Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 28 maj 2020 [1]

Mål C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
mot
Ministrstvo za notranje zadeve,
i närvaro av
LEXPERA d.o.o.

(begäran om förhandsavgörande från Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden, Slovenien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av tjänster – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 2.1.5 – Kvalificering som offentligt kontrakt – Begreppet kontrakt med ekonomiska villkor – Anbud på 0 euro från en anbudsgivare – Bedömning av kriteriet avseende ekonomiska villkor – Avsaknad av ekonomiskt vederlag från den upphandlande myndigheten – Beslut att inte anta ett anbud – Rättslig grund – Artikel 69 – Onormalt lågt anbud”

I. Inledning

1. Är (talet) noll onormalt lågt?

2. Om vi bortser från de högst intressanta diskussioner som talet 0 och dess egenskaper har kunnat ge upphov till bland matematiker, [2] är det sannolikt att denna fråga, när den ställs ur juridisk synvinkel, får en lekman att höja på ögonbrynen på det sätt som jurister är vana vid när de försöker förklara vad de sysslar med. Lekmannen kanske till och med påpekar, inte utan viss sarkasm, att det bara är jurister som kan ägna sida efter sida åt att avhandla (bokstavligen) ingenting.

3. Noll tycks i varje fall vara ett särpräglat tal, såväl när det gäller offentliga upphandlingar som matematik. Ett tal som inte riktigt passar in i de befintliga bedömningstabellerna. Är ett anbud onormalt lågt om en anbudsgivare erbjuder varor eller tjänster till priset av 0 euro? Eller har en sådan anbudsgivare automatiskt placerat sig utanför rättsområdet för offentliga upphandlingar genom att ha skrivit den magiska siffran ”0” i sitt anbud, i stället för att välja ett annat nominellt värde som avsevärt understiger de faktiska kostnaderna för kontraktet (till exempel 1,50 euro eller 101 euro), där resonemanget då bygger på att ”0” till skillnad från alla andra naturliga tal inte kan anges i ett offentligt kontrakt?

1 Originalspråk: franska.

2 Se exempelvis, för en lättillgänglig introduktion (sparsmakad med räkneexempel men rik på kulturhistoria), Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Detta är i korthet problemställningen i det nu aktuella målet. I ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster som inletts av Ministrstvo za notranje zadeve (Inrikesministeriet, Slovenien), har företaget Tax-Fin-Lex d.o.o. lämnat ett anbud på 0 euro för att tillhandahålla en av tjänsterna i fråga. Inrikesministeriet avvisade detta anbud med motiveringen att anbudet inte gjorde det möjligt att ingå ett ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU[3] och att det följaktligen inte heller omfattades av regelverket för offentlig upphandling. Tax-Fin-Lex d.o.o. har däremot anfört att företagets verksamhet för att tillhandahålla en tjänst för 0 euro skulle utföras på ”ekonomiska villkor” i den mening som avses i denna bestämmelse. Tax-Fin-Lex menar nämligen att företaget genom att fullgöra kontraktet skulle kunna få en ekonomisk fördel till följd av de referenser som företaget i framtiden skulle kunna göra gällande för att tilldelas fler offentliga kontrakt.

II. Tillämpliga bestämmelser

5. Direktiv 2014/24 innehåller regler som gör det möjligt att samordna de nationella förfarandena för offentliga upphandlingar som överstiger ett visst belopp, så att dessa upphandlingar ska överensstämma med principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Det syftar även till att säkerställa en effektiv konkurrensutsättning vid offentliga upphandlingar.

6. I skälen 4 och 103 i direktiv 2014/24 anges särskilt följande:

”(4) De allt mer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling; detta klargörande bör emellertid inte utvidga tillämpningsområdet för detta direktiv i jämförelse med direktiv 2004/18/EG.[4] Unionens regler för offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt. Det bör klargöras att sådana anskaffningar av byggentreprenader, varor eller tjänster bör omfattas av detta direktiv oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.

Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna,…

…

(103) Anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna kan vara baserade på antaganden eller praxis som är tekniskt, ekonomiskt eller rättsligt osunda. Om anbudsgivaren inte kan ge en tillfredsställande förklaring bör den upphandlande myndigheten ha rätt att förkasta anbudet. Detta agerande bör vara obligatoriskt i de fall då den upphandlande myndigheten har konstaterat att det onormalt låga pris eller de onormalt låga kostnader som föreslås beror på att tvingande unionsrätt eller nationell rätt som är förenlig med unionsrätten på social-, arbets- eller miljörättens område inte följs eller att bestämmelser i internationell arbetsrätt åsidosätts.”

3 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 (EUT L 337, 2017, s. 19) (nedan kallat direktiv 2014/24).

4 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse i EUT L 351, 2004, s. 44).

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

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

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

8. I artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 definieras ”offentliga kontrakt” som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster”.

9. I artikel 18 i direktivet fastställs ”[p]rinciper för upphandling”. I artikeln anges följande:

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

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

2. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.”

10. Artikel 69 i direktiv 2014/24 avser ”[o]normalt låga anbud”. Artikeln ingår i avdelning II i kapitel III, avsnitt 3 i direktivet, som har rubriken ”Val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”. Artikeln har följande lydelse:

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

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

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

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

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

d) efterlevnad av de skyldigheter som avses i artikel 18.2,

e) efterlevnad av de skyldigheter som avses i artikel 71,

f) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

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

Den upphandlande myndigheten ska förkasta anbudet när den har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2.

…”

III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

11. Inrikesministeriet (upphandlande myndighet) inledde den 7 juni 2018 ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster avseende åtkomsten till ett rättsinformationssystem under 24 månader. Upphandlingen bestod av två delar. Inrikesministeriet uppskattade värdet av kontraktet till 39 959,01 euro.

12. De enda ekonomiska aktörer som lämnade in anbud inom utsatt tid för den första delen, som avsåg åtkomst till ett rättsinformationssystem, var Tax-Fin-Lex d.o.o. (sökande) och LEXPERA d.o.o. (intervenient), båda två specialiserade på rättsinformation och båda två med säte i Ljubljana (Slovenien).

