detta prov i själva verket inte gjorde det möjligt att rangordna dem efter meriter. Eftersom det inte hade skett något urval bland de anbud som lämnats kunde det inte anses föreligga ett offentligt kontrakt.

27. Den finländska regeringen anser att den praxis som följer av domen Falk Pharma är relevant, men den påpekar samtidigt att systemet i förevarande fall inte är öppet för nya anbudsgivare hela tiden. Den menar att eftersom den upphandlande myndigheten ”ställer ett antal precisa krav på tjänsteleverantörerna som inte bygger på lagstiftningen”⁸ liknar systemet ett offentligt kontrakt. Tillämpningen av lagstiftningen om offentlig upphandling motiveras av behovet att säkerställa att urvalskriterierna inte fastställs på ett diskriminerande sätt.

28. Den finländska regeringen gör dessutom gällande att av de 163 anbud som lämnats, godkändes 140 villkorligt och 138 slutgiltigt. Detta visar att det rörde sig om ett urvalsförfarande och att det fanns en avsikt hos den upphandlande myndigheten att bara anta de bästa anbudet, samt att de krav som ställdes på anbudsgivarna hade en avskräckande verkan.

29. Den finländska regeringen anser att den omständigheten att systemet är giltigt i sex år medför att nya rådgivare inte kan godkännas under den tiden, vilket innebär att förfarandet i fråga skiljer sig från ett rent tillståndssystem.

30. Kommissionen menar att de särskilda kraven i anbudsinfordran om anbudsgivarens behörighet och om tjänsten, såsom den hänskjutande domstolen har beskrivit dem, inte utgör ett tilldelningskriterium, utan enbart ett urvalskriterium.

31. Enligt kommissionen innehöll förfarandet inte några tilldelningskriterier och Landsbygdsverket kunde inte utesluta eller avvisa en behörig rådgivare som en jordbrukare hade valt ut. I förfarandet hade enbart urvalskriterier använts.

⁸ Punkt 22 i det skriftliga yttrandet.

32. Mot bakgrund av detta hävdar kommissionen att målet liknar det som mynnade ut i domen Falk Pharma, vars praxis har bekräftats av direktiv 2014/14/EU.⁹ Kommissionen anser att det inte har någon större betydelse att systemet inte är öppet hela tiden för intresserade personer, eftersom avsaknaden av ett urval skulle utgöra ett tillräckligt skäl för att det inte ska anses vara ett offentligt kontrakt.

V. Bedömning

33. Enligt den hänskjutande domstolen har de finländska myndigheterna infört ett program som bygger på förordning nr 1305/2013, i vilken det i artikel 15.3 anges att förfarandet för urval av leverantörer av rådgivningstjänster ska styras av lagstiftningen om offentlig upphandling. Tolkningsfrågan ska således besvaras mot bakgrund av denna lagstiftning.

34. Jag anser att denna hänvisning till lagstiftningen om offentlig upphandling ska tolkas så, att förfarandet för urval av jordbruksrådgivare ska iakttas de principer (om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet) som gäller för detta område av rättsordningen. Det rör sig enligt min uppfattning inte om ett krav på att alla bestämmelser i unionens direktiv om offentlig upphandling ska följas.

35. Närmare bestämt vill den hänskjutande domstolen veta om ett system som det i förevarande mål ”omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18”. Jag vill erinra om att systemet syftar till att få fram ett obestämt antal personer som kan erbjuda rådgivning åt jordbrukare. Dessa ska väljas ut genom ett förfarande som är underkastat de villkor som anges i ett ramavtal, där den som uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget och godkänns på ett prov får delta. Systemet gäller under en viss begränsad tid och under den tiden får nya rådgivare inte ansluta sig.

36. De uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit visar, såsom kommissionen har påpekat,¹⁰ att systemet förefaller ha de egenskaper som utmärker kontrakt enligt definitionen i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Det är ett skriftligt avtal som bygger på ett ramavtal, som ingås mellan en ekonomisk aktör (rådgivaren) och en upphandlande myndighet (Landsbygdsverket) och där föremålet är tillhandahållande av tjänster mot ersättning. Det beror enligt den hänskjutande domstolen¹¹ bland annat på att rådgivningen inte bara gynnar jordbrukaren, som den riktas till, utan även Landsbygdsverket, som betalar ut ersättning till rådgivarna och i vars namn rådgivningen tillhandahålls, inom ramen för dess administrativa behörighet.

