Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 28. maj 2020[1]

Sag C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
mod
Ministrstvo za notranje zadeve,
Procesdeltager:
LEXPERA d.o.o.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige tjenesteydelseskontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 2, stk. 1, nr. 5) – betegnelse som »offentlig kontrakt« – udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt« – tilbud fra en tilbudsgiver på nul EUR – bedømmelse af transaktionens gensidigt bebyrdende karakter – den ordregivende myndigheds manglende betaling af en økonomisk modydelse – afvisning af tilbuddet – retsgrundlag – artikel 69 – unormalt lavt tilbud«

I. Indledning

1. Er (tallet) nul unormalt lavt?

2. Ser man bort fra de passionerede drøftelser, som tallet nul måtte have givet anledning til på det matematiske område[2], er det sandsynligt, at et sådant spørgsmål, når det betragtes ud fra en juridisk synsvinkel, vil få lægfolk til at betragte juristerne med den målløshed, som de sædvanligvis støder på, når de forsøger at fortælle om deres fag. Lægfolkene vil måske med en vis sarkasme bemærke, at det kun er jurister, der er i stand til at skrive side op og side ned om (bogstavelig talt) ingenting.

3. Ikke desto mindre er nul, når der er tale om offentlige udbud såvel som matematik, et enestående tal, der er vanskeligt at placere i eksisterende analyseskemaer. Afgiver en tilbudsgiver, der tilbyder varer eller tjenesteydelser til en nominel pris på nul EUR, et unormalt lavt tilbud? Eller udelukker denne tilbudsgiver automatisk sig selv fra anvendelsesområdet for lovgivningen om offentlige udbud ved at skrive det magiske tal »0« i sit tilbud i stedet for et andet nominelt beløb, der ligger langt under kontraktens reelle omkostninger (som f.eks. 1,50 eller 101 EUR) med den begrundelse, at »0« til forskel fra alle andre naturlige tal, ikke kan optræde i en offentlig kontrakt?

1 – Originalsprog: fransk.

2 – En lettilgængelig introduktion (få beregninger og rig på kulturhistorie) er f.eks. R. Kaplan, *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Dette er i korte træk problemstillingen i den foreliggende sag. I forbindelse med den procedure for indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, som Ministrstvo za notranje zadeve (indenrigsministeriet, Slovenien) havde indledt, afgav selskabet Tax-Fin-Lex d.o.o. et tilbud på nul EUR for levering af en af de omhandlede tjenesteydelser. Indenrigsministeriet afviste dette tilbud med den begrundelse, at det ikke gjorde det muligt at indgå en »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24/EU[3], og dermed heller ikke at efterleve reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter. Tax-Fin-Lex d.o.o. har derimod gjort gældende, at den kontrakt, hvormed selskabet forpligter sig til at levere tjenesteydelsen til et beløb på nul EUR, er »gensidigt bebyrdende« i denne bestemmelses forstand. Ifølge Tax-Fin-Lex d.o.o. vil gennemførelsen af kontrakten give selskabet en økonomisk fordel på grund af de referencer, som det efterfølgende kan benytte til at opnå nye offentlige kontrakter.

II. Retsforskrifter

5. Direktiv 2014/24 fastsætter regler, der gør det muligt at koordinere de nationale offentlige udbud over et vist beløb, således at disse er i overensstemmelse med princippet om varernes frie bevægelighed, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser samt de principper, der følger heraf, som f.eks. ligebehandlingsprincippet, princippet om ikke-forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Det skal sikre en effektiv konkurrence i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

6. Navnlig fremgår følgende af 4. og 103. betragtning til direktiv 2014/24:

»(4) De mere og mere forskelligartede former for offentlige foranstaltninger har gjort det nødvendigt at præcisere definitionen af selve indkøbsbegrebet; denne præcisering bør dog ikke udvide anvendelsesområdet for dette direktiv sammenlignet med anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF[4]. EU-reglerne om offentlige udbud tager ikke sigte på at omhandle alle former for udbetaling af offentlige midler, men kun de midler, der betales til anskaffelse i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser ved hjælp af en offentlig kontrakt. Det bør præciseres, at sådanne anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser bør være omfattet af dette direktiv, uanset om de foretages ved køb, leasing eller i anden kontraktmæssig form.

Anskaffelse skal forstås i bred forstand som opnåelse af fordelene ved de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser […]

[…]

(103) Tilbud, der forekommer unormalt lave i forhold til anlægs- og byggearbejderne, varerne eller tjenesteydelserne, kan være baseret på teknisk, økonomisk eller retligt uforsvarlige antagelser eller praksis. Hvis tilbudsgiveren ikke kan give en tilstrækkelig begrundelse, kan den ordregivende myndighed afvise tilbuddet. Afvisning bør være obligatorisk i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har konstateret, at den foreslåede unormalt lave pris eller de foreslåede unormalt lave omkostninger skyldes manglende overensstemmelse med obligatorisk EU-ret eller national lovgivning der er forenelig hermed på det sociale, arbejdsretlige eller miljømæssige område eller overtrædelser af internationale arbejdsretlige bestemmelser.«

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), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2365 af 18.12.2017 (EUT 2017, L 337, s. 19) (herefter »direktiv 2014/24«.

4 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114, berigtiget i EUT 2004, L 351, s. 44).

7. I afsnit I i direktiv 2014/24 med overskriften »Anvendelsesområde, definitioner og generelle principper« bestemmer artikel 1, stk. 1 og 2:

»1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders udbudsprocedurer med hensyn til offentlige kontrakter samt projektkonkurrencer, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 4.

2. Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af […] tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om […] tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.«

8. I artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 defineres »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser«.

9. I direktivets artikel 18 fastsættes »[u]dbudsprincipper«. Heri præciseres følgende:

»1. De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.

2. Medlemsstaterne træffer passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsmæssige lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X.«

10. Artikel 69 i direktiv 2014/24 omhandler »[u]normalt lave tilbud«. Denne artikel indgår i direktivets afsnit II, kapitel III, afdeling 3, med overskriften »Udvælgelse af deltagere og tildeling af kontrakter«. Denne artikel bestemmer:

»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.

2. De redegørelser, der henvises til i stk. 1, kan især vedrøre:

a) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden for varerne eller tjenesteydelserne eller med byggemetoden

b) de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at levere varerne eller tjenesteydelserne eller for at udføre arbejdet

c) originaliteten af de af tilbudsgiveren tilbudte arbejder, varer eller tjenesteydelser

d) overholdelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 18, stk. 2

e) overholdelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 71

f) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren.