13. Sökanden erbjöd sig att tillhandahålla tjänsten för 0 euro.

14. Inrikesministeriet beslutade den 11 januari 2019 att tilldela intervenienten det offentliga kontraktet för den första delen och att förkasta sökandens anbud med motiveringen att detta anbud stred mot regelverket för offentlig upphandling.

15. Sökanden ansökte om omprövning av detta beslut. Denna ansökan avslogs den 5 februari 2019 i det förfarande som föregick omprövningen. Inrikesministeriet vände sig den 11 februari 2019 till Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden, Slovenien), hänskjutande domstol i det nu aktuella målet, för att den skulle uttala sig om beslutets lagenlighet.

16. Sökanden har anfört att ett sådant anbud som det aktuella ska granskas. Sökanden har gjort gällande att anbudsgivaren i ett offentligt upphandlingsförfarande har rätt att själv sätta sitt pris och följaktligen att erbjuda en gratistjänst. Det betyder emellertid inte att sökanden blir utan ersättning för fullgörandet av det offentliga kontraktet i fråga. Sökanden anser nämligen att kontraktet skulle ge företaget en fördel i form av tillträde till en ny marknad och nya användare.

17. Inrikesministeriet har däremot anfört att begreppet offentligt kontrakt i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 inte kan omfatta ett kontrakt genom vilket näringsidkaren erbjudit sig att tillhandahålla en tjänst gratis till den upphandlande myndigheten. Inrikesministeriet anser att den fördel som näringsidkaren får av att erhålla kontraktet, det vill säga möjligheten att få tillträde till en ny marknad och att få referenser, inte utgör ett vederlag för fullgörandet av ett offentligt kontrakt.

18. Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande angett att Inrikesministeriet granskade anbudet mot bakgrund av bestämmelserna om onormalt låga anbud. Grunden för Inrikesministeriets beslut att inte anta anbudet var dock inte att det var onormalt lågt eller stred mot principerna för offentliga upphandlingar, utan att beloppet i anbudet var 0 euro.

19. Den hänskjutande domstolen har uttryckt tvivel i fråga om tolkningen av begreppet kontrakt med ekonomiska villkor i definitionen av offentligt kontrakt i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24. Den har för det första framhållit att en av de väsentliga beståndsdelarna i begreppet offentligt kontrakt i denna bestämmelse är att kontraktet mellan den upphandlande myndigheten och den ekonomiska aktören ska ha ekonomiska villkor. Den hänskjutande domstolen har närmare angett att begreppet offentligt kontrakt är relevant innan ett kontrakt ingås, eftersom det medför en skyldighet för den upphandlande myndigheten att iaktta regelverket i direktiv 2014/24, men även efter kontraktets ingående, när det gäller att avgöra om kontraktet verkligen har ingåtts i enlighet med detta regelverk.

20. Den hänskjutande domstolen vill också få klarhet i huruvida och i så fall i vilken mån ett kontrakt som innebär att en ekonomisk aktör åtar sig att kostnadsfritt tillhandahålla den tjänst som avses i meddelandet om upphandling till den upphandlande myndigheten, utan någon annan fördel än att få tillträde till en ny marknad och erhålla referenser, kan kvalificeras som kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24. Den hänskjutande domstolen har medgett att det i sig kan vara en fördel för den ekonomiska aktören att erhålla ett offentligt kontrakt och få referenser. Denna fördel kan visserligen inte kvantifieras ekonomiskt när kontraktet tilldelas, men den kan ändå utgöra en framtida ekonomisk fördel som har anknytning till kontraktets fullgörande.

21. Den hänskjutande domstolen har emellertid också medgett att det är möjligt att ett avtal som ingåtts, i en situation där den upphandlande myndigheten inte betalar den ekonomiska aktören för tillhandahållandet av tjänsten, inte är ett avtal om fullgörande av ett offentligt kontrakt, eftersom det rör sig om ett avtal som ingåtts utan kostnad, till exempel i form av en gåva. Den hänskjutande domstolen vill under dessa omständigheter få klarhet i huruvida artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 kan utgöra rättslig grund för ett beslut om att förkasta den ekonomiska aktörens anbud.

22. Mot denna bakgrund beslutade Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Föreligger det ’ekonomiska villkor’ i ett kontraktsförhållande, vilket enligt artikel [2.1.5] i direktiv 2014/24, är kännetecknande för ett offentligt kontrakt, om den upphandlande myndigheten inte är skyldig att göra någon motprestation samtidigt som den ekonomiska aktören genom kontraktets genomförande får tillträde till en ny marknad och får referenser?

2) Kan eller ska artikel [2.1.5] i direktiv 2014/24 tolkas så, att bestämmelsen utgör en rättslig grund för att underkänna ett anbud på 0 euro?”

23. Sökanden, Inrikesministeriet, den österrikiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

IV. Bedömning

24. Detta förslag till avgörande är uppbyggt på följande sätt. Jag inleder med frågan om den nu aktuella begäran kan tas upp till prövning (A). Därefter undersöker jag räckvidden av begreppet kontrakt med ekonomiska villkor i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 och, framför allt, av det närliggande begreppet vederlag (B). Jag avslutar med frågan huruvida ett anbud på 0 euro fortfarande kan anses vara ett onormalt lågt anbud så att det kan granskas och, i förekommande fall, förkastas mot bakgrund av bestämmelserna i artikel 69 i detta direktiv (C).

A. Upptagande till prövning

25. Frågan om begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning ger enligt min mening inte upphov till några svårigheter.

26. Först och främst vill jag, i frågan om huruvida Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden) är behörig att begära ett förhandsavgörande, erinra om att domstolen i dom av den 8 juni 2017, Medisanus,[5] slog fast att detta organ uppfyller kriterierna för att vara en ”nationell domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.[6]

27. När det för det andra gäller värdet av det kontrakt som är i fråga i det nationella målet, är det riktigt att detta understiger tröskelvärdet på 144 000 euro i artikel 4 b i direktiv 2014/24, vilket gäller för offentliga tjänstekontrakt som ingås av de centrala offentliga myndigheterna.