37. Det ska emellertid erinras om att domstolen har slagit fast att ”[u]rvalet av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare ska ... anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på offentlig upphandling i den mening som avses i ... direktiv [2004/18] och således för begreppet ’offentligt kontrakt’ i den mening som avses i artikel 1.2 a i samma direktiv”.¹²

38. Jag anser inte att detta synsätt i domen Falk Pharma är alltför snävt. Med det vill domstolen när allt kommer omkring visa att det vid offentliga kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18, i slutändan måste finnas en vinnande anbudsgivare som föredras framför de andra konkurrenterna på grund av innehållet i hans eller hennes anbud. Detta är en grundegenskap ”för varje kontrakt, varje ramavtal

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

¹⁰ Punkterna 27 och 28 i kommissionens skriftliga yttrande.

¹¹ Punkt 56 i beslutet att begära förhandsavgörande: ”Det kan ... utgå från att Landsbygdsverket har ett direkt ekonomiskt intresse av den tjänst som hänförs till tillhandahållande av de aktuella tjänsterna.”

¹² Domen Falk Pharma, punkt 38.

och varje genomförande av ett dynamiskt inköpssystem”, för vilka ”den upphandlande myndigheten ska upprätta ett protokoll, som ska innehålla *namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och skälen till att vederbörandes anbud valts*” [artikel 43, första stycket e i direktiv 2004/18, min kursivering].¹³

39. Enligt min uppfattning går det inte att identifiera några *kriterier för tilldelning* av kontrakt avseende rådgivningstjänster i det omtvistade systemet, utan endast *kriterier för urval* av ekonomiska aktörer som är behöriga att erbjuda dessa tjänster.

40. Såsom generaladvokaten Wathelet erinrade om i sitt förslag till avgörande i målet *Ambisig*,¹⁴ gör domstolen åtskillnad mellan två typer av kriterier. Det är skillnad mellan ”kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet när det gäller att fullgöra de kontrakt som ska tilldelas” och ”tilldelningen av kontraktet” i sig. ”Urvalet rör en anbudsgivares personliga förhållande och vederbörandes lämplighet att bedriva den aktuella yrkesverksamheten, men kontraktet tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet sett ur den upphandlande myndighetens synvinkel (artikel 53.1 a i direktiv 2004/18) eller som har erbjudit det lägsta priset (punkt 1 b i samma artikel).”

41. Det innebär att om *urvalskriterierna* syftar till att bedöma *anbudsgivarna* ur lämplighetssynpunkt, är syftet med *tilldelningskriterierna* att identifiera och välja det mest fördelaktiga *anbudet* bland dem som har lämnats av olika anbudsgivare. Eftersom avsikten är att ”garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens”,¹⁵ måste de ekonomiska aktörerna konkurrera med varandra, som rivaler, för att få tillhandahålla tjänsterna.

42. Mot bakgrund av detta anser jag att det som den hänskjutande domstolen har angett är av central betydelse, nämligen att ”[i] anbudsförfrågan fastställs inte några tilldelningskriterier på grundval av vilka anbuderna har jämförts med varandra och Landsbyggsverket har inte bedömt eller jämfört anbuderna med användning av ett poängsystem”, utan ”[a]lla anbudsgivare som uppfyller kraven i anbudsförfarandet bland annat med avseende på utbildning och yrkeserfarenhet har valts ut för ramavtalet såvida de har genomgått det prov som närmare beskrivs i anbudsförfrågan med godkänt resultat”.¹⁶

43. Den finländska regeringen anser att tillträdeskriterierna innebär att det verkligen rörde sig om ett urvalsförfarande. Dels kunde den omständigheten att de offentliggjordes i förväg få intresserade som trodde att de inte uppfyllde dessa kriterier att avstå från att lämna ett anbud. Dels var villkoren så stränga att alla inte kunde uppfylla dem, vilket innebar att förfarandet i själva verket endast omfattade en ”utvald grupp”.¹⁷ Den omständigheten att förfarandet har karaktären av ett urval, innebär enligt den finländska regeringen att det måste fastställas kriterier för detta urval som inte är diskriminerande, vilket innebär att lagstiftningen om offentlig upphandling ska tillämpas.