3. Den ordregivende myndighed vurderer de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen. Myndigheden kan kun afvise tilbuddet, hvis det foreslåede lave pris- eller omkostningsniveau ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation, efter at de i stk. 2 nævnte elementer er taget i betragtning.

De ordregivende myndigheder afviser tilbuddet, hvis de har fastslået, at det er unormalt lavt, fordi det ikke er i overensstemmelse med de gældende forpligtelser, som er omhandlet i artikel 18, stk. 2.

[…]«

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

11. Den 7. juni 2018 iværksatte indenrigsministeriet (den ordregivende myndighed) en procedure om tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt om adgang til retsinformationssystemet for en periode på 24 måneder. Kontrakten bestod af to delkontrakter. Indenrigsministeriet anslog kontraktens værdi til 39 959,01 EUR.

12. I forbindelse med den første delkontrakt om adgang til retsinformationssystemet for en periode på 24 måneder afgav kun to økonomiske aktører i Ljubljana (Slovenien), som var specialiseret i retsinformation, tilbud inden for den fastsatte frist: Tax-Fin-Lex d.o.o. (sagsøgeren) og LEXPERA d.o.o. (intervenient).

13. Sagsøgeren tilbød denne tjeneste til nul EUR.

14. Ved en afgørelse af 11. januar 2019 tildelte indenrigsministeriet den offentlige kontrakt bestående af den første delkontrakt til intervenienten og afviste det tilbud, som sagsøgeren havde afgivet, med den begrundelse, at dette tilbud var i strid med reglerne om tildeling af offentlige kontrakter.

15. Sagsøgeren indgav en anmodning om revision af denne afgørelse. I forbindelse med den procedure, der gik forud for revisionen, afviste indenrigsministeriet ved afgørelse af 5. februar 2019 denne anmodning. Den 11. februar 2019 henviste indenrigsministeriet sagen til Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien), der er den forelæggende ret i den foreliggende sag, med henblik på, at dette nævnt traf afgørelse om nævnte afgørelses lovlighed.

16. Sagsøgeren har hævdet, at et tilbud som det i den foreliggende sag omhandlede kan antages. Sagsøgeren har gjort gældende, at tilbudsgiveren i forbindelse med offentlige kontrakter har ret til frit at fastsætte den tilbudte pris, og dermed at tilbyde en tjeneste vederlagsfrit. Det betyder dog ikke, at sagsøgeren ikke modtager en modydelse for gennemførelsen af den omhandlede offentlige kontrakt. Sagsøgeren er således af den opfattelse, at indgåelsen af kontrakten ville give denne en fordel, som ville bestå i at få adgang til et nyt marked og nye brugere.

17. Indenrigsministeriet har derimod gjort gældende, at udtrykket »offentlige kontrakter«, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, ikke kan omfatte en kontrakt, hvori den økonomiske aktør har tilbudt at levere tjenesteydelsen vederlagsfrit til den ordregivende myndighed. Ministeriet mener, at den fordel, som den økonomiske aktør vil få via kontrakten, nemlig potentiel adgang til et nyt marked og referencer, ikke udgør en modydelse til gennemførelse af en offentlig kontrakt. Ministeriet har hævdet, at en sådan fordel udgør en merværdi for alle økonomiske aktører, som det ikke er muligt at prissætte og dermed fakturere den ordregivende myndighed. Indenrigsministeriet er følgelig af den opfattelse, at en transaktion, i hvilken tjenesteydelsen leveres vederlagsfrit, ikke kan resultere i indgåelsen af en gensidigt bebyrdende kontrakt.

18. Den forelæggende ret har i sin anmodning om præjudiciel afgørelse oplyst, at indenrigsministeriet havde undersøgt tilbuddet i lyset af bestemmelserne om unormalt lave tilbud. Det afviste imidlertid ikke tilbuddet, fordi det var unormalt lavt eller i strid med principperne for tildeling af offentlige kontrakter, men alene fordi det lød på nul EUR.

19. Den forelæggende ret har givet udtryk for tvivl med hensyn til fortolkningen af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«, der indgår i definitionen af »offentlige kontrakter« i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24. Denne ret har først og fremmest bemærket, at et af de væsentligste træk ved udtrykket »offentlige kontrakter«, der er omhandlet i denne bestemmelse, er, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås mellem den ordregivende myndighed og den økonomiske aktør. Nævnte ret har i denne henseende præciseret, at udtrykket »offentlig kontrakt« er relevant ikke blot inden indgåelsen af en kontrakt, eftersom det pålægger den ordregivende myndighed at overholde de regler, der er fastsat i direktiv 2014/24, men også efter indgåelsen af denne i forbindelse med vurderingen af, om kontrakten rent faktisk er blevet indgået i overensstemmelse med nævnte regler.

20. Den forelæggende ret er dernæst i tvivl om, hvorvidt og i givet faldt i hvilket omfang, en kontrakt, hvormed den økonomiske aktør forpligter sig til vederlagsfrit at levere den i udbudsbekendtgørelsen omhandlede tjenesteydelse til den ordregivende myndighed uden at opnå andre fordele end at få adgang til et nyt marked og opnå referencer, kan betegnes som en »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24. Den forelæggende ret har erkendt, at opnåelsen af en offentlig kontrakt og referencer i sig selv kan udgøre en fordel for nævnte aktør. Selv om denne fordel ikke er kvantificerbar ud fra et økonomisk synspunkt på tidspunktet for tildeling af kontrakten, kan den ikke desto mindre udgøre en fremtidig økonomisk fordel i tilknytning til gennemførelsen af kontrakten.

21. Den forelæggende ret har imidlertid ligeledes erkendt, at det i en situation, hvor den ordregivende myndighed ikke betaler den økonomiske aktør en modydelse for leveringen af tjenesteydelsen, er muligt, at den indgåede kontrakt ikke er en kontrakt om gennemførelse af en offentlig kontrakt, eftersom der er tale om en aftale, der er indgået vederlagsfrit, og som f.eks. har form af en donation. Den forelæggende ret er endelig i tvivl om, hvorvidt artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 kan udgøre retsgrundlaget for en beslutning om at afvise det tilbud, som den økonomiske aktør har afgivet.

22. Under disse omstændigheder har Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der […] »et gensidigt bebyrdende kontraktforhold« som et element i en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, når den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at levere en modydelse, men den økonomiske operatør opnår [adgang til] et nyt marked og referencer ved at gennemføre den offentlige kontrakt?