28. Den hänskjutande domstolen har emellertid angett att den slovenska lagstiftaren, när direktivets bestämmelser införlivades med nationell rätt, beslutade att begreppet offentligt kontrakt i artikel 2.1.1 i Zakon o javnem naročanju (lag om offentlig upphandling)[7] av den 30 maj 2015 skulle tillämpas direkt och ovillkorligt på kontrakt med ett värde under tröskelvärdet i artikel 4 i direktiv 2014/24, vilka i princip inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

29. Enligt domstolens fasta praxis, se domen i målet Dzodzi, är det motiverat att tolka unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av tillämpningsområdet för dessa bestämmelser så att situationer som regleras genom nationell rätt och situationer som regleras genom unionsrätten ska behandlas lika, när dessa unionsbestämmelser genom nationell rätt har blivit tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt.[8]

30. De uppgifter som i det nu aktuella fallet lämnats av den hänskjutande domstolen, och som inte har bestritts av någon av de parter som har yttrat sig, bekräftar att den nationella lagstiftaren har utvidgat tillämpningsområdet för unionsbestämmelserna för offentlig upphandling till offentliga kontrakt av lågt värde, just för att garantera att situationer som regleras genom nationell rätt och situationer som regleras genom unionsrätten ska omfattas av samma bestämmelser. De bakomliggande tankegångarna i domen i målet Dzodzi tycks alltså vara fullt tillämpliga i det nu aktuella målet.

31. Domstolen kan under dessa omständigheter besvara de tolkningsfrågor som ställts i detta mål.

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Se punkt 38 i domen.

7 Uradni list RS nr 91/15.

8 Se dom av den 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 och C-197/89, EU:C:1990:360, punkterna 36–42, nedan kallad domen i målet Dzodzi), och senare rättspraxis i dom av den 14 februari 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, ej publicerad, EU:C:2019:116, punkt 22 och där angiven rättspraxis), och dom av den 24 oktober 2019, Belgische Staat (C-469/18 och C-470/18, EU:C:2019:895, punkterna 22 och 23 och där angiven rättspraxis).

B. Kontrakt med ekonomiska villkor?

32. Den hänskjutande domstolen har anmodat domstolen att precisera det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2014/24. Domstolen ska fastställa huruvida, och i så fall i vilken mån, en ekonomisk aktörs åtagande att för 0 euro tillhandahålla en tjänst kan leda till ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktivet och således kvalificeras som ett offentligt tjänstekontrakt. Det finns i detta avseende anledning att erinra om domstolens fasta praxis, enligt vilken ”[e]ndast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan … utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18”.[9]

33. För att den första tolkningsfrågan ska kunna besvaras finns det anledning att genom en bokstavstolkning samt en systematisk och teleologisk tolkning fastställa huruvida begreppet kontrakt med ekonomiska villkor kan omfatta en anbudsgivares anbud på 0 euro. Det ska även prövas huruvida domstolens praxis gör det möjligt att bringa klarhet i diskussionen genom ett förtydligande av de väsentliga särdragen hos ett sådant kontrakt.

1. Kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i direktiv 2014/24

34. Ordagrant ger artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 inte tillräckligt stöd för en klar tolkning av begreppet kontrakt med ekonomiska villkor. Textmässigt framträder snarare en mångfald av tänkbara tolkningar och betydelser av begreppet ekonomiska villkor.

35. Vissa språkversioner hänför sig till villkoret avseende ersättning.[10] Den bakomliggande tanken är helt enkelt att något måste ges i utbyte. Andra språkversioner tycks vara mer restriktiva. Detta något som den upphandlande myndigheten ska ge i utbyte tycks vara av specifik ekonomiskt art,[11] det vill säga pengar. Ytterligare andra språkversioner tycks hamna någonstans mitt emellan.[12]

36. Kanske ska det ändå inte läggas alltför stor vikt vid den ordagranna lydelsen av direktiv 2014/24, eftersom begreppet kontrakt med ekonomiska villkor i vissa språkversioner av direktivet till och med uttrycks med olika formuleringar, beroende på om det förekommer i skälen 4 och 70 eller i artikel 2.1.5 i direktivet.

37. *Argument som hänför sig till den interna systematiken* (i direktiv 2014/24) är tyvärr inte heller till särskilt stor hjälp. I artikel 1.2 i direktivet har lagstiftaren angett att ”[m]ed upphandling avses ... en eller flera upphandlande myndigheters *anskaffning* genom ett offentligt kontrakt av … tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om… tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte”.[13]

9 Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 47), och dom av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43). Direktiv 2004/18 har upphävts genom direktiv 2014/24.

10 Bland andra den spanska (”oneroso”), den franska (”à titre onéreux”), den italienska (”a titolo oneroso”), den portugisiska (”a título oneroso”) och den rumänska versionen (”cu titlu oneros”).

11 Bland andra den engelska (”for pecuniary interest”) och den kroatiska versionen (”financijski interes”).

12 Som den tjeckiska och slovakiska versionen (där begreppet ”úplatné smlouvy” eller formuleringen ”odplatné zmluvy” först och främst betyder betalning som motprestation men som även kan tolkas så, att motprestationer i annan form än pengar inbegrips) eller den svenska versionen med uttrycket ”kontrakt med ekonomiska villkor”, som hänför sig till kontraktets ekonomiska värde.

13 Min kursivering.

38. Denna bestämmelse ska tolkas mot bakgrund av skäl 4 i direktiv 2014/24, där unionslagstiftaren har angett att ”[u]nionens regler för offentlig upphandling [inte är] avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att *anskaffa* … tjänster genom ett offentligt kontrakt”.[14] Unionslagstiftaren har också angett att ”sådana anskaffningar av … tjänster bör omfattas av detta direktiv oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer”. Det är väsentligt att framhålla att begreppet anskaffning enligt unionslagstiftaren ”bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda … tjänsterna”.

