



Offentliggjort id	:	C-737/22
Procesdokumentnr.	:	1
Registernr.	:	1241588
Indleveret den	:	01/12/2022
Dato for indførsel i registret	:	02/12/2022
Dokumenttype	:	Begæring om præjudiciel afgørelse

	:	Procesdokument
Henvisning til indleveringen via e-Curia	:	DC178136
Dokumentnr.	:	1
Indleveret af	:	Andersen Stefan (J362020)



# ØSTRE LANDSRET KENDELSE

afsagt den 11. november 2022

---

Sag BS-46831/2021-OLR  
(14. afdeling)

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S  
(advokat Jens Bødtcher-Hansen og  
advokat Rass Holdgaard)

mod

BibMedia A/S  
(advokat Henrik Holtse)

Landsdommerne Benedikte Holberg, Michael Kistrup og Rikke Skovby har deltaget i afgørelsen.

1. Sagen er anlagt af Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter SKI) mod Audio Visionary Music A/S (herefter AVM) og angår lovligheden af en udbudsprocedure gennemført af SKI vedrørende en rammeaftale om levering af biblioteksmaterialer og klargøringsydelser i forhold hertil.
2. Østre Landsret har i henhold til artikel 267, stk. 2, i Traktaten om Den Europæiske Traktats Funktionsmåde besluttet at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning af det forhandlingsforbud, der kan udledes af EU-Domstolens praksis om de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som disse kommer til udtryk i artikel 18, stk. 1, i udbudsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF). Endvidere anmodes EU-Domstolen om en stillingtagen til, om rækkevidden af forhandlingsforbuddet påvirkes af,

at der er tale om et offentligt udbud af delkontrakter, jf. udbudsdirektivets artikel 27 og 46.

### SAGENS OMSTÆNDIGHEDER OG FORLØB

3. Sagsøger, SKI, er en indkøbscentral ejet af den danske stat og Kommunernes Landsforening, som er en interesseorganisation for samtlige kommuner i Danmark. SKI er etableret for at effektivisere og professionalisere offentlige indkøb, herunder gennem udvikling, udbud og drift af rammeaftaler på vegne af SKI's kunder (statslige og kommunale ordregivere).
4. AVM var på tidspunktet for udbuddet aktiv på markedet for klargøringsydelse for biblioteksmaterialer. Med virkning fra den 1. marts 2021 erhvervede BibMedia A/S alle aktierne i selskabet. Senere blev AVM opløst ved fusion med Bibmedia A/S, som derfor er part i retssagen.
5. SKI udbød den 4. februar 2020 rammeaftale 50.05 biblioteksmaterialer, der vedrører levering af biblioteksmaterialer og klargøringsydelse. Rammeaftalen er opdelt på 8 delkontrakter og med en samlet estimeret værdi på mellem 748 millioner kr. og 1,021 milliarder kr. De for sagen relevante delkontrakter er "Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst)" med en anslået værdi på 253 mio. kr. og "Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)" med en anslået værdi på 475 mio. kr.
6. For alle delkontrakter var der tale om en rammeaftale med én leverandør, og tildelingskriteriet var laveste pris. Tilbud bestod af oplysning om få grunddata om tilbudsgiveren, et udfyldt fælleseuropæisk udbudsdokument (ESPD) samt en udfyldt tilbudsliste med angivelse af pris for et relativt beskedent antal varelinjer pr. delkontrakt.
7. Ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet fremgik følgende af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 vedrørende modellen for tildeling af delkontrakt 1 og 2:

*"Delaftale 1 og 2 er indbyrdes afhængige, jf. punkt 3.1.1, og såfremt en tilbudsgiver afgiver tilbud på en af disse delaftaler, gives automatisk tilbud på begge delaftaler. Der kan ikke tages forbehold herfor, og således ikke alene gives tilbud på den ene af de 2 delaftaler vedrørende Danske bøger og noder.*

*Udover ovenstående er der ingen begrænsninger på, hvor mange eller få af delaftalerne, der kan/skal afgives tilbud på.*

*SKI forventer at tildele til én leverandør pr. delaftale. Samme leverandør kan blive tildelt flere delaftaler.*

