



UDBUDSRETligt NYHEDSBREV

I nyhedsbrevet kan I læse et bredt udvalg af kendelser fra Klagenævnet for Udbud fra 1. halvår af 2018, som skønnes at have mere generel interesse. Vi oplyser endvidere til sidst i nyhedsbrevet om de nye krav til gennemførelse af udbud digitalt, som trådte i kraft d. 1. juli 2018.

To kommuners aftale om madservice til borgere med funktionsnedsættelse var ikke udbudspligtig, jf. udbudslovens § 15.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2018, *Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune*

Kendelsen vedrører spørgsmål om, hvorvidt der var udbudspligt vedrørende en samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og Norddjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere med funktionsnedsættelse til opfyldelse af kommunernes forpligtelser i henhold til serviceloven.

Ifølge aftalen skulle Randers Kommune blandt andet producere den mad, som skulle leveres til modtagerne af madservice i de to kommuner. Norddjurs Kommunes bidrag var ifølge aftalen – ud over betaling af udgiften til madproduktionen til egne borgere – at deltage i koordinering, udvikling af madtilbuddet, fastsættelse af kvalitetskrav, udarbejdelse af fælles information til borgere og medarbejdere, erfaringsopsamling, økonomiske drøftelser og fastlæggelse af arbejds gange, via en etableret styregruppe.

Der var endvidere ifølge aftalen en forpligtelse for de to kommuner til gensidigt at stille kølebiler til rådighed for hinanden i forbindelse med service og reparation mv. af den anden parts biler.

Det Danske Madhus A/S ("Det Danske Madhus") klagede over, at Norddjurs Kommune havde indgået aftalen uden udbud og nedlagde derfor blandt andet påstand om, at samarbejdsaftalen skulle erklæres for uden virkning.

Det var Norddjurs Kommunes synspunkt, at aftalen var omfattet af udbudslovens § 15, der indeholder en undtagelse fra udbudspligt for offentlige kontrakter, der indgås mellem ordregivere på betingelse af, at der er tale om et samarbejde om levering af ydelser, som de offentlige myndigheder skal levere til realisering af fælles målsætninger, og samarbejdet udelukkende er underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål til almen interesse, og ordregiverne på det åbne marked tilsammen udfører mindre end 20% af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet. Denne bestemmelse er i vidt omfang udtryk for en kodificering af domme fra EU-Domstolen om omfanget af udbudspligt i forhold til såkaldt public service samarbejder mellem offentlige myndigheder.

Klagenævnet for Udbud fandt, at der var tale om levering af en ydelse af almen interesse omfattet af udbudslovens § 15, nr. 2 og 3, samt at der var tale om levering af offentlige tjenester, som var pligtmæssige for begge kommuner.

I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt kravet i udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 1 om, at der skal være tale om et reelt samarbejde var opfyldt, henviser Klagenævnet for Udbud til betragtning 33 til udbudsdirektivet samt til sagen C-480/06, Europa Kommissionen mod Tyskland, hvorefter det ikke er et krav, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der påhviler begge parter, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.

Klagenævnet for Udbud fandt, at selvom Randers Kommune udelukkende udførte madproduktionen, og alle medarbejdere, der udførte madproduktionen, var ansat i Randers Kommune, og produktionen udelukkende fysisk fandt sted i Randers Kommune, og Randers Kommune modtog et vederlag herfor fra Norddjurs Kommune, og Randers Kommune havde hele det driftsmæssige ansvar for produktionen, så udgjorde den omstændighed, at Norddjurs Kommune deltog i samarbejdet via den nedsatte styregruppe i form af koordinering og udvikling af madtilbud, fastsættelse af kvalitetskrav, udarbejdelse af fælles information til borgerne sammenholdt med at begge parter gensidigt stillede købiler til rådighed for hinanden tilstrækkeligt grundlag for, at der var tale om et fælles public service samarbejde omfattet af undtagelsen til udbudspligt i udbudslovens § 15. Klagenævnet fremhævede også, at der ikke var tale om ydelser, der blev leveret på et åbent marked, og at der ikke var private aktører, som drog fordel af eller deltog i samarbejdet.

