

Øst/Vest-dommens betydning for forhandlingsforbud i udbudsretten

The East/West judgments importance in the prohibition on negotiations in procurement law

Specialeafhandling af 2. januar 2025

Udarbejdet af	Anita Smed
Fødselsdag	17-10-1979
Studieretning	Cand.jur.
Vejleder	Jesper Bøggild Christiansen
Anslag	128.675

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	4
1 Introduktion.....	6
1.1 Indledning.....	6
1.2 Problemformulering.....	7
1.2.1 Afgrænsning	7
1.3 Metode	8
1.3.1 Fortolkningsmetode	8
1.4 Struktur	8
1.4.1 Definitioner	9
1.5 Retskilder.....	10
1.6 De grundlæggende udbudsretlige forudsætninger	11
1.6.1 Udbudsrettens formål og principper	11
1.6.2 Udbudsprocedurer	16
1.6.3 Regler vedrørende evaluering	19
1.7 Redegørelse for Øst/Vest-sagens forløb	21
2 Ordregivers mulighed for opdeling i delaftaler	24
2.1 Opdel eller forklar princippet.....	24
2.1.1 Udbudsdirektivets artikel 46	24
2.1.2 Udbudslovens § 49	25
2.2 Mediq Danmark mod Høje-Taastrup kommune	26
2.3 Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte Kommune	27
2.4 Opdelingen af Øst/Vest-sagens delaftale 1 og 2.....	28
2.5 Delkonklusion	32
3 Forhandling af priser forud for kontraktindgåelse	33
3.1 Udbudsdirektivets artikel 18	33
3.2 Forhandlingsforbuddet i udbudsretten	33
3.2.1 Pris-forhandlinger.....	34
3.3 Regler for kontaktindgåelse.....	36
3.4 Kendelser fra Klagenævnet	36
3.4.1 VITRONIC mod Sund og Bælt A/S	36
3.4.2 EG A/S mod Egedal Kommune	37
3.4.3 Judex A/S mod Århus Amt	39

3.5	Retspraksis fra Domstolen	40
3.5.1	Vilje til forhandling	40
3.5.2	Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne	41
3.5.3	Forhandlingsforbuddet	43
3.6	Er der tale om forhandling i udbudsretlig forstand i Øst/Vest-sagen?.....	44
3.6.1	Parternes juridiske argumentation.....	44
3.6.2	Har der været en vilje til forhandling?	48
3.6.3	Er ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne overholdt?.....	50
3.6.4	Er Øst/Vest-modellens ændring af pris forenelig med forhandlingsforbuddet?	53
3.6.5	Forhandling ctr. Ændring af tilbud, jf. Domstolens præmis 38	57
3.6.6	Delkonklusion angående prisforhandling i Øst/Vest-sagen	58
3.7	Analyse af kontraktindgåelsen mellem SKI og AVM.....	60
3.7.1	Delkonklusion angående kontraktindgåelse mellem SKI og AVM.....	60
4	Øst/Vest-dommens indflydelse på retspraksis i udbudsretten	62
4.1	Øst/Vest-dommens konsekvenser for forhandlingsforbuddet.....	62
4.2	Hvordan skal de to modstridende afgørelser fortolkes?	63
5	Konklusion	65
6	Perspektivering	67
7	Kildeanvisning	68
7.1	Retspraksis	68
7.1.1	Domme	68
7.1.2	Kendelser fra Klagenævnet for Udbud.....	69
7.2	Retskilder	70
7.3	Litteraturliste	70

Abstract

In connection with the ruling on the preliminary question in the East/West case C-737/22, doubts arose as to whether the judgment was a showdown with the prohibition of negotiations in the procurement law.

The prohibition on negotiation stems from principles of equal treatment and transparency, which are fundamental within EU law. The prohibition on negotiation is not directly stated in any legislation but is supported in the principles of equal treatment and transparency and by the joint declaration of the Council and the Commission from 1993.

The focal point of the East/West case is that the contracting authority contacts the participant with the economically second-best offer and offers this participant one of the contracts under the framework, if the participant changes its prices so that they match the participant with the economically most advantageous offer and has won the rest of the contracts under the framework.

The allocation model used in this case has not previously been used, and the participant who had submitted the economically second-best offer and was given the offer to change its prices in exchange for one of the contracts under the framework, believed that this allocation model was in breach of the prohibition on negotiation and thus the principles of equal treatment and transparency. The contracting authority, on the other hand, believed that since the price was changed after the end of the competition, this did not contravene with the principles of procurement law.

The East/West case was submitted to the national appeals board, which ruled in favor of the participant with the economically second-best offer. The contracting authority then submitted the case to the national court, which used the possibility in Article 267 of the TFEU to submit a preliminary question to the Court of Justice of the European Union. It was under this decision that the Court found that there had not been a negotiation, but a decision by the participant, which did not contravene with Directive 2014/24/EU Article 18, paragraph 1.

The judgment was thus not a showdown with the prohibition on negotiation, but it will be able to set a precedent for what possibilities a contracting authority has for making adjustments after the participants has submitted their offers.

1 Introduktion

1.1 Indledning

Inden for udbudsretten er der etableret et forhandlingsforbud, hvormed ordregiver ikke må forhandle med tilbudsgivere under gennemførelse af udbudsprocedurerne offentligt udbud og begrænset udbud. Dette forhandlingsforbud er dog ikke direkte indskrevet i hverken direktivet eller i loven, men udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.¹ Selvom forhandlingsforbuddet ikke er direkte reguleret i udbudsreglerne, så er forhandlingsforbuddet restriktivt opretholdt i retspraksis. Dette skyldes ophavet i netop ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som i sig selv fortolkes restriktivt.²

Den 13. juni 2024 afsagde EU-Domstolen dom i Øst/Vest-sagen C-737/22, som umiddelbart så ud til at rykke ved det ellers gennem mange år etablerede forhandlingsforbud. Sagen var en præjudiciel forespørgsel fra Østre Landsret, hvor en dansk indkøbscentral havde tildelt en delaftale til en tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk næstbedste tilbud. En betingelse for at få tildelt delaftalen var dog, at tilbudsgiveren skulle acceptere at levere til priser identiske med den tilbudsgiver, der havde indgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som havde vundet de resterende delaftaler under udbuddet.

Men hvordan kunne EU-Domstolen afsige en sådan kendelse, når det forhandlingsforbud der gennem mange års retspraksis var etableret, og som i 1993 blev støttet af Rådets og Kommissionens fælleserklæring³, klart forhindrede enhver forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver? Kunne dommen fortolkes som et opgør med forhandlingsforbuddet? Eller skulle dommen opfattes som en modificering af forhandlingsforbuddet? Uanset svarene på spørgsmålene var det klart, at forhandlingsforbuddet under alle omstændigheder skulle ses i et nyt lys.

Forhandlingsforbuddet er et centralt begreb, som enhver ordregiver på et eller andet tidspunkt i sin udbudsproces, ved udbudsprocedurerne offentligt udbud og begrænset udbud, bliver nødt til

¹ Hamer, side 60

² Treumer, side 174

³ EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118

at forhandle sig til. Forhandlingsforbuddet bliver især relevant, når ordregiver har modtaget tilbuddene. Det kan derfor ikke stå uløst hen, hvilken betydning og udstrækning dommen i Øst/Vest-sagen har for forhandlingsforbuddet. Det er således afgørende for ordregiver, at retsstillingen på området er klar og præcis. En uafklaret retstilling inden for forhandlingsforbuddet, har den konsekvens, at ordregiver kan have svært ved at tilrettelægge sit udbud, så længe det er uklart, hvad ordregiver lovligt må foretage sig af tilpasninger undervejs i udbudsproceduren, og særligt hvad ordregiver har af muligheder for at tilpasse tilbuddene efter tilbudsfristen.

1.2 Problemformulering

Med baggrund i EU-Domstolens afgørelse i sag C-737/22 Øst/Vest-sagen, søger afhandlingen at afklare, i hvilket omfang ordregiver kan tilrettelægge udbudsprocessen ved offentligt og begrænset udbud således, at tilbud kan tilpasses efter tilbudsfristen uden at dette er i strid med forhandlingsforbuddet, herunder om det forudsætter varetagelsen af særlige hensyn?

1.2.1 Afgrænsning

Øst/Vest-sagen omfatter mange påstande både fra sagen i Klagenævnet samt fra domstolsprøvelsen, men denne afhandling vil udelukkende koncentrere sig om påstandene angående, hvorvidt fremgangsmåden ved tildelingen af delaftale 1 og 2 ved brug af Øst/Vest-tildelingsmodellen var lovlig. De øvrige påstande der indgår i den oprindelige klagesag ved Klagenævnet for Udbud, vil afhandlingen ikke komme nærmere ind på, dette inkluderer også spørgsmålet om unormalt lave tilbud.

Afhandlingen vil udelukkende behandle elementer fra udbudsretten, som er direkte knyttet til Øst/Vest-sagen. Der vil således ikke være en fyldestgørende gennemgang af udbudsretten i sin helhed. Der vil heller ikke være en gennemgang af, hvilke kontrakter der er underlagt udbudsretten, hvem der kan være ordregiver, reglerne angående anslået og maksimal værdi, light-regimet eller de øvrige udbudsdirektiver, undtagelsesmuligheder for udbudsretten (herunder in-house), reglerne for markedsdialog og udarbejdelse af udbudsmateriale, udelukkelsesgrunde, mv. Det forudsættes derfor, at der på forhånd er et vist kendskab til udbudsrettens grundlæggende natur.

Afhandlingens afsæt vil være inden for proceduren offentligt udbud. De regler og konklusioner der fremgår af afhandlingen vil i vid udstrækning kunne overføres til udbudsproceduren begrænset udbud, idet der dog skal iagttages, at ved begrænset udbud, vil der skulle tillægges en ekstra proces i forbindelse med ansøgning og prækvalificering, jf. punkt 1.6.2.3.

1.3 Metode

Denne afhandling vil i langt overvejende grad bevæge sig inden for disciplinen udbudsret, idet der dog også vil indgå enkelte elementer fra aftaleretten.

Tilgangen til opgaven er retsdogmatisk⁴, idet afhandlingen vil beskrive gældende ret, ved at inddrage relevante retskilder og herefter fortolke, sammenstille og analysere dem samt afveje argumentationer for at komme frem til retstilstanden.

1.3.1 Fortolkningsmetode

I afhandlingen anvendes præciserende fortolkning⁵ til at klarlægge den sproglige mening med en konkret bestemmelse. Herudover vil der blive anvendt indskrænkende fortolkning⁶ til at fastlægge, hvorvidt en situation er dækket af en konkret bestemmelse eller ej.

Fortolkning af nationale bestemmelser vil desuden blive fortolket EU-konformt.

1.4 Struktur

Afhandlingen er inddelt i 6 kapitler, hvoraf kapitel 1 udgør de grundlæggende forudsætninger for afhandlingen, hvor der, udover indledning og problemformulering, indgår en præsentation af den juridiske metode, der er anvendt ved tilblivelsen af afhandlingen, definitioner samt en kort gennemgang af den sag, der danner grundlag for nærværende afhandling. Herudover vil der være en kort gennemgang af relevante retskilder.

I kapitel 2 vil der være en redegørelse af retsgrundlaget for opdeling i delaftaler med fokus på ordregivers oplysningspligt i forhold til opdelingen. Redegørelsen vil tage udgangspunkt i en analyse af Udbudsdirektivets og Udbudslovens bestemmelser samt afgørelser for Klagenævnet.

⁴ Blume, side 40

⁵ Blume, side 299

⁶ Blume, side 301

Kapitel 3 består af en dybdegående analyse af forhandlingsforbuddet med udgangspunkt i Øst/Vest-sagen, inddragelse af Udbudsdirektivet og Udbudsloven samt inddragelse af kendelser og domme fra henholdsvis Klagenævnet og Domstolen. Til sidst vil den præjudicielle afgørelse fra Domstolen i Øst-Vest-sagen indgå.

I kapitel 4 redegøres for, hvilken betydning den præjudicielle afgørelse fra Domstolen kan få for forhandlingsforbuddet i udbudsretten fremover, samt i hvilket omfang dommen vil kunne få indflydelse på den generelle udbudsret.

Afslutningsvist til kapitel 5 indeholde en konklusion på afhandlingens problemformulering, og kapitel 6 indeholder en kort perspektivering.

1.4.1 Definitioner

I afhandlingen anvendes følgende definitioner (i alfabetisk rækkefølge):

Ved Aftaleloven forstås Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område LBK nr. 193 af 02/03/2016

Ved AVM forstås Audio Visionary Music A/S

Ved Bibmedia forstås BibMedia A/S

Ved Domstol forstås Den Europæiske Unions Domstol.

Ved Klagenævn forstås Klagenævnet for Udbud

Ved SKI forstås Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Ved TEU forstås Traktat om den Europæiske Union

Ved TEUF forstås Traktat om den Europæiske Unions Funktionsområde

Ved Udbudsdirektiv forstås Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Ved Udbudslov forstås Bekendtgørelse af udbudsloven LBK nr. 10 af 06/01/2023

Ved Øst/Vest-dommen forstås C-737/22 Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod BibMedia A/S

1.5 Retskilder

Retsgrundlaget vil blive behandlet emnevis og ikke hver retskilde for sig. Denne tilgang er valgt, for at forstå enkelthederne i udbudsretten, og hvordan de enkelte emner under udbudsretten skal forstås under hensyntagen til alle de for emnet relevante retskilder herunder direktiv, lov og eventuelle domme.

Principielt set er alle retskilder ligestillede, idet enhver retskilde kan være udslagsgivende for et retsforhold.⁷ Alligevel taler man om et retshierarki, da fx Grundloven har en særstatus i danske retskilder, idet ingen danske love må stride mod Grundlovens bestemmelser.⁸ Grundloven har desuden en særstatus, da det er i Grundloven, at reglerne for landets styre reguleres i form af bestemmelser om blandt andet tilblivelse af love, valg, Folketing og regering.⁹ Herudover kan den særlige retsstatus også udledes af den noget omstændige proces for ændringer i Grundloven, som er beskrevet i dennes § 88.¹⁰

Mange af de danske regler kommer fra EU, hvor Danmark ved tiltrædelse til EU afgav suverænitet, jf. Grundlovens §§ 19-20. EU har dog kun kompetence til at lovgive på områder, hvor der er afgivet specifik kompetence hertil, jf. TEU artikel 5, stk. 2.¹¹ Det særlige ved lovgivning fra EU er, at denne kommer som forordninger, der er direkte bindende for medlemslandene og borgerne¹², og som direktiver, der er bindende for medlemslandene men ikke for borgerne. Direktiver skal først implementeres i national lovgivning, enten ved at implementere det en-til-en, eller ved at implementere bestemmelserne i anden lovgivning.

⁷ Blume, side 194

⁸ Christensen m.fl., side 19

⁹ Se fx Grundlovens §§ 3, 21, 22, 23, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 41 og 42

¹⁰ Christensen m.fl., side 77-78

¹¹ Daniel m.fl., side 48

¹² Daniel m.fl., side 159

Hermed er direktivets bestemmelser bindende for medlemsstaten, samtidig med, at direktivet bliver anvendt til fortolkning af den nationale lovgivning.¹³

En yderligere hjælp til fortolkning af retsregler fra EU er muligheden for at sende præjudicielle spørgsmål til Domstolen, som har kompetence, jf. TEUF artikel 267, til at fortolke på traktaterne samt retsakter udsendt af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer. Indsendelse af præjudicielle spørgsmål skal ske fra en national domstol. Det skal bemærkes, at Domstolen ikke kan tage stilling til faktiske og retlige spørgsmål, da det stadig er den nationale domstol, der har kompetence til at dømme i den enkelte sag.¹⁴

1.6 De grundlæggende udbudsretlige forudsætninger

1.6.1 Udbudsrettens formål og principper

Udbudsrettens formål er at sikre, at der er et indre marked for offentlige kontrakter. Dette gøres ved at sikre fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser.¹⁵ Skabelsen af det indre marked, og sikring heraf, udspringer af TEU artikel 3, hvorefter det kan udledes, at formålet med udbudsretten har udspring i fundamentet for EU-samarbejdet. Udover sikring af det indre marked er udbudsretten også medvirkende til, at offentlige kontrakter indgås efter gennemsigtige principper, er ikke-diskriminerende og redelige, hvilket medvirker til at reducere risikoen for svindel og korruption i den offentlige forvaltning.¹⁶

Udbudsreglernes indhold er ikke bestemmende for, hvad det offentlige indkøber, men det sætter rammen og definerer reglerne for, hvordan det offentlige køber ind.¹⁷

Regelgrundlaget for udbudsretten er en interaktion mellem flere retskilder, hvor både EU-retten, national lovgivning samt folkeretten, hver især spiller ind. For EU-retten er det både primære og sekundære retskilder der skaber udbudsretten. De primære retskilder er TEU og TEUF, samt dertil knyttede principper. De mest relevante principper behandles i punkt 1.6.1.1,

¹³ Daniel m.fl., side 160-165

¹⁴ Daniel m.fl., side 328-329

¹⁵ Hamer, side 33

¹⁶ Hamer, side 34

¹⁷ Hamer, side 31

1.6.1.2 og 1.6.1.3.¹⁸ Principperne er eksplicit nævnt i Udbudslovens § 2, hvor det er anført at *”[e]n ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.”*¹⁹

De sekundære retskilder er Udbudsdirektivet (2014/24) samt forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25), koncessionsdirektivet (2024/23), forsvars- og sikkerhedsdirektivet (2029/81) og håndhævelsesdirektivet (2014/67)²⁰.