*Markedet for biblioteksmaterialer er karakteriseret ved, at der eksisterer få specialiserede leverandører og potentielle tilbudsgivere. Danske bøger og noder er omsætningsmæssigt det største produktområde og forretningsmæssig vigtig for de potentielle tilbudsgivere. For at sikre den fremadrettede konkurrence på markedet opdeles Danske bøger og noder geografisk i 2 delaftaler. De tilsluttede kunder er opdelt i 2 på disse, henholdsvis Øst og Vest. Det fremgår af bilag A med underbilag A.1 og A.2 hvilke kommuner der er tilsluttet henholdsvis delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)."*

8. Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1.1 fremgik yderligere:

*"Danske bøger og noder udbydes som en såkaldt "Øst/Vest-model", hvilket betyder, at der påtænkes tildelt en leverandør i Østdanmark og en anden leverandør i Vestdanmark, men at de samme tilbudte priser vil være gældende for alle kunder uanset om kunderne er beliggende i Øst- eller Vestdanmark.*

*Tilbudsgiverne afgiver priser på avance og klargøring, som skal være de samme – og vil være gældende - for både delaftalen for Østdanmark og delaftalen for Vestdanmark.*

*Tilbudsgiveren, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, tildeles som leverandør på delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest).*

*Tilbudsgiveren, der afgiver det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, får tilbudt at blive leverandør på delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst). Denne tilbudsgiver skal dog acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsætter, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.*

*Hvis tilbudsgiveren med det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, går muligheden videre til tilbudsgiveren med det økonomisk tredje mest fordelagtige tilbud, som ligeledes skal acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsætter, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.*

*Hvis denne tilbudsgiver heller ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, går muligheden videre til næste tilbudsgiver i rækken, osv. Hvis rækken af tilbudsgivere, med konditionsmæssige tilbud, udtømmes, og der ikke iblandt disse, findes en leverandør til Østdanmark, vil leverandøren, som tildeles Vestdanmark*

*også blive tildelt Østdanmark. Denne skal i så fald være leverandør i hele Danmark, dvs. på både delaftale 1 og 2, og levere til samme priser i hele landet.*

*For tilbudsgiverne betyder Øst/Vest-modellen, at tilbudsgiverne, såfremt evalueringen måtte vise, at de har afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud, accepterer at give fuld indsigt i deres tilbudte priser til de øvrige tilbudsgivere. I første række til tilbudsgiveren med det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, og hvis denne ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, til den næste i rækken, osv.*

*Baggrunden for, at leverandøren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud tildeles Vestdanmark er, at der forventeligt vil være en større omsætning at indhente i Vestdanmark end i Østdanmark. Tilbudsgiveren der tildeles Østdanmark, skal således også være opmærksom på, at tilbudsgiveren ved accept af vilkårene for at blive leverandør i Østdanmark, skal sikre sig, at denne ved de dikterede priser, skal kunne opnå en rentabel drift i forhold [til] egne omkostninger, selvom den omsætning i Østdanmark forventeligt vil blive lavere, end i Vestdanmark. Fordelingen af den forventede omsætning i henholdsvis Øst- og Vestdanmark fremgår af A.1."*

9. Ved tilbudsfristens udløb den 3. marts 2020 modtog SKI tilbud fra AVM og fra BibMedia A/S (de eneste to reelle leverandører på markedet). Begge tilbudsgivere afgav tilbud på alle delkontrakter.
10. Ved evalueringen kunne det konstateres, at BibMedia A/S for alle delkontrakter havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud (laveste pris), mens AVM for alle delkontrakter havde afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud.
11. Som konsekvens af den i udbudsbetingelserne beskrevne model for tildelingen af delkontrakt 1 og 2 rettede SKI henvendelse til AVM med tilbud om tildeling af delkontrakt 1 (Øst) under forudsætning af, at AVM accepterede at levere til de priser, som BibMedia A/S som lavestbydende tilbudsgiver havde afgivet, og som AVM ved henvendelsen blev informeret om.
12. AVM accepterede dette, hvorefter SKI udsendte meddelelse om tildelingsbeslutning den 21. april 2020.
13. AVM indgav herefter den 30. april 2021 klage til Klagenævnet for Udbud (i det følgende Klagenævnet). Klagenævnet er nedsat med det formål at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne og har til opgave bl.a. at behandle klager over offentlige ordregiveres mulige overtrædelser af udbudsloven, EU's udbudsdirektiver, EUF-traktaten og de

heraf afledte principper om ligebehandling og gennemsigtighed mv. og tilbudsloven.

