

#### **14. september 2001. Judex A/S mod Århus Amt**

*Tilbud, der ikke opfyldte Arbejdstilsynets krav, var ukonditionsmæssigt. Udbyder kunne iværksætte et udbud efter forhandling, men overtrådte direktivet og generelle principper ved gennemførelsen. Under udbud efter forhandling må tilbudsgiverne ikke spilles prismæssigt ud mod hinanden*

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet levering og servicering af udstyr til iltbehandling af iltkrævende patienter i disses eget hjem.

Et sådant udstyr består traditionelt dels af en såkaldt koncentrator, der udvinder ilt fra luften til patienternes indånding gennem en slange, dels af iltflasker, som leveres regelmæssigt til patienterne i fyldt stand, og som patienterne kan bære på sig og indånde ilt fra, medens de færdes i og uden for hjemmet. Et udstyr af den beskrevne karakter er i sagen omtalt som en traditionel løsning.

Det fremgik imidlertid af udbudsbekendtgørelsen, at der kun ønskedes tilbud på en såkaldt kombinationsløsning. Et kombinationsløsning er en teknisk nydannelse. Den består af et apparat, der tjener både som koncentrator og som påfyldningsapparat for nogle særlige bærbare iltflasker.

Der indkom tilbud fra en enkelt virksomhed, Judex A/S (Judex). I overensstemmelse med udbudet angik tilbudet en kombinationsløsning. Det tilbudte udstyr krævede Arbejdstilsynets godkendelse. Denne godkendelse forelå imidlertid ikke ved tilbudets afgivelse, men blev først meddelt flere måneder senere. Endvidere opfyldte det tilbudte udstyr på et mindre væsentligt punkt ikke specifikationerne i udbudet.

Udbyderen iværksatte herefter et udbud efter forhandling efter Indkøbsdirektivets artikel 6. Udbyderen indkaldte Judex og nogle andre virksomheder til forhandling og besluttede efter forhandlingerne at indgå kontrakt med en af de andre virksomheder, i første række omfattende en traditionel løsning.

Judex klagede derefter til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Udbyderen gjorde under sagen gældende, at man havde været berettiget til at iværksætte et udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a (om udbud efter forhandling, hvis der ikke er indkommet egnede bud).

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klagenævnet henviste til, at den nødvendige godkendelse fra Arbejdstilsynet af det af Judex tilbudte udstyr ikke forelå ved tilbudets afgivelse, men først blev meddelt flere måneder senere. Som følge heraf, og da der ikke i udbudet var klare holdepunkter for noget andet, var Judex' tilbud ukonditionsmæssigt eller uantageligt, jfr. herved Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2 (om udbud efter forhandling, hvis der kun er indkommet ikke forskriftsmæssige eller uantagelige bud). Udbyderen var derfor forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning.

2) Udbyderen havde herefter været berettiget til at iværksætte et udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, og muligvis også som hævdet efter artikel 6, stk. 3, a. Udbyderen havde imidlertid ikke overholdt forskrifterne i disse bestemmelser, idet udbudsbetingelserne

var blevet ændret fra kun at omfatte en kombinationsløsning til også at kunne omfatte en traditionel løsning. Dette var en væsentlig ændring i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser, hvilket ikke må finde sted efter nogen af bestemmelserne. Endvidere havde udbyderen ikke overholdt forskriften i artikel 6, stk. 3, a om, at der skal forelægges Kommissionen en rapport.

3) Udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 6 ved at have iværksat et udbud efter forhandling uden forinden at have givet Judex en klar og udtrykkelig meddelelse om, at det oprindelige offentlige udbud var annulleret, idet artikel 6, stk. 2, og stk. 3, a må forstås sådan, at procedurene i henhold til dem først kan iværksættes, når der er givet de oprindelige tilbudsgivere en sådan meddelelse. Udbyderen havde desuden herved overtrådt direktivets artikel 7, stk. 2 (hvorefter en meddelelse om, at der ikke vil blive tildelt en ordre, skal gives hurtigst muligt).

4) Udbyderen havde tilsidesat det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved under udbudet efter forhandling at have givet de andre virksomheder, men ikke Judex, mulighed for at byde på en traditionel løsning i stedet for en kombinationsløsning.

5) Udbyderen havde overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip som følge af, at det havde været uoverskueligt for Judex, hvad udbyderen foretog sig med hensyn til udbudet, efter at udbyderen havde besluttet at iværksætte et udbud efter forhandling.

6) Udbyderen havde overtrådt de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved under udbudet efter forhandling at presse flere af tilbudsgiverne til at nedsætte tilbudsprisen med henvisning til, at den var højere end en af de andre tilbudsgiveres tilbudspris. Klagenævnet udtalte herved, at udbudsformen udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, og stk. 3, har karakter af en snæver undtagelse, der har til formål at løse de problemer, der følger af, at ingen tilbudsgiver har tilbudt den ydelse, som udbyderen har udbudt, og at bestemmelserne efter deres indhold sigter på at give mulighed for en vis begrænset tilpasning af den udbudte ydelse, men at de ikke kan antages at give udbyderen adgang til at spille tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden. Klagenævnet udtalte videre, at også ved anvendelsen af de omtalte bestemmelser skal de grundlæggende principper bag EU's udbudsdirektiver overholdes, og selvom bestemmelserne muligvis i et vist omfang giver udbyderen adgang til at foretage prisforhandlinger, skal sådanne prisforhandlinger foregå under overholdelse af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sagerne B-2567-01 og B-1979-02.