Folkeretsmæssigt er indgåelsen af WTOs General Procurement Agreement fra 2012 og ILO-konventionen om arbejdsklausuler de største bidrag til udbudsretten.²¹

Nationalt udgør Udbudsloven²² og Tilbudsloven²³ den relevante lovgivning.

For denne afhandling vil det primære lovgrundlag stamme fra Udbudsdirektivet og Udbudsloven.

1.6.1.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet udspringer af TEUF artikel 18, 34, 49 og 56.

TEUF artikel 18 er den generelle artikel der forbyder enhver diskrimination på grundlag af nationalitet, og har følgende ordlyd.

*”Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.”*²⁴

TEUF artikel 34 forbyder, at *”[k]vantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne.”*²⁵

¹⁸ Ølykke m.fl., side 41

¹⁹ LBK nr 10 af 06/01/2023 § 2

²⁰ Ølykke m.fl., side 41

²¹ Ølykke m.fl., side 41

²² LBK nr. 10 af 06/01/2023

²³ LBK nr. 1410 af 07/12/2007

²⁴ TEUF artikel 18

²⁵ TEUF artikel 34

Dette forbud er dog ikke begrænset til restriktioner i forbindelse med import, da der også er et lignende forbud mod enhver form for restriktioner, der forhindrer direkte eller indirekte, aktuelle eller potentielle handler med varer inden for EU.²⁶

TEUF artikel 49 sikrer etableringsfrihed og forbud mod restriktioner.

TEUF artikel 56 sikrer fri udveksling af tjenesteydelser i det indre marked.

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse.”²⁷

Dog er der en formodning om, at TEUF artikel 56 kun kan anvendes, når der er tale om grænseoverskridende aktiviteter.²⁸

Ud fra ordlyden af de ovenstående artikler, ser ligebehandlingsprincippet umiddelbart ud til kun at gælde ved grænseoverskridende aktiviteter. Men i *Überschär*-sagen²⁹ har Domstolen udtalt:

”Ifølge fast praksis ved Domstolen er det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blot er en speciel udformning af, et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.”³⁰ (min understregning)

Hermed har Domstolen fortolket og udtalt, at lighedsprincippet ikke er begrænset til kun at gælde for grænseoverskridende aktiviteter eller nationale tilhørsforhold, men er et generelt princip om, at der ikke må ske forskelsbehandling uden saglige og objektive begrundelser.³¹

Ligebehandlingsprincippet gælder både for materiel og formel ligebehandling.³²

²⁶ Arrowsmith, side 239

²⁷ TEUF artikel 56

²⁸ Arrowsmith, side 290

²⁹ C-810/79

³⁰ C-810/79, præmis 16

³¹ Hamer, side 59

³² Daniel m.fl., side 252

1.6.1.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet kan udledes af TEUF artikel 18. Domstolen har i sagen Kommissionen mod Belgien³³ foretaget en fortolkning, hvormed princippet bliver mere udtalt:

”Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.”³⁴

Gennemsigtighedsprincippet skal være medvirkende til at sikre, at der ikke bare er gennemsigtighed ved tildeling af offentlige kontrakter, men også under de øvrige dele af udbudsprocessen. Overholdelse af gennemsigtighedsprincippet er desuden en væsentlig faktor i forhold til at sikre, at der er sket ligebehandling, og gennemsigtighedsprincippet har derfor haft direkte indflydelse på udbudsprocedurerne, som fx krav om offentliggørelse af evalueringskriterierne samt vægtning heraf og krav om begrundelser for ordregivers afgørelser og beslutninger.³⁵

1.6.1.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet udledes af TEU artikel 5, stk. 1 og 4, der har følgende ordlyd:

”1. Afgrænsningen af Unionens beføjelser er underlagt princippet om kompetencetildeling. Udøvelsen af Unionens beføjelser er underlagt nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

[...]

4. I medfør af proportionalitetsprincippet går indholdet og formen af Unionens handling ikke videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne.

Unionens institutioner anvender proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet.”³⁶

³³ C-87/94

³⁴ C-87/94, præmis 54

³⁵ Hamer, side 61-62

³⁶ TEU, artikel 5, stk. 1 og 4

Princippet blev af Domstolen anvendt første gang i 1970 i sagen Handelsgesellschaft³⁷, hvor proportionalitetsprincippet var en vigtig del af sagen, og Domstolen slog i denne dom fast, at princippet er et almindeligt retsprincip i EU-retten.³⁸

Proportionalitetsprincippet består af tre dele:

1. Egnethedsvurdering, der består af en vurdering af, om foranstaltningen er egnet til at opnå det formål som ordregiver påberåber sig.
2. Nødvendighedsvurdering, der er en vurdering af nødvendigheden af foranstaltningen, og om foranstaltningen kan varetages med mindre indgribende foranstaltninger.
3. Afvejning af modstridende hensyn, hvor balancen mellem modstridende hensyn afvejes, herunder fx om hensyn i forhold til konkurrenceregler skal afvejes i forhold til ligebehandlingsprincippet, i det tilfælde, hvor man ønsker at regulere på et marked, hvor der er en dominerende spiller, og kun få andre spillere med ganske lille markedsandel.³⁹

I udbudsretlig forstand er proportionalitetsprincippet tillige nævnt i Udbudsdirektivets artikel 18 og i Udbudslovens § 2. Proportionalitetsprincippet i udbudsretten består i, at ordregiver skal tilrettelægge sit udbud og de tilhørende foranstaltninger, så de er egnede og nødvendige til opnåelse af formålet. Dette er også udtrykt i Klagenævnets kendelse af 2. august 2016, hvor Klagenævnet udtaler, at ”[p]rincippet har til formål at sikre, at de beslutninger, som træffes, og den foranstaltning, som sættes i værk, er forholdsmæssige sammenholdt med de mål, som ønskes opnået. Der skal efter princippet således foretages en bedømmelse af foranstaltningens egnethed til at varetage det hensyn, som er målet med foranstaltningen, og en vurdering af nødvendigheden af foranstaltningen, dvs. om det pågældende hensyn kunne være varetaget med en mindre indgribende foranstaltning.”⁴⁰

³⁷ C-11/70

³⁸ Daniel m.fl., side 247

³⁹ Steinicke, side 92 og Daniel, side 248

⁴⁰ Klagenævnets kendelse af 2. august 2016, Dansk byggeri mod Region Hovedstaden

1.6.2 Udbudsprocedurer

1.6.2.1 *Generelt for udbudsprocedurerne offentligt udbud og begrænset udbud*

Forud for et hvilket som helst udbud skal ordregiver have fastlagt, hvad der præcist skal indkøbes, samt værdien heraf, da det i udgangspunktet kun er varer og tjenesteydelser, der er over tærskelværdien som anført i Udbudslovens § 6, der er underlagt udbudsproceduren.

Ordregiver kan også foretage en undersøgelse af, hvad markedet kan tilbyde, jf. Udbudslovens § 39.

Ordregiver skal vælge en af de anførte udbudsprocedurer i Udbudslovens § 55, som er:

- offentligt udbud,
- begrænset udbud,
- udbud med forhandling,
- konkurrencepræget dialog,
- innovationspartnerskaber,
- udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse eller
- projektkonkurrencer⁴¹

Ordregiver skal overholde de frister og formkrav, der er fastsat for den valgte udbudsprocedure.

Offentligt udbud og begrænset udbud kan altid anvendes som udbudsprocedure (standardprocedure), mens der er særlige betingelser for at kunne anvende de øvrige udbudsprocedurer.⁴² Det er udelukkende procedurerne offentligt udbud og begrænset udbud, der er relevant for denne afhandling, hvorfor de øvrige procedurer kun behandles kort.

Offentliggørelse af et udbud sker ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, og på samme dato skal det øvrige udbudsmateriale tillige offentliggøres på en måde, hvorpå virksomhederne har fri, direkte og fuld elektronisk adgang til det fulde materiale.

⁴¹ LBK nr. 10 af 06/01/2023 § 55

⁴² Hamer, side 414

Forskellen mellem de to standardprocedurer er, at ved offentligt udbud skal tilbudsgivere afgive tilbud efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og ved begrænset udbud, skal der først ansøges om prækvalificering, og herefter er det kun de ansøgere, som opfordres til at afgive tilbud, der kan afgive et tilbud til ordregiver.

Fælles for offentligt udbud og begrænset udbud er, at der er forhandlingsforbud, jf.

Fælleserklæringen⁴³ fra Rådet og Kommissionen.⁴⁴

1.6.2.2 Særligt for offentligt udbud

Ved denne procedure kan alle virksomheder, som svar på udbudsbekendtgørelsen, afgive tilbud.⁴⁵ Offentligt udbud reguleres af Udbudsdirektivets artikel 27 og Udbudslovens §§ 56-57.

1.6.2.3 Særligt for begrænset udbud

I lighed med offentligt udbud kan alle virksomheder ansøge om at deltage i et begrænset udbud. Efter ansøgningsfristen foretager ordregiver en kvalificeringsrunde, hvor ordregiver udvælger mindst fem ansøgere, som opfordres til at afgive tilbud, jf. Udbudsdirektivets artikel 65, stk. 2, 2. led og Udbudslovens § 59, stk. 4. Der er således tale om to runder, hvor der i den første runde prækvalificeres et vist antal ansøgere, og i næste runde afgiver de prækvalificerede deres tilbud.

Begrænset udbud reguleres af Udbudsdirektivets artikel 28 og Udbudslovens §§ 58-60.

1.6.2.4 Fleksible procedurer

De fleksible procedurer består af procedurerne udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskaber, udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse og projektkonkurrencer, som beskrevet i punkt 1.6.2.1.

Fælles for de fleksible udbudsprocedurer er, at der under udbudsprocessen foregår en dialog mellem ordregiver og tilbudsgiver enten i form af egentlig forhandling eller som en dialog i forbindelse med tilpasning af den løsning, der udbydes. I modsætning til standardprocedurerne

⁴³ EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118

⁴⁴ Hamer, side 60

⁴⁵ Hamer, side 415

er der visse betingelser, der skal være opfyldt for, at ordregiver kan vælge en af de fleksible procedurer.

Betingelserne for at anvende udbud med forhandling er:

”§ 61. En ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde:

1) Ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der opfylder et eller flere af følgende kriterier:

a) Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,

b) kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,

c) kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed, herunder et behov for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder, ikke tildeles uden forudgående forhandling, eller

d) ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII 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).

2) Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, jf. stk. 2 og 3.”⁴⁶

Betingelserne for konkurrencepræget dialog er beskrevet i udbudslovens § 67, stk.1 og er identiske med § 61, stk. 1.

Fælles for procedurerne Innovationspartnerskaber og Projektkonkurrencer er, at disse procedurer kræver, at der skal udvikles en løsning, der ikke allerede eksisterer, jf. Udbudslovens §§ 73-79 og 84-92.

Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse reguleres af Udbudslovens §§ 80-83. Heraf fremgår det, at denne procedure kun kan anvendes i særlige tilfælde, hvor:

⁴⁶ Udbudslovens § 61, stk. 1

- ordregiver ikke, ved anvendelse af standardprocedurerne, har modtaget ansøgninger eller tilbud, eller kun har modtaget ansøgninger eller tilbud, der er irrelevante⁴⁷ i forhold til kontrakten. Ordregiver må dog ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale, jf. § 80, stk. 1.⁴⁸ Ordregiver skal på Kommissionens forlangende sende en rapport om begrundelserne for, hvorfor udbuddet overgik til forhandling, jf. Udbudsdirektivets artikel 81.
- der kun er en økonomisk aktør, der vil kunne levere fx på grund af unikt kunstværk, manglende konkurrence eller af tekniske årsager, jf. § 80, stk.3.
- ved særlige fordelagtige vilkår, jf. § 81
- ved gentagelse af kontrakt, dog kun hvis der ikke er forløbet mere end 3 år, jf. § 83.

Udbuddet af SKI's rammeaftale 50.05 Biblioteksmaterialer (2020) opfyldte ingen af ovenstående kriterier, hvorfor ingen af de fleksible procedurer kunne anvendes ved udbuddet.

1.6.3 Regler vedrørende evaluering

Det overordnede tildelingskriterie er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette findes enten udelukkende ud fra pris eller ud fra bedste forhold mellem pris og kvalitet.⁴⁹ Efter ordregiver har fastlagt tildelingskriteriet, udformes evalueringskriterierne under tildelingskriteriet. Disse evalueringskriterier skal være udformet, så de har en sammenhæng med den udbudte genstand, ikke giver ordregiver et "frit valg", overholder alle grundlæggende principper i EU-retten samt er offentliggjort i udbudsmaterialet.⁵⁰ Evalueringskriterierne skal desuden, jf. Udbudsdirektivets artikel 67, stk. 5 og Udbudslovens § 165, være angivet enten med en vægtning eller med en prioriteret rækkefølge. Vægtning af kriterierne kan gøres med intervaller eller eksakte vægte, idet kriterierne dog ikke må kunne ændre placering.⁵¹

⁴⁷ Udbudsdirektivet artikel 32, stk. 2, litra a, 2. led

⁴⁸ Hamer, side 448

⁴⁹ Ølykke m.fl., side 742

⁵⁰ Ølykke m.fl., side 744

⁵¹ Ølykke m.fl., side 760

Når ordregiver har modtaget tilbud, og fristen er passeret, skal ordregiver evaluere de indkomne tilbud. Dette skal gøres ud fra de allerede fastlagte evalueringskriterier og evalueringsmodellen, som blev offentliggjort som en del af udbudsmaterialet. Ordregiver skal således gøre det, som ordregiver har fortalt i udbudsmaterialet, at ordregiver vil gøre.⁵² Krav om offentliggørelse af evalueringsmodellen er ikke hjemlet i Udbudsdirektivet, men i Udbudslovens § 160, stk. 1, der dermed er en national bestemmelse.⁵³ Den evalueringsmodel som ordregiver vælger, må ikke være afhængig af de indkomne tilbud på en sådan måde, at ordregiver efterlades et skøn. Evalueringsmodellen skal således være objektiv, og det skal være gennemsigtigt, hvordan modellen vil komme i anvendelse under evalueringen.⁵⁴ Dette er også udtrykt i Domstolens afgørelse i Dimarso-sagen⁵⁵, hvor Domstolen udtaler, at *"[...] for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene.[...]."*⁵⁶

Ordregiver skal vælge en passende evalueringsmodel i forhold til udbuddets genstand, evalueringskriterier og krav. Der er forholdsvis frie rammer for ordregiver til at sammensætte sin evalueringsmodel, så længe den overholder de udbudsretlige principper i Udbudslovens § 2.

Ordregiver kan i visse tilfælde tilpasse sin evalueringsmodel efter modtagelse af tilbud, såfremt der er behov for at tilpasse modellen efter de indkomne tilbud. Muligheden er dog begrænset, og det skal være beskrevet i udbudsmaterialet, hvornår en sekundær evalueringsmodel vil kunne blive taget i anvendelse. Det må kun være objektive konstaterbare forhold, der kan udløse, at en sekundær evalueringsmodel anvendes.⁵⁷

⁵² Hamer, side 579

⁵³ Hamer, side 580

⁵⁴ Hamer, side 581

⁵⁵ C-6/15

⁵⁶ C-6/15, præmis 31

⁵⁷ Hamer, side 583

1.7 Redegørelse for Øst/Vest-sagens forløb

Baggrunden for Øst/Vest-sagen er udbuddet på SKI's rammeaftale 50.05 Biblioteksmaterialer (2020), som blev udbudt efter proceduren offentligt udbud, og bestod af 8 delaftaler, som hver især var eneleverandøraftaler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud (pris).

Forud for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, foretog SKI i efteråret 2019 en teknisk dialog med potentielle tilbudsgivere, hvor både Bibmedia og AVM deltog. I forbindelse med den tekniske dialog, blev Øst/Vest-tildelingsmodellen samt andre tekniske forhold sendt til tilbudsgivernes kommentering. Kun Bibmedia sendte svar på Øst/Vest-modellen, som de, jf. deres svar til SKI af 10. oktober 2019, synes "virker fornuftig"⁵⁸.

