

Mål C-737/22

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

1 december 2022

Domstol som begär förhandsavgörande:

Østre Landsret (Danmark)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

11 november 2022

Sökande:

Staten och Kommunernes Indkøbsservice A/S

Svarande:

BibMedia A/S

ØSTRE LANDSRET

BESLUT

av den 11 november 2022

[Utelämnas]

Staten och Kommunernes Indkøbsservice A/S

[utelämnas]

mot

BibMedia A/S

- 1 Talan har väckts av staten och Kommunernes Indkøbsservice A/S (nedan kallade SKI) mot Audio Visionary Music A/S (nedan kallad AVM) och avser lagligheten av ett anbudsförfarande som SKI genomförde avseende ett ramavtal för leverans av biblioteksmaterial och tillhörande förberedande tjänster.

- 2 Østre Landsret har i enlighet med artikel 267.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt beslutat att begära att Europeiska unionens domstol ska meddela ett förhandsavgörande om tolkningen av det förhandlingsförbud som kan härledas från Europeiska unionens domstols rättspraxis om de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet, såsom de uttrycks i artikel 18.1 i direktivet om offentlig upphandling (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG). Vidare uppmanas domstolen att ta ställning till om omfattningen av förhandlingsförbudet påverkas av att det finns en öppen anbudsinfordran för delkontrakt, i enlighet med artiklarna 27 och 46 i direktivet om offentlig upphandling.

OMSTÄNDIGHETERNA I MÅLET OCH FÖRFARANDET

- 3 Sökanden, SKI, är en inköpscentral som ägs av den danska staten och Kommunernes Landsforening, som är en intresseorganisation som företräder alla kommuner i Danmark. SKI grundades för att förbättra effektiviteten och professionalismen vid offentlig upphandling, inklusive utveckling, upphandling och drift av ramavtal för SKI:s kunders räkning (statliga och kommunala upphandlande enheter).
- 4 Vid tidpunkten för anbudsförloppet var AVM verksamt på marknaden för tillhandahållande av förberedande tjänster för biblioteksmaterial. Från och med den 1 mars 2021 förvärvade BibMedia A/S alla aktier i bolaget. AVM upplöstes senare genom fusion med Bibmedia A/S, som därför är part i förevarande mål.
- 5 Den 4 februari 2020 inledde SKI en offentlig upphandling avseende ramavtal 50.05 Biblioteksmaterial, som gäller leverans av biblioteksmaterial och förberedande tjänster. Ramavtalet är uppdelat i åtta delkontrakt med ett totalt beräknat värde på mellan 748 miljoner DKK och 1,021 miljarder DKK. De relevanta delkontrakten är ”Delavtal 1 Danska böcker och noter (Öst)” med ett uppskattat värde på 253 miljoner DKK och ”Delavtal 2 Danska böcker och noter (Väst)” med ett uppskattat värde på 475 miljoner DKK.
- 6 Alla delkontrakt var ramavtal med en enda leverantör och tilldelningskriteriet var lägsta pris. Anbudet bestod av några grundläggande uppgifter om anbudsgivaren, ett ifyllt europeiskt upphandlingsdokument (ESPD) och en ifylld anbudsförteckning som angav priset för ett relativt litet antal produktlinjer per delkontrakt.
- 7 När anbudshandlingarna offentliggjordes angavs i punkt 3.1 i anbudsspecifikationerna följande om modellen för tilldelning av delkontrakten 1 och 2:

”Delkontrakt 1 och 2 är beroende av varandra, se punkt 3.1.1, och om en anbudsgivare lämnar ett anbud för ett av dessa delkontrakt kommer ett anbud automatiskt att lämnas för båda delkontrakten. Det kan inte tas förbehåll för detta

och därför kan inget anbud lämnas för endast ett av de två delkontrakten för danska böcker och musik.

Dessutom finns det ingen begränsning hur många eller hur få delkontrakt det kan/ska lämnas anbud på.

SKI räknar med att tilldela en leverantör per delkontrakt. Samma leverantör kan tilldelas flera delkontrakt.

Marknaden för biblioteksmaterial kännetecknas av att det finns ett fåtal specialiserade leverantörer och potentiella anbudsgivare. Danska böcker och noter är det största produktområdet när det gäller omsättning och kommersiellt viktigt för potentiella anbudsgivare. För att säkerställa en framtidsinriktad konkurrens på marknaden är danska böcker och noter geografiskt uppdelat i två delkontrakt. De anslutna kunderna är uppdelade i två grupper, öst och väst. I bilaga A med underbilagorna A.1 och A.2 anges vilka kommuner som är anslutna till delavtal 1 Danska böcker och noter (Öst) respektive delavtal 2 Danska böcker och noter (Väst).”