39. Även om det huvudsakliga *syftet* med lagstiftningen om offentlig upphandling var att reglera offentliga myndigheters anskaffning av varor eller tjänster, gör systematiken i och ändamålet med direktiv 2014/24 det egentligen inte möjligt att fastställa särdragen i villkoret om ekonomiska villkor enligt artikel 2.1.5 i direktivet. ”Anskaffning” är ett tillräckligt vitt begrepp för att inte säga något om formerna för denna anskaffning. Det väsentliga är att varorna eller tjänsterna till slut erhålls av de upphandlande myndigheterna. Varor och tjänster kan anskaffas lagenligt på olika sätt.

40. Således är en systematisk bokstavstolkning inte i sig tillräcklig för att klargöra innebörden av ”kontrakt med ekonomiska villkor” och i synnerhet inte av nyckelbegreppet vederlag som döljer sig bakom själva tanken med ett kontrakt. Vad är den konkreta arten av det vederlag som den upphandlande myndigheten ska tillhandahålla för att det offentliga kontraktet ska kunna betraktas som giltigt?

2. Tolkningen av begreppet kontrakt med ekonomiska villkor i rättspraxis

41. Domstolen har slagit fast att begreppet ”med ekonomiska villkor” i enlighet med den normala rättsliga innebörden, när det används för att definiera offentliga kontrakt, avser ett kontrakt varigenom varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan.[15] Domstolen ser förekomsten av ett vederlag eller en motprestation som den upphandlande myndigheten ska tillhandahålla och således av ett tvåpartsförhållande som de avgörande beståndsdelarna när det gäller att bedöma huruvida ett kontrakt med ekonomiska villkor har ingåtts.[16]

42. Denna rättspraxis ingår i en linje som förespråkas av domstolen på andra rättsområden, bland annat i fråga om mervärdesskattepliktiga transaktioner. I dom av den 18 januari 2017, SAWP,[17] erinrade domstolen om att ett tillhandahållande av tjänster sker mot ersättning i den mening som avses i direktiv 2006/112[18] endast om det, mellan den som tillhandahåller tjänsten och mottagaren, föreligger ett rättsförhållande som innebär ett ömsesidigt utbyte av prestationer, där det vederlag som tillhandahållaren av tjänsten tar emot utgör det faktiska motvärdet av den tjänst som tillhandahålls mottagaren.[19] Domstolen har fastställt att detta ”är fallet om det föreligger ett direkt samband mellan den tillhandahållna tjänsten och det motvärde som erhålls, varvid de erlagda beloppen utgör det faktiska vederlaget för en tjänst som kan individualiseras och som tillhandahålls inom ramen för ett sådant rättsförhållande”.[20]

14 Min kursivering.

15 Se, bland annat, dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 45), och dom av den 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 28).

16 Se, beträffande tolkningen en av begreppet offentligt kontrakt i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, dom av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Rådets direktiv av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt (EUT L 347, 2006, s. 1)

19 Se dom av den 18 januari 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

20 Dom av den 18 januari 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

43. Det ska emellertid medges att det finns två linjer i rättspraxis i fråga om arten av det vederlag som krävs för att villkoret om ekonomiska villkor ska vara uppfyllt. Dessa båda linjer återspeglar i viss mån de bokstavliga skillnaderna i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24. [21]

44. I den första linjen ges företräde åt en restriktiv tolkning av kriteriet om ekonomiska villkor i kontraktet, som ställer krav på att den upphandlande myndigheten ska betala en ersättning eller ett pris i pengar.

45. I domen av den 13 juli 2017, Malpensa Logistica Europa, [22] fann domstolen till exempel att kvalificeringen tjänstekontrakt, i den mening som avses i artikel 1.1 a i direktiv 2004/17 och bestämmelserna om tjänstekontrakt, inte var tillämplig på ett avtal genom vilket flygplatsoperatören för Milano Malpensa (Italien) inte hade anskaffat den tjänst som tillhandahölls av leverantören mot vederlag. [23] I den domen hänförde sig domstolen uttryckligen till det förhållningssätt som förespråkades av kommissionen, enligt vilket det var uppenbart att den omständigheten att ett avtalsförhållande som hade sitt ursprung i ett tjänstekontrakt skulle vara förenat med ekonomiska villkor innebar att tjänstekontraktet måste inbegripa ett vederlag som den upphandlande myndigheten betalar direkt för att anskaffa en tjänst direkt av en leverantör.

46. Den andra linjen i rättspraxis talar i stället för att villkoret om ekonomiska villkor ska tolkas i en vidare bemärkelse, som ett vederlag [24] eller en motprestation [25]. Detta är huvudlinjen, som även kommissionen ställde sig bakom i grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner av den 30 april 2004. [26]

47. Enligt denna rättspraxis behöver inte begreppet ekonomiska villkor innebära att den upphandlande myndigheten betalar ut ett penningbelopp. Domstolen anser således att ett kontrakt där ett tillhandahållande ersätts med andra former av vederlag, exempelvis en ersättning för kostnaderna för tillhandahållandet av den avtalade tjänsten eller en avgiftsbefrielse, kan anses ha ingåtts med ekonomiska villkor och kvalificeras som ett offentligt kontrakt. Så är även fallet när det vederlag som betalas ut inte täcker anbudsgivarens kostnader. [27]

48. Det finns två domar där detta illustreras särskilt väl.

49. I dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl. [28] slog domstolen således fast att bedömningen av beståndsdelarna i definitionen av begreppet offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avsågs i direktiv 93/37/CEE [29] skulle göras så, att direktivets ändamålsenliga verkan säkerställdes och, i synnerhet, att en effektiv konkurrens främjades genom att meddelanden om upphandlingar offentliggjordes. [30] Domstolen medgav således att ett kontrakt skulle anses ha ekonomiska villkor och kvalificeras som offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och

21 Se ovan punkt35.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Domen rör tolkningen av artikel 1.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1). Enligt denna artikel är ”varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt” ”skriftliga avtal med ekonomiska villkor…”.

23 Se punkt 29 i domen.

24 Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 47–52), och dom av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43).

