Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 24. februar 2022 [1]

Sag C-669/20

Veridos GmbH
mod
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien))

»Præjudicielt spørgsmål – fremgangsmåderne ved indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter – direktiv 2014/24/EU – direktiv 2009/81/EF – fastsættelse af et kriterium for vurderingen af et unormalt lavt tilbud – krav om mindst tre tilbud«

1. Når tildelingen af visse offentlige kontrakter skal finde sted på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller det billigste tilbud, tillader EU-retten den ordregivende myndighed at afvise »unormalt lave tilbud«, som ikke er tilstrækkeligt begrundede.

2. I den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse rejses forskellige spørgsmål vedrørende en offentlig kontrakt om planlægning, etablering og administration af en ordning for udstedelse af bulgarske identitetsbeviser. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst:

– på hvilke betingelser og i hvilket omfang den ordregivende myndighed er forpligtet til at undersøge, om der foreligger unormalt lave tilbud i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2009/81/EF [2] og direktiv 2014/24/EU [3]

– på hvilket tidspunkt der skal foretages domstolsprøvelse af den ordregivende myndigheds vurdering, hvorved det konstateres, at der ikke foreligger et unormalt lavt tilbud, samt hvorvidt denne vurdering skal være begrundet.

[1] – Originalsprog: spansk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EUT 2009, L 216, s. 76).

[3] – 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).

A. EU-retten

1. Direktiv 2014/24

3. Følgende fremgår af 90. betragtning:

»Kontrakter bør tildeles på grundlag af objektive kriterier, som sikrer overholdelse af principperne om gennemsigtighed, ikkeforskelsbehandling og ligebehandling, med henblik på at sikre en objektiv sammenligning af tilbuddenes relative værdi for under forhold med effektiv konkurrence at fastslå, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. […]

For at fremme mere kvalitetsorienterede offentlige udbud bør det være tilladt for medlemsstaterne at forbyde eller indskrænke brugen af pris eller omkostning alene til at vurdere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, når de vurderer, at det er hensigtsmæssigt.

For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør de ordregivende myndigheder være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakter. Ordregivende myndigheder bør derfor være forpligtet til at oplyse, hvilke kriterier de anvender for tildelingen af kontrakten, og hvordan de relativt vægter de enkelte kriterier […].«

4. 92. betragtning har følgende affattelse:

»De ordregivende myndigheder bør i forbindelse med vurderingen af det bedste forhold mellem pris og kvalitet fastlægge de økonomiske og kvalitative kriterier, der knytter sig til kontraktens genstand, som de vil anvende i den forbindelse. Disse kriterier bør dermed gøre det muligt at foretage en sammenlignende vurdering af de enkelte tilbud i forhold til kontraktens genstand som defineret i de tekniske specifikationer. For så vidt angår det bedste forhold mellem pris og kvalitet indeholder dette direktiv en ikkeudtømmende liste over mulige tildelingskriterier, der omfatter miljømæssige og sociale aspekter. Ordregivende myndigheder bør tilskyndes til at vælge tildelingskriterier, der giver dem mulighed for at opnå bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser af høj kvalitet, og som bedst svarer til deres behov.

De valgte tildelingskriterier bør ikke give den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, og de bør sikre muligheden for effektiv og fair konkurrence og skal være ledsaget af ordninger, der muliggør effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger.

[…]«

5. Artikel 56 (»Generelle principper«) bestemmer:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne opstillet i artikel 67-69, hvis den ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 59-61 har verificeret, at samtlige følgende betingelser er opfyldt:

[…]«

6. Artikel 69 (»Unormalt lave tilbud«) har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne.

[…]

3. Den ordregivende myndighed vurderer de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen. Den ordregivende myndighed må kun afvise tilbuddet, hvis den foreslåede lave pris eller de foreslåede lave omkostninger ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation […]«

2. Direktiv 2009/81

7. Følgende fremgår af 15. betragtning:

»Kontrakter i medlemsstaterne, der indgås af ordregivere som omhandlet i […] direktiv 2004/17/EF […] og af ordregivende myndigheder som omhandlet i […] direktiv 2004/18/EF […], er underlagt traktatens principper, herunder navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.

[…]«

8. 69. betragtning er affattet som følger:

»Tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på gennemsigtig og objektiv måde og på reelle konkurrencevilkår. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier: »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.«

9. Det bestemmes i artikel 38 (»Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter«):

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 47 og 49 under hensyn til artikel 19, efter at de ordregivende myndigheder eller ordregiverne har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 39 eller 40, er egnede efter kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 41-46 og om nødvendigt efter de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i denne artikels stk. 3.

[…]«

10. Artikel 49 (»Unormalt lave tilbud«) foreskriver:

»1. Hvis tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til varen, bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen, skal den ordregivende myndighed eller

ordregiveren, inden den kan afvise sådanne tilbud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.

[…]

2. Den ordregivende myndighed eller ordregiveren undersøger, efter at have konsulteret tilbudsgiveren, tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet.

[…]«

11. Artikel 55 (»Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«), stk. 2, har følgende affattelse:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over den ordregivende myndigheds eller ordregivers beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 56 til 62 med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med [EU-]retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret.«

B. Bulgarsk ret

12. Artikel 72 i Zakon za obshtestvenite porachki (lov om offentlige indkøb), som bærer overskriften »Unormalt gunstige tilbud«, bestemmer:

»1. Såfremt en tilbudsgivers tilbud med hensyn til prisen eller udgifterne henset til den samme vurderingsfaktor er mere end 20% gunstigere end middelværdien af de øvrige tilbudsgiveres tilbud, kræver den ordregivende myndighed, at der inden for fem dage efter modtagelsen af anmodningen herom afgives en udførlig skriftlig redegørelse for, hvorledes tilbuddet blev udarbejdet.«

II. De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13. Republikken Bulgariens indenrigsministerium indledte som ordregivende myndighed en udbudsprocedure vedrørende »planlægning, etablering og administration af en ordning for udstedelse af bulgarske identitetsbeviser for generation 2019« [4].