Udbuddet blev offentliggjort den 4. februar 2020. Den 12. februar 2020 afholdte SKI informationsmøde med tilbudsgiverne, hvor Øst/Vest-modellen indgik i præsentationsmaterialet.

Øst/Vest-tildelingsmodellen er beskrevet i udbudsbetingelserne til rammeaftale 50.05 Biblioteksmaterialer (2020) som følger:

"Punkt 3.1 Opdeling i delaftaler

[...]

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 forhold herfor, og således ikke alene gives tilbud på den ene af de 2 delaftaler vedrørende Danske bøger og noder.

[...]

3.1.1 Danske bøger og noder – delaftale 1 (Øst) og delaftale 2 (Vest)

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. [...]. 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

⁵⁸ Bilag 8 i stævning af AVM indsendt til Retten i Glostrup af Kammeradvokaten for SKI den 9. juli 2021

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 egne omkostninger, selvom den omsætning i Østdanmark forventeligt vil blive lavere, end i Vestdanmark. [...]”⁵⁹

Ved tilbudsfristens udløb den 3. marts 2020, havde SKI modtaget tilbud fra AVM og Bibmedia, som begge havde budt på alle rammeaftalens 8 delaftaler. Bibmedia havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på alle delaftaler, herunder også på delaftale 1 og 2. AVM blev på denne baggrund kontaktet og tilbudt delaftale 1, på betingelse af, at de accepterede at levere til Bibmedias priser. Den 21. april 2020 accepterede AVM tildelingen på disse betingelser.

Den 30. april 2020 indgav AVM en klage til Klagenævnet med anmodning om, at klagen havde opsættende virkning. Ved kendelse i Klagenævnet den 29. maj 2020, afviste Klagenævnet at sagen havde opsættende virkning. Den 14. januar 2021 afgav Klagenævnet deres kendelse i sagen, hvor Klagenævnet tog AVM's påstand 1 og 2 til følge. Påstand 1 omhandler, at SKI har

⁵⁹ Rammeaftale 50.05 Biblioteksmaterialer (2020), Udbudsbetingelser, version 1.0

handlet i strid med ligebehandlingsprincippet (forhandlingsforbuddet), og påstand 2 omhandler at Øst/Vest-modellen ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. SKI blev af Klagenævnet pålagt at betale sagsomkostningerne.

Den 9. juli 2021 indstævnedes SKI AVM ved at sende en stævning til Retten i Glostrup. Sagen blev den 7. december 2021 henvist til Østre Landsret som 1. instans.

Den 27. juli 2022 fusionerede AVM med Bibmedia, med Bibmedia som fortsættende selskab, der videreførte sagen.⁶⁰

Den 11. november 2022 sendte landsretten følgende spørgsmål til Domstolen til præjudiciel forelæggelse:

*"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?"*⁶¹

Domstolen afsagde præjudiciel afgørelse den 13. juni 2024, hvor Domstolen udtalte, at SKI ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, og at Øst/Vest-modellen ikke var i strid med Udbudsdirektivets artikel 18.⁶²

Sagen blev afgjort ved domsafsigelse i Østre Landsret den 22. oktober 2024. Inden domsafsigelse havde Bibmedia taget bekræftende til genmæle. Østre Landsret afgjorde, at Bibmedia skal anerkende, at Øst/Vest-modellen ikke er i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. Udbudslovens § 2, stk. 1, eller Udbudslovens § 56, og at det ikke er i strid med Udbudslovens § 49, stk. 3, at Øst/Vest-modellen ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.⁶³

⁶⁰ Fra CVR: <https://datacvr.virk.dk/enhed/virksomhed/17260839?fritekst=bibmedia&sideIndex=0&size=10>

⁶¹ C-737/22

⁶² C-737/22

⁶³ Sag BS-46831/2021-OLR Dom fra Østre Landsret afsagt den 22. oktober 2024

2 Ordregivers mulighed for opdeling i delaftaler

2.1 Opdel eller forklar princippet

Ordregiver er forpligtet til at inddele kontrakten i delaftaler eller begrunde den manglende inddeling i delaftaler i udbudsmaterialet, hvormed der er et ”opdel eller forklar” princip.

Princippet er indført for at tilgodese SMV’ers mulighed for at byde på offentlige kontrakter, jf. Udbudsdirektivets præambelbetragtning 78. Præambelbetragtningen giver i vid udstrækning ordregiver frie muligheder for inddeling af delkontrakternes størrelse og genstand, dog opfordres ordregiver til at inddele kontrakterne efter enten et kvantitativt (kapaciteten i virksomhederne) eller kvalitativt (erhverv og specialiseringer) grundlag.

I præambelbetragtning 78 fremgår det, at begrundelsen for ikke at opdele en kontrakt i delaftaler kan være hensynet til ”[...] [at] kunne risikere at begrænse konkurrencen eller gøre det uforholdsmæssigt teknisk vanskeligt eller dyrt at gennemføre kontrakten, eller at nødvendigheden af at koordinere de forskellige ordremodtagere af delkontrakterne indebærer en alvorlig risiko for, at den korrekte udførelse af kontrakten undermineres”⁶⁴.

2.1.1 Udbudsdirektivets artikel 46

I Udbudsdirektivets artikel 46 fastsættes bestemmelser angående opdeling i delaftaler. Artiklen var ikke en del af det tidligere udbudsdirektiv.

Af Udbudsdirektivets artikel 46 stk. 2 og 3 fremgår det, at ordregiver skal angive, hvor mange delaftaler en tilbudsgiver kan byde på, samt hvor mange og hvordan ordregiver vil tildele delaftalerne. I forhold til afhandlings emne, er det værd at bemærke, at der ikke i Udbudsdirektivet står noget om, at tildeling af delaftaler ikke må være afhængige af hinanden. I Udbudsdirektivet er der kun bestemmelser om, at ordregiver skal oplyse om, hvordan tildelingen sker, og hvor mange delaftaler en tilbudsgiver maksimalt kan vinde.

I medfør af Udbudsdirektivets artikel 46, stk. 4 kan medlemsstater fastsætte, at opdeling i delaftaler er obligatorisk for visse kontrakter.

⁶⁴ Udbudsdirektivets præambelbetragtning 78, 2. afsnit, sidste punktum.

2.1.2 Udbudslovens § 49

Udbudslovens § 49 implementerer Udbudsdirektivets artikel 46.

I Udbudslovens § 49, stk. 3 konkretiseres ordregivers forpligtigelse til at angive i udbudsbekendtgørelsen, hvordan tildelingen af delaftalerne foregår, samt hvor mange delaftaler den enkelte tilbudsgiver kan blive tildelt, idet stk. 3 har følgende ordlyd:

”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.”⁶⁵

Når det i både Udbudsdirektivet og i Udbudsloven er tydeliggjort, at kriterierne for tildelingskriterierne for delaftalerne skal være ”objektive og ikke diskriminerende”, må det betyde, at kriterierne ikke må bygge på et skøn, men udelukkende på konkrete forhold, som tilbudsgiverne, såfremt de får de samme oplysninger som ordregiver, vil kunne komme til samme resultat som ordregiver, ved gennemførelse af den fordelingsnøgle, som ordregiver har beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. At kriterierne skal være ikkediskriminerende, fremgår allerede af de grundlæggende principper i udbudsretten og EU-retten, samt af principperne i Udbudslovens § 2.

I forhold til den opdeling i delaftaler, som ordregiver foretager, fremgår det af bemærkningerne til Udbudsloven, at grundlaget for inddeling, udover de kvalitative og kvantitative, også kan være af geografiske hensyn. Sidstnævnte hensyn er relevant for denne afhandling, og for den inddeling af delaftaler som SKI foretog i forbindelse med udbuddet af biblioteksmaterialer, idet delaftale 1 var geografisk afgrænset til Østdanmark og delaftale 2 til Vestdanmark.

⁶⁵ Udbudslovens § 49, stk. 3

Det kan desuden nævnes, at Danmark har valgt ikke at indføre nationale bestemmelser, hvormed visse kontrakter skal inddeles i delaftaler, hvilket medfører, at det i Danmark er helt op til ordregivers skøn, om en kontrakt skal opdeles i delaftaler.

2.2 Mediq Danmark mod Høje-Taastrup kommune

Der er ikke meget retspraksis på området for delaftaler, men i sagen Mediq Danmark A/S (herefter Mediq) mod Høje-Taastrup kommune⁶⁶ traf Klagenævnet afgørelse i henhold til Udbudslovens § 49.

Sagen omhandler et udbud af klinisk ernæring og utensilier. Udbuddet blev gennemført efter proceduren offentligt udbud, og angik en rammeaftale med en enkelt leverandør.

Sagen angik, hvorvidt ordregiver, som var en sammenslutning af fire kommuner, havde overtrådt Udbudslovens § 49 og principperne i Udbudslovens § 2 om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, idet der blev indgået fire identiske rammeaftaler (én pr. kommune), hvilket ikke fremgik tydeligt af udbudsbekendtgørelsen, hvormed Mediq påstod at udbudsmaterialet var uklart.

Klagenævnet gav Mediq medhold i, at der var handlet i strid med Udbudslovens § 2, men der var ikke handlet i strid med Udbudslovens § 49. Klagenævnets argument for dette udfald omhandlede det forhold, at det i udbudsmaterialet var uklart, at der var tale om et fælles udbud, hvor der ville blive indgået fire identiske rammeaftaler, der var uafhængige af hinanden, men enslydende i kontraktvilkår. Dette forhold var af væsentlig betydning, da dette indebærer, at leverandøren indgår fire separate kontrakter, som hver især skal vedligeholdes, og hver især kan håndhæves af parterne.

Idet der var modstridende oplysninger mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne/udbudsmaterialet, fandt Klagenævnet, at udbudsmaterialet var uigennemsigtigt og ikke egnet til at danne grundlag for en tildeling. Dette må også anses for at være i tråd med de grundlæggende principper i både Udbudsloven og Udbudsdirektivet, idet

⁶⁶ Klagenævnets kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup kommune, Brøndby kommune, Køge kommune og Odsherred kommune

gennemsigtighedsprincippet, netop skal sikre, at tilbudsgivere og ansøgere kan gennemskue, hvad det er ordregiver udbyder, samt hvordan udbuddet gennemføres, og hvilke kontraktvilkår, der vil gælde ved en tildeling.

Påstanden, om at Udbudslovens § 49 var overtrådt, blev kun behandlet kort, idet Klagenævnet udtalte, at *"[d]er er ikke grundlag for at anse udbudslovens § 49 om delkontrakter for overtrådt"*⁶⁷, hvilket må anses i tråd med ordlyden af § 49, da der ikke var angivet nogle delaftaler i udbudsbekendtgørelsen, og de fire rammeaftaler var fire individuelle kontrakter. Der er hverken i Udbudsdirektivet eller i Udbudsloven bestemmelser, der kan godtgøre, at et udbud af fire individuelle enslydende rammeaftaler er at anse for et udbud med fire delaftaler. Hermed er der hverken i Udbudslovens § 49 eller i Udbudsdirektivets artikel 46 grundlag for at ændre grundlaget for udbuddet, som ordregiver selv har tilrettelagt.

2.3 Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte Kommune

I Klagenævnets kendelse af 12. april 2024 Plandent A/S (herefter Plandent) mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte kommune (herefter ICØ), behandles, blandt andet, om det har været tilstrækkeligt klart, at der i udbuddet var tale om fem enslydende rammeaftaler (påstand 2).

ICØ havde i udbudsbekendtgørelsen angivet, at der var tale om en *"rammeaftale om indkøb af dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst"*⁶⁸ og at *"[kommunerne] udbyder herved i fællesskab én rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, der alle at betragte som ordregiver. Der tilbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler [...]"*⁶⁹ I udbudsbetingelserne står endvidere *"[d]e [tilsluttede kommuner] er alle at betragte som ordregivere og vil hver især indgå en selvstændig rammeaftale med den vindende tilbudsgiver på baggrund af udbuddet"*⁷⁰. Hertil er der i udbudsbetingelserne angivet anslået værdi, for hver af de tilsluttede kommuners rammeaftale.

⁶⁷ Klagenævnets kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup kommune, Brøndby kommune, Køge kommune og Odsherred kommune

⁶⁸ Klagenævnets kendelse af 12. april 2024, Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte kommune

⁶⁹ Klagenævnets kendelse af 12. april 2024, Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte kommune

⁷⁰ Klagenævnets kendelse af 12. april 2024, Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte kommune

I kendelsen lægger Klagenævnet vægt på, udover det ovenfor anførte, at det fremgik af udkast til rammeaftale, at der ville blive udarbejdet én rammeaftale pr. tilsluttet kommune.

Klagenævnet kom således frem til, at selvom der ikke i udbudsbekendtgørelsen var tydeliggjort, at der var tale om fem enslydende rammeaftaler, så fremgik det klart af det samlede udbudsmateriale, at der ville blive indgået fem identiske rammeaftaler med de fem tilsluttede kommuner, hvorfor Klagenævnet afsagde, at der ikke var udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

Kendelsen angår dog kun, hvorvidt klagen har opsættende virkning, og er således ikke en endelig afgørelse.

2.4 Opdelingen af Øst/Vest-sagens delaftale 1 og 2

I Øst/Vest-sagen angår en del af tvisten, hvorvidt der i udbudsbekendtgørelsen var angivet fyldestgørende oplysninger, angående tildelingsmetoden for delaftale 1 og 2. AVM's påstand var, at der var handlet i strid med Udbudslovens § 49, stk. 3, idet Øst/Vest-modellen ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, men kun i udbudsbetingelserne. Da Øst/Vest-modellen bevirker, at en tilbudsgiver som hovedregel ikke bliver tildelt både delaftale 1 og 2, og at det ville kræve særlige forudsætninger for at samme tilbudsgiver ville blive tildelt begge delaftaler, burde dette, i forhold til AVM's påstand, være anført i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 49, stk. 3.

SKI mener derimod, at Udbudslovens § 49, stk. 3 alene angår det tilfælde, hvor ordregiver fastsætter et maksimum antal delaftaler som en tilbudsgiver kan blive tildelt. I Øst/Vest-modellen er der ikke noget maksimum antal delaftaler, en leverandør kan blive tildelt, da samme tilbudsgiver vil kunne blive tildelt alle delaftaler, dog kun under visse forudsætninger. Dette gør dog ikke, at der bliver et egentligt maksimum antal delaftaler, hvorfor der argumenteres for, at Udbudslovens § 49, stk. 3 ikke er overtrådt.

Klagenævnet fandt ved kendelse af den 14. januar 2021, at SKI havde handlet i strid med Udbudslovens § 49, stk. 3, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at beskrive tildelingsmodellen for delaftale 1 og 2 – Øst/Vest-tildelingsmodellen. Klagenævnet udtalte sig ikke yderligere angående manglende angivelse af Øst/Vest-modellen i udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet fandt herudover, at SKI havde handlet i strid med Udbudslovens § 2, stk. 1 og § 56 i forhold til ændringer af tilbud efter tilbudsfristen. Denne del af kendelsen redegøres der for i kapitel 3.

Klagenævnet påkendte SKI at betale sagsomkostningerne til AVM grundet ovenstående to forhold. Øvrige påstande, som AVM havde fremført, blev ikke taget til følge, og er heller ikke en del af denne afhandling.

Af Udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 2 gælder, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal angive, ”om tilbudsgiveren kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og i givet fald hvordan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kan kombineres [...]”⁷¹ (min understregning). SKI var således forpligtet til at angive et maksimum antal delaftaler, som én tilbudsgiver kunne forvente af kunne blive tildelt, i udbudsbekendtgørelsen, såfremt der havde været et absolut maksimum antal delaftaler, en tilbudsgiver kunne få tildelt. Dette var dog ikke tilfældet. Det fremgår imidlertid også tydeligt af bestemmelsen, at SKI i udbudsbekendtgørelsen skulle have angivet oplysninger om, hvordan delaftale 1 og 2’s tildeling er afhængige af hinanden, da der netop er en særlig fordelingsnøgle mellem disse to delaftaler.

Herudover fremgår det af Udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 3, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal angive ”hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der er afgørende for tildelingen af delkontrakter [...]”⁷² (min understregning), hvormed reglerne klart angiver, at SKI burde have angivet reglerne, herunder fordelingsnøglen, for tildelingen af delaftale 1 og 2 i udbudsbekendtgørelsen, og det dermed ikke er tilstrækkeligt, at beskrive Øst/Vest-modellen for tildeling af de to delaftaler i udbudsbetingelserne, eftersom denne fremgangsmåde ikke efterlever reglerne i Udbudslovens § 49, stk. 3.

Hvis man i stedet for Udbudsloven anvender Udbudsdirektivet til at fastsætte gældende ret, vil dette skulle gøres med udgangspunkt i Udbudsdirektivets artikel 46, stk. 2 og 3:

⁷¹ Udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 2

⁷² Udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 3

”2. De ordregivende myndigheder angiver i udbudsbekendtgørelsen [...], hvorvidt tilbud kan indgives for en, flere eller alle delkontrakter.