25 Dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 77–86).

26 KOM (2004) 327 slutlig. I punkt 10 i grönboken anger kommissionen att ”ekonomisk ersättning för avtalet i fråga [inte innebär] att ett belopp obligatoriskt måste utbetalas direkt av den offentliga partnern utan ersättningen kan bestå i varje annan form av ekonomisk motprestation som erhålls av den privata partnern”.

27 Se domstolens överväganden i domen av den 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), enligt vilka ett avtal om försäljning av mark kan utgöra ett offentligt kontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten, trots att den upphandlande myndigheten, utöver överlåtelsen av nämnda mark, inte ger motparten något annat vederlag.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Rådets direktiv av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, 1993, s. 54).

30 Punkt 52 i domen.

anläggningsarbeten i en sådan situation där den ekonomiska operatören, innehavaren av bygglovet, utförde byggnadsarbetet mot att denne *befriades från skyldigheten att betala den stadsplaneringsavgift* som föreskrevs i de nationella bestämmelserna. Domstolen slog fast att kriteriet avseende ekonomiska villkor i avtalet skulle anses uppfyllt, eftersom den ekonomiska aktören genom att utföra det aktuella byggnadsarbetet betalade en skuld av motsvarande värde som uppstått till förmån för kommunen. [31]

50. I dom av den 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy [32] slog domstolen också fast att ”[e]tt kontrakt som innebär ett utbyte av prestationer [således omfattas] av begreppet offentligt kontrakt även när den föreskrivna ersättningen endast utgörs av *delvis betalning för kostnader för att tillhandahålla den avtalade tjänsten*”. [33] Domstolen underströk i den domen att ett sådant avtal genom vilket en ekonomisk aktör åtog sig att tillverka och leverera en produkt till olika myndigheter i utbyte mot en finansiering som uteslutande var avsedd för detta ändamål, omfattades av begreppet kontrakt med ”ekonomiska villkor”, i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, *”även om kostnaderna för produktion och distribution av denna produkt inte helt och hållet kompenseras* genom detta bidrag eller genom leveranskostnader som kan faktureras dessa förvaltningar”. [34]

51. Detta är samma förhållningssätt som förespråkades av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i förslaget till avgörande i målet Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung. [35] I detta mål ställdes nämligen i synnerhet frågan om ett tillhandahållande av programvara som två upphandlande myndigheter skriftligt avtalat om var förenat med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24, när den enhet som erhöll programvaran inte behövde betala något pris eller kompensera för kostnaderna för programvaran men i princip var skyldig att gratis tillhandahålla efterföljande anpassningar och vidareutvecklingar av programvaran till den andra enheten.

52. Generaladvokaten ansåg i förslaget till avgörande att villkoret om ekonomiska villkor var uppfyllt. Generaladvokaten påpekade att vederlaget, det vill säga framtida anpassningar och utvecklingar av programvaran, hade ett ekonomiskt värde. Vidare ansåg han att detta vederlag utgjorde ett åtagande som kunde göras gällande, eftersom det var nödvändigt för att dessa enheter skulle kunna tillhandahålla den allmännyttiga tjänst som de skulle tillhandahålla. [36]

3. Det extensiva begreppet vederlag och dess gränser

53. Det som jag uppfattar som den dominerande linjen i rättspraxis (vilken linje jag helt och hållet ansluter mig till) kan sammanfattas som följer.

54. Det vederlag som utgör en del av villkoret om ekonomiska villkor och som ska utges av den upphandlande myndigheten kan för det första till sin art ta andra former än ett pris som betalas i pengar. Således är det inte nödvändigt att det sker en överföring av en summa pengar. Andra typer av betalningar, även av icke-monetär art, är tänkbara.

55. För det andra ska vederlaget ha ett visst ekonomiskt värde utan att det för den skull exakt behöver motsvara värdet på de varor eller tjänster som tillhandahålls. Den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren kan således komma överens om att betalningen kan ske i olika former, under förutsättning att de har ett tydligt ekonomiskt värde.

31 Värt att notera är att domstolen inte intog samma förhållningssätt som generaladvokaten Léger hade förespråkat i förslaget till avgörande i målet Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2000:671), där generaladvokaten ansåg att kriteriet om ekonomiska villkor inte var uppfyllt.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Punkt 29 i den domen och där angiven rättspraxis. Min kursivering. Se även dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 29), dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 31), och dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ” Spezzino ” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 37).

34 Punkt 31 i domen. Min kursivering.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Se resonemanget i punkterna 52–63 i detta förslag till avgörande.

56. Vederlagets art och innehåll ska för det tredje framgå av kontraktet som en direkt och verkställbar rättslig förpliktelse för den upphandlande myndigheten. Det är mot den bakgrunden jag förstår domstolens och generaladvokaten Mengozzis hänvisning till den *ömsesidigt bindande karaktären* hos det offentliga kontraktet enligt vilket det *uppstår rättsligt bindande skyldigheter* för de båda parterna i kontraktet.[37]

57. Jag anser därför inte att den exakta summa som anges i kontraktet är det väsentliga, när det gäller att avgöra om kontraktet omfattar ett vederlag (och sedan om villkoret om ekonomiska villkor i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 är uppfyllt). Det gäller snarare att få klarhet i huruvida de båda parterna enligt kontraktet befinner sig i ett förhållande bestående i ömsesidiga rättsligt bindande förpliktelser som vardera parten kan låta verkställa med avseende på motparten och inom ramen för vilka den upphandlande myndigheten åtminstone utger ett klart och tydligt vederlag av ekonomisk art.

58. Ett sådant förhållningssätt flyttar avsiktligen fokus från den exakta arten av det vederlag som krävs till den större frågan om den exakta innebörden av de ömsesidiga förpliktelserna för var och en av parterna. Begreppet vederlag kan variera mellan olika länder i Europa[38] men det tycks råda en bred konsensus om att det, för att ett avtal ska kunna ingås, krävs att parterna enas på ett tillräckligt exakt sätt om avtalsvillkoren, vilket förutsätter en klarhet i fråga om vardera partens ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, för att avtalet ska kunna verkställas.[39] Sett från en viss synvinkel kan denna diskussion härledas ur den ursprungliga romerska rätten och den grundläggande åtskillnaden, vilken fortfarande är giltig i de civilrättsliga rättssystemen, mellan ömsesidiga rättsförhållanden (exempelvis avtal) och ensidiga rättsförhållanden (exempelvis gåvor och donationer).