8 I avsnitt 3.1.1 i anbudsspecifikationerna anges vidare följande:

”Danska böcker och noter upphandlas som en så kallad ”Öst-Väst-modell”, vilket innebär att man planerar att tilldela kontrakt till en leverantör i Östdanmark och till en annan leverantör i Västdanmark, men att samma priser kommer att gälla för alla kunder oavsett om kunderna befinner sig i Öst- eller Västdanmark.

Anbudsgivarna lämnar in priser för förskottsbetalningar och förberedelser, som bör vara desamma - och kommer att vara tillämpliga - för både delkontrakt i Öst – och Västdanmark.

Den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas delkontrakt 2 Danska böcker och noter (Väst).

Den anbudsgivare som lämnar det näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer att erbjudas delkontrakt 1 danska böcker och noter (Öst). Denna anbudsgivare måste dock acceptera att tilldelningen som leverantör i Östdanmark kräver att anbudsgivaren levererar de produkter och tjänster som omfattas av ramavtalet till kunder i Östdanmark till exakt samma priser som anbudsgivaren med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har erbjudit och ska leverera till i Västdanmark.

Om anbudsgivaren med det näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet inte accepterar att bli leverantör i Östdanmark, övergår möjligheten till anbudsgivaren med det tredje mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, som också måste acceptera att tilldelningen som leverantör i Östdanmark är villkorad av att anbudsgivaren levererar de produkter och tjänster som omfattas av ramavtalet till kunderna i Östdanmark till exakt samma priser som anbudsgivaren med det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har erbjudit och ska leverera till i Västdanmark.

Om inte heller denna anbudsgivare accepterar att bli leverantör i Östdanmark övergår möjligheten till nästa anbudsgivare i kedjan osv. Om det inte längre finns några anbudsgivare kvar som har ingett anbud som uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget, och det inte bland dessa finns en leverantör till Östdanmark ska den leverantör som tilldelats Västdanmark även tilldelas Östdanmark. I detta fall måste leverantören vara leverantör i hela Danmark, dvs. för både delkontrakt 1 och 2, och leverera till samma priser i hela landet.

För anbudsgivarna innebär Öst-Väst-modellen att de, om utvärderingen visar att de har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, samtycker till att fullständigt upplysa sina anbudspriser till de andra anbudsgivarna. I första hand till den anbudsgivare som har det näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, och om denna anbudsgivare inte accepterar att bli leverantör i Östdanmark, till nästa i kedjan osv.

Anledningen till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas leverantören i Västdanmark är att omsättningen förväntas vara högre i Västdanmark än i Östdanmark. Den anbudsgivare som tilldelas kontraktet i Östdanmark måste alltså också vara medveten om att anbudsgivaren, genom att acceptera villkoren för att bli leverantör i Östdanmark, måste se till att han, med de priser som föreskrivs, kommer att kunna bedriva en lönsam verksamhet i förhållande till sina egna kostnader, även om omsättningen i Östdanmark sannolikt kommer att vara lägre än i Västdanmark. Fördelningen av den förväntade omsättningen i Öst- och VästDanmark framgår av A.l.”

- 9 Vid tidsfristen den 3 mars 2020 fick SKI anbud från AVM och BibMedia A/S (de enda två verkliga leverantörerna på marknaden). Båda anbudsgivarna lämnade anbud för samtliga delkontrakt.
- 10 Utvärderingen visade att BibMedia A/S hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (lägsta pris) för samtliga delkontrakt, medan AVM hade lämnat det näst mest fördelaktiga anbudet för samtliga delkontrakt.
- 11 Som en följd av den modell för tilldelning av delkontrakt 1 och 2 som beskrivs i anbudsspecifikationerna vände sig SKI till AVM med ett anbud för tilldelning av delkontrakt 1 (Öst) på villkor att AVM gick med på att leverera till de priser som BibMedia A/S lämnade in som lägstbjudande och som AVM informerats om vid tidpunkten för sistnämnda förfrågan.
- 12 AVM accepterade detta, varefter SKI meddelade beslutet om tilldelning den 21 april 2020.
- 13 Den 30 april 2021 lämnade AVM in ett överklagande till Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling) (nedan kallad överklagandenämnden). Överklagandenämnden har inrättats för att uppfylla