2) Er det muligt eller nødvendigt at fortolke artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 således, at den udgør et grundlag for at afvise et bud på [nul] EUR?«

23. Sagsøgeren, indenrigsministeriet, den østrigske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger.

IV. Bedømmelse

24. Nærværende forslag til afgørelse er struktureret som følger. Jeg vil starte med den præjudicielle forelæggelses formalitet (A). Dernæst vil jeg undersøge rækkevidden af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 og især det konnekse udtryk »modydelse« (B). Til slut vil jeg behandle spørgsmålet, om et tilbud på nul EUR altid kan betegnes som et »unormalt lavt tilbud«, som skal undersøges og i givet fald afvises i lyset af bestemmelserne i dette direktivs artikel 69 (C).

A. Formaliteten

25. Efter min opfattelse giver anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke anledning til nogen problemer med hensyn til formaliteten.

26. Hvad angår for det første den kompetence, som Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud) har til at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse, skal det bemærkes, at Domstolen i dom af 8. juni 2017, Medisanus [5], fastslog, at dette nævn opfylder kriterierne for at kunne blive anset for at være en »national ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF [6].

27. Hvad angår for det andet den i hovedsagen omhandlede kontrakts beløb er dette ganske vist lavere end tærsklen på 144 000 EUR, der er fastsat i artikel 4, litra b), i direktiv 2014/24, der finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af statslige myndigheder.

28. Den forelæggende ret har imidlertid oplyst, at den slovenske lovgiver i forbindelse med gennemførelse af direktivets bestemmelser i national ret besluttede, at udtrykket »offentlige kontrakter« i artikel 2, stk. 1, nr. 1), i Zakon o javnem naročanju (lov om offentlige kontrakter) [7] af 30. maj 2015 fandt direkte og ubetinget anvendelse på kontrakter med en værdi under den i nævnte direktivs artikel 4 fastsatte tærskel, der i princippet er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24..

29. I henhold til Domstolens faste praksis, den såkaldte Dzodzi-dom, er fortolkningen af en EU-retsakts bestemmelser i situationer, der ikke er omfattet af denne retsakts anvendelsesområde, berettiget for at sikre, at situationer, der henhører under national ret, og situationer, der henhører under EU-retten, behandles ens, når disse bestemmelser af national ret er blevet gjort anvendelige i sådanne situationer på direkte og ubetinget vis [8].

30. I den foreliggende sag bekræfter de oplysninger, som den forelæggende ret er fremkommet med, og som ingen af de parter, der har indgivet bemærkninger, har bestridt, at den nationale lovgiver havde besluttet at udvide anvendelsesområdet for de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter til at omfatte offentlige kontrakter med en lavere værdi for netop at sikre, at situationer, der henhører under national ret, og situationer, der henhører under EU-retten, er underlagt de samme regler. Den logik, der lå til grund for Dzodzi-dommen, synes således fuldt ud at finde anvendelse på den foreliggende sag.

31. Under disse omstændigheder kan Domstolen besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt for den.

5 – C-296/15, EU:C:2017:431.

6 – Jf. denne doms præmis 38.

7 – Uradni list RS, nr. 91/15.

8 – Jf. dom af 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 og C-197/89, EU:C:1990:360, herefter »Dzodzi-dommen« præmis 36-42), og senere af 14.2.2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:116, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis), og af 24.10.2019, Belgische Staat (C-469/18 og C-470/18, EU:C:2019:895, præmis 22 og 23 og den deri nævnte retspraksis).

B. »Gensidigt bebyrdende« kontrakt?

32. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt en præcisering af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2014/24. Domstolen anmodes om at afgøre, om, og i givet fald i hvilket omfang, en transaktion, hvorved en tilbudsgiver forpligter sig til at levere tjenesteydelsen for et beløb på nul EUR, kan resultere i indgåelsen af en »gensidigt bebyrdende« kontrakt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5), og således betegnes som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«. Det skal i denne henseende fremhæves, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at det »kun [er] en gensidigt bebyrdende kontrakt, som kan udgøre en offentlig kontrakt henhørende under direktiv 2004/18« [9].

33. En besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål kræver, at det afgøres, om udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt« kan omfatte en transaktion, hvormed en tilbudsgiver afgiver et tilbud på nul EUR, i henhold til en ordlydsfortolkning, en systematisk fortolkning og en teleologisk fortolkning. Det skal ligeledes undersøges, om Domstolens praksis i denne henseende gør det muligt at belyse debatten ved at præcisere de væsentligste kendetegn ved en sådan kontrakt.

1. »Gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i bestemmelserne i direktiv 2014/24

34. Ordlyden af artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 udgør ikke et tilstrækkeligt grundlag for en klar fortolkning af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«. Det fremgår snarere allerede af teksten, at »gensidigt bebyrdende« kan læses på mange forskellige måder og tillægges mange betydninger.

35. Dels henviser nogle sprogudgaver til betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter [10]. Den underliggende begrundelse herfor er ganske enkelt, at der skal ydes noget til gengæld. Dels ser andre sprogudgaver ud til at være mere restriktive, idet dette noget, som den ordregivende myndighed skal yde til gengæld, ser ud til helt specifikt at være af pekuniær karakter [11], altså penge. Andre sprogudgaver ser ud til at anvende en middelvej [12].

36. Affattelsen af direktiv 2014/24 skal dog måske ikke her tillægges alt for stor betydning, idet nogle sprogudgaver af dette direktiv endog anvender forskellige oversættelser af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«, afhængigt af om dette findes i 4. og 70. betragtning til direktivet eller i dets artikel 2, stk. 1, nr. 5).

37. Desværre yder de *intra-systemiske argumenter* (vedrørende direktiv 2014/24) heller ikke megen hjælp. I direktivets artikel 1, stk. 2, præciserede EU-lovgiver, at »udbud […] omfatter en eller flere ordregivende myndigheders *anskaffelse* ved hjælp af en offentlig kontrakt af […] tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om […] tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål« [13].

38. Denne bestemmelse skal sammenholdes med fjerde betragtning til direktiv 2014/24, hvori EU-lovgiver har anført, at »EU-reglerne om offentlige udbud tager ikke sigte på at omhandle alle former for udbetaling af offentlige midler, men kun de midler, der betales til *anskaffelse* i forbindelse med […] tjenesteydelser ved hjælp af en offentlig kontrakt« [14]. EU-lovgiver har endvidere tilføjet, at

9 – Jf. dom af 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 47), og af 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, præmis 43). Det skal bemærkes, at direktiv 2014/24 ophævede direktiv 2004/18.

10 – Som bl.a. den spanske (»oneroso«), den franske (»à titre onéreux«), den italienske (»a titolo oneroso«), den portugisiske (»a título oneroso«) og den rumænske (»cu titlu oneros«) sprogudgave.