59. Ett kontrakt med ekonomiska villkor är således framför allt ett ömsesidigt avtal som innebär att parterna åtar sig att gentemot varandra utföra vissa exakt angivna och ömsesidiga prestationer. Arten av vad som ska tillhandahållas ska fastställas när avtalet ingås. Dessa prestationer ska vara verkställbara med stöd av detta avtal. Det vederlag som kan utkrävas är däremot mer flexibelt. Det behöver inte nödvändigtvis bestå i en monetär ersättning. Det avgörande är att detta vederlag är klart, exakt och verkställbart med stöd av det avtal som ingåtts.

4. Tillämpning i det nu aktuella fallet

60. I det nu aktuella målet finns det inget kontrakt mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren, i motsats till de mål som avses i ovan angiven rättspraxis, eftersom talan väcktes vid den nationella domstolen då anbudsgivarens anbud förkastades. I det skedet av förfarandet finns det således inga avtalsbestämmelser av vilka det framgår om det finns någon form av vederlag som ska utges av den upphandlande myndigheten.

37 Se dom av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43), i vilken domstolen gick på generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i målet Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, punkt 36). Se fotnot 16 i förevarande förslag till avgörande.

38 Vilket visar på den avsevärda mångfalden av rättsordningar för avtal. Se, bland annat, Kötz, H., ”Comparative Contract Law” i Reimann, M., och Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, andra upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 902–932, i synnerhet s. 910–912, eller Chloros, A., G., ”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, volym 17, nr 1, s. 137–166.

39 Se, bland annat, artiklarna 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) och 2:103 (Sufficient Agreement) i ”Principles of European Contract Law” (Principes du droit européen du contrat) (se Lando, O., och Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000), eller artiklarna II.–I:101(I) (definition av avtal) och III.–I:102(4) (om förpliktelsers ömsesidiga karaktär) i *Draft Common Frame of Reference* (utkast till gemensam referensram) (ser von Bar, C., et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, Munchen, 2009). Se även, för ett liknande resonemang, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collection ”Droit comparé et européen”, Paris, 2008, volym 6, s. 25, framtagen av Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française och Société de législation comparée.

61. Domstolen ska således besvara frågan huruvida den fördel som anbudsgivaren kan räkna med till följd av själva kontraktstilldelningen, i en situation där anbudsgivarens anbud innebär att den upphandlande myndigheten inte utger någon direkt ersättning för tjänsten, kan utgöra ett vederlag som innebär att det är möjligt att ingå ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24.

62. Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det nu aktuella målet, såsom de har beskrivits av den hänskjutande domstolen, kan jag inte se något som skulle kunna utgöra ett sådant vederlag, inte ens vid en sådan mycket öppen betraktelse av detta begrepp som beskrivs i avsnittet ovan. Det finns tre potentiella fördelar som skulle kunna vara aktuella i det nu aktuella målet. Den första är att kunna bygga upp en relevant erfarenhet, den andra att få referenser inför framtida upphandlingar och den tredje att skapa sig ett anseende inför framtida upphandlingar som samma upphandlande myndighet kan göra för andra delar.

63. För det första är det säkert viktigt att samla på sig en relevant erfarenhet för företag som är nya på marknaden eller för små och medelstora företag som vill utvecklas. Helt klart är detta dock inte ett vederlag som den upphandlande myndigheten tillhandahåller i utbyte. Det är endast en rättslig omständighet som följer av en kontraktstilldelning.

64. För det andra kan det onekligen vara en fördel att få referenser. Dessa referenser kan ha en strategisk betydelse vid framtida tilldelningar av offentliga kontrakt. Referenser räcker emellertid inte för att det ska kunna fastställas att det planerade kontraktet är ömsesidigt förpliktande. Den upphandlande myndigheten är nämligen inte skyldig att lämna referenser, vilket innebär att referenserna inte utgör ett vederlag som kan utkrävas av den upphandlande myndigheten. Huruvida denna fördel förverkligas är både oberäkneligt och osäkert, eftersom referenser som ett företag kan göra gällande i framtiden i praktiken är beroende av faktiska omständigheter med anknytning till ett gott fullgörande av kontraktet. Det finns således inga garantier för att anbudsgivaren kan göra gällande några referenser. Det rör sig om rena spekulationer om kontraktet.

65. För det tredje framgår det av beslutet om hänskjutande att kontraktet i det nu aktuella fallet bestod av två delar.[40] Den anbudsinfordran som nu är i fråga avsåg enbart den första delen. Det har inte lämnats några ytterligare uppgifter om det eventuella förhållandet mellan den första och den andra delen. Det är emellertid osannolikt att en sådan situation skulle ha betydelse när det gäller att fastställa ett vederlag som en rättslig förpliktelse för den upphandlande myndigheten i förhållande till anbudsgivaren med avseende på de två delarna. Det är verkligen inte önskvärt att godta eller främja en uttalad eller outtalad strategi genom vilken ett företag lämnar ett anbud som avsevärt understiger kostnaderna, vilket inbegriper ett anbud på 0 euro, för en del av en upphandling i förhoppning om att senare kunna omfördela dessa kostnader vid tilldelningen av en annan del av kontraktet.

66. Sammanfattningsvis kan inget av de tre scenarierna för de potentiella fördelar som skulle kunna göras gällande som vederlag till en anbudsgivare som erbjudit sig att tillhandahålla vissa tjänster kostnadsfritt hänföras till begreppet ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24. Inget av dessa alternativ avser något vederlag som rättsligt skulle kunna utkrävas av den upphandlande myndigheten inom ramen för kontraktet. Den gemensamma nämnaren för dessa fördelar är att de alla utgör satsningar med avseende på framtiden.