14. Klagenævnet afsagde kendelse den 14. januar 2021 i sag 20/05105: Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, hvor Klagenævnet konkluderede følgende:

*"[SKI har] handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 56 ved at anvende en fremgangsmåde for tildeling af delaftale 1 og 2, hvorefter den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, kan ændre sit tilbud efter tilbudsfristen og derefter blive tildelt delaftale 1."*

15. Klagenævnet begrundede sin afgørelse bl.a. således:

*"[d]er er tale om et offentligt udbud, og når først tilbudsgiveren har afgivet sit tilbud, kan tilbuddet i princippet ikke ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ."*

*Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er således i forbindelse med et offentlig udbud til hinder for enhver form for forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver. Hvis en tilbudsgiver efter henvendelse fra ordregiveren får mulighed for at ændre (nedsætte) den tilbudte pris til en nærmere bestemt lavere pris, indebærer det en mulighed for, at tilbudsgiveren ændrer et væsentligt vilkår i sit tilbud, nemlig den eksakte tilbudssum, som er indeholdt i det oprindelige tilbud, på en måde, som er til gunst for ordregiveren, og som giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sin pris og dermed sit tilbud med henblik på at blive tildelt kontrakten. En sådan fremgangsmåde vil efter sædvanlig praksis være i strid med forbuddet mod forhandling.*

*Spørgsmålet er, om det forhold, at en sådan fremgangsmåde i det foreliggende udbud er beskrevet i udbudsbetingelserne, medfører, at fremgangsmåden i dette tilfælde kan anses for at være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og dermed er lovlige. Klagenævnet finder, at forbuddet mod forhandling i et offentligt udbud ikke kan fraviges alene på grundlag af, at SKI har beskrevet øst/vest-modellen i udbudsbetingelserne som sket."*

16. SKI anlagde den 9. juli 2021 sag ved Retten i Glostrup til prøvelse af bl.a. denne del af Klagenævnets kendelse. Sagen blev den 7. december 2021 henvist til behandling ved Østre Landsret som 1. instans.

## DE DANSKE UDBUDSREGLER

17. Direktiv 2014/24/EU (herefter udbudsdirektivet) er implementeret i dansk ret ved lov nr. 1564 af 15. december 2015 med senere ændringer (udbudsloven).
18. Udbudslovens § 2 implementerer udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og angår lovens generelle principper. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*§ 2. En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.*  
*Stk. 2. Et offentligt udbud må ikke udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt begrænset, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere en enkelt eller visse økonomiske aktører eller stille den eller dem mindre gunstigt.*

19. Udbudslovens § 49 implementerer udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1-3. Bestemmelsens stk. 3 angår kravene ved opdeling af kontrakter i delkontrakter, og det følger heraf:

*§ 49.*

...

*Stk. 3. En ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen anføre,*  
*1) om tilbudsgiveren kan afgive tilbud på en, flere eller alle delkontrakter,*  
*2) om tilbudsgiveren kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og i givet fald hvordan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kan kombineres, og*  
*3) hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der er afgørende for tildelingen af delkontrakter, herunder hvordan delkontrakterne tildeles, når kriterierne eller reglerne ellers ville resultere i, at en tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end det maksimale antal, som tilbudsgiveren kan få tildelt.*

20. Udbudslovens § 56 angår procedurereglerne for offentlige udbud og implementerer dele af udbudsdirektivets artikel 27. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*§ 56. Ved offentligt udbud kan enhver økonomisk aktør afgive tilbud som svar på udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65). Ordregiveren skal anvende standardformularen, jf. § 128, stk. 3.*

## **DET EU-RETLIGE GRUNDLAG**

21. De EU-retlige bestemmelser, som denne sag vedrører, er navnlig de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som er fastlagt i udbudsdirektivets artikel 18, samt forhandlingsforbuddets rækkevidde i forhold til delkontrakter, jf. direktivets artikel 46, og udbudsproceduren "offentligt udbud" efter direktivets artikel 27.