11 – Som bl.a. den engelske (»for pecuniary interest«) og den kroatiske (»financijski interes«) sprogudgave.

12 – Som den tjekkiske og den slovakiske sprogudgave (hvor udtrykket »úplatné smlouvy« eller ordene »odplatné zmluvy« først og fremmest betyder betaling som modydelse, men også kan fortolkes således, at de omfatter modydelser, der ikke er af pekuniær karakter) eller den svenske sprogudgave, der anvender udtrykket »kontrakt med ekonomiska villkor«, der henviser til kontraktens økonomiske karakter.

13 – Min fremhævelse.

14 – Min fremhævelse.

»sådanne anskaffelser af […] tjenesteydelser bør være omfattet af dette direktiv, uanset om de foretages ved køb, leasing eller i anden kontraktmæssig form«. Det er vigtigt her at bemærke, at begrebet »anskaffelse« ifølge EU-lovgiver »skal forstås i bred forstand som opnåelse af fordelene ved de pågældende […] tjenesteydelser«.

39. Selv om *hovedformålet* med lovgivningen om offentlige udbud burde være at fastsætte regler for de offentlige myndigheders anskaffelse af varer eller tjenesteydelser, gør opbygningen af og formålet med direktiv 2014/24 det således ikke i realiteten muligt at fastsætte de væsentlige kendetegn ved betingelsen om en gensidig bebyrdende karakter, som direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5), henviser til. Udtrykket »anskaffelse« er tilstrækkeligt bredt til at være agnostisk med hensyn til retningslinjerne for denne anskaffelse, idet det vigtigste krav er, at varerne eller tjenesteydelserne i sidste ende anskaffes af de ordregivende myndigheder. Varer og tjenesteydelser kan imidlertid lovligt anskaffes på forskellig vis.

40. En simpel ordlydsfortolkning og en systemisk fortolkning er således ikke tilstrækkeligt til at fastslå betydningen af »gensidigt bebyrdende kontrakt« og navnlig nøglebegrebet »modydelse«, der gemmer sig bag selve begrebet kontrakt: Hvilken art skal den modydelse, som den ordregivende myndighed skal yde for, at den offentlige kontrakt kan anses for at være gyldig, rent konkret have?

2. Fortolkning i retspraksis af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«

41. Domstolen har fastslået, at det fremgår af den almindelige juridiske betydning af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt«, når det anvendes til bestemmelse af, om der er tale om offentlige kontrakter, at der ved dette udtryk forstås en aftale, hvorved hver af parterne forpligter sig til at præstere en ydelse mod en anden ydelse [15]. Den omstændighed, at den ordregivende myndighed yder et »vederlag« eller en »modydelse«, og at der således findes et gensidigt bebyrdende forhold, er efter Domstolens opfattelse afgørende, når det skal afgøres, om der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt [16].

42. Denne retspraksis følger den linje, som Domstolen har lagt på andre retlige områder, navnlig vedrørende momspligtige transaktioner. I dom af 18. januar 2017, SAWP [17], fremhævede Domstolen således, at en tjenesteydelse kun foretages mod vederlag som omhandlet i direktiv 2006/112/EF [18], såfremt der mellem tjenesteyderen og modtageren består et retsforhold, der vedrører en gensidig udveksling af ydelser, idet det af tjenesteyderen modtagne vederlag udgør den faktiske modværdi af den ydelse, som leveres til modtageren [19]. Domstolen har fastslået, at »dette er tilfældet, såfremt der består en direkte sammenhæng mellem tjenesteydelsen og den modtagne modværdi, idet de betalte beløb udgør den faktiske modværdi af en individualiseret ydelse, som leveres inden for rammerne af et sådant retsforhold« [20].

43. Det må dog erkendes, at der findes to parallelle linjer i retspraksis vedrørende arten af den modydelse, der kræves for, at betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter er opfyldt. Disse to linjer afspejler til en vis grad de forskellige affattelser af artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 [21].

44. Den første linje går ind for en streng fortolkning af kriteriet om, at kontrakten skal være gensidigt bebyrdende, og kræver, at den ordregivende myndighed betaler et vederlag eller en pris i penge.

15 – Jf. navnlig dom af 18.1.2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 45), og af 18.10.2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, præmis 28).

16 – Jf. i denne retning dom af 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis), vedrørende fortolkningen af udtrykket »offentlig kontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.

17 – C-37/16, EU:C:2017:22.

18 – Rådets direktiv af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EUT 2006, L 347, s. 1).

19 – Jf. dom af 18.1.2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

20 – Dom af 18.1.2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

21 – Jf. punkt 35 i nærværende forslag til afgørelse.

45. Domstolen afviste således i dom af 13. juli 2017, Malpensa Logistica Europa [22], at kvalificere en kontrakt, i henhold til hvilken forvaltningsorganet for lufthavnen Milan Malpensa (Italien) ikke havde erhvervet en tjenesteydelse leveret af tjenesteyderen mod vederlag, som en »tjenesteydelseskontrakt« i den i artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/17 anførte betydning, og at anvende de dertil knyttede regler på denne kontrakt [23]. I denne dom henviste Domstolen udtrykkeligt til den tilgang, som Kommissionen går ind for, hvorefter den gensidigt bebyrdende karakter af det kontraktforhold, der opstår ved indgåelsen af en tjenesteydelsesaftale, helt klart betyder, at kontrakten skal omfatte et vederlag, som den ordregivende myndighed betaler direkte for at »erhverve« en tjenesteydelse direkte fra en tjenesteyder.

46. Den anden linje i retspraksis går derimod ind for en bredere fortolkning af betingelsen om »vederlagets« [24] eller »modydelsens« [25] gensidigt bebyrdende karakter. Det er den fremherskende strømning, som Kommissionen ligeledes går ind for i sin Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner af 30. april 2004 [26].

47. Ifølge denne linje i retspraksis indebærer udtrykket »gensidigt bebyrdende karakter« ikke nødvendigvis, at den ordregivende myndighed betaler et pengebeløb. Ifølge Domstolen kan kontrakter, i hvilke ydelsen er en anden form for modydelse, som f.eks. godtgørelse af udgifterne til levering af den aftalte tjenesteydelse eller fritagelse for omkostninger, indgås som gensidigt bebyrdende kontrakter og kvalificeres som »offentlige kontrakter«. Dette er også tilfældet, selv når modydelserne ikke gør det muligt at kompensere de omkostninger, som tilbudsgiveren har afholdt [27].