44. Det råder inget tvivel om att vissa krav på kvalifikationer och meriter för att få tillträde till systemet i fråga, innebär en viss urvalsmekanism. Det avgörande när det gäller kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18 är emellertid inte konstaterandet av anbudsgivarnas förmåga att lämna rådgivning (urvalskriterium), utan jämförelsen mellan anbuderna från anbudsgivarna, när det väl har slagits fast att de har förmåga, för att slutligen välja vem eller vilka av dem som ska få tillhandahålla denna tjänst (tilldelningskriterium).

¹³ *Ibidem*, punkt 39.

¹⁴ Mål C-601/13, EU:C:2014:2474, punkterna 17 och 19.

¹⁵ Skäl 2 i direktiv 2004/18.

¹⁶ Beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 59.

¹⁷ Punkt 38 i den finländska regeringens skriftliga yttrande. Den finländska regeringen betonar där att av totalt 163 anbud, var det 140 som antogs preliminärt och 138 som antogs slutgiltigt, det vill säga 85 procent av kandidaterna.

45. Villkoren för att få tillträde till systemet med jordbruksrådgivning som bygger på teknisk kapacitet (bland annat att det krävs godkänt resultat på ett prov), gör det naturligtvis möjligt att välja ut kandidater genom att hänvisa till en på förhand fastställd tröskel. Det urval som har betydelse, när det gäller begreppet offentligt kontrakt i direktiv 2004/18, är emellertid det som följer av den jämförelse mellan kapacitet och meriter i anbuderna från de olika anbudsgivarna. Det avgörande är med andra ord den slutliga *tilldelningen*, genom en jämförelse, till den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet, och inte det inledande *urval* som gjorts genom hänvisning till en tröskel, vars överskridande inte innebär någon konkurrens mellan kandidaterna.

46. Den hänskjutande domstolen har hänvisat till domen *Ambisig*,¹⁸ i vilken domstolen slog fast att när ett kontrakt ska fullgöras av ett arbetslag är det kompetensen och erfarenheten hos dem som ingår i arbetslaget ”som är avgörande för att bedöma arbetslagets yrkesmässiga kvalitet” och att ”[d]enna kvalitet kan vara en oskiljaktig del av anbudet och kopplad till kontraktets föremål, i den mening som avses i artikel 53.1 a i direktiv 2004/18”,¹⁹ vilket innebär att ”[a]rbeitslagets yrkesmässiga kvalitet får ... anges som tilldelningskriterium i det meddelande om upphandling eller i det förfrågningsunderlag som det är fråga om”.²⁰

47. Detta konstaterande från domstolens sida gjordes emellertid i ett sammanhang där den upphandlande myndigheten hade valt ut en av de konkurrerande anbudsgivarna och uteslutit den andra, varvid den som kriterium just använde kvaliteten på respektive arbetslag.

48. I förevarande mål har Landsbygdsverket tvärtom, enligt den hänskjutande domstolen, inte på förhand begränsat antalet möjliga tjänsteleverantörer²¹ och inte heller jämfört anbuderna med varandra. Inte heller har Landsbygdsverket slutgiltigt valt ut ett eller flera av dem, på grundval av en jämförande bedömning av deras innehåll, och uteslutit de övriga.²²

49. Det rör sig således om ett fall där den praxis som följer av domen *Falk Pharma* är tillämplig. Domstolen slog där fast att ”[n]är ett offentligt organ avser att ingå leveransavtal med alla ekonomiska aktörer som önskar leverera de berörda varorna på de villkor som nämnda organ har angett, innebär således den omständigheten att man inte väljer ut någon ekonomisk aktör som ges ensamrätt till ett kontrakt att det inte är nödvändigt att låta denna upphandlande myndighets agerande omfattas av de precisa bestämmelserna i direktiv 2004/18 för att förhindra att denna behandlar de nationella aktörerna förmånligare vid tilldelningen av ett kontrakt”.²³

18 Dom av den 26 mars 2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

19 *Ibidem*, punkt 33.

20 *Ibidem*, punkt 34.

21 Enligt den hänskjutande domstolen angav Landsbygdsverket att ”[d]et krävs ... en så stor grupp tjänsteleverantörer som möjligt för att säkerställa att tjänstemottagarna erhåller de tjänster som de behöver” (punkt 50 i beslutet att begära förhandsavgörande).

22 Det *slutgiltiga* valet av den som ska tillhandahålla tjänsten i varje enskilt fall görs dessutom inte ens av Landsbygdsverket, utan av de jordbrukare som omfattas av rådgivningssystemet. De får välja den rådgivare som bäst antas tillgodose behovet av rådgivning. I allmänhet anlitas rådgivningstjänster i den närmaste omgivningen, men när det är motiverat kan även andra rådgivare anlitas. Se beträffande detta punkt 14 i beslutet att begära förhandsavgörande.

