



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 10 september 2020\*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av tjänster – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 2.1.5 – Begreppet ’offentligt kontrakt’ – Begreppet ’kontrakt med ekonomiska villkor’ – Anbud från anbudsgivare med ett pris på noll euro – Förkastande av anbudet – Artikel 69 – Onormalt lågt anbud”

I mål C-367/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden, Slovenien) genom beslut av den 30 april 2019, som inkom till domstolen den 8 maj 2019, i målet

**Tax-Fin-Lex d.o.o.**

mot

**Ministrstvo za notranje zadeve,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**LEXPERA d.o.o.,**

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras (referent) samt domarna S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe och N. Piçarra,

generaladvokat: M. Bobek,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Tax-Fin-Lex d.o.o., genom Z. Tavčar, chef,
- Ministrstvo za notranje zadeve, genom M. Bregar Hasanagić och M. Urek, båda i egenskap av ombud,

\* Rättegångsspråk: slovenska.

- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom L. Haasbeek, B. Rous Demiri och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 28 maj 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2.1.5 i 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), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 (EUT L 337, 2017, s. 19) (nedan kallat direktiv 2014/24).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Tax-Fin-Lex d.o.o., ett bolag etablerat i Slovenien, och Ministrstvo za notranje zadeve (inrikesministeriet, Slovenien) (nedan kallat ministeriet). Målet rör ministeriets beslut att förkasta bolagets anbud i ett förfarande för offentlig upphandling.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 Skäl 2 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Offentlig upphandling [är] ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. ... upphandlingsregler[na] ... bör därför ses över och moderniseras, i syfte att använda offentliga medel effektivare ...”.

- 4 I artikel 1.1 och 1.2 i avdelning I i direktiv 2014/24, som har rubriken ”Tillämpningsområde, definitioner och allmänna principer”, anges följande:

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

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

- 5 I artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv gäller följande definitioner:

...

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

6 Artikel 4 i direktivet har rubriken ”Tröskelvärden”. Där föreskrivs följande:

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

...

b) 144 000 [euro] för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av centrala statliga myndigheter och projektävlingar som anordnas av sådana myndigheter

...”

7 Artikel 18 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Principer för upphandling”. I artikel 18.1 föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

8 Avdelning II i direktiv 2014/24, med bestämmelser om offentliga kontrakt, innehåller ett kapitel III som handlar om upphandlingsförfarandets gång. Avsnitt 3 i detta kapitel har rubriken ”Val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”. I direktivets artikel 69 beträffande ”Onormalt låga anbud”, som ingår i avsnitt 3, föreskrivs följande:

”1. Den upphandlande myndigheten ska begära att de ekonomiska aktörerna lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, om anbudet förefaller vara onormalt lågt i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna.

2. De förklaringar som avses i punkt 1 kan särskilt beröra

a) besparingar avseende sättet att tillverka varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna eller byggmetoderna,

b) tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att leverera varor, tillhandahålla tjänster eller utföra byggentreprenaden,

c) originaliteten i de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren,

...

f) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

3. Den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren. Den får endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits, med hänsyn till de faktorer som avses i punkt 2.

...”

### **Slovensk rätt**

- 9 I artikel 2.1 i Zakon o javnem naročanju (lagen om offentlig upphandling) av den 30 maj 2015 (Uradni list RS, nr 91/2015), i den lydelse som är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet (nedan kallad ZJN), föreskrivs följande:

”De begrepp som används i denna lag har följande betydelse:

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

...”