48. Navnlig to domme illustrerer dette.

49. I dom af 12. juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl. [28], fastslog Domstolen således, at bedømmelsen af de elementer, der udgør definitionen af udtrykket »offentlige bygge- og anlægskontrakter« i den i direktiv 93/37/EØF [29] anførte betydning, skal foretages på en sådan måde, at bestemmelsens effektive virkning sikres, og navnlig på en sådan måde, at en effektiv konkurrence fremmes via offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser [30]. Domstolen accepterede således en kontrakts gensidigt bebyrdende karakter og en kvalificering af den som en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i en situation, hvor den økonomiske aktør var i besiddelse af en byggetilladelse og forestod opførelsen af bygningen til gengæld for *en fritagelse for at betale bidrag til infra- og servicestrukturudgifterne*, som denne i henhold til national lovgivning skulle bidrage til. I denne sag fastslog Domstolen, at betingelsen om kontraktens gensidigt bebyrdende karakter skulle anses for opfyldt, eftersom den økonomiske aktør ved udførelsen af de pågældende arbejder afviklede en skyld af samme værdi, der kom kommunen til gode [31].

22 – C-701/15, EU:C:2017:545. Denne dom vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 1, litra 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). Det fremgår af denne artikel at »ved vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« forstås »gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt«.

23 – Jf. denne doms præmis 29.

24 – Jf. i denne retning dom af 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 47-52), og af 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, præmis 43).

25 – Dom af 12.7.2001, Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, præmis 77-86).

26 – KOM(2004) 327 endelig udg. Kommissionen har i denne grønbogs punkt 10 anført, at »[d]en gensidigt bebyrdende karakter af en kontrakt er […] ikke nødvendigvis ensbetydende med, at den offentlige partner erlægger en pris direkte, men kan bestå i enhver anden form for økonomisk modydelse til den private partner«.

27 – Jf. Domstolens overvejelser i dom af 25.3.2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), i henhold til hvilke en kontrakt om salg af en grund kan udgøre en offentlig bygge- og anlægskontrakt, selv om medkontrahenten ikke modtager nogen modydelse fra den ordregivende myndighed ud over grunden.

28 – C-399/98, EU:C:2001:401.

29 – Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54).

30 – Denne doms præmis 52.

31 – Det skal bemærkes, at Domstolen ikke fulgte den tilgang, som generaladvokat Léger foreslog i sit forslag til afgørelse Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2000:671), idet denne ikke mente, at kriteriet om en gensidig bebyrdende kontrakt var opfyldt.

50. I dom af 18. oktober 2018, IBA Molecular Italy [32], fastslog Domstolen ligeledes, at »[e]n aftale, som indeholder bestemmelser om en udveksling af ydelser, er omfattet af begrebet offentlig kontrakt, selv om det fastsatte vederlag er begrænset til en *delvis godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse*« [33]. Domstolen fremhævede i denne dom, at en kontrakt, hvorved en økonomisk aktør forpligter sig til at fremstille og levere et produkt til forskellige myndigheder mod en finansiering, som udelukkende er bestemt til at gennemføre dette mål, er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende aftaler« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, »*selv om* dette tilskud eller de leveringsomkostninger, som de nævnte myndigheder kan faktureres, *ikke fuldt ud kompenserer for omkostningerne til fremstilling og distribution af det nævnte produkt*« [34].

51. Det skal bemærkes, at det var den samme tilgang, som generaladvokat Campos Sánchez-Bordona gik ind for i sit forslag til afgørelse Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. Spørgsmålet i denne sag var således navnlig, om tilrådighedsstillelse af software, der er aftalt skriftligt mellem to ordregivende myndigheder, er en gensidigt bebyrdende kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, når det organ, der modtager softwaren, ikke skal betale nogen pris og ej heller godtgøre udgifterne til denne, men principielt er forpligtet til at stille efterfølgende videreudviklinger og tilpasninger af softwaren vederlagsfrit til rådighed for den anden part.

52. Generaladvokaten anså i sit forslag til afgørelse betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter for at være opfyldt. Dels bemærkede han, at modydelsen, dvs. fremtidige tilpasninger og videreudviklinger af softwaren, har en økonomisk værdi. Dels mente han, at denne modydelse udgør en forpligtelse, der kan kræves opfyldt, eftersom den er nødvendig for leveringen af den offentlige tjenesteydelse, som de ordregivende myndigheder skal udføre [36].

3. Det brede begreb »modydelse« og dets begrænsninger

53. Det, jeg opfatter som den fremherskende strømning i retspraksis (en strømning, som jeg fuldt ud tilslutter mig), kan sammenfattes på følgende måde.

54. For det første kan den modydelse, der udgør en integrerende del af betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter, og som ydes af den ordregivende myndighed, antage andre former end en pris betalt i penge. Der er således ikke nødvendigvis behov for en overførsel af et pengebeløb. Andre former for betaling, herunder af ikke monetær art, er mulige.

55. For det andet skal modydelsen have en vis økonomisk værdi, uden at den nødvendigvis skal svare nøjagtigt til værdien af de leverede varer eller tjenesteydelser. Den ordregivende myndighed og tilbudsgiveren kan således aftale, at betalingen kan antage forskellige former, forudsat at de har en klar økonomisk værdi.

32 – C-606/17, EU:C:2018:843.

33 – Denne doms præmis 29 og den deri nævnte retspraksis. Min fremhævelse. Jf. også dom af 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 29), af 13.6.2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, præmis 31), og af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 37).

34 – Nævnte doms præmis 31. Min fremhævelse.

35 – C-796/18, EU:C:2020:47.

36 – Jf. i denne retning betragtningerne i punkt 52-63 i dette forslag til afgørelse.

56. For det tredje skal arten og indholdet af den modydelse, som den ordregivende myndighed skal yde, fremgå af kontrakten som en direkte retlig forpligtelse, der kan kræves opfyldt og følger af denne kontrakt. Det er inden for denne ramme, jeg forstår Domstolens og generaladvokat Mengozzis henvisning til den offentlige kontrakts *gensidigt bebyrdende karakter*, der udmønter sig i skabelsen af *retligt bindende forpligtelser* for de to aftaleparter [37].

57. Når det således skal afgøres, om kontrakten indebærer en modydelse (og derefter om betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 er opfyldt), er jeg af den opfattelse, at det centrale element i bedømmelsen ikke er det nøjagtige pengebeløb, som er indført i kontrakten. Det er snarere et spørgsmål om, hvorvidt de to kontraherende parter på grundlag af denne aftale befinder sig i et forhold med gensidige retlige forpligtelser, som de begge kan kræve opfyldt af modparten, og i forbindelse med hvilke den ordregivende myndighed i det mindste yder en klar og præcis modydelse af økonomisk art.