Link til delkendelsen om opsættende virkning [her](#) samt link til den endelige afgørelse [her](#).

Adgang til at forhandle om grundlæggende element gav ikke adgang til at bortforhandle det grundlæggende element, som ikke kunne frafalde uden pligt til gennemførelse af fornyet udbud.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia

Kendelsen vedrører Trafikselskabet Movias (Movia) udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU) af en rammeaftale om levering af infrastruktur til opladning af el-drevne busser.

Movia prækvalificerede tre virksomheder, der blev opfordret til at afgive bud. Ved udløb af fristen for afgivelse af første forhandlingstilbud modtog Movia tilbud fra alle tre prækvalificerede ansøgere. Movia afholdte fire forhandlingsrunder, hvor tilbudsgiverne efter hver forhandlingsrunde indleverede et opdateret tilbud.

Udbudsmaterialet indeholdt nogle angivelser om, at Movia kunne vælge at betale for opstillede ladestander over 12 år (Finansieringsvilkåret). Ingen af de prækvalificerede tilbudsgivere var i stand til at løfte Finansieringsvilkåret, og dette blev således i forbindelse med gennemførelse af forhandlingerne frafaldet og udgik dermed, således at Movia i stedet skulle betale for opstillede ladestander i forbindelse med opstillingen.

Kontrakten blev herefter tildelt konsortiet, E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV (E.On/Heliox). Efter tildelingen indgav ABB A/S (ABB), der var underleverandør til en fravalgt tilbudsgiver, klage til Klagenævnet for Udbud og gjorde blandt andet gældende, at Movia ved at frafalde Finansieringsvilkåret havde foretaget en ændring af et grundlæggende element, og at der på den baggrund burde være afholdt et nyt udbud på de ændrede vilkår, og at såfremt det ændrede finansieringskrav havde været gældende fra starten, ville andre virksomheder end de prækvalificerede med stor sandsynlighed have været interesseret i at deltage, og feltet af tilbudsgivere kunne med stor sandsynlighed have set anderledes ud, herunder kunne klager have budt selv.

Movia forsvarede sig med, at der ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element, men om en ændring af et væsentligt forhold, og derfor blev tilbudsfristen også udskudt. Movia havde stedse under spørgsmål/svar og forhandlingerne tilkendegivet, at finansieringsvilkårene kunne forhandles, og at det ikke kunne være i strid med ligebehandlings-og gennemsigtighedsprincippet at føre forhandling om elementer i et udbud, hvor det på forhånd er oplyst, at der kan blive forhandlet.

Klagenævnet udtalte bl.a.:

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der efter en konkret vurdering kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Grundlæggende elementer skal som det klare udgangspunkt ligge fast gennem hele udbudsproceduren, og en ordregiver kan derfor ikke uden videre ændre grundlæggende elementer efter, at udbudsmaterialet er offentliggjort.

Finansieringsvilkåret var efter sit indhold et økonomisk meget byrdefuldt vilkår for tilbudsgiverne [...] Ved at frafalde kravet ændrede Trafikselskabet Movia rammerne for kontraktens økonomiske og finansielle gennemførelse, hvorved den økonomiske balance ændredes til tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for.

Klagenævnet udtalte endvidere, at det påhvilede Movia at bevise, at ændringen af Finansieringsvilkåret ikke var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, herunder ABB's mulighed for at blive prækvalificeret, og at ændringen ikke havde fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Efter de foreliggende oplysninger fandt Klagenævnet for Udbud, at denne bevisbyrde ikke var løftet og lagde derfor til grund, at ændringen var egnet til at påvirke potentielle virksomheders deltagelse i udbuddet og havde virket konkurrencebegrænsende, og at Movia derfor havde været afskåret fra at gennemføre den foretagne ændring af udbudsmaterialet uden afholdelse af et fornyet udbud på de ændrede vilkår.