De ordregivende myndigheder kan, selv når tilbud kan indgives for flere eller alle delkontrakter, begrænse antallet af delkontrakter, der kan tildeles til én tilbudsgiver, forudsat at maksimumsantallet af delkontrakter pr. tilbudsgiver er angivet i udbudsbekendtgørelsen [...].”

”3. Når den samme tilbudsgiver kan tildeles mere end én delkontrakt, kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder kan tildele kontrakter ved at kombinere flere eller alle delkontrakter, såfremt de i udbudsbekendtgørelsen [...] har anført, at de forbeholder sig muligheden for at gøre dette og har angivet, hvordan delkontrakterne eller grupperne af delkontrakter kan kombineres.”

Af Udbudsdirektivet fremgår det således også, at da SKI ikke havde et maksimum på antal delaftaler en tilbudsgiver kunne tildeles, var udbudsbekendtgørelsen set ud fra dette perspektiv korrekt udfyldt.

Angående bestemmelsen om, at SKI burde have beskrevet regler og kriterier for fordelingsnøglen for tildelingen af delaftale 1 og 2, kan det udledes af Udbudsdirektivet, og den heri anførte bestemmelse om nationale tiltag, at denne bestemmelse ikke er overholdt i SKI's udbud af biblioteksmaterialer. Der er således ingen forskel på retsstillingen, angående krav om beskrivelse af en fordelingsnøgle for tildeling af indbyrdes afhængige delaftaler, uanset om man anvender Udbudsloven eller Udbudsdirektivets bestemmelser.

Det er dog interessant at se på, hvorvidt udfaldet stemmer overens med de principper, der danner grundlag for både Udbudsdirektivet og Udbudsloven. Her er det særligt gennemsigtighedsprincippet, der kunne være interessant at undersøge.

Som det fremgår af Domstolens udtalelse i sagen Kommissionen mod Belgien⁷³, som blev gennemgået under punkt 1.6.1.2, skal gennemsigtighedsprincippet blandet andet sikre, at *”alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.”*⁷⁴ Herudover fremgår det af bemærkningerne til Udbudslovens § 128, at *”Udbudsbekendtgørelserne skal i henhold til gennemsigtighedsprincippet sætte potentielle ansøgere eller tilbudsgivere i stand til at vurdere, hvorvidt*

⁷³ C-87/94

⁷⁴ C-87/94, præmis 54

*opgaven er interessant, således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud.”*⁷⁵ Ud fra disse

betragtninger har SKI ved angivelserne i udbudsbekendtgørelsen og ved beskrivelse af Øst/Vest-tildelingsmodellen i udbudsbetingelserne overholdt gennemsigtighedsprincippet, da alle tilbudsgivere har fået adgang til beskrivelsen af modellen på samme tid, og modellen er tydeligt angivet i udbudsbetingelserne, hvormed SKI som ordregiver har været tydeligt i, hvordan tildelingen vil foregå. Tilbudsgivere har således haft rig mulighed for at sætte sig ind i modellen, samt stille opklarende spørgsmål, hvorfor det ikke kan betragtes som uigennemsigtigt.

Herudover har SKI i udbudsbekendtgørelsen oplyst tilstrækkeligt til, at en tilbudsgiver burde være i stand til at vurdere, hvorvidt den udbudte opgave var interessant at bruge ressourcer på. Det kan dermed antages, at SKI har overholdt de udbudsretlige principper om gennemsigtighed, selvom Øst/Vest-modellen ”kun” er beskrevet i udbudsbetingelserne.

Det er dog ubestrideligt, at SKI ud fra Udbudslovens § 49, stk. 3 samt fra Udbudsdirektivets artikel 46, stk. 2 og 3, har handlet i strid med gældende ret, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at beskrive den tildelingsmodel, herunder fordelingsnøgle, der blev anvendt ved tildeling af delaftale 1 og 2.

Klagenævnet har dog tidligere ved kendelse angående Udbudslovens § 49, inddraget udbudsprincipperne i deres afgørelse, jf. Mediq-kendelse i punkt 2.2. Såfremt denne tilgang også var blevet anvendt ved Øst/Vest-sagen, ville der have været inddraget det forhold, at SKI ikke havde handlet i strid med udbudsprincippet om gennemsigtighed, og at SKI havde overholdt de anvendelsesprincipper⁷⁶, som er anført i bemærkningerne til Udbudsloven.

SKI har dermed nok gjort sig skyldig i overtrædelse af Udbudslovens § 49, stk. 3, men SKI har overholdt de principper, der ligger til grund for både Udbudslovens § 49 samt Udbudsdirektivets artikel 46, hvilket der efter retspraksis har vist sig at kunne indgå i vurderingen, når der afsiges en kendelse ud fra de nævnte bestemmelser.

⁷⁵ Bemærkninger til Udbudsloven

⁷⁶ Bemærkninger til Udbudsloven, Til § 2 og Til § 49

Hvis Klagenævnet havde fulgt deres eget eksempel fra Mediq- og Plandent-kendelserne, burde Klagenævnet have inddraget principperne, der lå til grund for Udbudslovens § 49, og set på det forhold, hvorvidt en rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver, ud fra det samlede udbudsmateriale, udbudsbekendtgørelsen sammenholdt med udbudsbetingelser og øvrige udbudsdokumenter, vil være vidende om, hvilken tildelingsmodel, som udbuddet vil anvende.

2.5 Delkonklusion

Såfremt Klagenævnet havde inddraget deres egen retspraksis angående overtrædelse af Udbudslovens § 49 i Øst/Vest-sagen, må det antages, at udfaldet ville have været, at Klagenævnet stadig havde udtalt, at SKI havde handlet i strid med Udbudslovens § 49, men samtidig anerkendt, at SKI havde overholdt principperne om gennemsigtighed, og at det samlede udbudsmateriale indeholdt tilstrækkelig information til, at tilbudsgiverne burde have været bevidste om, hvilken tildelingsmodel SKI ville anvende ved tildeling. Dette burde have haft samme konsekvens som i Mediq-kendelsen og Plandent-kendelsen, hvor overtrædelse blev påtalt, men det ikke fik yderligere konsekvenser.

Det virker derfor forkert, at Klagenævnet pålægger SKI sagsomkostninger, i forbindelse med kendelse af den 14. januar 2021, da dette ikke følger deres egne retningslinjer fra Mediq- og Plandent-sagen, hvor der ikke var nogen konsekvenser for overtrædelsen. Men det er uklart, om størrelsen af kravet om SKI's betaling af sagsomkostninger ville have været anderledes, hvis påstanden om overtrædelse af Udbudslovens § 49, havde stået alene.

Det kan derfor ikke udelukkes, at Klagenævnet *har* fulgt deres egen praksis, og at overtrædelsen af Udbudslovens § 49, ikke har haft nogen indflydelse på Klagenævnets endelig kendelse.

Det skal også bemærkes, at Østre Landsret afgjorde, at SKI ikke havde handlet i strid med Udbudslovens § 49, stk. 3, selvom tildelingsmodellen ikke indgik i udbudsbekendtgørelsen, men kun var beskrevet i udbudsbetingelserne, hvilket er i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

3 Forhandling af priser forud for kontraktindgåelse

3.1 Udbudsdirektivets artikel 18

Det må antages, at baggrunden for et forbud mod forhandling er manglen på gennemsigtighed og behovet for sikkerhed om, at ligebehandlingsprincipperne er overholdt.⁷⁷

Umiddelbart er forhandlingsforbuddet ikke eksplicit reguleret i Udbudsdirektivet.⁷⁸

Forhandlingsforbuddet udledes derimod af ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 18, hvoraf det fremgår, at *"[d]e ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde."*⁷⁹ Hermed er der ikke et udtrykkeligt forhandlingsforbud, da det kun fremgår, at ordregiver er forpligtet til handle på gennemsigtig vis, og at der ikke må foretages nogen former for forskelsbehandling, da tilbudsgiverne skal behandles ens. Isoleret set ud fra Udbudsdirektivets artikel 18, vil en forhandling, der er gennemsigtig og forholdsmæssig muligvis kunne foretages, såfremt alle tilbudsgiverne behandles ens.

3.2 Forhandlingsforbuddet i udbudsretten

Ved Rådets og Kommissionens fælleserklæring i L 111/114⁸⁰ blev forhandlingsforbuddet italesat, idet det blev erklæret at *"[...] fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser [...]"*⁸¹ (min understregning). Hermed fastslog Rådet og Kommissionen forhandlingsforbuddet for udbudsprocedurerne offentligt og begrænset udbud. Erklæringer fra Rådet og Kommissionen har ikke direkte virkning for medlemslandene som fx direktiver og forordninger har. Erklæringer har derimod status af "soft law", og deraf følger, at de ingen direkte retsvirkning har. Erklæringer har dog alligevel en vis retsvirkning, da de bruges til fortolkning af netop direktiver og forordninger, hvormed indholdet i erklæringer kan få direkte virkning for

⁷⁷ Steinicke, side 356

⁷⁸ Steinicke, side 355

⁷⁹ Udbudsdirektivet, artikel 18, stk. 1

⁸⁰ EF-Tidende 1994 L 111/114, side 118

⁸¹ EF-Tidende 1994 L 111/114, side 118

gældende ret, ved deres retningsangivelse for de retsregler, hvor der er behov for en fortolkning.⁸² En erklæring for Rådet og Kommissionen, hvori det tydeligt fremgår, at *"enhver forhandling"* er udelukket, må give en klar indikation for, at der er et forhandlingsforbud i de i erklæringen nævnte udbudsprocedurer.

Dog åbner Sue Arrowsmith for, at der kan foretages visse forhandlinger med den vindende tilbudsgiver, idet en forhandling med vinderen ikke påvirker konkurrencen, og dermed ikke strider mod EU's konkurrenceregler. Arrowsmith kommer ikke ind på præcist, hvilke forhandlinger der kan foretages, men udelukker dog forhandlinger om kravspecifikationer og vilkår, hvormed det må antages, at ud fra Arrowsmith, så kan der godt forhandles om priser med den tilbudsgiver, der har vundet konkurrencen. Arrowsmit påpeger, at såfremt der har været foretaget en forhandling, vil der ikke herefter kunne foretages forhandlinger med andre tilbudsgivere.⁸³

3.2.1 Pris-forhandlinger

Det fremgår af fælleserklæringen, at der *"må navnlig ikke forhandles om priser"*⁸⁴, hvormed priser må have en særlig betydning. Dette kan også udledes af det faktum at tildelingskriterierne for de to standardprocedurer er laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor begge kriterier er meget eller udelukkende afhængig af pris.⁸⁵ I udbudsretlig forstand kan pris anses for at være et grundlæggende element, da prisen må være af væsentlig betydning.⁸⁶ Uanset hvilken standardprocedure, der vælges, vil netop pris være en væsentlig del af tildelingskriteriet. Ordregiver kan dermed ikke undgå en økonomisk betragtning, når der skal tildeles en kontrakt.

Hvorvidt der kan forhandles om ikke-grundlæggende elementer er uafklaret. I erklæringen står der, at i standardprocedurerne *"udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer"*, hvormed man modsætningsvist kan antage, at der kan forhandles

⁸² Steinicke, side 356

⁸³ Arrowsmith, side 835

⁸⁴ EF-Tidende 1994 L 111/114, side 118

⁸⁵ Steinicke, side 358

⁸⁶ Steinicke, side 364

om ikke-grundlæggende elementer, idet erklæringen netop præciserer, at det er forhandlinger om grundlæggende elementer, der forbydes. Der er derimod ikke et eksplicit forbud mod forhandling af de ikke-grundlæggende elementer.⁸⁷

Når der tales om forhandling om pris, så indgår også forhandlinger om elementer, hvor der er en vis sammenhæng mellem elementet og prisen. Dette kan blandt andet ses af Klagenævnets kendelse af 22. maj 1997⁸⁸, hvor blot det forhold, at der drøftes prisforhold, var nok til, at Klagenævnet fandt, at det var et brud på forhandlingsforbuddet.

Ændring af prisen udgør også et problematisk forhold, såfremt ændring af prisen resulterer i en ændring af rangeringen af tilbuddene. I dette tilfælde vil ændringen ikke være lovlig.⁸⁹

Herudover kan det ses af Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997⁹⁰, at Klagenævnet har udtalt at ”*enhver henvendelse fra en udbyder til tilbudsgivere om priser [...] indebærer en risiko for, at tilbudsgiver benytter den mulighed, som forespørgslen giver, for ved besvarelsen af forespørgslen at sænke prisen, og enhver sådan henvendelse indebærer således en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.*”⁹¹ Enhver henvendelse om priser kan dermed fortolkes som forhandling og anses som ulovlig.

I kontrast kan man efter Tilbudslovens § 10 godt forhandle om prisen, dog kun med den tilbudsgiver, der står til tildeling, idet det fremgår af nævnte paragraf at ”*[n]år kriteriet for tildeling af ordren er laveste pris, kan udbyderen kun forhandle med lavestbydende.*”⁹² Det formodes desuden, at prisen kun kan ændres således, at tilbudsgiver også efter forhandlingerne er lavest bydende, og dermed stadig er den kontrakten skal tildeles til. Det skal i den forbindelse nævnes, at der efter Tilbudslovens kun kan ske tildeling efter laveste pris.⁹³

⁸⁷ Steinicke, side 367

⁸⁸ Klagenævnets kendelse af 22. maj 1997, Højgaard og Schulz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab

⁸⁹ Steinicke, side 360

⁹⁰ Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium

⁹¹ Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium

⁹² LBK nr. 1410 af 07/12/2007 § 10

⁹³ Steinicke, side 362-363

3.3 Regler for kontraktindgåelse

Formålet med udbudsprocessen er at indgå en kontrakt mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver. Indgåelse af en kontrakt, efter afholdelse af et udbud, skal som enhver anden kontrakt overholde de almindelige regler for kontraktindgåelse, jf. Aftaleloven.

Det centrale i Aftaleloven angående kontraktindgåelse er de to viljeserklæringer (retshandler) om *tilbuddet* og *accepten*.⁹⁴ Efter Aftaleloven er der ikke formkrav til tilbud og accept, hvormed begge viljeserklæringer kan være såvel mundtlige som skriftlige. Viljeserklæringerne kan fremsiges enten af parterne selv eller af en repræsentant for parterne.⁹⁵

Indgåelse af aftale/kontrakt forudsætter, at der er fremsat et tilbud, og at dette tilbud accepteres i overensstemmelse med det fremsatte tilbud, der skal således være kongruens. Herudover forudsættes, at accepten fremkommer rettidigt i overensstemmelse med fristen for accept af tilbuddet. Såfremt der ikke er kongruens, fx hvis tilbuddet accepteres med visse ændringer, så er der i praksis afgivet et afslag til tilbuddet, og herefter er der afgivet et nyt tilbud, som den oprindelige tilbudsgivende part skal acceptere, førend der igen er kongruens mellem tilbuddet og accepten, og dermed indgået en aftale/kontrakt efter Aftalelovens regler.⁹⁶

3.4 Kendelser fra Klagenævnet

3.4.1 VITRONIC mod Sund og Bælt A/S

I kendelsen af 4. oktober 2019 VITRONIC – Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH (herefter VITRONIC) mod Sund & Bælt A/S (herefter Sund og Bælt) behandlede Klagenævnet, hvorvidt der kan foretages ændringer under udbudsprocessen med hjemmel i reglerne for ændring af kontrakt under aftalens levetid.

Sagen omhandlede en todelt opgave bestående af opgave A og B, som Sund og Bælt havde udbudt, hvor opgave A skulle igangsættes hurtigt efter tildeling med en stram tidsplan og opgave B skulle udføres efterfølgende. Sund og Bælt fik ingen konditions-mæssige tilbud, hvorfor de overgik til udbud med forhandling, jf. Udbudslovens § 80, stk. 1. Fra Sund og Bælt overgik til

⁹⁴ Gomard m.fl., side 32

⁹⁵ Gomard m.fl., side 33

⁹⁶ Gomard m.fl., side 36 og 42

udbud med forhandling, og opgaven blev tildelt til AFKON GmbH, udsendte Sund og Bælt en profylaksebekendtgørelse. Ved tildeling var der ændret i opgaven, idet opgave A nu var udskudt på ubestemt tid, og opgave B skulle igangsættes som første opgave efter tildeling.

Sund og Bælt gjorde gældende, at de ændringer de havde foretaget i kontrakten, var gjort med hjemmel i Udbudslovens §§ 178-184 om ændring af kontrakter (efter kontraktindgåelse).