58. En sådan tilgang flytter bevidst drøftelserne fra den krævede modydelses nøjagtige art til det bredere spørgsmål om fastsættelsen af det præcise indhold af gensidige forpligtelser, der påhviler de to parter. Selv om det er muligt, at begrebet »modydelse« har meget forskellig betydning i de europæiske lande [38], synes der at herske bred enighed om, at indgåelsen af kontrakten kræver, at parterne når til enighed om tilstrækkeligt præcise kontraktvilkår, hvilket forudsætter, at parternes gensidige rettigheder og forpligtelser er tydelige, således at kontrakten kan gennemføres [39]. I en vis forstand går denne diskussion helt tilbage til romerretten og den grundlæggende sondring, der stadig er gældende i de civilretlige systemer, mellem gensidigt bebyrdende retsforhold (f.eks. kontrakter) og ensidige retsforhold (f.eks. gaver og donationer).

59. En gensidigt bebyrdende kontrakt er således først og fremmest en kontrakt, der indebærer, at parterne forpligter sig over for hinanden til at levere præcise og gensidige ydelser. Disse ydelsers art skal fastsættes ved kontraktens indgåelse. Ydelserne skal kunne opfyldes på grundlag af kontrakten. Den modydelse, der kan kræves opfyldt, er derimod mere fleksibel. Den skal ikke nødvendigvis bestå i en kompensation af monetær art. Det vigtigste er, at denne modydelse er klar, præcis og kan opfyldes på grundlag af den underskrevne aftale.

4. Anvendelse på den foreliggende sag

60. Indledningsvis skal det bemærkes, at der til forskel fra de i ovennævnte retspraksis omhandlede sager i den foreliggende sag ikke er indgået nogen kontrakt mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiveren, eftersom sagen blev indbragt for den nationale ret i den fase, hvor tilbudsgiverens tilbud blev afvist. I denne fase af proceduren findes der således ingen kontraktbestemmelser, hvoraf det eventuelt fremgår, at den ordregivende myndighed skal levere en modydelse i en eller anden form.

37 – Jf. dom af 21.12.2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, præmis 43), som fulgte generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, punkt 36). Jf. fodnote 16 i nærværende forslag til afgørelse.

38 – Aftaleretten er kendetegnet ved stor forskelligartethed, jf. bl.a. H. Kötz, »Comparative Contract Law« i M. Reimann og R. Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. udg., Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 902-932, særlig s. 910-912, eller A.G. Chloros, »The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis«, International and Comparative Law Quarterly, British Institute of International and Comparative Law, London, 1968, bind 17, nr. 1, s. 137-166.

39 – Jf. bl.a. artikel 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) og 2:103 (Sufficient Agreement) i »Principles of European Contract Law« (Principper i europæiske aftaleret) (jf. O. Lando og H. Beale, Principles of European contract law, Parts I and II, Kluwer Law International, Den Haag, 2000); eller artikel II.–I:101(I) (definition af kontrakten) og III.–I:102(4) (om forpligtelsernes gensidige karakter) i Draft Common Frame of Reference (udkast til en fælles referenceramme) (jf. C. Bar m.fl., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition, Sellier European Law Publishers, München, 2009). Jf. i denne retning Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Société de législation comparée, collection »Droit comparé et européen«, Paris, 2008, bind 6, s. 25, udarbejdet af Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française og Société de législation comparée.

61. Det spørgsmål, som Domstolen skal besvare, er således, om den fordel, som tilbudsgiveren kan forvente at opnå som følge af tildeling af kontrakten i en situation, hvor tilbudsgiverens tilbud indebærer, at den ordregivende myndighed ikke skal erlægge nogen som helst direkte betaling for tjenesteydelsen, kan udgøre en »modydelse«, som kan muliggøre indgåelsen af en gensidigt bebyrdende kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24.

62. Henset til de faktuelle omstændigheder i den foreliggende sag, således som den forelæggende ret har redegjort for dem, kan jeg ikke se, hvori en sådan modydelse kunne bestå, selv hvis der anlægges en meget bred fortolkning af dette begreb, som den i det foregående afsnit omhandlede fortolkning. Tre potentielle fordele vil kunne komme på tale i den foreliggende sag: for det første indhøstning af relevant erfaring, dernæst opnåelse af referencer med henblik på fremtidige kontrakter og endelig etablering af et omdømme med henblik på fremtidige udbud, som den samme ordregivende myndighed måtte offentliggøre vedrørende andre delkontrakter.

63. For det første er det givet vis vigtigt for nytilkomne på markedet eller små og mellemstore virksomheder, der ønsker at udvikle sig, at indhøste relevant erfaring. Der er imidlertid tydeligvis ikke tale om en modydelse, som den ordregivende myndighed leverer til gengæld. Det er en simpel faktisk juridisk omstændighed, der følger af tildelingen af kontrakten.

64. For det andet er det ubestrideligt at opnåelse af referencer kan udgøre en fordel. Disse referencer kan spille en strategisk rolle i den fremtidige tildeling af offentlige kontrakter. Det må imidlertid konstateres, at opnåelse af referencer ikke er nok til at godtgøre, at den påtænkte kontrakt har en gensidigt bebyrdende karakter. Den udgør således ikke en forpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, således at den ikke udgør en modydelse, som kan kræves opfyldt af denne myndighed. Denne fordel er en betingelse, hvis realisering er tilfældig og usikker, eftersom de referencer, som virksomheden vil kunne påberåbe sig i fremtiden, i realiteten afhænger af faktiske omstændigheder i tilknytning til en korrekt opfyldelse af kontrakten. Der er således ikke nogen garanti med hensyn til de referencer, som tilbudsgiveren vil kunne påberåbe sig. Der er tale om en simpel spekulation i kontrakten.

65. For det tredje fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at kontrakten i den foreliggende sag bestod af to delkontrakter [40]. Det her omhandlede udbud vedrørte kun den første delkontrakt. Der foreligger ikke nogen yderligere oplysninger om den eventuelle forbindelse mellem den første og den anden delkontrakt. Det er dog utænkeligt, at en sådan situation spiller en rolle i fastlæggelsen af modydelsen i henhold til den retlige forpligtelse, som den ordregivende myndighed ville have over for tilbudsgiveren i forbindelse med de to delkontrakter. Det er givet vis ikke ønskeligt at acceptere eller at fremme en direkte eller indirekte politik, der indebærer, at en virksomhed afgiver et bud, der ligger langt under kostprisen, herunder et beløb på nul EUR i forbindelse med en delkontrakt, idet den håber på, at den på et senere tidspunkt vil kunne vælte disse omkostninger over på prisen i forbindelse med tildelingen af den anden delkontrakt, som udbuddet består af.