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 10 Den 7 juni 2018 offentliggjorde ministeriet ett meddelande om upphandling. Upphandlingen var uppdelad i två delar och avsåg åtkomsten till ett rättsinformationssystem för en period av 24 månader. Kontraktets uppskattade värde, såsom det fastställts av ministeriet, uppgick till 39 959,01 euro.
- 11 Vad gäller den första delen av upphandlingen, erhöll ministeriet endast två anbud inom den föreskrivna fristen. Ett av dem var anbudet från Tax-Fin-Lex, klaganden i målet vid den nationella domstolen, som erbjöd ett pris på noll euro.
- 12 Genom ett beslut av den 11 januari 2019 underrättades Tax-Fin-Lex om att bolagets anbud hade förkastats på grund av att slutpriset i anbudet var noll euro, vilket enligt ministeriet strider mot reglerna om offentlig upphandling, och om att kontraktet för den första delen hade tilldelats den andra anbudsgivaren.
- 13 Den 17 januari 2019 begärde Tax-Fin-Lex att ministeriet skulle ompröva sitt beslut att förkasta bolagets anbud. Efter det att ministeriet den 5 februari 2019 beslutat att inte ändra sitt beslut, hänvisade det ärendet vidare till den hänskjutande domstolen den 11 februari 2019, varigenom det nationella målet inleddes.
- 14 Den hänskjutande domstolen har inledningsvis påpekat att direktiv 2014/24 visserligen inte direkt reglerar situationen i det nationella målet, men att den slovenska lagstiftaren vid införlivandet av direktivets bestämmelser med nationell rätt beslutade att uttrycket ”offentligt kontrakt” skulle beteckna både kontrakt vilkas värde överstiger tröskelvärdet i direktivet och kontrakt vilkas värde understiger detta tröskelvärde, varför EU-domstolen således är behörig att besvara de frågor som ställts.
- 15 I sak har den hänskjutande domstolen understrukit att ministeriets beslut att förkasta Tax-Fin-Lex anbud endast grundades på anbudets belopp. Den hänskjutande domstolen vill i detta avseende för det första få klarhet i huruvida ett avtal kan kvalificeras som ett ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24, när den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tillhandahålla sin avtalspart någon motprestation, men den sistnämnda enligt avtalet får tillgång till en ny marknad eller nya användare och, följaktligen referenser, vilket kan innebära en framtida ekonomisk fördel för avtalsparten. Den hänskjutande domstolen vill således få klarhet i huruvida enbart den omständigheten att erhållandet av det offentliga kontraktet i sig har ett ekonomiskt värde för den ekonomiska aktören – även om det inte är möjligt att uttrycka detta värde i pengar vid tilldelningen av kontraktet eller vid ingåendet av kontraktet – i sig kan räcka för att kontraktet ska kvalificeras som ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i denna bestämmelse.

- 16 För det andra, om det i ett sådant fall inte är fråga om ett ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24, vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida denna bestämmelse kan utgöra en självständig rättslig grund för att förkasta ett anbud i vilket priset är fastställt till noll euro.
- 17 Den hänskjutande domstolen anger att man skulle kunna anse att det avtal som blir resultatet om ett sådant anbud godtas, inte är att betrakta som ett upphandlingskontrakt. Detta skulle innebära att det förfarande för offentlig upphandling som inletts av den upphandlande myndigheten inte resulterar i tilldelning av ett upphandlingskontrakt, utan i något annat, exempelvis en gåva.
- 18 Den hänskjutande domstolen har emellertid påpekat att artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 definierar begreppet ”offentligt kontrakt” för att avgöra i vilka fall det direktivet är tillämpligt, men att denna definition inte styr själva upphandlingsförfarandet. Domstolen har förklarat att den upphandlande myndigheten när den inledde den offentliga upphandlingen i det nationella målet bedömde att den skulle bli tvungen att tillhandahålla en motprestation för att erhålla de tjänster som kontraktet avsåg. Anbudsgivarnas agerande och innehållet i deras anbud kan inte ha någon inverkan på den upphandlande myndighetens tidigare bedömning. Efter det att ett förfarande för offentlig upphandling har inletts och anbuden har mottagits är den upphandlande myndigheten skyldig att beakta anbuden och utvärdera dem utifrån endast de kriterier som fastställts i förväg. Det ska tilläggas att de upphandlande myndigheternas syfte med att genomföra förfaranden för offentlig upphandling inte är att ingå kontrakt med ekonomiska villkor, utan att erhålla varor eller tjänster. I det aktuella fallet skulle den upphandlande myndigheten erhålla de tjänster för vilka anbuds förfarandet inletts även om den godtog anbudet med ett pris på noll euro.
- 19 Mot denna bakgrund beslutade Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden, Slovenien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Föreligger det ett ’kontrakt med ekonomiska villkor’ vilket enligt artikel [2.1.5] i direktiv 2014/24 är kännetecknande för ett offentligt kontrakt, om den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tillhandahålla någon motprestation men den ekonomiska aktören genom fullgörandet av kontraktet får tillträde till en ny marknad och referenser?
- 2) Kan eller ska artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 tolkas så, att bestämmelsen utgör en rättslig grund för att underkänna ett anbud med ett pris på noll euro?”