Selvom kendelsen angik, hvorvidt klagen havde opsættende virkning, udtalte Klagenævnet sig klart, idet de udtalte, at:

”Ændringen blev som anført foretaget inden indgåelse af rammeaftalen. På den baggrund finder reglerne om ændring af kontrakter m.v. i udbudslovens §§ 178-184 ikke anvendelse. Disse bestemmelser tager således sigte på den særlige situation, hvor spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at foretage genudbud med den virkning, at et bestående kontraktforhold helt eller delvist skal ophæves, og de kan ikke udstrækkes til at finde anvendelse i et tilfælde, som det foreliggende, hvor klagen er indgivet i standstill-perioden, inden kontrakten er indgået.”⁹⁷

Hermed udelukkede Klagenævnet, at ordregiver inden indgåelse af kontrakten med den vindende tilbudsgiver, kan ændre i kontrakten på samme vilkår, som efter kontrakten er indgået. Det kan dermed udledes, at muligheden for ændringer i kontrakten er snævre eller måske ikkeeksisterende forud for kontraktindgåelse.

3.4.2 EG A/S mod Egedal Kommune

I sagen EG A/S (herefter EG) mod Egedal Kommune (herefter Egedal) har Klagenævnet taget stilling til prisforhandlinger i forbindelse med en direkte tildeling under en rammeaftale.

Sagen omhandlede indkøb af et it-system. Egedal ønskede at anvende SKI's rammeaftale 02.19, hvor tildeling som hovedregel sker som direkte tildeling, men under særlige omstændigheder kan ske ved miniudbud. Egedal påstod, at ved en opgørelse af deres behov, var der kun en leverandør på aftalen, der kunne imødekomme behovene, hvormed der ifølge rammeaftalens vilkår skulle ske en direkte tildeling.

⁹⁷ Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC – Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt A/S

Den væsentligste tvist, for denne afhandling, er det forhold, hvorvidt der var en prisforhandling i umiddelbar forbindelse med tildeling af kontrakten til KMD.

Vilkårene på rammeaftale 02.19 er, at leverandøren skal angive deres priser ved udbuddet af rammeaftalen. Efterfølgende kan leverandøren ændre priser, ved at foretage en ændringsanmodning til SKI, hvormed priserne ændres for alle potentielle ordregivere på rammeaftalen. Prisændringen vil således ikke bare angå et enkelt udbud, men være de priser som alle kommende udbud skal beregnes ud fra.

Da Egedal anvendte 02.19, kom de frem til, at den eneste leverandør der kunne opfylde deres behov, var KMD, og at ud fra rammeaftalens dagældende priser ville den samlede pris i alt blive ca. 37 mio. kr. i hele kontraktens levetid, hvilket også fremgår af kontrakten. Samme dag som kontrakten underskrives, indgår Egedal og KMD et tillæg til kontrakten, hvor prisen reduceres til ca. 9 mio. kr. for hele kontraktens levetid.

Klagenævnet udtaler, at:

"På denne baggrund og efter en samlet vurdering af omstændighederne og forløbet, herunder i november – december 2019, finder klagenævnet, at bevisbyrden er løftet for, at der har fundet forhandling sted mellem kommunen og KMD, og at denne forhandling dels har angået direkte tildeling af kontrakten, dels har medført ændring af den forudsatte pris for ydelserne, der i den forbindelse blev nedsat med ca. 75 %.

Det er endvidere klagenavnets vurdering, at der ikke efter udbudsbetingelserne for Rammeaftalen er adgang til en sådan forhandling og individuel prisnedsættelse."⁹⁸(min understregning)

Det skal fremhæves, at Klagenævnet udtaler, at prisforhandlingerne ikke kunne foregå, idet der ikke i udbudsbetingelserne var adgang til en prisforhandling. Det må derfor antages, at der modsætningsvis, såfremt udbudsbetingelserne udtrykkeligt havde givet adgang til dette, at der kunne ske en vis form for prisforhandling sted.

⁹⁸ Klagenavnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune

3.4.3 Judex A/S mod Århus Amt

I Judex A/S (herefter Judex) mod Århus Amt (herefter Århus) afsagde Klagenævnet kendelse omhandlende forhandling af priser.

Twisten omhandlede et udbud under det dagældende indkøbsdirektiv, hvor Århus havde udbudt en ny form for iltapparater. Århus havde kun modtaget et tilbud ved tilbudsfristens udløb fra Judex, hvilket var uantageligt, og valgte at overgå til forhandling. Århus førte forhandlinger med Judex og to andre aktører. Under forhandlingerne lod Århus Judex vide, at det var prisen der skulle justeres for, at de kunne være med i konkurrencen. Ved tildeling fik en anden aktør tildelt kontrakten, men med konventionelle iltapparater, som ikke var i overensstemmelse med kravspecifikationerne i udbuddet.

Det er for denne afhandling værd at bemærke, at i denne kendelse udtalte Klagenævnet for det første, at Århus havde overtrådt det EU-retslige gennemsigtighedsprincip, da Århus ikke på tilstrækkelig måde, havde oplyst tilbudsgiver om, at udbuddet overgik til forhandling, og at der foregik forhandlinger om både priser og udbuddets genstand. Ordregiver er, jf.

gennemsigtighedsprincippet, forpligtet til at sikre, at tilbudsgiverne har tilstrækkelig viden om, hvad ordregiver foretager sig under udbuddet. Denne forpligtigelse havde Århus ikke iagttaget i tilstrækkelig grad i forbindelse med processen ved forhandling.

For det andet udtalte Klagenævnet, at Århus havde overtrådt de *"EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved under udbudet efter forhandling at have foretaget underhåndshenvendelser til tilbudsgivere med henvisning til en eller flere af de andre tilbudsgiveres pris."*⁹⁹ Selvom forhandlingerne i Judex-sagen er foretaget under udbud med forhandling, så indskærper Klagenævnet, at der er visse regler forbundet med prisforhandlinger, idet ordregiver antages ikke at have *"[...] adgang til at spille tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden"*.¹⁰⁰ Hermed må prisforhandlingerne altså ikke foretages på en sådan måde, at ordregiver lægger pres på en tilbudsgiver, ved på nogen måde at anskueliggøre, at den pågældende tilbudsgiver, kun vil

⁹⁹ Klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt

¹⁰⁰ Klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt

kunne deltage i konkurrencen, såfremt der sker en reduktion af priserne. Det må dermed udledes, at ordregiver ikke må bruge priserne fra én tilbudsgiver til at presse en anden.

3.5 Retspraksis fra Domstolen

Domstolen har i flere sager behandlet ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne samt forhandlingsforbuddet i sager, der er indbragt for Domstolen til præjudiciel afgørelse. De nedenfor nævnte sager, er indbragt på forskelligt grundlag, men fælles er, at Domstolen har behandlet ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og/eller forhandlingsforbuddet i deres afsigelse af dom.

3.5.1 Vilje til forhandling

En central afgørelse fra Domstolen er C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH (herefter Presstext) mod Østrig, hvori Domstolen udtaler sig i relation til vilje til forhandling.

Sagen omhandlede et præjudicielt spørgsmål angående en kontrakt om presstekster, der var indgået inden Østrigs indtræden i EU, og som var blevet ændret og forlænget under kontraktens levetid, bl.a. grundet indførelsen af euroen. Kontrakten var indgået med den ene leverandør der fandtes på markedet, da kontrakten oprindeligt blev indgået

Presstext var en mindre spiller på markedet, og var opstået efter kontraktens indgåelse.

Presstext anlagde sagen, da de mente, at kontrakten var ugyldig, da der var foretaget væsentlige ændringer under kontraktens levetid, hvormed der burde være sket et fornyet udbud.

Af betydning for denne afhandling er præmis 34, hvori det fremgår:

"Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale [...], når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer."¹⁰¹ (min understregning)

¹⁰¹ C-454/06, præmis 34

Af Domstolens udtalelse om, "*at det var parternes vilje at genforhandle*", må det udledes, at netop *viljen* til at forhandle er af væsentlig betydning, når det skal overvejes, om der har foregået forhandlinger sted, samt at *begge parter* har haft denne vilje til at forhandle. Det er således af betydning, at både ordregiver og tilbudsgiver har ønsket at ændre minimum ét element i forbindelse med kontrakten, for at kunne konstatere, at der har foregået forhandlinger sted under en udbudsproces.

Denne tilgang er fulgt op i Wall-sagen¹⁰², hvor Domstolen udtalte:

*"Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere vil væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i visse tilfælde nødvendiggøre, at der tildes en ny koncessionskontrakt, når ændringerne udgør afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige koncessionskontrakt, og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer [...]."*¹⁰³ (min understregning)

Hermed fastslår Domstolen, at der skal kunne konstateres en *vilje* fra *begge* de kontraherende parter til en forhandling, for at en sådan kan finde sted.

3.5.2 Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne

En vigtig sag fra Domstolen, i forhold til fortolkning af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, er C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (herefter Ministeriet) mod Manova A/S (herefter Manova). Sagen omhandlede et udbud med forhandling angående drift af regionale studievejledningscentre. Manova var en forbigået tilbudsgiver, der indbragte sagen for Klagenævnet, der den 10/3 2010 afsagde kendelse om, at Ministeriet havde overtrådt ligebehandlingsprincippet. Ministeriet indbragte sagen for domstolen, hvorefter Østre Landsret indgav et præjudicielt spørgsmål til Domstolen.

Af præmis 28 og 29, fremgår det, at

"28 Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet

¹⁰² C-91/08

¹⁰³ C-91-08, præmis 37

konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf.

*29 Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger."*¹⁰⁴ (min understregning)

Det fremgår således, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er midler til at fremme de overordnede formål om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, jf. TEUF artikel 26 og forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. TEUF artikel 101.

Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne er dermed ikke et mål i sig selv, som det også fremgår af præmis 29. Dette understreges også i Slovensko-sagen¹⁰⁵, hvoraf det fremgår, "*at blandt hovedformålene med EU-retten om offentlige kontrakter er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf [...]*"¹⁰⁶ Her anvendes samme ordvalg om det dobbelte formål med at sikre de EU-retslige hovedformål om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser samt en ufordrejet konkurrence i medlemsstaterne.

Det kan derfor udledes, at principperne, ved gennemførelse af udbud, skal anvendes ud fra det perspektiv, at de skal være medvirkende til at sikre fri bevægelighed uden at fordreje en konkurrence. Det må dermed udledes, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet har visse begrænsninger, når der skal fortolkes på de to principper, da der ikke kan foretages en fortolkning, der ligger ud over det formål som principperne er sat i verden for at tjene.

I Manova-sagens¹⁰⁷ præmis 30 påpeges anvendelsen af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved at fastslå, at "*[i]følge fast retspraksis kræver dette princip, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet [...]*".¹⁰⁸ (min understregning). Her

¹⁰⁴ C-336/12, præmis 28 og 29

¹⁰⁵ C-599/10

¹⁰⁶ C-599/10, præmis 25

¹⁰⁷ C-336/12

¹⁰⁸ C-336/12, præmis 30

bliver den daglige anvendelse af principperne anskueliggjort, idet det bliver klart, hvordan man som ordregiver kan og skal behandle tilbudsgiverne. Det understregede i ovenstående citat fastlægger de daglige retningslinjer, som enhver ordregiver skal følge under enhver udbudsproces. Retningslinjen er todelt idet den første del beskriver, at tilbudsgiverne skal behandles ens i ensartede forhold. Hermed pålægges ordregiver, at sikre, at alle tilbudsgivere får samme muligheder og indsigt i udbudsprocessen. Anden del beskriver, at forskellige forhold ikke må behandles ens. Hermed skal forstås, at ordregiver skal vurdere og tilrettelægge sin proces, med henblik på, at tilbudsgiverne kan have forskelligt udgangspunkt, og ved at behandle alle tilbudsgivere ens, vil en ordregiver kunne stille én tilbudsgiver bedre eller dårligere end andre, og at dette ikke vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Ordregiver skal derfor behandle tilbudsgiverne, med det mål for øje, at alle tilbudsgivere vil kunne opnå samme indsigt niveau og samme muligheder under udbudsprocessen, dog inden for rammerne af Udbudsloven og Udbudsdirektivet.

3.5.3 Forhandlingsforbuddet

Fra Manova-dommens¹⁰⁹ præmis 31 fremgår at:

"Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ [...]"¹¹⁰ (min understregning)

Forhandlingsforbuddet behandles i særlig grad i denne præmis. Det interessante i præmissen er, at selvom den første del af præmissen tilsyneladende præciserer forhandlingsforbuddet, ved at fastslå, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne er "*til hinder for enhver forhandling*"¹¹¹, følges dette op med "*hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse*"¹¹². Næsten enslydende udtaler Domstolen sig i Apelski-sagen¹¹³, hvoraf det fremgår at:

¹⁰⁹ C-336/12

¹¹⁰ C-336/12, præmis 31

¹¹¹ C-336/12, præmis 31

¹¹² C-336/12, præmis 31

¹¹³ C -324/14

"Som Domstolen allerede har fastslået, er ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedsforpligtelsen desuden til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ"¹¹⁴ (min understregning)

Stort set samme ordlyd gentager sig i sagerne Rad-sagen¹¹⁵, præmis 43, andet punktum og Archus-sagen¹¹⁶, præmis 27.

Det interessante ved alle disse udtalelser er netop ordvalget "*i princippet*", hvormed der ikke er en fuldstændig forhindring, idet det kun i *princippet* indebærer, at tilbud ikke kan ændres. Hermed kan det udledes, at der er en vis, om end nok meget smal, åbning for, at der undtagelsesvis kan foregå en eller anden form for ændring eller forhandling af tilbuddet efter tilbudsafgivelse og før tildeling af kontrakten.

3.6 Er der tale om forhandling i udbudsretlig forstand i Øst/Vest-sagen?

3.6.1 Parternes juridiske argumentation

AVM indledte sagen, da de indgav klage til Klagenævnet, hvor de fik medhold. SKI valgte herefter at stævne AVM, hvor sagen blev afgjort efter en præjudiciel hørelse ved Domstolen.

I punkterne 3.6.1.1 og 3.6.1.2 er parternes fremlæggelse af deres sag kort refereret, ud fra partens egen argumentation, på baggrund af kendelsen fra Klagenævnet samt stævning, svarskrift, replik og duplik fra sag BS-46831/2021-OLR Dom fra Østre Landsret afsagt den 22. oktober 2024.

3.6.1.1 AVM

I den oprindelige sag, der blev anlagt ved Klagenævnet, nedlagde AVM følgende påstand, som Påstand 1.

"Klagenævnet skal konstatere, at 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

¹¹⁴ C -324/14, præmis 62

¹¹⁵ C-210/20

¹¹⁶ C-131/16

tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, kan ændre sit tilbud efter tilbudsfristen og derefter blive tildelt delaftale 1."¹¹⁷

Til støtte for denne påstand gjorde AVM i Klagenævnet gældende, at ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2 var overtrådt, idet tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud ændrede sit tilbud ved at ændre prisen. AVM gjorde gældende, at dette ikke er muligt, efter Udbudslovens § 159, stk. 5, om supplerende, præcisering og fuldstændiggørelse af tilbud. Herudover udtalte AVM, at selvom Øst/Vest-modellen var beskrevet i udbudsmaterialet, og at gennemsigtighedsprincippet dermed var overholdt, så kan gennemsigtighedsprincippet ikke anvendes til, at ligebehandlingsprincippet tilsidesættes. Til støtte for at der var sket en ulovlig forhandling gjorde AVM gældende, at der ikke i Udbudslovens § 49 er hjemmel til at foretage den opdeling i delaftaler, som SKI gjorde, idet der skal anvendes en fordelingsnøgle til fordeling af delaftaler, der er objektiv, og skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvilket, ud fra AVM's udtalelser, kun giver SKI mulighed for, enten at tildele begge delaftaler til samme leverandør, eller til at tildele de to delaftaler til nr. 1 og 2, med de på tilbudsfristen tilbudte priser. AVM anførte, at SKI ikke havde hjemmel til at opfinde en tildelingsmodel, der tilsidesatte ligebehandlingsprincippet, for at tilgodese en fremtidig konkurrence på markedet for biblioteksydelser.¹¹⁸

AVM kom ikke med nye argumenter i sagen ved domstolsprøvelsen.

3.6.1.2 SKI

SKI gjorde i Klagenævnet gældende, at ligebehandlings-, gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincipperne var overholdt, og at der ikke var tale om et forhandlingselement i forbindelse med tildelingen. SKI's argumentation bestod som hovedpart i at henvise til udbudsmaterialet, hvori SKI mente det tydeligt fremgik, hvilken tildelingsmodel der blev anvendt, hvormed gennemsigtighedsprincippet var overholdt.