66. Sammenfattende bemærkes, at ingen af de tre scenarier svarende til potentielle »fordele«, som en tilbudsgiver, der tilbyder at levere visse tjenesteydelser vederlagsfrit, vil kunne opnå som modydelse, er omfattet af udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24. I ingen af disse tilfælde er der tale om en modydelse, hvis opfyldelse retligt vil kunne kræves af den ordregivende myndighed i forbindelse med kontrakten. Fællesnævneren for disse fordele er, at de alle er et sats på en fremtidig begivenhed.

40 – Jf. punkt 11 i nærværende forslag til afgørelse.

67. Endelig kan det tilføjes, at denne sidste faktiske omstændighed gør det muligt at adskille den foreliggende sag fra den endnu mere fleksible tilgang til modydelse og gensidigt bebyrdende karakter, som f.eks. generaladvokat Campos Sánchez-Bordona gik ind for i sit forslag til afgørelse Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [41]. Navnlig i en så dynamisk sektor som udvikling af software er det således muligt at tænke sig en række ret atypiske modydelser. Den første software vil således kunne leveres vederlagsfrit i modsætning til de fremtidige udviklinger heraf; den ordregivende myndighed kan foretage en betaling i naturalier ved at fremsende sine egne data til gengæld, således at programmøren kan anvende disse i senere applikationer; den ordregivende myndighed kan love at sende information tilbage med regelmæssige mellemrum, således at udvikleren kan perfektionere sit produkt og øge markedsføringen heraf osv. Alle disse situationer vil kunne give anledning til indgåelsen af gensidigt bebyrdende kontrakter, når disse forpligtelser fremgår klart af den aftale, der indgås med den ordregivende myndighed, idet der fastsættes en modydelse, som retligt kan kræves opfyldt, selv om det ganske vist ikke altid er let at sætte en pris på hver enkelt konkret modydelse.

68. I den foreliggende sag påhviler det derimod ikke den ordregivende myndighed at levere en særskilt modydelse på grundlag af en klar forpligtelse, som retligt kan kræves opfyldt i henhold til den kontrakt, der påtænkes indgået. Den første »fordel« er ganske enkelt en faktisk retlig omstændighed, der indtræder automatisk. Den anden er ganske enkelt spekulativ og uvis. Den tredje er, såfremt den overhovedet kan overvejes, yderst problematisk. Eftersom det således ikke påhviler den ordregivende myndighed at levere en modydelse, kan den kommende kontrakt ikke betegnes som en »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24.

C. Er et tilbud på nul EUR et unormalt lavt tilbud?

69. Det andet præjudicielle spørgsmål kræver, at retsgrundlaget for at afvise et tilbud som det foreliggende på nul EUR klarlægges.

70. Selv om den forelæggende rets spørgsmål fokuserer på bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, skal det ikke desto mindre fremhæves, at indenrigsministeriet i henhold til dets egne oplysninger havde undersøgt det pågældende tilbud i lyset af bestemmelserne om »unormalt lave tilbud« i nævnte direktivs artikel 69. Indenrigsministeriet afviste imidlertid sagsøgerens tilbud, ikke fordi det var unormalt lavt, eller fordi det ikke opfyldte de krav og forpligtelser, der var opstillet i udbudsbekendtgørelsen, men fordi det lød på et beløb på nul EUR.

71. Den forelæggende rets andet spørgsmål er således af proceduremæssig art: Hvis en ordregivende myndighed modtager et tilbud lydende på nul EUR i rubrikken »pris«, (i) skal den ordregivende myndighed da udelukke tilbuddet direkte på grundlag af artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, for så vidt som intet tilbud af denne art nogensinde kan føre til indgåelsen af en gyldig offentlig kontrakt, eller (ii) skal et sådan tilbud også undersøges i overensstemmelse med proceduren vedrørende unormalt lave tilbud som omhandlet i artikel 69 i direktiv 2014/24?

72. Henset til den foreslåede besvarelse af den forelæggende rets første spørgsmål (den modydelse, der retligt kan kræves opfyldt i forbindelse med en offentlig kontrakt, indebærer ikke nødvendigvis en direkte overførsel af penge, men kan bestå i en modydelse i naturalier, når den i det mindste har en vis økonomisk værdi), er det logiske svar på det andet præjudicielle spørgsmål det, der foreslås i (ii): et tilbud til en nominel pris på nul EUR skal også behandles som et unormalt lavt tilbud.

73. For det første vedrører proceduren i artikel 69 i direktiv 2014/24 faserne tilbudsgivning og forhandling. I denne artikel kræver EU-lovgiver således, at den ordregivende myndighed giver tilbudsgiveren mulighed for at redegøre for tilbuddets beløb og godtgøre, hvorfor der er tale om et seriøst tilbud. Det kræves dernæst, at den ordregivende myndighed tager hensyn ikke blot til denne

41 – C-796/18, EU:C:2020:47. Jf. punkt 51 og 52 i nærværende forslag til afgørelse.

redegørelse, bl.a. vedrørende besparelserne i forbindelse med ydelsen, de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at levere den aftalte tjeneste [42], men også til alle de elementer, der er relevante i forbindelse med den pågældende ydelse, og de forpligtelser, der er forbundet med leveringen af den [43].

74. Medmindre kontrakten eller selve tilbuddet er af en sådan art, at det fremgår utvetydigt, at ingen anden modydelse kan komme på tale, og det efterfølgende er nytteløst at tillade tilbudsgiveren at redegøre for sit tilbud, kan det således ikke udelukkes, at den fremtidige kontrakt i sidste ende kan være en »gensidigt bebyrdende« kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24.

75. Alt dette minder om paradokset med Schrödingers kat. Det kan ikke udelukkes, at katten i boksen er levende, så længe boksen ikke er blevet åbnet og dens indhold undersøgt. På samme måde kan det ikke udelukkes, at det pågældende tilbud kan give anledning til indgåelsen af en offentlig kontrakt med forbehold for, at den ordregivende myndighed i sidste ende afviser tilbuddet, så længe den ordregivende myndighed ikke på grundlag af artikel 69 i direktiv 2014/24 har givet tilbudsgiveren mulighed for at redegøre for logikken og strukturen bag de omkostninger, der er opgivet i dennes tilbud. En sådan afvisning kan imidlertid ikke blot baseres på den omstændighed, at et nominelt tilbud på nul EUR ikke opfylder betingelsen om en gensidigt bebyrdende karakter som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5).