### Prövning av tolkningsfrågorna

- 20 Domstolen konstaterar inledningsvis att värdet av det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet understiger det tröskelvärde på 144 000 euro som anges i artikel 4 b i direktiv 2014/24, vilket innebär att kontraktet inte ingår i direktivets tillämpningsområde. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat använde sig emellertid den slovenska lagstiftaren, när den i artikel 2.1 ZJN införlivande direktivets bestämmelser med nationell rätt, av den definition av ”offentligt kontrakt” som återfinns i artikel 2.1.5 i detta direktiv. Det innebär att denna definition är tillämplig på alla offentliga kontrakt som regleras av ZJN, oavsett deras värde.
- 21 Det framgår av fast rättspraxis att det är motiverat att EU-domstolen tolkar unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av tillämpningsområdet för dessa bestämmelser när unionsbestämmelserna genom nationell rätt har blivit tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt, i syfte att säkerställa att de behandlas på samma sätt som de situationer som omfattas av unionsbestämmelsernas tillämpningsområde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 och C-197/89, EU:C:1990:360, punkterna 36, 37 och 41, och dom av den 24 oktober 2019, Belgische Staat, C-469/18 och C-470/18, EU:C:2019:895, punkt 23).

- 22 Tolkningsfrågorna ska således besvaras.
- 23 Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor, vilka ska prövas gemensamt, för att få klarhet i huruvida artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör en rättslig grund för att förkasta en anbudsgivares anbud inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling av det enda skälet att den upphandlande myndigheten inte tillhandahåller någon ekonomisk motprestation, då priset i anbudet är noll euro, och anbudsgivaren endast, genom att fullgöra kontraktet, får tillgång till en ny marknad och referenser som denne eventuellt kan göra gällande i samband med kommande anbudsförfaranden.
- 24 I artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 definieras ”offentligt kontrakt” som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster”.
- 25 Enligt EU-domstolens praxis framgår det av den gängse rättsliga innebörden av uttrycket ”med ekonomiska villkor”, att det syftar på ett kontrakt varigenom varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 28). Den ömsesidigt förpliktande karaktären hos ett avtal utgör således ett huvudkännetecken för ett offentligt kontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43, dom av den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punkt 40, och dom av den 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punkt 47).
- 26 Domstolen konstaterar, såsom generaladvokaten påpekat i punkt 47 i sitt förslag till avgörande, att även om denna motprestation inte nödvändigtvis måste bestå i utbetalning av en penningssumma, och att belöningen för prestationen således kan bestå av en annan form av motprestation, såsom exempelvis ersättning för kostnader som uppkommit för att tillhandahålla den tjänst som avtalet gäller (se, bland annat, dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 29, dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 31, och dom av den 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 29), så innebär den ömsesidigt förpliktande karaktären hos ett offentligt kontrakt nödvändigtvis att det skapas rättsligt bindande skyldigheter för vardera parten i avtalet, vars fullgörande måste kunna åberopas inför domstol (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 60–62).
- 27 Härav följer att ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet juridiskt sett inte är skyldig att tillhandahålla någon prestation i utbyte mot den prestation som dess medkontrahent har åtagit sig att utföra inte omfattas av begreppet ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24.
- 28 Den omständigheten – som den hänskjutande domstolen har hänvisat till och som gäller för varje förfarande för offentlig upphandling – att tilldelningen av kontraktet skulle kunna ha ett ekonomiskt värde för anbudsgivaren, genom att anbudsgivaren ges tillgång till en ny marknad eller kan erhålla referenser, är alltför oberäknelig, och den kan följaktligen inte, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 63–66 i sitt förslag till avgörande, räcka för att kontraktet ska kvalificeras som ett ”kontrakt med ekonomiska villkor”.
- 29 Domstolen konstaterar emellertid att begreppet ”offentliga kontrakt” endast definieras i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 för att avgöra huruvida detta direktiv är tillämpligt. Såsom framgår av artikel 1.1 i direktivet ska direktivet nämligen endast tillämpas på ”offentliga kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1.5, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4 i direktivet.