Danmarks skyldigheter enligt kontrolldirektiven och har bland annat till uppgift att behandla klagomål över offentliga upphandlande enheters eventuella överträdelser av lagen om offentlig upphandling, EU:s upphandlingsdirektiv, EUF-fördraget och de principer om likabehandling och öppenhet m.m. som härrör från dessa unionsrättsakter samt lagen om offentlig upphandling-

- 14 Överklagandenämnden meddelade sitt beslut den 14 januari 2021 i ärende 20/05105: Audio Visionary Music A/S mot Staten och Kommunernes Indkøbsservice A/S, där överklagandenämnden drog följande slutsats:

"[SKI har] handlat i strid med principen om likabehandling enligt 2 § 1 mom. lagen om offentlig upphandling och 56 § lagen om offentlig upphandling genom att tillämpa ett förfarande för tilldelning av delkontrakt 1 och 2 enligt vilket den anbudsgivare som har lämnat det näst bästa anbudet kan ändra sitt anbud efter anbudstidens utgång och därför tilldelas delkontrakt 1"

- 15 Överklagandenämnden motiverade sitt beslut bland annat på följande sätt:

"[D]et är ett öppet förfarande och när anbudsgivaren väl har lämnat sitt anbud kan anbudet i princip inte ändras vare sig på initiativ av den upphandlande myndighetens eller på initiativ av anbudsgivaren.

Principerna om likabehandling och öppenhet utesluter således, inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande, varje form av förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare. Om en anbudsgivare efter att ha blivit kontaktad av den upphandlande myndigheten ges möjlighet att ändra (sänka) det erbjudna priset till ett specificerat lägre pris, innebär detta en möjlighet för anbudsgivaren att ändra ett väsentligt villkor i sitt anbud, nämligen det exakta anbudsbeloppet i det ursprungliga anbudet, på ett sätt som är gynnsamt för den upphandlande myndigheten och som gör det möjligt för anbudsgivaren att förbättra sitt pris och därmed sitt anbud för att tilldelas kontraktet. Ett sådant tillvägagångssätt skulle enligt gängse praxis strida mot förhandlingsförbudet.

Frågan är om det faktum att ett sådant tillvägagångssätt i det aktuella anbudet beskrivs i anbudsspecifikationerna innebär att tillvägagångssättet i detta fall kan anses vara förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet och därför är lagligt. Överklagandenämnden anser att förbudet mot förhandling i en offentlig upphandling inte kan frångås enbart på grund av att SKI i nämnda specifikationer har beskrivit Öst-Väst-modellen".

- 16 Den 9 juli 2021 väckte SKI talan vid Retten i Glostrup mot bland annat denna del av överklagandenämndens beslut. Den 7 december 2021 hänsköts ärendet till Østre Landsret för prövning i första instans.

DE DANSKA UPPHANDLINGSREGLERNA

17 Direktiv 2014/24/EU (nedan kallat direktivet om offentlig upphandling) har genomförts i dansk lagstiftning genom lag nr 1564 av den 15 december 2015 med senare ändringar (utbudsloven - lagen om offentlig upphandling).

18 Artikel 2 i lagen om offentlig upphandling genomför artikel 18.1 i direktivet om offentlig upphandling och gäller lagens allmänna principer. Bestämmelsen har följande lydelse:

2§ En upphandlande enhet ska följa principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet när den upphandlar enligt avdelning II-IV.

2. En offentlig upphandling får inte utformas så att den inte omfattas av denna lag eller så att konkurrensen begränsas på konstlad väg. Konkurrensen anses vara konstlat begränsad om anbudet är utformat för att otillbörligt gynna eller missgynna en eller flera ekonomiska aktörer.

19 49 § i lagen om offentlig upphandling implementerar artikel 46.1-3 i direktivet. Punkt 3 i bestämmelsen avser kraven vid uppdelning av kontrakt i delkontrakt och av denna bestämmelse följer:

49§

...

3. En upphandlande enhet ska ange följande i meddelandet om upphandling,

1) Om anbudsgivaren kan lämna anbud på ett, flera eller alla delkontrakt,

2) Om anbudsgivaren kan tilldelas ett, flera eller alla delkontrakt och, i så fall, hur delkontrakten eller grupper av delkontrakt kan kombineras.

3) Vilka objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som är avgörande för tilldelning av delkontrakt, inklusive det sätt på vilket delkontrakten ska tilldelas, om kriterierna eller reglerna annars skulle leda till att en anbudsgivare tilldelas fler delkontrakt än det maximala antal som anbudsgivaren kan tilldelas.