14. Efter at der var blevet foretaget prækvalifikation, blev Veridos GmbH (herefter »Veridos«) og konsortiet Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (herefter »Mühlbauer«) opfordret til at afgive tilbud.

15. Kontrakten blev i sidste ende tildelt Mühlbauer [5].

16. Veridos anfægtede tildelingen ved Komisia za zashtita na konkurentsiata (konkurrencemyndighed, Bulgarien), idet selskabet gjorde gældende, at det vindende tilbud var unormalt lavt [6].

4 – Bekendtgørelse offentliggjort ved afgørelse nr. 5785 MPR-58 af 15.8.2018.

5 – Afgørelse nr. 5785 MPR-35 af 29.4.2020.

6 – Forelæggelsesafgørelsens præmis 41 in fine.

17. Konkurrencemyndigheden forkastede Veridos' søgsmål ved afgørelse af 25. juni 2020. Efter dens opfattelse kunne artikel 72 i lov om offentlige indkøb ikke finde anvendelse, eftersom der kun var afgivet to tilbud, og det derfor ikke var muligt at foretage den i bestemmelsen foreskrevne beregning af middelværdien med henblik på at afgøre, om et af tilbuddene var unormalt lavt.

18. Veridos appellerede afgørelsen af 25. juni 2020 til Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien), som har indgivet følgende præjudicielle spørgsmål til Domstolen:

»1) Skal artikel 56 i direktiv [2014/24], sammenholdt med dette direktivs artikel 69 og artikel 38 i [direktiv 2009/81], sammenholdt med dette direktivs artikel 49, fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt et kriterium for vurderingen af et unormalt lavt tilbud objektivt ikke finder anvendelse, og der ikke findes noget andet kriterium, som er valgt af den ordregivende myndighed og er bekendtgjort på forhånd, ikke er forpligtet til at gennemføre en undersøgelse af, om der foreligger et unormalt lavt tilbud?

2) Skal artikel 56 i direktiv 2014/24, sammenholdt med dette direktivs artikel 69 og artikel 38 i direktiv 2009/81, sammenholdt med dette direktivs artikel 49, fortolkes således, at den ordregivende myndighed kun er forpligtet til at gennemføre en undersøgelse af, om der foreligger unormalt lave tilbud, såfremt der er mistanke i forbindelse med et tilbud, eller er den ordregivende myndighed derimod forpligtet til altid at sikre sig, at de afgivne tilbud er seriøse, idet den anfører en relevant begrundelse herfor?

3) Er den ordregivende myndighed underlagt et sådant krav, når der kun er afgivet to tilbud i forbindelse med udbudsproceduren?

4) Skal artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [herefter »chartret«] fortolkes således, at den ordregivende myndigheds vurdering af, om der ikke er nogen mistanke om, at der foreligger et unormalt lavt tilbud, eller myndighedens overbevisning om, at der foreligger et seriøst tilbud for så vidt angår den deltager i udbuddet, der er placeret som nr. 1, er underlagt domstolskontrol?

5) Såfremt det foregående spørgsmål besvares bekræftende, skal [chartrets] artikel 47 da fortolkes således, at en ordregivende myndighed i en udbudsprocedure, som ikke har undersøgt, om der foreligger et unormalt lavt tilbud, er forpligtet til at begrunde, hvorfor der ikke er mistanke om, at der foreligger et unormalt lavt tilbud, dvs. med hensyn til seriøsiteten af det tilbud, der er placeret som nr. 1?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 8. december 2020.

20. Den 1. februar 2021 besluttede Domstolens præsident at afvise anmodningen om at behandle sagen inden for rammerne af den fremskyndede procedure.

21. Der er indgivet skriftlige indlæg af Veridos, Mühlbauer, den østrigske, den bulgarske, den tjekkiske og den franske regering samt af Europa-Kommissionen.

22. Det er ikke blevet anset for nødvendigt at afholde et retsmøde.

IV. Bedømmelse

A. Indledende betragtninger

23. Direktiv 2009/81 finder anvendelse på den foreliggende sag, eftersom der er tale om en offentlig kontrakt vedrørende udstedelse af identitetsbeviser inden for »forsvars- og sikkerhedsområdet«[7]. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den ordregivende myndighed netop i overensstemmelse med dette direktiv offentliggjorde udbuddet af en enkelt kontrakt[8].

24. De af den forelæggende ret rejste spørgsmål omhandler imidlertid de relevante bestemmelser i direktiv 2009/81 og 2014/24. Den forelæggende ret har begrundet sin fremgangsmåde med, at »de relevante bestemmelser i de to direktiver har identisk indhold og en analog funktion«[9]. Der er intet til hinder herfor, eftersom de bestemmelser, der ønskes fortolket i de to direktiver, i det væsentlige er identiske, hvorfor Domstolens besvarelse vil være lige anvendelig for dem alle[10].

25. På tilsvarende vis kan Domstolens praksis på dette område – selv når der henvises til analoge bestemmelser i andre direktiver vedrørende offentlige kontrakter end de to ovennævnte – overføres til den foreliggende sag, således som jeg vil gøre rede for i det følgende.