76. For det andet må det konstateres, at direktiv 2014/24 hverken definerer udtrykket »unormalt lavt tilbud« eller præciserer det numeriske beløb, som dette omfatter [44]. Den ordlyd, som EU-lovgiver har anvendt, er af generel karakter, mens Domstolen også har anvendt udtrykket »den lave pris, der tilbydes i [tilbuddet]« [45].

77. Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at den er imod, at der indføres et matematisk udelukkelseskriterium. Domstolen fremmer en effektiv konkurrence i overensstemmelse med målene med reglerne for tildeling af offentlige kontrakter. I dom af 22. juni 1989, Costanzo [46], fastslog Domstolen, at et matematisk kriterium for udelukkelse fratog de bydende, der havde afgivet særligt lave tilbud, muligheden for at bevise, at disse tilbud var holdbare, og derfor var i strid med formålet med direktiv 71/305/EØF [47], som var at fremme udviklingen af en effektiv konkurrence på området for offentlige bygge- og anlægskontrakter.

78. Henset til disse elementer fremgår det således, at intet er til hinder for, at udtrykket »unormalt lave tilbud« kan omfatte et tilbud på nul EUR. Et beløb på »nul EUR« svarer ganske vist til en slags psykologisk barriere. I økonomisk henseende er der dog ingen begrundelse for at sondre mellem et sådant tilbud og et tilbud på 10 EUR eller 100 EUR, når alle tilbuddene ligger under markedsomkostningerne.

79. For det tredje og sidste er der ingen tvivl om, at en række supplerende argumenter vil kunne tale for, at et tilbud på nul EUR afvises. Hvis sådanne tilbud var tilladt, ville det således gå imod målet om *gennemsigtighed* af de offentlige finanser og bekæmpelsen af korruption: De reelle omkostninger og de efterfølgende betalinger ville ganske enkelt blive udskudt og skjult blandt andre parallelle transaktioner. Selv om dette ved første øjekast ser ud til at være gavnligt for de *offentlige budgetter*, kan en offentlig kontrakt, der er indgået til en nominel pris på nul EUR, i sidste ende vise sig at være dyr og vanskelig

42 – Disse begrundelser findes i artikel 69, stk. 2, i direktiv 2014/24.

43 – Jf. dom af 16.5.2019, Transtec mod Kommissionen (T-228/18, EU:T:2019:336, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis).

44 – I dom af 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), fremhævede Domstolen således, 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« (præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

45 – Jf. i denne henseende dom af 18.12.2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, præmis 46).

46 – 103/88, EU:C:1989:256, præmis 18.

47 – Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971, L 185, s. 5).

at gennemføre for den ordregivende myndighed og således føre til øgede omkostninger i forhold til, hvis der ganske enkelt var blevet betalt en passende pris fra starten. Desuden vil en praksis med underbudspriser, der sponseres af de ordregivende myndigheder, kunne give anledning til bekymring med hensyn til *konkurrenceretten*.

80. Under alle omstændigheder vil de samme argumenter, uanset hvor velbegrundede bekymringerne er, kunne anvendes omvendt, dvs. til fordel for en undersøgelse af sådanne tilbud[48]. Alle disse argumenter vil imidlertid navnlig kunne bruges til at afvise enhver undersøgelse af unormalt lave tilbud. De samme overvejelser, som dem, der er skitseret i det foregående punkt i nærværende forslag til afgørelse, finder anvendelse uden forskel på alle unormalt lave tilbud: Det vil f.eks. være tilfældet med en kontrakt, der er vurderet til 150 000 EUR, hvor der afgives tilbud på 1000 EUR, 101 EUR eller blot en symbolsk euro. Selv om alle disse tilbud ligger langt under de reelle omkostninger, vil den ordregivende myndighed ikke kunne afvise dem automatisk. Denne myndighed skal undersøge dem i henhold til den særlige procedure i artikel 69 i direktiv 2014/24.

81. Når EU-lovgiver har truffet et sådant valg i forbindelse med offentlige kontrakter, efter at have overvejet alle fordele og ulemper ved unormalt lave tilbud, kan jeg ikke finde noget logisk argument for at udelukke tilbud på nul EUR fra en sådan ordning. Sådanne tilbud skal således behandles på samme måde. Hvis Domstolen således skulle følge mit forslag vedrørende det første spørgsmål [en »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 kræver ikke nødvendigvis betaling af et pengebeløb, men kan indebære, at det ordregivende myndighed leverer en modydelse i naturalier], er det nominelle beløb, der er anført i tilbuddet, ikke afgørende.

82. Efter min opfattelse skal den ordregivende myndighed derfor undersøge et tilbud på nul EUR i lyset af de betingelser, der er opstillet i artikel 69 i direktiv 2014/24, for i givet fald at kunne afvise tilbuddet navnlig med den begrundelse, at det ikke kan føre til indgåelsen af en gensidigt bebyrdende kontrakt som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5), fordi den ordregivende myndighed ikke leverer nogen modydelse af økonomisk art i forbindelse med udbudsproceduren.

V. Forslag til afgørelse

83. Jeg foreslår Domstolen, at den besvarer de af Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Udtrykket »gensidigt bebyrdende kontrakt« i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2365 af 18. december 2017, skal fortolkes således, at det ikke tillader, at en transaktion, i forbindelse med hvilken tilbudsgiveren tilbyder den ordregivende myndighed at levere tjenesteydelsen til et beløb på nul EUR, kvalificeres som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«, når aftaleparterne ikke har aftalt en modydelse med en økonomisk værdi, som den ordregivende myndighed skal levere.

2) Et tilbud på nul EUR skal undersøges på grundlag af bestemmelserne i artikel 69 i direktiv 2014/24, som ændret ved delegeret forordning 2017/2365, vedrørende unormalt lave tilbud, i givet fald efter, at der er indhentet supplerende oplysninger fra tilbudsgiveren om den nøjagtige art af den

48 – Bl.a. kan det for så vidt angår konkurrence fremføres, at disse regler i realiteten er gunstige for konkurrencen: Det er sandsynligt, at de små og mellemstore virksomheder samt nystartede virksomheder har lavere faste omkostninger og kan anvende en nulmargen i en bestemt kontrakt. Under disse omstændigheder kan tilbud på nul EUR vise sig at være konkurrencedygtige, idet de giver disse små virksomheder mulighed for at komme ind på markedet.

modydelse af økonomisk værdi, som den ordregivende myndighed skal levere. Et sådant tilbud skal afvises, hvis det ikke gør det muligt inden for de specifikke rammer af en udbudsprocedure at indgå en »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, nr. 5).«