## SAGSØGERS ANBRINGENDER

22. SKI bestrider at have overtrådt ligebehandlingsprincippet, som dette kommer til udtryk i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, med den anvendte Øst/Vest-model. Det valgte udbudsdesign er uanset anvendelsen af udbudsprocessen "offentligt udbud" lovligt og i overensstemmelse med de udbudsretlige regler, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet og det heraf afledte forhandlingsforbud samt udbudsretlig praksis.
23. Det bærende hensyn bag Øst/Vest-modellen var ønsket om at sikre konkurrencen for de ydelser, som var omfattet af delkontrakt 1 og 2, idet sidstnævnte omsætningsmæssigt var det største produktområde under udbuddet. Det er i den forbindelse væsentligt at være opmærksom på, at der ikke findes et privat marked med lignende ydelser, og at der ikke findes andre ordregivere, der udbyder lignende aftaler. SKI's rammeaftale er dermed i realiteten udtryk for det fulde marked. Markedsaktører, der ikke bliver tildelt en delkontrakt, risikerer derfor at blive marginaliseret eller ligefrem at gå konkurs. Markedet for dette produktområde har således i mange år lidt under, at der i perioder har været manglende – eller ligefrem slet ingen – konkurrence, hvilket kan være til stor skade for SKI's kunder og i sidste ende skatteborgerne. SKI havde under udbuddet af rammeaftalen derfor stort fokus på at værne om konkurrencen i videst muligt omfang, herunder ved at opdele denne del af udbuddet i to delkontrakter (øst og vest) og ved at benytte en model, der som udgangspunkt muliggør to forskellige leverandører svarende til intentionen bag udbudsdirektivets artikel 46, jf. herved præambelbetragtning 79. Heraf fremgår, at *"Når kontrakter opdeles i delkontrakter, bør de ordregivende myndigheder, f.eks. for at opretholde konkurrencen eller af hensyn til forsyningsikkerheden, kunne begrænse antallet af delkontrakter, som en økonomisk aktør kan byde på. De bør desuden kunne begrænse antallet af delkontrakter, der kan tildeles en enkelt tilbudsgiver."* Ved samtidig at fastsætte krav om, at der for begge delkontrakter skulle leveres til samme priser, som var tilbudt af den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, søgte SKI endvidere at sikre mod, at der blev spekuleret i at tilbyde høje priser på en af delkontrakterne til skade for SKI's kunder og i sidste ende skatteborgerne. Var man således sikret mindst en aftale, ville man kunne spekulere i at afgive tilbud med høje priser på begge delkontrakter. Dette



blev modvirket gennem kravet om, at man skulle levere til samme pris som vinderen af delkontrakt 1.

24. Forud for udbuddet blev der gennemført en markedsdialog. Af tilbagemeldingerne fra markedet fremgik, at markedet generelt fandt modellen både saglig og egnet til at understøtte konkurrencen både konkret og på langt sigt. Af høringssvar fra Bibmedia A/S, der også afgav tilbud under det efterfølgende udbud, jf. ovenfor, fremgik således følgende:

*"SKI forslag til en opdeling af delaftale 1 danske bøger og klargøring i en Øst/Vest model som beskrevet, synes vi virker fornuftigt, da den skitserede model fortsat motiverer tilbudsgiverne til at afgive det mest attraktive tilbud for at få tildelt den største del af volumen. Ved at have flere leverandører på delaftale 1 så sikres det at der vil være en skarp konkurrence i årene fremover, og det fortsat vil blive udviklet løsninger og ydelser til gavn for biblioteker."*