26. I kraft af deres indhold kan de af den forelæggende ret rejste spørgsmål inddeles i to grupper:

– I de tre første spørgsmål skal der tages stilling til, om den ordregivende myndighed har pligt til at kontrollere, om der foreligger unormalt lave tilbud, og i bekræftende fald på hvilke betingelser og i hvilket omfang.

7 – Den bulgarske regering har anført (punkt 9 i dens skriftlige indlæg), at den teknologi og de materialer, der anvendes til identitetsbeviserne, kræver eller indeholder klassificerede oplysninger, og at de derfor kan henføres under det »følsomme materiel«, der er omhandlet i artikel 2, litra b) og c), i direktiv 2009/81.

8 – Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen (præmis 22), at den ordregivende myndighed har »truffet afgørelsen og offentliggjort indgåelsen af en enkelt kontrakt som omhandlet i direktiv 2009/81«, idet den har henholdt sig til direktivets 24. betragtning i stedet for at udnytte den mulighed, der åbnes op for i 13. betragtning til direktiv 2014/24. I henhold til artikel 16, stk. 2, litra b), i sidstnævnte direktiv forholder det sig således i forbindelse med blandede kontrakter, at »hvis dele af en given kontrakt er omfattet af direktiv 2009/81/EF, kan kontrakten tildeles i overensstemmelse med nævnte direktiv, forudsat at tildelingen af en enkelt kontrakt er berettiget af objektive grunde«.

9 – Forelæggelsesafgørelsens præmis 22.

10 – De normative henvisninger til unormalt lave tilbud har siden vedtagelsen af artikel 29, stk. 5, i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971, L 185, s. 1) været og er fortsat en konstant faktor i EU-retten på området for indgåelse af offentlige kontrakter. De fandtes i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977, L 13, s. 1), artikel 25, stk. 5, Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT 1992, L 209, s. 1), artikel 37, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1993, L 199, s. 12), artikel 27, Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54), artikel 30, stk. 4, og Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1993, L 199, s. 84), artikel 34. Disse formuleringer er blevet gentaget i de efterfølgende generationer af denne lovgivning, bl.a. i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1), artikel 57, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF 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), artikel 55, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243), artikel 84.

– Det fjerde og det femte spørgsmål drejer sig om den ordregivende myndigheds begrundelse i de tilfælde, hvor den ikke vurderer, at der foreligger unormalt lave tilbud, samt om domstolsprøvelsen af en sådan vurdering.

B. Pligten til at undersøge, om der foreligger unormalt lave tilbud (det første, det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål)

27. Med den forelæggende rets ord er tvisten alene begrænset til de beføjelser, som den nationale lovgiver har udøvet i forbindelse med fastsættelsen af kriterierne i artikel 72, stk. 1, i lov om offentlige indkøb for vurderingen af, om der foreligger et unormalt billigt tilbud [11].

28. Hvis jeg har forstået den forelæggende rets argumentation korrekt, fremgår det tilsyneladende af dens fortolkning af den nationale bestemmelse, at det *eneste* kriterium for at kvalificere et tilbud som »unormalt billigt« er, at det skal være 20% billigere end middelværdien af de øvrige tilbudsgiveres tilbud. Kan dette kriterium ikke anvendes som følge af, at der alene foreligger to tilbud, vil den ordregivende myndighed ikke kunne undersøge, om nogen af de to tilbud er unormale [12].

29. Inden jeg tager stilling til, om den således fortolkede nationale bestemmelse [13] er i overensstemmelse med direktiv 2009/81 og 2014/24 (navnlig artikel 49 i det førstnævnte og artikel 69 i det sidstnævnte), skal jeg erindre om følgende:

– Artikel 49 i direktiv 2009/81 pålægger den ordregivende myndighed at kontrollere og sikre sig, at tilbuddene er seriøse. Hvis den anser et af tilbuddene for at være unormalt lavt i forhold til ydelsen, skal den skriftligt anmode om sådanne oplysninger om det pågældende tilbuds sammensætning, som den anser for relevante.

– Det fremgår af artikel 69 i direktiv 2014/24, at de ordregivende myndigheder »kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne«.

[11] – Forelæggelsesafgørelsens præmis 23. Efter at have gengivet den nævnte bestemmelse har den forelæggende ret anført, at kriterierne for at anse et tilbud, som er mere end 20% gunstigere end middelværdien af de øvrige tilbudsgiveres tilbud, for unormalt »implicit [kræver], at der foreligger mindst tre tilbud, idet vurderingen af et tilbud sker ved anvendelse af middelværdien af de to andre tilbud«.

[12] – Den bulgarske regering (punkt 34 i dens skriftlige indlæg) er af samme overbevisning: Når der kun foreligger to tilbud, mangler det objektive identifikationskriterium for at kvalificere dem som unormalt lave, hvorfor det ikke er muligt for den ordregivende myndighed at mistænke det ene tilbud for at være af en sådan art.

[13] – Om end det naturligvis tilkommer den forelæggende ret at fortolke den nationale lovgivning, kunne man spørge sig selv, om sammenligningen af et tilbuds pris med middelværdien af de øvrige tilbud i henhold til den bulgarske lovgivning i virkeligheden blot udgør ét blandt flere mulige indicier for, at et tilbud er unormalt. Set ud fra denne synsvinkel vil den ordregivende myndighed kunne anvende andre subsidiære kriterier, der, selv om det ikke udtrykkeligt er nævnt i den pågældende lovgivning, giver mulighed for at bedømme, om et tilbud i sig selv er unormalt.