20 56 § i lagen om offentlig upphandling gäller förfarandereglerna för offentlig upphandling och genomför delar av artikel 27 i direktivet om offentlig upphandling. Bestämmelsen har följande lydelse:

56§ Vid offentlig upphandling kan alla ekonomiska aktörer lämna anbud som svar på ett meddelande om upphandling. Meddelandet om upphandling ska innehålla den information som anges i del C i bilaga V till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65). Den upphandlande enheten ska använda det standardformulär som avses i artikel 128 § punkt 3..

EU:S RÄTTSLIG GRUND

- 21 De EU-rättsliga bestämmelser som är aktuella i detta mål är framför allt de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet i artikel 18 i direktivet om offentlig upphandling samt räckvidden av förbudet mot förhandling vid delkontrakt enligt artikel 46 i direktivet och vid det ”öppna förfarande” för upphandling som avses i 27 i direktivet.

Sökandens ståndpunkter

- 22 SKI bestrider att den tillämpade Öst-Väst-modellen har inneburit ett åsidosättande av principen om likabehandling i artikel 18.1 i direktivet om offentlig upphandling. Det valda anbuds förfarandet är, trots att man använt sig av anbuds förfarandet ”öppet anbuds förfarande”, lagligt och förenligt med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, inklusive principerna om likabehandling och öppenhet och det därav avledda förbudet mot förhandling, samt med upphandlingsrättslig praxis.
- 23 Det avgörande skälet bakom Öst-Väst-modellen var önskan att säkerställa konkurrens för de tjänster som omfattas av delkontrakt 1 och 2, eftersom det sistnämnda omsättningsmässigt är det största produktområdet i upphandlingen. I detta sammanhang är det viktigt att notera att det inte finns någon privat marknad för liknande tjänster och att det inte finns några andra upphandlande myndigheter som erbjuder liknande kontrakt. SKI:s ramavtal är således i praktiken ett uttryck för hela marknaden. Marknadsaktörer som inte får ett delkontrakt riskerar därför att marginaliseras eller till och med att gå i konkurs. Marknaden inom detta produktområde har därför under många år lidit av perioder med bristande konkurrens eller till och med ingen konkurrens alls, vilket kan vara mycket skadligt för SKI:s kunder och i slutändan för skattebetalarna. SKI lade därför vid upphandlingen av ramavtalet stor vikt vid att i största möjliga utsträckning främja konkurrensen, vilket innefattade beslutet att dela upp denna del av upphandlingen i två delkontrakt (öst och väst) och genom att använda en modell, vilken som utgångspunkt möjliggör två olika leverantörer och som motsvarar intentionerna bakom artikel 46 i direktivet. Det framgår av skäl 79 i direktivet att ” *[o]m kontrakt delas upp i delar bör de upphandlande myndigheterna, t. ex för att upprätthålla konkurrensen och garantera tillförlitliga leveranser, få begränsa det antal delar som en ekonomisk aktör får lämna anbud på; de bör också få begränsa antalet delar som kan tilldelas den samma anbudsgivare.*” Genom att samtidigt kräva att båda delkontrakten ska levereras till samma priser som erbjudits av den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, försökte SKI dessutom att motverka att det spekulerades i att erbjuda höga priser på ett av delkontrakten till skada för SKI:s kunder och i slutändan för skattebetalarna. Om minst ett kontrakt var säkrat skulle det alltså vara relevant att avge ett anbud med höga priser på båda delkontrakten. Detta motverkades av kravet att leverera till samma pris som vinnaren av delkontrakt 1.

- 24 Anbudet föregicks av en marknadsdialog. Återkopplingen från marknaden visade att marknaden i allmänhet ansåg att modellen var både objektiv och lämplig för att stödja konkurrensen både på kort och på lång sikt. I svaret från Bibmedia A/S, som också lämnade ett anbud i den efterföljande anbudsinfordran som nämns ovan, angavs följande:

”SKI:s förslag att dela upp delkontrakt 1 Danska böcker och förberedelser i en Öst-Väst-modell enligt beskrivningen verkar rimlig för oss, eftersom den beskrivna modellen fortsätter att motivera anbudsgivarna att lämna det mest attraktiva anbudet för att få den största delen av volymen. Att ha flera leverantörer på delkontrakt 1 säkerställer att det kommer att finnas en stark konkurrens under de kommande åren och att lösningar och tjänster kommer att fortsätta att utvecklas till gagn för biblioteken.”