25. SKI fastholder således, at modellen forfølger fuldt ud saglige hensyn, der endvidere er centrale inden for udbudsretten, nemlig hensynet til at sikre såvel en effektiv anvendelse af offentlige midler, jf. udbudsdirektivets betragtning 2, som en effektiv konkurrence, jf. betragtning 90 og 69, både i det konkret omhandlede udbud og for fremtiden henset til den særlige konkurrencesituation konkret på markedet.
26. Til støtte for modellens lovlighed gøres det således gældende,
- at det forhold, at den næstbilligste tilbudsgiver får mulighed for at acceptere at levere til samme priser som tilbudt af den billigste tilbudsgiver og dermed kan få tildelt delkontrakt 1, ikke indebærer en "forhandling" i strid med det udbudsretlige forhandlingsforbud, herunder de principper og hensyn der ligger til grund for forbuddet samt udbudslovens § 56.
  - at Øst/Vest-modellen derimod er udtryk for en objektiv, mekanisk tildelingsprocedure, der finder anvendelse, efter at rangering af tilbuddene ligger fast, og uden anden interaktion mellem SKI og den tilbudsgiver, som har afgivet det næstbedste tilbud, end sidstnævntes accept af at levere på de i udbudsmaterialet på forhånd fastsatte vilkår og til de samme priser, som var tilbudt af den tilbudsgiver, der havde afgivet det bedste tilbud.
  - at der endvidere er tale om en tildelingsprocedure for delkontrakter, som er klart og gennemsigtigt beskrevet i udbudsmaterialet. Den overlader ikke på nogen måde et frit valg til SKI i forbindelse med tildelingen i strid med gennemsigtighedsprincippet, som dette kommer til udtryk i udbudsdirektivets artikel 18, eller giver den tilbudsgiver, som har afgivet

det næstbedste tilbud adgang til arbitrært at ændre sit tilbud efter tilbudsfristens udløb og derved stille sig selv bedre end vedkommende var berettiget til efter udbudsbetingelserne i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i øvrigt. Tildelingen forløber derimod inden for på forhånd fastlagte rammer for tildelingen af delkontrakter beskrevet i udbudsmaterialet og inden for rammerne af udbudsdirektivets artikel 46 efter en proces, som endvidere er uden for både SKI's og den pågældende tilbudsgivers indflydelse.

- at tildeling efter Øst/Vest-modellen således anvendes ensartet, baseret på den forudgående vurdering af de afgivne tilbud på basis af det fastsatte tildelingskriterium "laveste pris" og efter en på forhånd fastsat og klart beskrevet procedure for tildeling af delkontrakter. Da modellen endvidere finder anvendelse på et tidspunkt, hvor rangering af tilbud ligger fast (altså efter evalueringen), er der ingen risiko for fordrejning af konkurrencen mellem tilbudsgiverne i form af usaglig forskelsbehandling.

## SAGSØGTES ANBRINGENDER

27. Sagsøgte gør gældende, at Klagenævnets kendelse og begrundelse er korrekt og skal stadfæstes.
28. Ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18 og udbudslovens § 2, stk. 1, samt det heraf følgende forhandlingsforbud betyder, at en ordregiver er forhindret i at forhandle med en enkelt tilbudsgiver i et offentligt udbud. Det gør i den forbindelse ingen forskel, at ordregiver har beskrevet muligheden for forhandling i udbudsmaterialet.
29. Sagsøgte gør gældende, at det udgør forhandling at give en tilbudsgiver mulighed for efter tilbudsfristen at ændre sit tilbud, så det prismæssigt svarer til lavestbydende.
30. Efter sagsøgtes opfattelse udgør den situation, at en tilbudsgiver tillades at nedsætte prisen i sit tilbud, så prisen svarer til lavestbydende, en ændring af tilbuddet, hvilket ikke kan tillades efter tilbudsfristen.
31. Derfor udgør den af SKI anvendte Øst/Vest-model en forhandling i udbudsdirektivets forstand.
32. Sagsøgte gør endvidere gældende, at en sådan fremgangsmåde ikke lovligt kan anvendes i forhold til udbudsproceduren "offentligt udbud" efter udbudsdirektivets artikel 27, jf. udbudslovens § 56. Denne udbudsform giver således ikke mulighed for forhandling, herunder ved at en enkelt tilbudsgiver får mulighed for at ændre sit tilbud efter tilbudsfristen.