30. Som jeg allerede har bemærket, skal disse bestemmelser læses i lyset af Domstolens praksis, eftersom unionslovgiver ikke har defineret begrebet »unormalt lave tilbud« heri og ej heller har angivet en specifik metode til at beregne en tærskel for, hvornår et tilbud er *unormalt lavt* [14]. Dette er som nævnt årsagen til relevansen af den retslige fortolkning, der gennem tiden har fundet sted i et væsentligt omfang på dette område [15].

31. Domstolen har udtalt følgende:

– for så vidt angår direktiv 92/50, at det »tilkommer medlemsstaterne og navnlig de ordregivende myndigheder at fastlægge en metode til beregning af en tærskel for, hvornår der foreligger et »unormalt lavt bud« […]« [16]

– med hensyn til direktiv 93/37, at den ordregivende myndighed ikke kan unddrage sig pligten til at »udpege de bud, der giver anledning til mistanke«, og i givet fald at iværksætte en (kontradiktorisk) kontrolprocedure [17]

– i forbindelse med direktiv 2004/18 [18], at »[u]nionslovgiver har haft til hensigt at *kræve, at den ordregivende myndighed skal gennemgå* sammensætningen af de bud, der er unormalt lave, ved herved at forpligte myndigheden til at anmode ansøgerne om at fremlægge de fornødne bevisligheder for at godtgøre, at disse tilbud er seriøse« [19].

32. For så vidt angår artikel 69 i direktiv 2014/24 har Domstolen bekræftet:

– at de ordregivende myndigheder *kræver*, at tilbudsgiveren gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt, og disse redegørelser kan især vedrøre de elementer, som er nævnt i stk. 2 [20]

– at den ordregivende myndighed skal vurdere de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen, og at den kun kan afvise tilbuddet, hvis det foreslåede lave pris- eller omkostningsniveau ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation [21].

33. Kort sagt pålægger EU-retten i alle tilfælde de ordregivende myndigheder en pligt til at kontrollere, om nogen af de fremsatte tilbud umiddelbart lader til at være unormalt lave.

14 – Kommissionen har understreget dette i sin *Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*, meddelelse af 24.7.2019, C(2019) 5494 final, afsnit 2.1.

15 – Denne kontinuitet ses navnlig i dom af 22.6.1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, herefter »Fratelli Costanzo-dommen«), af 27.11.2001, Lombardini og Mantovani (C-285/99 og C-286/99, EU:C:2001:640, herefter »Lombardini og Mantovani-dommen«), af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), af 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), af 19.10.2017, Agriconsulting Europe mod Kommissionen (C-198/16 P, EU:C:2017:784), og af 10.9.2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685, herefter »Tax-Fin-Lex-dommen«).

16 – Dom af 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, præmis 49).

17 – Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 55.

18 – Hvis artikel 55, stk. 1, svarer til artikel 49, stk. 1, i direktiv 2009/81.

19 – Dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 28). Min fremhævelse.

20 – Tax-Fin-Lex-dommen, præmis 32.

21 – Ibidem, præmis 33.

34. Det er i denne forbindelse uden betydning, at »et [i den nationale lovgivning fastsat] kriterium for vurderingen af et unormalt lavt tilbud« ikke kan finde anvendelse, og at der ikke på forhånd er blevet bekendtgjort et andet kriterium, som er valgt af den ordregivende myndighed. Den ordregivende myndighed kan som nævnt ikke undlade at kontrollere, om tilbuddet (alle tilbuddene) kan mistænkes for dumdristighed.

35. Det har heller ingen betydning, om der kun har deltaget to kandidater i udbudsproceduren: Begge disse tilbud skal undersøges grundigt af den ordregivende myndighed, som skal tage stilling til, om de kan være mistænkelige.

36. I første omgang tilkommer det som nævnt medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder at fastlægge en metode til beregning af en tærskel for, hvornår der foreligger et »unormalt lavt bud«. EU-retten tilbyder under alle omstændigheder nogle retningslinjer for fastsættelsen af formålet med de oplysninger, der kan kræves af den tilbudsgiver, der har fremsat et mistænkeligt tilbud [22].

37. Den bulgarske regering har anført, at en konstatering af unormalt lave tilbud alene kan baseres på aritmetiske beregninger som den, der er foreskrevet i den nationale lovgivning. Efter dens opfattelse sikrer denne løsning en objektivitet, som ikke vil kunne sikres, hvis konstateringen af mistænkelige tilbud hviler på den ordregivende myndigheds subjektive vurdering [23].

38. Jeg er ikke enig i dette argument. Den ordregivende myndighed skal identificere de tilbud, som angiveligt er mistænkelige (og som derfor skal underlægges den kontradiktoriske kontrolprocedure), under hensyntagen til de samlede kendetegn ved udbuddets genstand. En sammenholdelse med de øvrige konkurrerende tilbud kan ganske vist i bestemte tilfælde bidrage til at konstatere afvigelser, men den må ikke udgøre det *eneste* kriterium, som anvendes af den ordregivende myndighed. En undersøgelse af alle dets elementer – anskuet som et samlet hele – giver myndigheden mulighed for at afgøre, om det mistænkelige tilbud, på trods af det umiddelbare indtryk og dets afvigelse fra priserne i de andre kandidaters tilbud [24], er tilstrækkelig seriøst.

39. Endvidere har Domstolen allerede fastslået, at anvendelsen af et rent matematisk kriterium kan være til hinder for udviklingen af en effektiv konkurrence på området for indgåelse af offentlige kontrakter. Dette var tilfældet i de sager, der blev afgjort ved Fratelli Costanzo-dommen og Lombardini og Mantovani-dommen:

– I den første sag blev bud i henhold til italiensk ret anset for unormale og udelukket fra proceduren, »såfremt de indeholder nedslag, der overstiger det gennemsnitlige nedslag efter de antagne bud, med tillæg af en procentandel anført i licitationsbekendtgørelsen«. I henhold til bekendtgørelsen skulle samtlige bud, der ikke med mindst 9,48% oversteg licitationsbeløbet, automatisk udelukkes [25].