¹¹⁷ Klagenævnets kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, påstand 1

¹¹⁸ Klagenævnets kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

I forhold til ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet, henviste SKI til, at tildelingsmodellen ikke gjorde det muligt for AVM at ændre sit tilbud på en måde, hvormed de kunne ændre deres placering. Det var således ikke muligt at ændre i den placering tilbudsgiverne havde opnået efter evaluering, hvilket var medvirkende til at sikre ligebehandlingsprincippet. Herudover fremhævede SKI, at AVM fik et tilbud om at levere til de priser, der var tilbudt af den økonomisk mest fordelagtige tilbudsgiver, og dermed var der ikke tale om en forhandling, da der ikke var noget forhandlingsrum for hverken AVM eller SKI. SKI fremførte endvidere, at Øst/Vest-modellens tilgang var i tråd med ”laveste pris-klausuler” og ”most favoured customer-klausuler”, som ud fra Udbudslovens § 179 er lovlige, så længe klausulerne er klare, præcise og entydige, hvilket SKI mente Øst/Vest-modellen var, idet modellen var beskrevet detaljeret i udbudsbetingelserne.

Det skal dog bemærkes, at Klagenævnet tidligere har taget stilling til anvendelse af en ”bedste kunde-klausul”, og at Klagenævnet i denne sag udtalte sig, at anvendelsen af klausulen ”*medfører ingen reel konkurrenceudsættelse, men alene en indirekte regulering [...], idet det inden for disse rammer overlades til leverandørerne at fastsætte priserne i løbet af aftalens løbetid.*”¹¹⁹ Det er derfor tvivlsomt, om klausulerne kan anvendes som argument for, at Øst/Vest-modellen overholder retspraksis ud fra analogien med klausulerne.

I forhold til proportionalitetsprincippet henholdt SKI sig til, at de udbudsretlige principper skal bedømmes i lyset af de formål de forfølger, og at forhandlingsforbuddet skal sikre fri bevægelighed og en ufordrejet konkurrence¹²⁰ (se også punkt 3.5.2 og 3.5.3). Ud fra dette perspektiv, så sikrer Øst/Vest-modellen den fremtidige konkurrence på det specifikke marked på en mekanisk og gennemsigtig metode.

Ved SKI's indstævning af AVM nedlagde SKI følgende påstand som Påstand 1:

"Audio Visionary Music A/S skal anerkende, at den af Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S anvendte øst/vest-model ved tildelingen af delaftale 1 – Danske bøger og noder (øst) og delaftale 2 – Danske bøger og noder (vest) udbudt ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 026-058733 af 4. februar 2020 ikke er i strid med de

¹¹⁹ Klagenævnets kendelse af 15. februar 2016, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

¹²⁰ C-336/12

*grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, eller udbudslovens § 56, som fastslået af Klagenævnet for Udbud i kendelse af 14. januar 2021, vedr. påstand 1.*¹²¹

Udover de allerede fremførte argumenter i Klagenævnet, fremførte SKI ved sagen i Østre Landsret argumentation for, at Øst/Vest-modellen understøtter en effektiv konkurrence, både i det konkrete udbud og for den fremtidige konkurrence, at mekanismerne i modellen bygger på andre modeller, som er i overensstemmelse med udbudsreglerne, og at der som følge af de foregående argumenter ikke er tale om en procedure, som er i strid med forhandlingsforbuddet.

Argumentationen for at modellen understøtter det EU-retslige formål om effektiv konkurrence bestod i, at markedet for biblioteksmaterialer, som udbuddet omhandlede, er afgrænset til SKI-rammeaftalen. Der består således ikke et privat marked for denne type ydelser. Det var derfor afgørende, at SKI sikrede, at der var mere end én aktør på markedet, både i forhold til det konkrete udbud, og for at sikre en fremtidig konkurrence. Herudover var det nødvendigt at finde en tildelingsmekanisme, der sikrede konkurrencedygtige priser, selvom der sandsynligvis kun var to tilbudsgivere, og hvor tilbudsgiverne ikke skulle kunne spekulere i "bare" at blive nummer to, og dermed skrue priserne op, idet der var stor sandsynlighed for at få tildelt minimum én af delaftalerne. SKI mente desuden, at Øst/Vest-modellen var en objektiv mekanisme, som ikke overlod SKI et skøn, idet der efter modellen var dikteret en fremgangsmåde, hvor tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud ville få en "ja eller nej" mulighed, hvor hverken SKI eller tilbudsgiveren vil have andre udfaldsmuligheder, hvorved modellen overholder Udbudslovens § 164. Herudover støttede SKI sig til flere præambelbetragtninger under henvisning til, at formålet med de udbudsretlige principper er at sikre en effektiv konkurrence.

SKI's argumentation for at forhandlingsforbuddet ikke var overtrådt var, at der ikke var foregået en forhandling, idet AVM måtte acceptere at levere til samme priser som den økonomisk mest fordelagtige tilbudsgiver, men på ellers uændrede vilkår i forhold til udbudsmaterialet, og at der dermed ikke var tale om en forhandling, hverken i ordets forstand eller udbudsretligt.

¹²¹ Stævning af 9. juli 2011 til Retten i Glostrup

Herudover støttede SKI sig til Manova-dommens¹²² præmis 28-30 angående ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, samt præmis 31, hvor der lægges vægt på udtalelsen, *"hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres [...]"*¹²³, som er behandlet i punkt 3.5.2 og 3.5.3. Herudover anvender SKI Rådets og Kommissionens fælleserklæring¹²⁴ til at understøtte, at forhandlingsforbuddet, grundet dets afsæt i de udbudsretlige principper, alene må relatere sig til forhandlinger, der ligger forud for vurdering af tilbud, idet forhandlinger om elementer *"som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning"*¹²⁵ er udelukket, jf. erklæringen. SKI anvendte Egedal-kendelsen, som blev behandlet i punkt 3.4.2, til at understøtte, at prisændringer, der sker forud for den endelige rangering af tilbuddene, er ulovlige. Herudover støtter SKI sin argumentation på Delfin-sagen¹²⁶, hvor Klagensævnet tog stilling til, om forbigående tilbudsgivere kunne udelukkes fra af levere tøjvask til visiterede borgere i Gentofte kommune i de første tre måneder af en rammeaftale om tøjvask. Priser for tøjvask skulle til enhver tid være de samme priser, som den vindende tilbudsgiver leverede til. Klagensævnet fandt at rammeaftalens betingelser ikke var i strid med dagældende Tilbudslov eller det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Det skal her bemærkes, at der i Delfin-sagen var tale om et udbud af en frit-valgs-ordning, hvorfor der ikke kan trækkes en direkte sammenligning med udbud af varer og tjenesteydelser under proceduren offentligt udbud under gældende udbudslov.

3.6.2 Har der været en vilje til forhandling?

Det er under punkt 3.5.1 blevet fastslået, at der gennem retspraksis fra Domstolen, er etableret en udbudsretlig forståelse af, at for at der kan være tale om en forhandling, skal der kunne konstateres en *vilje* fra *begge* kontraherende parter, jf. presstext-sagen¹²⁷ og senere ved Wall-sagen¹²⁸.

¹²² C-336/12

¹²³ C-336/12, præmis 31

¹²⁴ EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118

¹²⁵ EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118

¹²⁶ Klagensævnets kendelse af 9. marts 2012, Delfin Vask A/S mod Gentofte Kommune

¹²⁷ C-454/06

¹²⁸ C-91/08

Ud fra SKI's fremførte argumenter i sagen, er SKI's ageren efter tilbudsafgivelsen fastlåst i henhold til de i udbudsbetingelsernes beskrevne mekanismer for tildeling, hvormed SKI kun kan konstatere, hvem der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og efterfølgende tilbyde den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk næstbedste tilbud, delaftale 1 til de priser, som SKI blev bekendt med ved åbning af tilbuddet fra den økonomisk mest fordelagtige tilbudsgiver.

SKI's argument er, at SKI blot har fulgt den procedure, som er beskrevet i udbudsbetingelserne, men er dette et udtryk for en vilje til forhandling? Selvom SKI kan have ret i, at Øst/Vest-modellen ikke giver SKI mulighed for selv at påvirke den pris, som de skal tilbyde den økonomisk næstbedste tilbudsgiver at levere til på delaftale 1, så er fremgangsmåde som SKI har valgt, og dermed den procedure som de følger, måske et udtryk for, at SKI har haft en vilje til at skabe et rum i tildelingsprocessen til at kunne forhandle? I så fald, er det påfaldende, at SKI har valgt en model, hvor forhandlingen er så låst, og ikke giver SKI en fordel eller mulighed for påvirkning. Man kan derfor godt betvivle, om SKI har haft en vilje til at skabe et forhandlingsrum, hvor SKI ikke har mulighed for at agere. Det er derfor nærliggende at antage, at SKI ikke har haft en vilje til forhandling.

AVM fik tilbudt, enten at levere til Bibmedias priser, eller slet ikke at få tildelt en delaftale. Hvis man lægger til grund, at aktører på markedet for biblioteksydelser kun består af AVM og Bibmedia, så kan det være livstruende for AVM ikke at få tildelt nogen delaftale. AVM har altså en vis interesse i at forhandle med SKI. I dette tilfælde er tilbuddet dog ikke noget, hvor AVM har kunne kommet med et modbud. I denne situation, hvor AVM i en presset position, får et "take-it-or-leave-it"-tilbud, vil de fleste nok ikke se situationen som en egentlig forhandling. AVM kunne godt have haft en vilje til forhandling, men ved afgivelse af et "ja" eller "nej" svar på SKI's henvendelse, er det ikke muligt at fastslå, om der reelt fra AVM's side har været en vilje til forhandling.

Men allerede fordi SKI ikke havde en vilje til forhandling, så er de af Domstolen fastslående kriterier, jf. pressetext⁻¹²⁹ og Wall-sagen¹³⁰, angående vilje til forhandling ikke til stede.

3.6.3 Er ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne overholdt?

Som det fremgår af punkt 3.5.2 skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, jf.

Manova-sagen¹³¹ og Slovensko-sagen¹³², vurderes ud fra de overordnede formål om fri bevægelighed og forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. TEUF artikel 26 og 101. Dette skal således tages i betragtning, når der skal foretages en vurdering af, om Øst/Vest-modellen overholder princippet om ligebehandling. Ved netop princippet om ligebehandling er der modsatrettede synspunkter om Øst/Vest-modellens objektivitet, eller mangel herpå.

Uenigheden om objektivitet angår mekanismen i forbindelse med prisjusteringen. Hvis man ser på denne del i to trin, hvor der i første trin sker en rangering af tilbudsgiverne, og i andet trin en justering af priser, må det være klart, at rangeringen af tilbudsgiverne er objektiv, idet rangeringen udelukkende består i kriteriet billigste pris. SKI udtaler, at denne rangering ikke kunne ændres efterfølgende, og intet i udbudsmaterialet eller i dokumenterne i forbindelse med klagesagen i Klagenævnet eller i domstolsprøvelserne har vist andet. Hermed kan det antages, at første trin er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. I det andet trin, hvor SKI retter henvendelse til AVM i deres egenskab som den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk næstbedste tilbud, kommer det springende punkt. Sker der en ændring af AVM's tilbud i strid med ligebehandlingsprincippet, når dette skal vurderes i lyset af fri bevægelighed og forbud mod konkurrencefordrejning? I forhold til konkurrencefordrejning, så sker prisjusteringen først efter rangeringen, og dermed først på et tidspunkt, hvor konkurrencen er afgjort. Dette taler imod, at Øst/Vest-modellen kan være konkurrencefordrejende, da den ikke påvirker konkurrencens udfald. I forhold til formålet med fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, påvirker justeringen af prisen ikke vilkårene for hverken udbuddet eller kontrakten, hvormed de ydelser der skal erlægges, forbliver uændret, og dermed de samme som

¹²⁹ C-454/06

¹³⁰ C-91/08

¹³¹ C-336/12

¹³² C-599/10

konkurrencen omhandlede. I forhold til den fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, kan det være svært at argumentere for, at Øst/Vest-modellen er til hinder for dette formål.

Yderligere i ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippernes perspektiv, er spørgsmålet om, hvorvidt der i forbindelse med tildelingen i Øst/Vest-sagen er foretaget en ændring af kontrakten, som er en del af udbudsmaterialet, og om denne ændring i givet fald er ulovlig? I VITRONIC-sagen, som er beskrevet i punkt 3.4.1, fandt Klagenævnet, at ændring af en kontrakt efter tilbudsafgivelse, men inden kontraktindgåelse, ikke kan foretages med hjemmel i Udbudslovens §§ 178-184. De ændringer der blev foretaget i VITRONIC-sagen angik selve opgaveudførelsen, hvor ændringen betød af, at den vindende leverandør skulle tilgå opgaven på en markant anden måde, end hvis ændringen ikke var foretaget.

I den danske Finn Frogne-sag¹³³, som blev indbragt til præjudiciel afgørelse ved Domstolen, fremgår det af dommens præmis 40 "*[...] at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure [...]. Det forholder sig kun anderledes, hvis udbudsmaterialet indeholder bestemmelse om muligheden for at tilpasse visse betingelser, endog væsentlige, i nævnte kontrakt efter tildelingen heraf og de nærmere rammer herfor.*"¹³⁴ Her fremgår det klart, at såfremt det tydeligt er beskrevet, at der vil (eller måske vil) blive foretaget væsentlige ændringer i en kontrakt i en rammeaftales levetid, kan der godt foretages væsentlige ændringer af kontrakten, uden at der nødvendigvis skal foretages en fornyet konkurrenceudsættelse.

Hermed er spørgsmålet om, hvorvidt prisjusteringen er en ændring af kontrakten? Og hvis det er en ændring, om den kunne foretages lovligt?

Ændring af pris vil normal anses som en væsentlig ændring af kontrakten. En sådan ændring vil ud fra VITRONIC-sagen ikke kunne foretages inden kontraktindgåelsen, som netop er tilfældet i Øst/Vest-modellen. Prisændringen vil, jf. Finn Frogne-sagen¹³⁵, såfremt det fremgår af udbudsmaterialet, kunne lade sig gøre efter kontraktindgåelsen, selvom en sådan prisændring

¹³³ C-549/14

¹³⁴ C-549/14, præmis 40

¹³⁵ C-549/14

vil kunne anses som en væsentlig ændring. I Øst/Vest-modellen var der i udbudsbetingelserne beskrevet, at for tilbudsgiveren med det økonomiske næstbedste tilbud, ville der blive foretaget en prisjustering forud for kontraktindgåelsen. Ændringen var således beskrevet i udbudsmaterialet.

I VITRONIC-sagen blev der ændret i de dokumenter, som havde indgået i udbuddet, og dermed var vilkårene blevet ændret. Dette er ikke tilfældet i Øst/Vest-sagen, hvor alle vilkår og betingelser er uændrede, og hvor kun priserne i tilbudsgivers tilbudsliste er ændret. Der er således ikke tale om en anden kontrakt eller opgave, da disse forhold er uændrede. Så selvom det ud fra ovenstående er klart, at der ikke kan ændres i en kontrakt, opgaven eller vilkårene forud for en kontraktindgåelse ved en udbudsprocedure, så er det stadig tvivlsomt om en prisjustering, som er beskrevet i udbudsdokumenterne, kan sidestilles med en ændring af kontrakt.

Gennemsigtighedsprincippet skal, som afklaret i punkt 1.6.1.2, sikre, *"at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud."*¹³⁶ Dette er senere yderligere uddybet i Apelski-sagen¹³⁷, hvor Domstolen udtalte, at: *"[...] gennemsigtighedsforpligtelsen [har] til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde [...]."*¹³⁸ (min understregning). Hermed bliver gennemsigtighedsprincippet mere konkretiseret, idet ordregiver får nogle håndfaste retningslinjer for, hvordan gennemsigtighedsprincippet som minimum skal anvendes.

Ordregiver skal således tilrettelægge sin udbudsproces, og udarbejde sit udbudsmateriale så betingelser og bestemmelser, er beskrevet klart, præcist og utvetydigt, hvormed alle rimeligt velinformerede, og normalt omhyggelige aktører vil kunne forstå materialet og dets indhold, og

¹³⁶ C-87/94, præmis 54

¹³⁷ C-324/14

¹³⁸ C-324/14, præmis 61

dermed også kunne forstå, hvilke udfaldsrum der vil være efter at have budt på udbuddet. Ordregiver skal endvidere sikre, at processen ikke favoriserer en (type) tilbudsgiver eller lader det være en vilkårlighed, hvem der vinder udbuddet.

I Øst/Vest-sagen er tildelingsmodellen beskrevet i udbudsbetingelserne, og der er intet der tyder på, at tilbudsgiverne ikke har kunne gennemskue modellen, eller hvordan den ville blive anvendt ved tildeling. Det skal hertil bemærkes, at tildelingsmodellen allerede under markedsdialogen var lagt ud til tilbudsgiverne, hvor de blev opfordret til at kommentere på modellen. Der indkom ingen spørgsmål til modellen, eller hvordan den i praksis ville fungere. Dette peger på, at modellen må have været klart, præcist og utvetydigt beskrevet i udbudsbetingelserne, jf. de i Apelski-sagen¹³⁹ beskrevne krav.