- 30 Härav följer att artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 inte kan utgöra en rättslig grund för att förkasta ett anbud med ett pris på noll euro. Det betyder att denna bestämmelse inte kan tjäna som grund för att automatiskt utesluta ett anbud i en offentlig upphandling med ett pris på noll euro, genom vilket en aktör erbjuder sig att tillhandahålla den upphandlande myndigheten de byggentreprenader, varor eller tjänster som denna önskar förvärva utan att begära någon motprestation.
- 31 Under dessa förhållanden, då ett anbud med ett pris på noll euro kan betecknas som ett onormalt lågt anbud, i den mening som avses i artikel 69 i direktiv 2014/24, ska en upphandlande myndighet som har att ta ställning till ett sådant anbud följa det förfarande som föreskrivs i denna bestämmelse genom att begära förklaringar från anbudsgivaren om beloppet i anbudet. Det följer nämligen av den underliggande logiken i artikel 69 i direktiv 2014/24 att ett anbud inte automatiskt kan förkastas enbart av det skälet att det pris som erbjudits är noll euro.
- 32 Det framgår av punkt 1 i artikel 69 att den upphandlande myndigheten, om anbudet förefaller vara onormalt lågt, ska begära att anbudsgivaren lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, och att dessa förklaringar särskilt kan beröra de faktorer som avses i punkt 2 i artikel 69. Nämnade förklaringar bidrar således till utvärderingen av anbudets tillförlitlighet och gör det möjligt att fastställa att det aktuella anbudet, även om anbudsgivaren erbjuder ett pris på noll euro, inte kommer att hindra att kontraktet fullgörs på ett korrekt sätt.
- 33 Det framgår nämligen av punkt 3 i artikel 69 att den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren, och endast får förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priserna eller kostnaderna.
- 34 Dessa uppgifter ska dessutom bedömas med iakttagande av principerna om likabehandling och icke-diskriminering av anbudsgivare samt principerna om öppenhet och proportionalitet, vilka enligt artikel 18.1 i direktiv 2014/24 ska iakttas av den upphandlande myndigheten.
- 35 Det innebär att när en anbudsgivare har lämnat ett anbud med ett pris på noll euro, är det mot bakgrund av en eventuell tillämpning av artikel 69 i direktiv 2014/24 som bedömningen ska göras av anbudsgivarens argument att det pris som anges i anbudet förklaras av att denne räknar med att få tillträde till en ny marknad eller till referenser om anbudet antas.
- 36 Med hänsyn till det ovan anförda ska tolkningsfrågorna besvaras på följande sätt: Artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den inte utgör en rättslig grund för att förkasta en anbudsgivares anbud i ett förfarande för offentlig upphandling enbart av det skälet att priset i anbudet är noll euro.

### Rättegångskostnader

- 37 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

**Artikel 2.1.5. i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017, ska tolkas så, att den inte utgör en rättslig grund för att förkasta en anbudsgivares anbud i ett förfarande för offentlig upphandling enbart av det skälet att priset i anbudet är noll euro.**

Underskrifter