[22] – I henhold til artikel 49 i direktiv 2009/81 kan sådanne oplysninger omhandle: 1) besparelser i forbindelse med byggemetoden, produktionsmetoden for varerne eller udførelsen af tjenesteydelserne, 2) de anvendte tekniske løsninger og/eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at udføre bygge- og anlægsarbejdet eller for at levere varerne eller tjenesteydelserne, 3) originaliteten af de tilbudte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, 4) overholdelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse i ansættelsen og arbejdsforhold, der gælder på det sted, hvor varen, bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen skal leveres, 5) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren. Indholdet af artikel 69 i direktiv 2014/24 er stort set identisk hermed.

[23] – Punkt 18 i den bulgarske regerings skriftlige indlæg.

[24] – Domstolen afviste i Tax-Fin-Lex-dommen ikke, at en tilbudspris på 0 EUR under visse omstændigheder kan accepteres (dvs. ikke anses for unormalt lavt), uanset hvor meget denne pris afviger fra de øvrige fremsatte tilbud.

[25] – Fratelli Costanzo-dommen, præmis 6-10.

– I den anden sag skulle det procentvise nedslag, der forpligtede den ordregivende myndighed til at underkaste det unormale bud en kontrolundersøgelse, fastsættes »til en andel lig det aritmetiske gennemsnit af det procentvise nedslag for samtlige indgivne bud forhøjet med den gennemsnitlige aritmetiske afvigelse for de procentvise nedslag, der overstiger førstnævnte gennemsnit« [26].

40. Domstolen udtalte således, at »et matematisk kriterium, hvorefter bud anses for at være unormalt lave og dermed udelukket fra udbudsproceduren, når de er forhøjet med mindre end 10% af den gennemsnitlige forhøjelse af alle de antagne bud set i forhold til det basisbeløb, der er fastsat for arbejdets pris, fratager de bydende, der har afgivet særligt lave bud, muligheden for at bevise, at disse bud er holdbare, hvorfor anvendelsen af et sådant kriterium er i strid med formålet med direktiv 71/305, som er at fremme udviklingen af en effektiv konkurrence på området for offentlige bygge- og anlægskontrakter« [27].

41. Ud fra denne forudsætning kan det fastslås, at en national bestemmelse, hvorefter det *eneste* kriterium for at vurdere, om et tilbud er unormalt lavt, er, at det skal være 20% billigere end middelværdien af de øvrige tilbudsgiveres tilbud, ikke er forenelig med EU-retten.

42. Pligten til at kontrollere, om *samtlige* de fremsatte tilbud er seriøse, har til formål at sikre overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet, princippet om ikkeforskelsbehandling og princippet om ligebehandling, som alle skal iagttages i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter [28].

43. Dette formål ville blive bragt i fare, såfremt de nationale lovgivninger begrænsede sig til at anvende rent procentmæssige parametre (set i forhold til de øvrige tilbudsgivere) i de tilfælde, hvor et tilbud ville kunne kvalificeres som »unormalt lavt«, og dermed undlod at anvende bestemmelserne i artikel 49 i direktiv 2009/81 og artikel 69 i direktiv 2014/24.

C. Begrundelse for den ordregivende myndigheds vurdering af, om der foreligger et unormalt lavt tilbud, og domstolsprøvelse heraf (det fjerde og det femte præjudicielle spørgsmål)

44. I artikel 55, stk. 2, i direktiv 2009/81 sikres retten til at anfægte afgørelser truffet af den ordregivende myndighed [29]. Bestemmelsen er i tråd med ordningen i direktiv 89/665/EF [30] og sikrer som anført af Kommissionen, at de i chartrets artikel 47 omhandlede rettigheder respekteres [31].

[26] – Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 8.

[27] – Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 47, hvori der henvises til Fratelli Costanzo-dommen, præmis 18. I sidstnævnte dom blev det fastslået, at EU-retlige bestemmelser på området for indgåelse af offentlige kontrakter som dem, vi har med at gøre her, har direkte virkning som følge af deres indhold, ubetingethed og præcision.

[28] – For så vidt angår direktiv 2009/81 fremgår dette af dets 69. betragtning.

[29] – – »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over den ordregivende myndigheds eller ordregivers beslutninger […] med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med [EU-]retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret.«

[30] – Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33). I artikel 55, stk. 2, i direktiv 2009/81 gengives ordlyden af artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665, hvorfor Domstolens domme vedrørende sidstnævnte bestemmelse kan anvendes analogt.

[31] – Kommissionen har henvist til 36. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT 2007, L 335, s. 31). Det fremgår af denne betragtning, at »[d]ette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit«.

45. Medlemsstaterne har som hovedregel, og i henhold til artikel 55, stk. 4, i direktiv 2009/81, pligt til at sikre, at der er »adgang til klageprocedurerne […], i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«.

46. Med hensyn til de unormalt lave tilbud skal den anden gruppe spørgsmål besvares ud fra et dobbelt perspektiv:

– Dels i lyset af, om den ordregivende myndigheds afgørelse vedrørende et eller flere af de fremsatte tilbuds seriøsitet er af udtrykkelig eller implicit art.

– Dels med hensyn til muligheden for domstolsprøvelse af den ordregivende myndigheds vurdering.