33. SKI skulle i stedet have gennemført udbuddet inden for de rammer, som udbudsdirektivet fastsætter, og der er mulighed for at anvende lovlige procedurer, der i vid udstrækning tilgodeser de formål, som SKI ønsker at opnå med Øst/Vest-modellen. En ordregiver kan således opdele en kontrakt i delkontrakter, og det er lovligt at begrænse muligheden for, at den samme tilbudsgiver vinder alle delkontrakter, således at konkurrencen sikres fremadrettet. Det er imidlertid ikke muligt inden for de i udbudsdirektivet fastsatte procedurer både at opnå flere mulige leverandører, og at deres pris er ens. Ordregiver må således vælge imellem, at én tilbudsgiver vinder alle delkontrakter med den samme pris, eller at delkontrakterne tildeles til flere forskellige tilbudsgivere, men med forskellige priser. Hvis en ordregiver vælger at begrænse muligheden for, at den samme tilbudsgiver kan få tildelt alle delkontrakter, må ordregiveren derfor acceptere den næstlaveste tilbudsgivers pris på den mindre delkontrakt.

### **BAGGRUNDEN FOR SPØRGSMÅLENE**

34. EU-Domstolens hidtidige praksis vedrørende ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet og rækkevidden af det heraf følgende forhandlingsforbud angår bl.a. grænserne for en ordregivers håndtering af forbehold i tilbuddet samt grænserne for en ordregivers efterfølgende indhentning og inddragelse af oplysninger, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-131/16, Archus og Gama (ECLI:EU:C:2017:358), og sag C-336/12, Manova A/S (ECLI:EU:C:2013:647), eller indhentning af oplysninger, som mangler eller er upræcise i et indgivet tilbud, jf. sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl. (ECLI:EU:C:2012: 191).
35. Endvidere ses EU-Domstolen at have forholdt sig til forhandlingsforbuddets rækkevidde i forhold til udskiftning af virksomheder, hvis kapacitet tilbudsgiver agter at basere sig på, jf. bl.a. sag C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. (ECLI:EU:C:2021:445).
36. Fælles for den hidtidige praksis synes at være, at forhandlingsforbuddets rækkevidde er fortolket i relation til ordregivers mulighed for at afhjælpe, at ansøgeren/tilbudsgiveren ikke opfylder krav i udbudsmaterialet, og angår dermed situationer, hvor en ansøger/tilbudsgiver potentielt opnår en retsstilling, som den pågældende efter udbudsmaterialet ikke var berettiget til, og som følgelig er i strid med de grundlæggende EU-retlige principper, jf. sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark (ECLI:EU:C:1993: 257), sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien (ECLI:EU:C:1996:161), samt sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta (ECLI:EU:C:2016:214).

37. EU-Domstolen ses imidlertid ikke at have haft lejlighed til at forholde sig til, i hvilket omfang forhandlingsforbuddet i forbindelse med udbud af delkontrakter under udbudsformen "offentligt udbud" er til hinder for, at en tilbudsgiver, der ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, efter udløbet af tilbudsfristen og i overensstemmelse med det på forhånd fastlagte i udbudsbetingelserne, gives mulighed for at acceptere at levere de udbudte ydelser vedrørende én delkontrakt til samme pris som en tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, og som derfor er tildelt en anden delkontrakt.
38. Landsretten, som i denne sag er første instans, finder på den baggrund, at der er behov for at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen som nedenfor bestemt.

**THI BESTEMMES:**

39. EU-Domstolen anmodes om at besvare følgende spørgsmål:

*Er gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18 og det deraf følgende forhandlingsforbud til hinder for, at der i forbindelse med et offentligt udbud af delkontrakter, jf. udbudsdirektivets artikel 27 og 46, gives en tilbudsgiver, der har afgivet det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud, mulighed for, efter udløbet af tilbudsfristen og i overensstemmelse med det på forhånd fastlagte i udbudsbetingelserne, at levere de udbudte ydelser i en delkontrakt på samme vilkår som en tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud og derfor er tildelt en samtidig udbudt anden delkontrakt?*

Publiceret til portalen d. 11-11-2022 kl. 12:13

Modtagere: Sagsøger Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S,  
Sagsøgte BibMedia A/S