- 25 SKI hävdar därför att modellen till fullo uppfyller objektiva hänsyn, som också är centrala inom upphandlingsrätten, nämligen att säkerställa både en effektiv användning av offentliga medel, enligt skäl 2 i direktivet om offentlig upphandling, och en effektiv konkurrens, enligt skälen 90 och 69, både i den konkreta upphandlingen och för framtiden mot bakgrund av den egenartade konkurrenssituationen som råder på marknaden.

- 26 Till stöd för modellens laglighet anförs således följande:

- att det faktum att den näst billigaste anbudsgivaren ges möjlighet att gå med på att leverera till samma priser som den billigaste anbudsgivaren erbjuder och därmed kan tilldelas delkontrakt 1 inte innebär en ”förhandling” som strider mot det upphandlingsrättsliga förbudet mot förhandling, inbegripet de principer och överväganden som ligger till grund för förbudet och 56 § i lagen om offentlig upphandling.
- att Öst-Väst-modellen däremot är ett uttryck för ett objektivt och mekaniskt tilldelningsförfarande som tillämpas efter det att en rangordning av anbuderna har fastställts och utan någon som helst interaktion mellan SKI och den anbudsgivare som lämnat det näst bästa anbudet, förutom att denne accepterar att leverera på de villkor som i förväg fastställts i anbudshandlingarna och till samma priser som den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet.
- att det vidare är tal om ett tilldelningsförfarande för delkontrakt som beskrivs tydligt och öppet i anbudshandlingarna. Det ger inte SKI något som helst fritt val i tilldelningsförfarandet i strid med principen om öppenhet enligt artikel 18 i direktivet om offentlig upphandling, och det ger inte heller den anbudsgivare som lämnat det näst bästa anbudet möjlighet att godtyckligt ändra sitt anbud efter det att tidsfristen för anbudsinfordran har löpt ut, vilket innebär att han får en bättre ställning än vad han hade rätt till enligt anbudsspecifikationerna i strid med principerna om likabehandling och öppenhet i allmänhet. Tilldelningen sker däremot inom en i förväg

fastställd ram för tilldelning av delkontrakt som beskrivs i anbudshandlingarna och inom ramen för artikel 46 i direktivet om offentlig upphandling, efter en process som dessutom ligger utanför både SKI:s och den berörda anbudsgivarens kontroll.

- att Öst-Väst-modellen således tillämpas på ett enhetligt sätt, på grundval av en förhandsbedömning av de anbud som lämnats in på grundval av tilldelningskriteriet ”lägsta pris” och enligt ett i förväg fastställt och tydligt beskrivet förfarande för tilldelning av delkontrakt. Eftersom modellen tillämpas i ett skede då rangordningen av anbuderna är fastställd (dvs. efter utvärderingen) finns det ingen risk för snedvridning av konkurrensen mellan anbudsgivarna i form av osaklig särbehandling.

SVARANDENS STÅNDPUNKTER

- 27 Svaranden hävdar att överklagandenämndens beslut och resonemang är korrekta och att de ska fastställas.
- 28 Principen om likabehandling i artikel 18 i upphandlingsdirektivet och artikel 2.1 i lagen om offentlig upphandling, och det därav följande förbudet mot förhandling, innebär att en upphandlande myndighet inte får förhandla med en enskild anbudsgivare i ett offentligt anbuds-förfarande. Det faktum att den upphandlande myndigheten har beskrivit möjligheten till förhandling i anbudshandlingarna gör ingen skillnad i detta avseende.
- 29 Svaranden har gjort gällande att det utgör en förhandling att ge en anbudsgivare möjlighet att efter anbudstidens utgång ändra sitt anbud så att priset motsvarar det lägsta anbudet.
- 30 Enligt svaranden utgör situationen att en anbudsgivare tillåts sänka priset i sitt anbud så att priset motsvarar det lägsta anbudet en ändring av anbudet, vilket inte kan tillåtas efter det att tidsfristen för att lämna anbud har löpt ut.
- 31 Den Öst-Väst-modell som SKI använder sig av utgör därför en förhandling i den mening som avses i direktivet om offentlig upphandling.
- 32 Svaranden gör även gällande att ett sådant tillvägagångssätt inte rättsenligt kan användas i en offentlig upphandling med ”öppet förfarande” enligt artikel 27 i direktivet om offentlig upphandling och enligt 56 § i lagen om offentlig upphandling. Denna upphandlingsform möjliggör inte förhandling, inbegripet att en enskild anbudsgivare ges möjlighet att ändra sitt anbud efter att fristen för att lämna anbud har löpt ut.
- 33 SKI borde i stället ha genomfört upphandlingen inom ramen för direktivet om offentlig upphandling, och det finns utrymme för att använda lagliga förfaranden som i hög grad tjänar de syften som SKI vill uppnå med Öst-Väst-modellen. En upphandlande enhet kan således dela upp ett kontrakt i olika delar och det är