1. Arten af den ordregivende myndigheds afgørelse (og den eventuelle begrundelse herfor)

47. Med sin henvisning til unormalt lave tilbud pålægger artikel 49 i direktiv 2009/81 ikke den ordregivende myndighed en vilkårlig pligt til *udtrykkeligt at tage stilling til*, om det pågældende tilbud er af en sådan art.

48. Pligten opstår derimod, hvis den ordregivende myndighed vurderer, at »tilbud vedrørende en bestemt kontrakt forekommer at være unormalt lave i forhold til varen, bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelsen«.

49. Som jeg tidligere har bemærket, består den pligt, der »påhviler den ordregivende myndighed, [i] for det første at udpege de bud, der giver anledning til mistanke« [32], under hensyntagen til de samlede kendetegn ved udbuddets genstand, og i givet fald af forholdet mellem hvert enkelt tilbud og de øvrige tilbud.

50. Vurderer den ordregivende myndighed ikke, at nogen af de således mistænkte tilbud viser sig at være unormalt lave, har den ingen pligt til at afgive en ad hoc-erklæring herom. Jeg er i denne henseende enig med Mühlbauer og den franske regering: Den ordregivende myndigheds accept af et tilbud er i sig selv et implicit udtryk for, at den ikke finder tilbuddet unormalt lavt.

51. En ad hoc-erklæring er alene nødvendig i det tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har gjort opmærksom på, at der muligvis foreligger et unormalt lavt tilbud, og derfor (i overensstemmelse med artikel 49, stk. 1, i direktiv 2009/81) har givet den pågældende tilbudsgiver mulighed for at bevise dens seriøsitet ved at anmode om de oplysninger, som den anser for relevante.

52. Efter at have afsluttet den nævnte kontradiktoriske kontrolprocedure skal den ordregivende myndighed i henhold til Domstolens praksis vurdere »relevansen af de nærmere oplysninger, den modtager fra de pågældende«, med henblik på at træffe en »beslutning om, hvorvidt den vil medtage disse bud[, der i første omgang var mistænkelige,] eller forkaste dem« [33]. Denne beslutning skal naturligvis være tilstrækkeligt begrundet.

[32] – Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 55.

[33] – Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 55.

53. Ved en mistanke om, at et tilbud er unormalt lavt, skal den ordregivende myndighed således – efter at have gennemført den respektive kontradiktoriske kontrolprocedure – *beslutte*, om den vil antage eller forkaste det pågældende tilbud. Når den ordregivende myndighed agerer på denne måde, skal dens beslutning komme til udtryk i form af en begrundet afgørelse, således at den berørte parts rettigheder respekteres [34].

54. Således fremgår det af artikel 35 i direktiv 2009/81, hvorefter den ordregivende myndighed »hurtigst muligt [underretter] ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til tildeling af kontrakten«.

55. Såfremt den ordregivende myndighed indledningsvis anser ingen af tilbuddene for at være unormalt lave, indledes der derimod ikke en kontradiktorisk kontrolprocedure, ligesom der ej heller træffes en udtrykkelig beslutning herom.

56. Under disse omstændigheder indeholder den afgørelse, hvormed udbudsproceduren afsluttes, implicit en beslutning om ikke at anse nogen af de fremsatte tilbud for at være unormalt lave. Den eneste begrundelse for denne beslutning er således, at der ikke foreligger nogen indicier, som har gjort det nødvendigt at foretage en konkret undersøgelse af et mistænkeligt tilbud.

2. Domstolsprøvelse af beslutningen om, hvorvidt et tilbud skal anses for at være unormalt lavt

57. For at kunne tage stilling til, hvordan den ufravigelige domstolsprøvelse af den ordregivende myndigheds beslutning skal foretages, er det nødvendigt at sondre mellem de to ovennævnte situationer: Enten har den ordregivende myndighed udtrykkeligt udtalt sig om, at et bestemt tilbud forekommer mistænkeligt, eller også har den udtalt sig implicit ved at afslutte udbudsproceduren uden at rejse nogen tvivl om seriøsiteten af dette eller andre tilbud.

58. Uanset om det måtte være direktiv 2009/81, som finder direkte anvendelse, vil jeg alligevel henvise til Domstolens praksis vedrørende direktiv 89/665 [35], eftersom det førstnævnte direktiv som nævnt indeholder en klageordning, der svarer til ordningen i det sidstnævnte direktiv.

59. Den prøvelse, der henvises til i den generelle bestemmelse i artikel 1, stk. 1, sidste punktum, i direktiv 89/665, omfatter alle beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne på dette område [36].

[34] – Som Domstolen bemærkede i kendelse af 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, præmis 33), følger det af fast retspraksis, »at den domstolskontrol, der er sikret ved chartrets artikel 47, kræver, at den pågældende skal kunne få kendskab til begrundelsen for den afgørelse, som er truffet i forhold til ham, enten ved at læse selve afgørelsen eller i en meddelelse af begrundelsen på hans begæring, såvel for at sætte ham i stand til at forsvare sine rettigheder under de bedst mulige betingelser og at afgøre, om sagen bør prøves af de kompetente retsinstanser, på grundlag af et fuldt kendskab til sagen, som for at sætte sidstnævnte fuldt ud i stand til at udøve en legalitetsprøvelse af den omhandlede nationale afgørelse«.