67. Den sistnämnda aspekten är slutligen det som gör att det nu aktuella målet klart skiljer sig från det ännu mer flexibla förhållningssätt i fråga om vederlag och ekonomiska villkor som till exempel intogs av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i förslaget till avgörande i målet Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung.[41] I synnerhet i en så pass dynamisk bransch som programvaruutveckling kan

40 Se ovan punkt 11.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Se ovan punkterna 51 och 52.

man nämligen föreställa sig en rad ganska ovanliga vederlag. Den första programvaran skulle kunna tillhandahållas kostnadsfritt, i motsats till framtida vidareutvecklingar. Den upphandlande myndigheten kan betala in natura genom att överföra sina egna uppgifter i utbyte, så att programmeraren kan använda dem i senare tillämpningar. Den upphandlande myndigheten kan utlova regelbundna återkopplingar som möjliggör förbättringar och en ökad försäljning av utvecklarens produkt. Exemplen är många. Alla sådana situationer skulle kunna ge upphov till kontrakt med ekonomiska villkor, såvida dessa förpliktelser tydligt framgår av överenskommelsen med den upphandlande myndigheten och utgör ett rättsligt verkställbart vederlag, även om det i själva verket inte alltid är så lätt att sätta ett pris på varje konkret vederlag.

68. I det nu aktuella målet framgår det däremot inte att ett tydligt vederlag ska utges av den upphandlande myndigheten till följd av en klar och verkställbar förpliktelse enligt det tänkta kontraktet. Den första fördelen är helt enkelt en automatisk rättslig omständighet. Den andra är osäker och vilar på ren spekulation. Den tredje fördelen är förenad med stora svårigheter, om den över huvud taget övervägs. Det framtida kontraktet omfattar således inget vederlag som ska utges av den upphandlande myndigheten, och därför kan det inte kvalificeras som ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24.

C. Är ett anbud på 0 euro ett onormalt lågt anbud?

69. För att besvara den andra tolkningsfrågan är det nödvändigt att fastställa vilken rättslig grund som kan utgöra stöd för ett beslut att förkasta ett sådant anbud som det nu aktuella, på 0 euro.

70. Den hänskjutande domstolen har visserligen riktat in sig på bestämmelserna i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24, men enligt den hänskjutande domstolen granskade Inrikesministeriet det aktuella anbudet mot bakgrund av bestämmelserna om onormalt låga anbud i artikel 69 i direktivet. Inrikesministeriet förkastade emellertid inte sökandens anbud på grund av att det var onormalt lågt eller att det inte uppfyllde kraven och förpliktelserna i meddelandet om upphandling, utan på grund av att anbudet var på 0 euro.

71. Den hänskjutande domstolens andra fråga är alltså av processuell art. Om en upphandlande myndighet får ett anbud där 0 euro har förts in i rutan där priset ska anges, i) ska den upphandlande myndigheten då automatiskt förkasta anbudet direkt med stöd av artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24, eftersom denna typ av anbud aldrig kan leda till att ett giltigt offentlig kontrakt ingås, eller ii) ska ett sådant anbud också granskas genom ett förfarande för onormalt låga anbud enligt artikel 69 i direktiv 2014/24?

72. Med hänsyn till mitt förslag till svar på den hänskjutande domstolens första fråga (det vederlag som kan göras gällande i ett offentligt kontrakt behöver inte innebära en direkt överföring av pengar, utan kan vara ett vederlag in natura om det har åtminstone ett visst ekonomiskt värde), blir det logiska svaret på den andra tolkningsfrågan vad som föreslås i led ii). Ett anbud med det nominella priset 0 euro ska också behandlas som ett onormalt lågt anbud.

73. Förfarandet i artikel 69 i direktiv 2014/24 avser för det första de delar av förfarandet som rör anbudet och förhandlingen. I denna artikel ställer unionslagstiftaren nämligen krav på att den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren en möjlighet att förklara storleken på anbudet och motivera dess allvar. Vidare ställs kravs på att den upphandlande myndigheten inte bara ska ta hänsyn till de förklaringar som lämnas, inte minst avseende besparingar i tillhandahållandet, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att tillhandahålla den

avtalade tjänsten,[42] utan även till alla relevanta omständigheter med avseende på det aktuella tillhandahållandet och de förpliktelser som är förenade med dess förverkligande.[43]

74. Det kan således inte uteslutas, såvida det inte framgår entydigt av upphandlingens art eller av anbudet i sig att det inte kan finnas något annat tänkbart vederlag och att det därmed saknas skäl att låta anbudsgivaren lämna förklaringar om sitt anbud, att det framtida kontraktet i slutänden kan vara ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24.

75. Allt detta erinrar onekligen om paradoxen Schrödingers katt. Så länge lådan inte har öppnats och dess innehåll har undersökts, kan det inte uteslutas att katten i lådan är levande. Så länge den upphandlande myndigheten på samma sätt inte ger anbudsgivaren möjlighet att förklara tankegångarna bakom och strukturen hos de kostnader som ligger till grund för anbudet, med stöd av artikel 69 i direktiv 2014/24, kan det inte uteslutas att anbudet i fråga kan leda till att ett offentligt kontrakt ingås, vilket inte hindrar att den upphandlande myndigheten i slutänden beslutar att inte anta anbudet. Ett sådant beslut kan emellertid inte grundas enbart på den omständigheten att ett nominellt anbud på 0 euro inte uppfyller villkoret om ekonomiska villkor i artikel 2.1.5 i direktivet.

76. För det andra definieras inte begreppet onormalt lågt anbud i direktiv 2014/24. Inte heller anges det närmare vilket numeriskt belopp som begreppet omfattar.[44] Unionslagstiftaren har uttryckt sig i allmänna ordalag, och domstolen använder sig även av orden ”det låga anbudet”.[45]

77. Det framgår emellertid av domstolens praxis att domstolen motsätter sig införandet av ett matematiskt uteslutningskriterium. Domstolen strävar efter att främja en effektiv konkurrens i enlighet med syftena med bestämmelserna om offentlig upphandling. I dom av den 22 juni 1989, Costanzo,[46] slog domstolen fast att ett matematiskt uteslutningskriterium fråntog de anbudsgivare som lämnat in särskilt låga anbud möjligheten att visa att dessa anbud var seriösa och att ett sådant kriterium följaktligen stred mot syftet med direktiv 71/305/EEG,[47] att främja utvecklingen av effektiv konkurrens på området för offentliga upphandlingskontrakt.