Øst/Vest-modellen kan næppe betragtes som vilkårlig eller favoriserende, da delaftalen med den forventede højeste afsætning bliver tildelt til den tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket er fuldstændig i tråd med tildelingskriteriet "bedste pris". Det er ikke unormalt, at der indregnes en mekanisme, der sikrer, at én tilbudsgiver ikke vinder alle delaftaler, selvom denne ene tilbudsgiver har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på alle delaftaler. At den mindre delaftale dermed bliver tildelt til nummer to i rangfølgen, kan derfor ikke anses som vilkårligt eller favoriserende.

3.6.4 Er Øst/Vest-modellens ændring af pris forenelig med forhandlingsforbuddet?

Som behandlet i punkt 3.2 har Rådet og Kommissionen med deres erklæring fastsat et forhandlingsforbud, hvormed "*enhver forhandling*"¹⁴⁰ er udelukket, og der må "*navnlig ikke forhandles om priser*"¹⁴¹. Forhandlingsforbuddet er umiddelbart begrænset til grundlæggende elementer, men Klagenævnspraksis viser dog, at hvis det element, der forhandles om, har en sammenhæng med pris, strider dette med forhandlingsforbuddet, jf. Klagenævnet kendelse af 22. maj 1997¹⁴². Udgangspunktet er derfor, at forhandlinger og ændringer af priser ikke lovligt

¹³⁹ C-324/14

¹⁴⁰ EF-Tidende 1994 L 111/114, side 118

¹⁴¹ EF-Tidende 1994 L 111/114, side 118

¹⁴² Klagenævnets kendelse af 22. maj 1997, Højgaard og Schulz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab

kan finde sted, efter tilbudsgivers afgivelse af tilbud, hvilket betyder, at som udgangspunkt vil SKI ikke kunne ændre prisen for tilbudsgiveren med det økonomiske næstbedste tilbud, for at kunne tildele denne tilbudsgiver en delaftale.

Arrowsmith åbner dog for, at der nok godt kan forhandles om priser med den tilbudsgiver, der har vundet, jf. punkt 3.2, eftersom vinderen allerede har vundet konkurrencen, og forhandlingen derfor ikke ændrer på konkurrencens udfald. Arrowsmith bruger som argument for denne tilgang, at det ikke er konkurrencefordrejende, og dermed er i overensstemmelse med formålene med konkurrencereglerne og udbudsprincipperne. Ud fra denne betragtning, og set i lyset af Klagenævnets udtalelse i Egedals-sagen om, at *"der ikke efter udbudsbetingelserne for Rammeaftalen er adgang til en sådan [pris]forhandling og individuel prisnedsættelse"*¹⁴³, hvor Klagenævnet her begrundet, at der ikke kunne ske prisforhandling, da dette ikke var beskrevet i udbudsbetingelserne, må det modsætningsvist kunne åbne for, at såfremt en prisforhandling *var* beskrevet i udbudsbetingelserne, så var der en mulighed for, at en sådan prisforhandling lovligt kunne finde sted. Det må dog være en betingelse, at proceduren er klart og tydeligt beskrevet i udbudsdokumenterne. Idet det var beskrevet i udbudsbetingelserne i Øst/Vest-sagen, at der ville ske en ændring af prisen i forbindelse med tildelingen til den tilbudsgiver med det økonomisk næstbedste tilbud, så opfylder Øst/Vest-modellen denne forudsætning for, at modellen kan komme i betragtning som en lovlig tildelingsmodel. Vigtigt er dog, at både for Arrowsmith, og jf. Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997¹⁴⁴, vil prisændringer, hvor rangfølgen ændres, ikke være lovlige.

Ud fra de retsprincipper som omhandler forhandlingsforbuddet, som blev behandlet i punkt 3.5.3, er udgangspunktet, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne er til hinder for enhver forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver. I tillæg er anført, at dette indebærer, at et tilbud *"i princippet"* ikke kan ændres. Denne formulering viste, at der må være et vist rum for ændringer af tilbuddet, selvom der ikke tidligere er set eksempler på, hvad der *"i princippet"* kan ændres. Rummet for ændringer af tilbuddet må anses som yderst snævert. Denne antagelse

¹⁴³ Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune

¹⁴⁴ Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium

begrundes i den meget klare retorik, idet der udtales, at "*enhver forhandling*"¹⁴⁵ er udelukket. Her efterlades intet rum til nogen form for forhandling. Det skal dog bemærkes, at der i den første del af Manovadommens¹⁴⁶ præmis 31 tales om "*forhandling*", mens der i sidste del, står "*i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse*".¹⁴⁷ Her anvendes "*ændring af tilbud*". Dette tyder på, at der skal skelnes mellem en forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver, og en ændring af tilbudsgivers tilbud. Hvor første del angående forhandling stadig må anses som et fuldstændigt forbud mod forhandlinger, må anden del fortolkes til, at der er en smal åbning for, at der kan ske en eller anden form for ændring af tilbud. De ændringer der ville kunne foretages i denne snævre åbning, skal dog være forenelige med ligebehandlings- gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincipperne. Ændringerne skal endvidere også være inden for rammerne af gældende retspraksis, Udbudsdirektivet og Udbudsloven. Ændringerne skal således overholde Udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3 om supplerings, præcisering eller fuldstændiggørelse af tilbuddet, herunder Udbudslovens § 149, stk. 5, hvor der udover bestemmelserne i Udbudsdirektivet fastsættes, at en ændring ikke må kunne anses som et nyt tilbud.

Den justering der foretages i Øst/Vest-sagen er beskrevet i udbudsmaterialet, og dermed fastlagt på forhånd, og opfylder således gennemsigtighedsprincippet. Den eksakte pris der ændres til, kendes ikke på forhånd, men mekanismen til at finde prisen er beskrevet. Selvom den eksakte pris ikke kendes på udbudstidspunktet, er dette ikke ensbetydende med, at det ikke er gennemsigtigt, da det fx er fuldt ud lovligt at prisjustere efter et prisindex, jf. Vejledning til Udbudslovens punkt 11.3.6, og den eksakte pris efter en prisændring efter et prisindex, heller ikke vil være kendt på udbudstidspunktet. Hermed kan den prisjustering der sker i Øst/Vest-sagen, såfremt der kun er tale om en ændring, umiddelbart se ud til, at kunne falde ind under den åbning der kunne ligge i udtalelsen "*i princippet*".

¹⁴⁵ C-336/12, præmis 31

¹⁴⁶ C-336/12

¹⁴⁷ C-336/12, præmis 31

AVM argumenterede under Øst/Vest-sagen i Klagenævnet og i Østre Landsret, at Udbudslovens § 159, stk. 5 ikke kan finde anvendelse i ændringen af pris, da AVM mener, at en ændring af pris medfører, at tilbuddet får karakter af et nyt tilbud. Det fremgår af bemærkningerne til Udbudsloven, at oplysninger ”*det objektivt kan konstateres, [...] forelå på tidspunktet for [...] tilbudsfristens udløb*”¹⁴⁸ ikke kan anses som ændringer, der fører til et nyt tilbud. Herudover er det et krav, at ”*tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter [...] tilbudsfristens udløb.*”¹⁴⁹ Idet mekanismen for prisjusteringen var beskrevet i udbudsmaterialet, og den eksakte pris fremgik af det indsendte tilbud fra den tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor tilbuddet var indgået inden udbudsfristens udløb, forelå alle oplysninger således objektivt konstaterbart ved tilbudsfristens udløb. Herudover vil hverken den tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud have nogen konkurrencemæssig fordel, idet ingen af tilbudsgiverne efter afgivelse af tilbud har nogen mulighed for selv at påvirke den justering af priser, der vil foregå for den tilbudsgiver med det økonomisk næstbedste tilbud. Hermed er det intet der tyder på, at den ændring af pris, som foregår ved brug af Øst/Vest-modellen, kan have karakter af en ændring af tilbud, set ud fra Udbudslovens § 159, stk. 5.

Uanset om der har været en prisforhandling eller en prisændring, så fremgår det af Judex-sagen, at ordregivere ikke må ”*spille tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden*”¹⁵⁰, idet ordregiver ikke må tilrettelægge sit udbud, på en sådan måde, at en (eller flere) tilbudsgiver(e) kun kan deltage i konkurrencen ved at reducere deres priser. I Øst/Vest-sagen skal tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud ændre sin pris, så den matcher tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Forskellen mellem Øst/Vest-sagen og den praksis som Judex-sagen har medført er, at efter Judex, så må en ordregiver ikke anvende priserne fra en tilbudsgiver til at indikerer overfor en anden tilbudsgiver, at prisen skal reduceres for at kunne deltage i konkurrencen. I Øst/Vest-sagen afgiver alle tilbudsgivere deres tilbud, og ud fra deres pris

¹⁴⁸ Lovforslag nr. L 19, fremsat den 7. oktober 2015, Bemærkninger til Udbudsloven, bemærkning til § 159

¹⁴⁹ Lovforslag nr. L 19, fremsat den 7. oktober 2015, Bemærkninger til Udbudsloven, bemærkning til § 159

¹⁵⁰ Klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt

bliver alle tilbudsgivere rangeret. Dette kan ikke ændres, og priserne i tilbuddene kan således heller ikke ændres, efter tilbudsfristens udløb. Det der ændres, er priserne, som skal anvendes under kontrakten, som ikke har indflydelse på konkurrencens udfald. Der er dermed ikke tale om, at en tilbudsgiver skal reducere deres priser for at forblive i konkurrencen, da prisændringen først sker, efter konkurrencen er afholdt, og resultatet foreligger.

Hvorvidt der kan være tale om en forhandling afhænger også af, hvad der skal til, for at der kan være tale om en forhandling. I daglig tale, vil et tilbud der udelukkende kan afslås eller accepteres ikke blive betragtet som en forhandling, da der kun er to afgrænsede udfaldsrum. For at der i daglig tale kan være tale om en forhandling kræver det, at der er mulighed for at ændre udfaldsrummet. Der skal således være mulighed for, at der ikke bare kan besvares med et ja eller nej, der skal kunne ændres på enten indhold, vilkår eller pris i forhold til det oprindelige tilbud, for at man vil kunne sige, at der er foregået en forhandling. I Øst/Vest-modellen er det fremsatte tilbud til tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud et afgrænset tilbud, hvor indholdet og vilkår er identiske med udbudsmaterialet, og hvor prisen er identisk med prisen i det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der er således ingen mulighed for at ændre de to afgrænsede udfaldsrum, da der kun kan besvares med accept af tilbuddet i sin helhed, eller et fuldstændigt afslag. I alle andre sammenhænge end udbudsretligt er det svært at se, at et "take-it-or-leave-it" tilbud vil kunne anses som en forhandling. Det er derfor tvivlsomt, at et sådan tilbud skal kunne anses som en forhandling, blot fordi tilbuddet fremsættes under en udbudsprocedure.

3.6.5 Forhandling ctr. Ændring af tilbud, jf. Domstolens præmis 38

Domstolen har i præmis 38 i dom C-737/22 nærmere udtalt sig vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om forhandling eller ændring af tilbud ved anvendelse af Øst/Vest-tildelingsmodellen.

I første del af præmissen omtaler Domstolen, den handling, som en tilbudsgiver udfører ved accept eller afslag af tilbud om tildeling af kontrakt med en ændring af prisen, som en beslutning. Det er næppe tilfældigt, at Domstolen vælger at italesætte handlingen som en "beslutning". Ved dette ordvalg har Domstolen allerede afvist, at der er tale om forhandling,

idet en forhandling trods alt kræver minimum to parter, og dermed ikke alene kan være baseret på én tilbudsgivers beslutning. Herudover fremhævede Domstolen, at beslutninger taget af tilbudsgiverne på anden pladen og nedefter, ikke indebar, hverken en ændring af tilbud eller en forhandling af de tilbud, som var blevet indsendt inden udløbet af tilbudsfristen. Her fremhæves, at beslutningerne ikke havde indflydelse på de tilbud, som var blevet afgivet inden udløb af tilbudsfristen. Her er det væsentlig at bemærke, at Domstolen lægger vægt på, at der ikke sker nogen ændring eller forhandling af de tilbud, der ligger til grund for konkurrencens udfald. Her er det unikt i Øst/Vest-sagen, idet prisjusteringen først sker efter konkurrencen er endeligt overstået. Netop dette aspekt ser ud til at have haft en væsentlig indvirkning på Domstolens tilgang til prisjusteringen. Det er måske ikke overraskende, da de væsentlige formål med principperne i udbudsretlig forstand er fri bevægelighed, samt at der ikke sker konkurrencefordrejning. Idet prisjusteringen først sker efter afholdelse af konkurrencen, så er det jo netop de priser som indgår i tilbudsgivernes tilbud, som har den udslagsgivende effekt på konkurrencen, og prisjusteringen har dermed ingen indflydelse på, hvordan tilbudsgiverne rangeres i konkurrencen. Hele konkurrenceaspektet er dermed afsluttet uigenkaldeligt, på det tidspunkt, hvor prisjusteringen sker. Hermed kan prisjusteringen ikke have haft en konkurrencefordrejende effekt. Dette kommer også til udtryk i præmissens anden del, hvor Domstolen præciserer, at det ikke har været muligt for tilbudsgiver at ændre sit tilbud eller forhandle sig til en bedre rangering i konkurrencen.

3.6.6 Delkonklusion angående prisforhandling i Øst/Vest-sagen

SKI har ved udbuddet af rammeaftale 50.05 Biblioteksmaterialer (2020) utvivlsomt overholdt gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med anvendelsen af Øst/Vest-tildelingsmodellen, idet modellen var tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet, hvormed alle rimeligt velinformerede, og normalt omhyggelige tilbudsgivere ville kunne forstå og sætte sig ind i tildelingsmodellen. Denne opfattelse støttes også af begge parter i sagen.

I forhold til Øst/Vest- tildelingsmodellens overholdelse af princippet om gennemsigtighed, så er modellens mekanismer fastlåste, og kan ikke påvirkes af ordregiver, hvormed ordregiver ikke har valgfrihed, hvilket er i overensstemmelse med Udbudslovens § 164. Øst/Vest-modellen

sikrer, at tilbudsgiverne behandles ens under behandlingen af tilbuddene, og at rangeringen foretages på et objektivet grundlag, og at denne rangering ikke kan ændres efterfølgende, hvilket er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Den prisjustering der foretages efter rangeringen af tilbuddene, ved at kontakte tilbudsgiveren med det økonomisk næstbedste tilbud, er i første omgang blevet anset som enten en forhandling eller en ændring af tilbud. Der kan dog næppe være tale om en forhandling, idet parametrene for at der kan være tale om en forhandling ikke er til stede. Her tænkes der på, at der ikke har været mulighed for at forhandle om nogle aspekter af kontrakten, da vilkår, opgave og pris var helt fastlåst, og der var tale om en enten fuldstændig accept eller en fuldstændig afståelse af tilbuddet. Herudover var der heller ikke den ”vilje til forhandling” som kræves af retspraksis, jf. *pressetext-sagen*¹⁵¹ og *Wall-sagen*¹⁵². I forhold til, om den prisjustering der skete, var en ændring af tilbud, så ville denne ændring af tilbud sandsynligvis kunne indeholdes i den åbning som *Manova-dommens* præmis 31 åbner for.

Domstolen tager dog en anden stilling til dette punkt, da den ikke anser prisjusteringen som hverken forhandling eller som ændring af tilbud, idet justeringen sker efter konkurrencens afgørelse, hvormed der hverken forhandles eller ændres på tilbuddet for at opnå en bedre placering.

Domstolens tilgang virker logisk ud fra et konkurrencemæssigt perspektiv, da den prisjustering der sker, ikke har nogen indflydelse på konkurrencen, og dermed ”bare” er en justering, der sker i forbindelse med kontraktindgåelsen, til den tilbudsgiver, som har vundet pladsen ud fra konkurrencens vilkår.

Gennemsigtighedsprincippet er, uanset om man tager Domstolens udgangspunkt, eller anser prisjusteringen for en ændring af tilbud ud fra den åbning som *Manova-sagens*¹⁵³ præmis 31 giver, højst sandsynligt overholdt.

¹⁵¹ C-454/06

¹⁵² C-91/08

¹⁵³ C-336/12

3.7 Analyse af kontraktindgåelsen mellem SKI og AVM

Tilbud og accept er foretaget, i aftaleretlig forstand inter absentes¹⁵⁴, idet tilbud og endelig accept er fremkommet skriftlig ad elektronik vej.

Da AVM indsender deres tilbud, er der aftaleretlig tale om afgivelse af tilbud, jf. Aftalelovens § 1, hvormed AVM er bundet af deres tilbud.