[35] – Betragtningerne i de følgende punkter (punkt 59-64) indeholder de betragtninger, som jeg fremførte i mit forslag til afgørelse Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] – Dom af 5.4.2017, Marina del Mediterráneo m.fl. (C-391/15, EU:C:2017:268, herefter »dommen i sagen Marina del Mediterráneo«, præmis 26): »[A]rtikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 [forudsætter] gennem anvendelsen af ordene »for så vidt angår procedurerne«[…], at alle beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter, og som kan tilsidesætte disse bestemmelser, er underlagt den retslige prøvelse, som er foreskrevet i samme direktivs artikel 2, stk. 1, litra a) og b).«

60. De beslutninger truffet af den ordregivende myndighed, som kan gøres til genstand for prøvelse, omfatter naturligvis beslutninger om tildeling af en kontrakt, hvorved et af tilbuddene vælges, men også andre former for beslutninger, som har indvirkning på de berørte parters retsstilling [37].

61. »[D]et tidspunkt, fra hvilket det ifølge artikel 1, stk. 1, skal være muligt at klage, […] [er] ikke […] formelt fastsat i direktiv 89/665« [38]. Det, som Domstolen har bestemt, er, at det sikres, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger [39].

62. EU-lovgiver har givet medlemsstaterne til opgave at præcisere de »nærmere bestemmelser« for klageprocedurerne vedrørende de ordregivende myndigheders beslutninger (artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665) [40].

63. Medlemsstaterne kan således i princippet lovgive om klager over den ordregivende myndigheds beslutninger ved at bestemme, at de kan indgives såvel samlet som særskilt (fra den overordnede anfægtelse). Direktiv 89/665 hverken kræver eller udelukker nogen af disse to ordninger.

64. Hvis medlemsstaterne inden for rammerne af deres procesautonomi vælger den samlede anfægtelse, skal de gøre dette uden at tilsidesætte formålene med direktiv 89/665 med hensyn til den påkrævede effektivitet og hurtighed. De skal desuden tage følgende i betragtning:

– at direktivet »[ikke] tillader […] medlemsstaterne at betinge klageadgangen af, at den omhandlede procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt formelt er nået til et bestemt stadium« [41].

– at en national lovgivning, afhængig af dens karakteristika, som »under alle omstændigheder kræver, at tilbudsgiveren afventer en beslutning om tildeling af den pågældende kontrakt, inden der indbringes en klage over, at der gives en anden tilbudsgiver adgang, [er] i strid med bestemmelserne i direktiv 89/665« [42].

65. Det må imidlertid ikke glemmes, at beskyttelsen af retssikkerhedsprincippet »ville blive bragt i fare, såfremt ansøgerne og de bydende på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kunne påberåbe sig overtrædelser af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter og således forpligte den ordregivende myndighed til at omgøre proceduren i sin helhed for at afhjælpe disse overtrædelser« [43].

[37] – Ibidem, præmis 27. Domstolen har således anlagt en »[vid] fortolkning af udtrykket en ordregivende myndigheds »beslutning«[, som] bekræftes af, at bestemmelsen i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 ikke indeholder nogen begrænsninger vedrørende de heri omhandlede beslutningers art og indhold«.

[38] – Ibidem, præmis 31.

[39] – Dom af 12.12.2002, Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 74).

[40] – Dommen i sagen Marina del Mediterráneo, præmis 32: »Da der ikke foreligger EU-retlige bestemmelser om, fra hvilket tidspunkt det skal være muligt at klage, er de nærmere bestemmelser for den retslige procedure, der har til formål at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, således efter fast retspraksis undergivet de nationale retsregler« med de begrænsninger, der følger af effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet.

[41] – Ibidem, præmis 31.

[42] – Ibidem, præmis 34.

[43] – Dom af 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis). Sikkerhedsprincippet kan imidlertid ikke adskilles fra kravet om effektivitet i direktiverne på området for indgåelse af offentlige kontrakter.

66. Retspraksis fra den sidstnævnte dom hænger sammen med Domstolens praksis vedrørende det i artikel 263 TEUF omhandlede annullationssøgsmål.

67. Som anført af den franske regering er det kun foranstaltninger, som har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål [44].

68. Eftersom der er tale om retsakter eller afgørelser, som udarbejdes eller træffes i forskellige faser, er det muligt at anfægte de foranstaltninger, som endeligt fastlægger det beslutningstagende organs standpunkt »ved afslutningen af en administrativ procedure, og som tilsigter at skabe bindende retsvirkninger […], modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige beslutning […]« [45].

69. Efter Domstolens opfattelse skal begrebet »de ordregivende myndigheders afgørelser« i henhold til artikel 1, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 89/665 fortolkes bredt, eftersom den nævnte bestemmelses ordlyd – som »generelt [omfatter] en ordregivende myndigheds beslutninger uden at sondre mellem disse beslutninger efter deres indhold eller det tidspunkt, hvor de er truffet, og [ikke] indeholder […] nogen begrænsninger vedrørende afgørelsernes art og indhold« – »bevirker […], at alle afgørelser, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter, og som kan tilsidesætte disse bestemmelser, er underlagt den retslige prøvelse« [46].

70. Denne fortolkning af de afgørelser, der kan anfægtes, har foranlediget Domstolen til at fastslå, at en afgørelse om at give en tilbudsgiver adgang til en udbudsprocedure udgør en sådan afgørelse [47].

71. Denne *generøse* fortolkning [48] er imidlertid i alle tilfælde blevet begrænset til de positive afgørelser, som *reelt træffes* af den ordregivende myndighed. Det vil med andre ord sige de afgørelser, der udgør en viljeshandling, hvorved den ordregivende myndighed indtager et standpunkt, når den i henhold til en retsforskrift er forpligtet til at træffe en afgørelse.