23 Domstolen erinrade i punkt 35 i samma dom om att ”målsättningen med direktiv 2004/18 [är] att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt”. Denna risk, fortsatte domstolen (punkt 36) ”[är] nära förknippad med det urval som den upphandlande myndigheten avser att göra bland de godtagbara anbuderna och den exklusivitet som sedan följer av att det aktuella kontraktet tilldelas den aktör vars anbud har valts ut, eller de ekonomiska aktörer vars anbud har valts ut för det fall det rör sig om ett ramavtal, vilket utgör syftet med ett förfarande för offentlig upphandling”.

50. Den finländska regeringen²⁴ och den hänskjutande domstolen är eniga om att ovannämnda praxis är relevant i förevarande mål. Deras enda tvivel, vilket i Högsta förvaltningsdomstolens fall tycks vara det som föranlett den att hänskjuta tolkningsfrågan,²⁵ är att det system som har införts av Landsbygdsverket, till skillnad från vad som var fallet i domen Falk Pharma, inte hela tiden är öppet för samtliga intresserade ekonomiska aktörer så länge systemet gäller.

51. Att upphandlingssystemet under den period då det gäller är begränsat till de ekonomiska aktörer som ursprungligen godkännts av Landsbygdsverket (vilket hindrar nya rådgivare från att ansluta sig senare), innebär i själva verket en viss kvantitativ begränsning. Det beror emellertid enbart på rådgivningssystemets strikta begränsning i tiden, vilken är parallell med den begränsning som gäller för programmet för utveckling av landsbygden i Fastlandsfinland 2014–2020.

52. Vidare anser jag inte att domstolens hänvisning i domen Falk Pharma till att det under systemets hela giltighetstid ska stå nya anbudsgivare fritt att ansluta sig var den domens *ratio decidendi*, utan ett konstaterande som gjordes för fullständigheten skull. Det avgörande var att den upphandlande myndigheten hade tilldelat en av anbudsgivarna kontraktet med ensamrätt.²⁶

53. I förevarande fall har det, liksom i målet Falk Pharma, inte heller funnits något inslag av verklig konkurrens mellan kandidater, för att bedöma vilket av deras anbud som är bäst och samtidigt lämna de övriga därhän.

54. Vidare erinrade domstolen i den domen²⁷ om att denna avgörande faktor nu anges uttryckligen i definitionen av begreppet ”upphandling” i direktiv 2014/24. Ett av kriterierna däri är att den upphandlande myndigheten ska ha valt ut den ekonomiska aktör från vilken den sedan genom ett offentligt kontrakt anskaffar de byggtreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen.²⁸

55. Den positiva och negativa betydelsen av denna faktor framgår av skäl 4 i direktiv 2014/24, där det anges att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en viss uppgift utan selektivitet ”inte [bör] ses som upphandling”.

24 Enligt den finländska regeringen innebär det att detta förfarande skiljer sig från ett rent tillståndssystem och får det att mer likna ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i direktiv 2004/2018.

25 Enligt den hänskjutande domstolen uppkommer osäkerheten när det ska avgöras ”om det av ovannämnda egenskap att det inte står andra ekonomiska aktörer fritt att ansluta sig följer att det kan röra sig om ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i upphandlingsdirektivet (beslutet att begära förhandsavgörande, punkt 63).

26 Domen Falk Pharma, punkt 38.

27 *Ibidem*, punkt 40.

28 I artikel 1.2 i direktiv 2014/14 föreskrivs det att ”[m]ed 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”. Min kursivering.

VI. Förslag till avgörande

56. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som Högsta förvaltningsdomstolen har ställt på följande sätt:

”Artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, ska tolkas på så sätt att ett system för urval av tjänsteleverantörer för rådgivning åt jordbrukare som det som är aktuellt i det nationella målet, genom vilket ett offentligt organ godkänner samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller lämplighetskraven och godkänns på ett prov, utan att någon eller några rådgivare väljs ut i konkurrens med andra för att med ensamrätt tillhandahålla tjänsten, inte utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i det direktivet. Det saknar i det här sammanhanget betydelse att systemet har en begränsad giltighetstid, under vilken nya leverantörer inte får ansluta sig.”