Det fremgår af Aftalelovens § 5, at såfremt et tilbud afslås, så bortfalder hele tilbuddet, hvormed tilbudsgiver ikke længere er bundet af sit tilbud. Yderligere fremgår det af Aftalelovens § 6, at accept af tilbud, hvor der er ændret på tilbuddet, anses som et afslag i forbindelse med afgivelse af nyt tilbud. Ved SKI's henvendelse til AVM angående tildeling af delaftale 1, hvor AVM skulle acceptere at ændre prisen i sit tilbud, var AVM, aftaleretlig, ikke længere forpligtet af sit fremsendte tilbud. AVM var i aftaleretlig forstand ikke længere den tilbudsgivende part.

Aftaleretligt havde AVM mulighed for afslag, accept eller fremsigelse af nyt tilbud. Men udbudsretlig, var AVM stadig bundet af sit fremsatte tilbud, som afsendt inden tilbudsfristen. Der var dermed kun mulighed for den aftaleretlige accept eller afslag, idet udbudsreglerne forhindrede AVM i fremsendelse af nyt tilbud.

I dette tilfælde, hvor der efter afholdelse af en udbudsforretning, skal indgås en kontrakt, vil Aftaleloven have karakter af lex superior og Udbudsloven som lex specialis, hvormed Udbudslovens særregel vil foretrækkes, frem for de almindelige aftaleretlige bestemmelser i forbindelse med tilbud og accept.¹⁵⁵

3.7.1 Delkonklusion angående kontraktindgåelse mellem SKI og AVM

AVM's accept af SKI's tilbud, hvori der er en fuldstændig accept af tilbuddet som fremsat af SKI, og som fremkom rettidigt, overholder Aftalelovens bestemmelser angående viljeserklæringerne om tilbud og accept af tilbud, hvormed det kan konkluderes, at kontrakten mellem SKI og AVM

¹⁵⁴ Gomard m.fl., side 33

¹⁵⁵ Blume, side 297-298

er indgået på lovlig vis, selvom der er visse afvigelser fra de almindelige bestemmelser i Aftaleloven.

4 Øst/Vest-dommens indflydelse på retspraksis i udbudsretten

4.1 Øst/Vest-dommens konsekvenser for forhandlingsforbuddet

I forhold til Rådets og Kommissionens erklæring¹⁵⁶, hvor forhandlingsforbuddet er fastsat, så har Øst/Vest-dommen meget begrænset konsekvenser, idet det tidligere er konkluderet under punkt 3.6.6, at der ikke udbudsretligt har været en forhandling i forbindelse med anvendelsen af Øst/Vest-tildelingsmodellen. Det er dermed ikke udelukket at Øst/Vest-sagen kan få indflydelse på udbudsretten.

Helt konkret vil Øst/Vest-dommens præmis 38 kunne have indflydelse på selve begrebet forhandling i udbudsretlig sammenhæng, idet Domstolen, i omtalte præmis, forudsætter, at idet prisjusteringen først sker efter konkurrencens udfald, og fordi der ikke var mulighed for at ændre på rangeringen, var der ikke tale om forhandling. Hermed har Domstolen angivet den retning, som man fremover skal se, når man skal afgøre, om der har foregået en forhandling i forbindelse med evaluering og tildeling. I denne sammenhæng vil enhver sag, inden for udbudsretten, hvor man der er tvivl om, hvorvidt der har været en udbudsretlig forhandling, kunne anvende den retspraksis, som Domstolen har indført ved præmis 38 i Øst/Vest-dommen.

Selve Øst/Vest-tildelingsmodellen har nok en noget smallere anvendelse. Den første tærskel vil nok være, om tildelingsmodellen vil være proportional at anvende. Øst/Vest-tildelingsmodellen er meget indgribende for tilbudsgivere, og der vil være behov for stærke argumenter for, at modellen er nødvendig for at sikre fri bevægelighed og en ufordrejet konkurrence. I Øst/Vest-sagen var situationen, at markedet for biblioteksmaterialer udelukkende bestod af SKI's rammeaftale, og at der gennem en længere årrække kun havde været en til to aktører på markedet ad gangen. Konkurrencen var derfor yderst begrænset, og der var risiko for, at hvis én aktør vandt alle rammeaftalens delaftaler, så ville der blive skabt et monopol. Øst/Vest-tildelingsmodellen skulle derfor være med til at sikre, at der ikke ved hjælp af et offentlig udbud blev skabt et monopol på markedet. Herudover må det også være et krav, at de varer og tjenesteydelser, som udbydes, er fuld ud sammenlignelige. Dette krav må være et absolut krav,

¹⁵⁶ EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118

da prisen for en vare tilbudt af den økonomisk næstbedste tilbudsgiver bliver ændret, så den er identisk med prisen på den vare som den økonomisk mest fordelagtige tilbudsgiver har angivet. Dette vil udelukkende kunne lade sig gøre, hvis der er tale om den eksakte samme vare og tjenesteydelse. Derfor vil hverken et sortimentsudbud eller et udbud, hvor tjenesteydelserne vil afhænge af den enkelte konsulents kompetencer, kunne anvende en Øst/Vest-tildelingsmodel.

4.2 Hvordan skal de to modstridende afgørelser fortolkes?

Klagenævnet kom til den afgørelse, at SKI havde overtrådt ligebehandlingsprincippet, ved at lade AVM foretage en ulovlig ændring af deres tilbud, jf. kendelse af 14. januar 2021.¹⁵⁷

Domstolen kom til gengæld til en helt anden afgørelse, idet Domstolen mente, at Øst/Vest-tildelingsmodellen ikke var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.¹⁵⁸

Da det er to modstridende afgørelser, kan det umiddelbart være fristende at tro, at den ene af afgørelserne må være forkert. Det er dog ikke nødvendigvis korrekt. Klagenævnet er en national klageinstans, der er oprettet med hjemmel i blandt andet direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007. Klagenævnets beføjelser er fastsat ved Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud¹⁵⁹. Klagenævnet har således status som en administrativ rekurs ordning.¹⁶⁰ En afgørelse fra Klagenævnet kan indbringes for domstolene, jf. § 8 i Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud¹⁶¹. Såfremt sagen ikke indbringes for domstolene inden for fristen på otte uger, har afgørelsen fra Klagenævnet status af en endelig afgørelse¹⁶². Klagenævnet skal afgøre deres sager ud fra gældende lovgivning, og ud fra den retspraksis der foreligger.

Domstolen har, jf. TEUF artikel 267, hjemmel til at afgøre præjudicielle spørgsmål indsendt af de nationale domstole. Domstolen har kompetence til at fortolke EU-regler, herunder fortolkning af traktaterne.¹⁶³ De præjudicielle spørgsmål til Domstolen skal sikre en ensartet

¹⁵⁷ Klagenævnets kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

¹⁵⁸ C-737/22 Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod BibMedia A/S

¹⁵⁹ LBK nr. 593 af 02/06/2016 Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud

¹⁶⁰ Revsbech m.fl., side 295

¹⁶¹ LBK nr. 593 af 02/06/2016 Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud

¹⁶² LBK nr. 593 af 02/06/2016 Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud § 8

¹⁶³ Daniel m.fl., side 328

anvendelse af EU-regler på tværs af medlemsstaterne. Domstolen tager kun stilling til EU-reglernes anvendelse og fortolkning.¹⁶⁴

Idet Klagenævnet og Domstolen således har forskellige kompetenceområder, er det ikke helt så uventet, at de er kommet til modsatrettede afgørelser. Klagenævnet kan kun tage stilling til sagen, ved direkte lovfortolkning, og ud fra den retspraksis der forelægger på tidspunktet for sagens afgørelse. Ud fra dette perspektiv, så er det svært at se, at Klagenævnet kunne komme til en anden afgørelse. Domstolen har til opgave at fortolke på EU-reglerne, og kan inddrage et traktatmæssigt perspektiv. Domstolen kan dermed gå ind og fortolke, ikke bare på principperne, men også på de formål der ligger bag disse principper. Domstolen kan dermed fortolke på et dybere niveau, som kun Domstolen har kompetence til. Set i dette perspektiv, og set i lyset af formålene bag de udbudsretlige principper, er Domstolens afgørelse heller ikke så uforudsigelig.

Dommen fra Domstolen vil fremover blive en del af retspraksis, hvorfor den vil kunne anvendes ved fremtidige afgørelser, ikke bare af de danske nationale domstole og af Klagenævnet, men også for nationale domstole i de øvrige medlemslande og deres nationale klageinstanser for udbud.

¹⁶⁴ Daniel m.fl., side 329

5 Konklusion

Selvom dommen i C-737/22 Øst/Vest-sagen indledningsvist kunne se ud til at være et opgør med forhandlingsforbuddet, så viser det sig, at dette slet ikke er tilfældet. Der foregik ingen forhandling ved anvendelse af Øst/Vest-tildelingsmodellen, hvilket hovedsageligt viste sig ved, at der manglede vilje til forhandling jf. presstext-sagen¹⁶⁵ og Wall-sagen¹⁶⁶. Herudover var Domstolens udtalelse, at der var tale om en beslutning, hvormed Domstolen indirekte udtalte, at der ikke var tale om en forhandlingssituation. Dommen rykker derfor ikke på det forhandlingsforbud der eksisterer for udbudsprocedurerne offentligt udbud og begrænset udbud.

Dommen kan dog få betydning for, hvornår man udbudsretligt taler om en forhandling. Her vil især dommens præmis 38, kunne have betydning for fremtidig fortolkning af, hvilke justeringer der lovligt kan foretages i perioden fra tilbudsfristen til tildelingen. Idet Domstolen omtalte den prisjustering der blev foretaget i Øst/Vest-sagen som en beslutning, så er der måske en åbning for, at en tilbudsgiver også vil kunne træffe andre beslutninger, som ikke påvirker konkurrencen, lovligt. Hvor meget rum der er i ordet ”beslutning” bliver spændende af følge i eventuelt kommende sager.

For selve anvendelsen af Øst/Vest-tildelingsmodellen, må det antages, at den har en meget snæver rækkevidde. Anvendelsen af modellen må antages at være betinget af, at der skal være yderst få aktører på markedet, markedet skal være næsten udelukkende eller fuldstændigt bestå af en offentlig kontrakt og de varer og tjenesteydelser, der udbydes, skal være sammenlignelige. Hermed vil anvendelsesmuligheder være så begrænset, at det nok ikke vil være ofte, at man vil have et udbud, hvor alle disse krav er opfyldt. Uanset den begrænsede anvendelse, så må Øst/Vest-modellen anses som en ny lovlig tildelingsmodel.

Desværre blev Øst/Vest-sagen ikke den sag, hvor Domstolen tog stilling til indholdet af, hvad den ændring af tilbud, som Manova-dommens præmis 31¹⁶⁷, åbner for. Det kunne ellers havde

¹⁶⁵ C-454/06

¹⁶⁶ C-91/08

¹⁶⁷ C-336/12

været en oplagt mulighed, idet den justering der her blev foretaget, umiddelbart, ser ud til at kunne have været foretaget inden for den smalle åbning, der endnu ikke er udforsket ved Domstolen.

Det er således stadig ikke fuldstændig klart, hvad der i princippet kan ændres i tilbuddet efter tilbudsafgivelse. Dog er der åbnet for, at tilbudsgiver kan træffe nogle beslutninger efter tilbudsafgivelsen. Det må dog antages, at der her igen er meget snævre grænser for, hvad disse beslutninger kan indeholde, da de ikke må kunne ændre på konkurrencen, på opgaven eller vilkår i kontrakten. Ordregiver skal derfor være yderst opmærksom i sin planlægning af sit udbud, hvis ordregiver har behov for at kunne tilpasse tilbud efter tilbudsfristen, da mulighederne er yderst begrænsede, og retspraksis er meget restriktiv. De åbninger der lige nu forefindes, er meget små og har minimale anvendelsesmuligheder.

6 Perspektivering

I denne særlige situation for biblioteksmaterialer, hvor markedet består af én offentlig kontrakt, er det værd at undersøge, om udbudsreglerne er medvirkende til, at der dannes monopol på markedet, hvilket er i direkte modstrid med formålet for udbudsreglerne og konkurrencereglerne, som udbudsreglerne udspringer af. Udbudsreglerne er sat i verden for at skabe konkurrence, men på dette særlige marked ser det ud til, at udbudsreglerne i stedet for lukker konkurrencen ned. I skrivende stund er Kommissionen ved at åbne for drøftelser angående nyt udbudsdirektiv, og det kunne være interessant, hvis der under arbejdet med et nyt direktiv, bliver undersøgt, hvordan udbudsreglerne i højere grad kan sikre konkurrence også på små markeder, der er helt eller næsten udelukkende afhængige af offentlige kontrakter, således, at de økonomiske aktører på disse markeder ikke må forlade sig på, hvilke løsninger den enkelte offentlige ordregiver finder på, for at sikre en reel konkurrence.

7 Kildeanvisning

7.1 Retspraksis

7.1.1 Domme

- C-737/22 Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod BibMedia A/S
- C- 11/70 Internationale Handelsgesellschaft MBH, Frankfurt am Main mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide end Futtermittel
- C-810/79 Peter Überschär, Hasselt, Belgien mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Berlin
- C-87/94 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien
- C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest
- C-91/08 Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH
- C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S,
- C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA mod Úrad pre verejné obstarávanie
- C-210/20 Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl mod Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl.
- C-131/16 Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.
- C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APAAustria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung

- C-324/14 Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta
- C-549/14 Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation
- Sag BS-46831/2021-OLR Dom fra Østre Landsret afsagt den 22. oktober 2024

7.1.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

- Klagenævnets kendelse af 22. maj 1997, Højgaard og Schulz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab
- Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium
- Klagenævnets kendelse af 2. august 2016, Dansk byggeri mod Region Hovedstaden
- Klagenævnets kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup kommune, Brøndby kommune, Køge kommune og Odsherred kommune
- Klagenævnets kendelse af 12. april 2024, Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst v/Gentofte kommune
- Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC – Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt A/S
- Klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt
- Klagenævnets kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune
- Klagenævnets kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
- Klagenævnets kendelse af 9. marts 2012, Delfin Vask A/S mod Gentofte Kommune
- Klagenævnets kendelse af 15. februar 2016, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

7.2 Retskilder

- Traktat om den Europæiske Union (TEU)
- Traktat om den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Udbudsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter
- Danmarks Riges Grundlov Lov nr. 169 af 5. juni 1953 (Grundloven)
- LBK nr. 10 af 06/01/2023 (Udbudsloven)
- LBK nr. 1410 af 07/12/2007 (Tilbudsloven)
- LBK nr. 193 af 02/03/2016 (Aftaleloven)
- LBK nr. 593 af 02/06/2016 Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud

7.3 Litteraturliste

- Carina Risvig Hamer, **Udbudsret**, 2. udgave, Djøf forlag (Ved henvisninger til denne kilde anvendes forkortelsen: Hamer)
- Sue Arrowsmith, **Law of Public and Utilities Procurement Volume 1**, third edition, Sweet & Maxwell (Ved henvisninger til denne kilde anvendes forkortelsen: Arrowsmith)
- Michael Steinicke, **EU's udbudsdirektiver med kommentarer**, 2. udgave, Jurist og Økonomiforbundets forlag (Ved henvisninger til denne kilde anvendes forkortelsen: Steinicke)

- Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm og Cecilie Fanø Petersen, **EU's udbudsregler – i dansk kontekst**, 3. udgave, Djøf forlag (Ved henvisninger til denne kilde anvendes forkortelsen: Ølykke m.fl.)
- Peter Blume, **Retssystemet og juridisk metode**, 3. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag (ved henvisning til denne kilde anvendes forkortelsen: Blume)
- Steen Treumer, **Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler**, 1. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag (ved henvisning til denne kilde anvendes forkortelsen: Treumer)
- Bugge Thorbjørn Daniel, Thomas Elholm, Peter Starup og Michael Steiniche, **Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten**, 2. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag (ved henvisning til denne kilde anvendes forkortelsen Daniel m.fl.)
- Jens Peter Christiansen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, **Dansk Statsret**, 2. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag (Ved henvisninger til denne kilde anvendes forkortelsen: Christensen m.fl.)
- Bernhard Gomard, Han Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard, **Almindelig kontraktsret**, 5. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag (ved henvisning til denne kilde anvendes forkortelsen Gomard m.fl.)
- Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bædker Madsen og Søren Højgaard Mørup, **Forvaltningsret – Almindelige emner**, 6. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag (ved henvisning til denne kilde anvendes forkortelsen Revsbech m.fl.)
- Erklæring ad artikel 7, stk. 4, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge og anlægskontrakter, EF-Tidende nr. L 111/114, 30. april 1994, side 118
- Lovforslag nr. L 19, fremsat den 7. oktober 2015, Bemærkninger til Udbudsloven

- Udbudsloven Vejledning om udbudsreglerne, Januar 2016, Vejledningen er udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Version 1.0, januar 2016