78. Mot den bakgrunden tycks det således inte vara något som hindrar att begreppet onormalt lågt anbud kan omfatta ett anbud på 0 euro. Ett belopp på 0 euro kan visserligen liknas vid ett slags psykologisk spärr. I ekonomiska termer finns det emellertid inga skäl att särskilja ett sådant anbud från ett anbud på 10 eller 100 euro, såvitt alla dessa anbud understiger kostnaderna för kontraktet.

79. Slutligen råder för det tredje inget tvivel om att det finns flera andra argument som skulle kunna tala för att anbud på 0 euro inte ska granskas. Att tillåta sådana anbud skulle nämligen kunna strida mot syftet att säkerställa *insyn* när det gäller allmänna medel och att motverka korruption. Faktiska kostnader och efterföljande betalningar skulle helt enkelt föras över och döljas i andra parallella transaktioner. Även om ett sådant tillvägagångssätt vid första anblicken skulle förefalla fördelaktigt för de *allmänna finanserna*, skulle ett offentligt kontrakt som ingåtts till det nominella priset av 0 euro i slutänden också visa sig kostsamt och svårt att genomföra för den upphandlande myndigheten och således leda till större kostnader än om man i stället helt enkelt hade betalat ett lämpligt pris från början. Farhågor kan också väckas i *konkurrensrättsligt* hänseende om upphandlande myndigheter sponsrar underprissättning.

42 Dessa förklaringar anges i artikel 69.2 i direktiv 2014/24.

43 Se dom av den 16 maj 2019, Transtec/kommissionen (T-228/18, EU:T:2019:336, punkt 69 och där angiven rättspraxis).

44 I dom av den 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), erinrade domstolen således om att det ankommer på medlemsstaterna och särskilt på de upphandlande myndigheterna att fastställa sättet att beräkna en tröskel för vad som ska anses orimligt och därmed utgöra ett onormalt lågt anbud (punkt 49 och där angiven rättspraxis).

45 Se dom av den 18 december 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punkt 46).

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

47 Rådets direktiv av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, 1971, s. 5).

80. Oavsett hur berättigade dessa farhågor kan vara, skulle samma argument i varje fall kunna tala för det motsatta, det vill säga att sådana anbud bör granskas.[48] Icke desto mindre, skulle alla dessa argument framför allt kunna användas mot all granskning av onormalt låga anbud. Samma överväganden som görs ovan i föregående punkt skulle utan åtskillnad vara giltiga för alla onormalt låga anbud. Så skulle till exempel vara fallet med anbud på 1 000 euro, 101 euro eller ett symboliskt anbud på 1 euro för ett kontrakt som värderats till 150 000 euro. Även om samtliga dessa anbud är mycket lägre än de faktiska kostnaderna kan den upphandlande myndigheten inte automatiskt förkasta dem. Den upphandlande myndigheten måste pröva dem enligt det förfarande som särskilt föreskrivs för detta ändamål i artikel 69 i direktiv 2014/24.

81. Unionslagstiftaren gjorde visserligen ett sådant lagstiftningsval inom ramen för bestämmelserna om offentlig upphandling, efter att ha vägt fördelarna och nackdelarna med onormalt låga anbud mot varandra, men jag kan inte finna något logiskt argument för att ett anbud på 0 euro ska kunna uteslutas från ett sådant system. Sådana anbud ska således behandlas på samma sätt. Om domstolen godtar mitt förslag avseende den första frågan (ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 behöver inte innebära att en summa pengar ska betalas, utan kan innebära ett vederlag in natura som ska utges av den upphandlande myndigheten), är storleken på det nominella belopp som angetts i anbudet inte avgörande.

82. Jag anser följaktligen att den upphandlande myndigheten verkligen ska granska ett anbud på 0 euro mot bakgrund av de villkor som anges i artikel 69 i direktiv 2014/24 för att, i förekommande fall, besluta att förkasta anbudet, bland annat med motiveringen att det inte kan föranleda ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktivet, i och med att den upphandlande myndigheten inte skulle tillhandahålla någon motprestation av ekonomisk karaktär inom ramen för ett upphandlingsförfarande.

V. Förslag till avgörande

83. Jag föreslår att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Nationella omprövningsnämnden i offentliga upphandlingsförfaranden, Slovenien) på följande sätt:

1) Begreppet kontrakt med ekonomiska villkor i artikel 2.1.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017, ska tolkas så, att en ekonomisk aktörs erbjudande att till den upphandlande myndigheten tillhandahålla en tjänst för 0 euro inte kan kvalificeras som ett offentligt tjänstekontrakt, eftersom parterna i kontraktet inte enas om ett vederlag med ett ekonomiskt värde som ska utges av den upphandlande myndigheten.

2) Ett anbud på 0 euro ska granskas i enlighet med bestämmelserna i artikel 69 i direktiv 2014/24, i dess lydelse enligt den delegerade förordningen 2017/2365, om onormalt låga anbud, i förekommande fall efter det att anbudsgivaren har lämnat kompletterande uppgifter om den exakta arten av det vederlag med ett ekonomiskt värde som ska utges av den upphandlande myndigheten. Ett sådant anbud ska inte antas om det inte gör det möjligt att i det specifika upphandlingsförfarandet ingå ett kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktivet.

48 I fråga om konkurrens skulle man bland annat kunna hävda att dessa bestämmelser egentligen gynnar konkurrensen. Det är sannolikt att små och medelstora företag och nystartade företag har lägre fasta kostnader och kan klara sig utan marginaler för ett visst kontrakt. Under sådana omständigheter kan ett anbud på 0 euro visa sig vara konkurrenskraftigt i och med att det gör det möjligt för sådana mindre företag att komma in på marknaden.