72. Som jeg allerede har bemærket, er det nødvendigt at sondre mellem:

– Afgørelser, hvori den ordregivende myndighed udtrykkeligt udtaler sig om, at et bestemt tilbud forekommer mistænkeligt, og hvorved en kontradiktorisk kontrolprocedure med henblik på at

[44] – Jf. bl.a. dom af 26.1.2010, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen (C-362/08 P, EU:C:2010:40, præmis 51).

[45] – Jf. dom af 17.7.2008, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-521/06 P, EU:C:2008:422, præmis 42).

[46] – Dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 105).

[47] – Ibidem, præmis 106, med henvisning til dommen i sagen Marina del Mediterráneo, præmis 28. På tilsvarende vis anses en »ordregivende myndigheds afgørelse om afslag på at meddele en økonomisk aktør oplysninger, som anses for fortrolige, og som er fremsendt af en ansøger eller tilbudsgiver«, for en afgørelse, der kan anfægtes.

[48] – Selv om det ved første øjekast kunne lade til, at det modsatte er tilfældet, mener jeg ikke, at denne brede fortolkning er i strid med den retspraksis, hvorefter det af hensyn til retssikkerheden ikke er muligt for tilbudsgiverne på ethvert tidspunkt at påberåbe sig overtrædelser af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter. Disse to linjer i retspraksis har til fælles, at der skal foretages en afvejning af retssikkerheden på den ene side og domstolsprøvelsen af lovligheden på den anden. Det drejer sig om at opnå et balancepunkt med det kriterium om relativ selvstændighed – for så vidt angår indholdet – som kendetegner den ordregivende myndigheds på hinanden følgende afgørelser. Således er det f.eks. blevet afvist, at »[h]andlinger, som blot er udtryk for en indledende undersøgelse af markedet, eller som udelukkende er forberedende og foretages som led i den ordregivende myndigheds interne overvejelser med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt«, kan gøres til genstand for en klage, således som det blev bemærket i dom af 11.1.2005, Stadt Halle og RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, præmis 35). Selv om alle retsakterne i proceduren er *forberedende retsakter* til den endelige tildeling af kontrakten, er det ikke dem alle, der tilbyder den samme indholdsmæssige *tyngde*, hvorfor muligheden for anfægtelse således er reserveret de retsakter, som indeholder en tilstrækkelig grad af stillingtagen til at kunne tillægges en vis selvstændighed.

afgøre, om tilbuddet er unormalt lavt, afsluttes. Efter min opfattelse berører denne afgørelse – i begge dens mulige varianter – tilbudsgivernes interesser, navnlig hos den, hvis tilbud forkastes som følge af, at det er unormalt lavt. Sammen med den selvstændige karakter af den procedure, hvori den ordregivende myndighed har taget stilling, taler ændringen af tilbudsgiverens stilling i udbuddet for at kvalificere denne afgørelse som en endelig afgørelse, der kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse fra det tidspunkt, hvor den træffes.

– Implicitte afgørelser truffet af den ordregivende myndighed, som i fraværet af tvivl om tilbuddenes seriøsitet udgør en integreret del af beslutningen om tildeling af kontrakten. En anfægtelse heraf ved domstolene skal finde sted ved hjælp af det relevante retsmiddel til prøvelse af denne endelige beslutning.

73. For så vidt angår den foreliggende sag fremgår det af de tilgængelige oplysninger, at der hos den ordregivende myndighed ikke herskede nogen tvivl, som kunne foranledige den til at mistænke, at nogen af tilbuddene var unormalt lave. Derfor anså den sig ikke for forpligtet til at indlede den respektive kontrolprocedure.

74. Ved at agere på denne måde traf den ordregivende myndighed ikke nogen *afgørelse*, som det i henhold til direktiv 2009/81 er muligt at anfægte på særskilt vis og på det pågældende tidspunkt. Det nævnte direktivs artikel 49 pålagde som nævnt ikke den ordregivende myndighed udtrykkeligt at tage stilling til, om hvert enkelt tilbud var unormalt lavt, men derimod alene at følge en bestemt procedure, inden den forkastede et tilbud, som den måtte anse for unormalt lavt.

75. Denne bestemmelse, og sideløbende hermed også artikel 69 i direktiv 2014/24, sammenholdt med chartrets artikel 47, indebærer – som anført af den franske regering – alene, at det i forbindelse med en påklage vedrørende tildelingen af kontrakten er muligt for den afviste tilbudsgiver at anfægte denne under påberåbelse af, at det valgte tilbud er unormalt lavt [49].

V. Forslag til afgørelse

76. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen svarer Varhoven administrativen sad (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Bulgarien) således:

»1) Artikel 38 og 49 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF skal fortolkes således, at ordregivende myndigheder i alle tilfælde har pligt til at kontrollere, om der foreligger unormalt lave tilbud. Det har i denne forbindelse ingen betydning, hvor mange tilbud der er blevet afgivet, eller at det ikke er muligt at anvende de i den nationale lovgivning fastsatte kriterier på området, i hvilket tilfælde de ordregivende myndigheder skal efterkomme artikel 49 i direktiv 2009/81/EF, i kraft af dens direkte virkning.

[49] – Ifølge forelæggelsesafgørelsen var dette tilfældet i den foreliggende sag, eftersom Veridos havde mulighed for at påklage tildelingen af kontrakten under påberåbelse af, at Mühlbauers tilbud var unormalt lavt.

2) Artikel 55, stk. 2, i direktiv 2009/81/EF, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at det, når den ordregivende myndighed ikke har nogen grund til at iværksætte en kontrolprocedure vedrørende seriøsiteten af et tilbud, er muligt at gøre dens vurdering til genstand for en domstolsprøvelse i forbindelse med en påklage vedrørende den endelige beslutning om tildeling af kontrakten«.