lagligt att begränsa möjligheten att samma anbudsgivare vinner alla delar för att säkerställa konkurrens i framtiden. Det är dock inte möjligt att inom ramen för de förfaranden som föreskrivs i direktivet om offentlig upphandling att få både flera möjliga leverantörer och att deras pris är detsamma. Den upphandlande myndigheten måste därför välja mellan att en enda anbudsgivare vinner alla delkontrakt till samma pris eller att delkontrakten tilldelas flera olika anbudsgivare men till olika priser. Om en upphandlande enhet väljer att begränsa möjligheten att samma anbudsgivare tilldelas alla delkontrakt, måste den upphandlande enheten därför acceptera priset från den näst lägsta anbudsgivarens pris för det mindre delkontraktet.

BAKGRUND TILL FRÅGORNA

- 34 EU-domstolens befintliga praxis avseende likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen i direktivet om offentlig upphandling och omfattningen av det därpå följande förhandlingsförbudet avser bland annat gränserna för en upphandlande enhets hantering av begränsningar i anbudet samt gränserna för vilka upplysningar en upphandlande enhet kan begära in och beakta i efterhand, se bland annat, EU- domstolens dom i mål C-131/16, Archus och Gama (ECLI:EU:C:2017:358), och i mål C-336/12, Manova A/S (ECLI:EU:C:2013:647), eller att en upphandlande enhet begär in upplysningar som fattas eller är oprecisa i ett avgett anbud, se mål C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl. (ECLI:EU:C:2012:191).
- 35 Vidare tycks EU-domstolen ha behandlat räckvidden av förhandlingsförbudet när det gäller att byta ut de företag vars kapacitet anbudsgivaren avser att förlita sig på, se bland annat mål C-210/20, Rad Service Sri Unipersonale m.fl. mot Del Debbio SpA m.fl. (ECLI:EU:C:2021:445). (ECLI:EU:C:2021:445).
- 36 Det som verkar vara gemensamt för denna praxis är att räckvidden för förbudet mot förhandling har tolkats vad beträffar den upphandlande enhetens möjlighet att åtgärda anbudssökandens/anbudsgivarens bristande överensstämmelse med kraven i upphandlingsmaterialet, och gäller således situationer där en anbudssökande/anbudsgivare potentiellt får en rättslig ställning som han eller hon inte hade rätt till enligt upphandlingsmaterialet och som följaktligen strider mot grundläggande principer i EU-rätten, se mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (ECLI:EU:C:1993:257), mål C-87/94 kommissionen mot Belgien (ECLI:EU:C:1996:161) och mål C-324/14 Partner Apelski Dariusz mot Zarzad Oczyszczania Miasta (ECLI:EU:C:2016:214).
- 37 EU-domstolen tycks dock inte ha haft möjlighet att ta ställning till i vilken utsträckning förbudet mot förhandling i samband med upphandling av delkontrakt enligt det ”öppna förfarandet” utgör hinder för att en anbudsgivare som inte har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, efter det att tidsfristen för inlämnande av anbud har löpt ut och i enlighet med upphandlingsvillkoren, får möjlighet att acceptera att tillhandahålla tjänsterna för ett delkontrakt till samma

pris som en anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som därför har tilldelats ett annat delkontrakt.

- 38 Østre Landsret, som är första instans i detta mål, finner mot denna bakgrund att det är nödvändigt att hänskjuta nedanstående fråga till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande.

BESLUT:

- 39 EU-domstolen ombeds att besvara följande fråga:

Utgör principerna om öppenhet och likabehandling i artikel 18 i direktivet om offentlig upphandling och det därav följande förbudet mot förhandling hinder för att det vid en offentlig upphandling av delkontrakt, jämför artiklarna 27 och 46 i direktivet om offentlig upphandling, ges möjlighet för en anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt näst mest fördelaktiga anbudet, efter att fristen för att lämna anbud har löpt ut och i enlighet med de på förhand angivna upphandlingsvillkoren, att tillhandahålla tjänster i ett delkontrakt på samma villkor som en anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som därför har tilldelats ett annat delkontrakt som upphandlats samtidigt?

[Utelämnas]