Herefter og efter karakteren af overtrædelsen, annullerede Klagenævnet for Udbud, Movias tildelingsbeslutning. Det bemærkes, at udbudslovens § 185, stk.2, hvorefter ordregiveren skal bringe en kontrakt til ophør, når en tildelingsbeslutning annulleres ved endelig afgørelse eller dom, ikke gælder for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Link til Kendelsen [her](#).

Evalueringsmetode under sortimentsudbud stred mod udbudslovens § 160, idet evalueringsmetoden ikke fandtes at tage hensyn til det forventede indkøbsvolumen for de efterspurgte varer

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. februar 2018, *Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

Kendelsen vedrører et meget stort sortimentsudbud efter udbudsloven af en 4-årig rammeaftale om levering af fødevarer til offentlige køkkener. Varesortimentet omfattede ca. 4.500 varelinjer og havde en anslået værdi på ca. DKK 1,6 milliarder.

Udbuddet blev gennemført som et udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, efter rammeaftalen indledningsvist havde været udbudt som offentligt udbud, hvor alle indkomne tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssige. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne *Pris* og *Kvalitet (sensorisk test)*.

Der var tale om et sortimentsudbud, hvori indgik et obligatorisk konventionelt sortiment samt et obligatorisk økologisk sortiment. Evalueringen ville blandt andet blive foretaget på baggrund af en række vareprøver, som tilbudsgiverne skulle aflevere til SKI.

SKI tildelte rammeaftalen til Hørkram Foodservice A/S (Hørkram), hvorefter Dansk Cater A/S (DC) indgav klage til Klagenævnet for Udbud. DC klagede blandt andet over, at SKI i forhold til underkriteriet "Pris" at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 3).

I relation til påstand 3 var faktum, at den valgte evalueringsmodel ikke angav det forventede forbrug pr. varelinje. I stedet blev der foretaget en vægtning, hvorefter der blandt andet for hver underproduktgruppe

blev foretaget en indirekte, kollektiv vægtning, hvilket betød, at jo flere varelinjer, der indgik i en underproduktgruppe, desto mindre ville prisen på en vare i underproduktgruppen komme til at vægte i den samlede evaluering. Klagenævnet for Udbud udtalte blandt andet følgende:

Efter klagenævnets praksis er det i forhold til underkriteriet "Pris" i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der nu er implementeret ved udbudslovens § 2, ved et sortimentsudbud som det omhandlede at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ i forhold til forventede indkøb, hvilket typisk kan ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje [...]

Som det fremgår, indgik der ikke i udbuddet oplysninger om det forventede forbrug pr. varelinje. Der skete imidlertid en vægtning af prisen på den enkelte varelinje i den samlede evaluering, og den enkelte varelinjes vægt var således dels afhængig af vægten (1-5) af den produktundergruppe, som varen tilhørte, dels af, hvor mange andre varer der også indgik i samme undergruppe.

[...]

En sådan model er derfor – uanset den som også anført ved behandlingen af påstand 4 fremgik udtrykkeligt af udbudsbetingelserne – i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2.

SKI har efterfølgende opsagt den indgåede aftale med Hørkram og har genudbudt aftalen.

Til trods herfor har SKI dog indbragt dele af kendelsen for domstolene, da SKI finder det principielt – og dermed ønsker domstolenes stillingtagen til dette spørgsmål - at Klagenævnet for Udbud tilsidesætter en evalueringsmodel, der er tydeligt beskrevet i udbudsbetingelserne og ens for alle.

SKI finder således, at dette strider mod udbudslovens § 160, stk. 2, hvorefter en evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsmaterialet, ikke kan tilsidesættes af klage- og retsinstanter, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Link til kendelsen [her](#).

Udbud af en rammeaftale om indkøb af standard netværkskomponenter med en løbetid på over 4 år var i strid med udbudslovens § 95, stk. 2.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. februar 2018, *Axcess A/S mod Region Hovedstaden*

Ved et offentligt udbud efter udbudsloven udbød Region Hovedstaden en rammeaftale vedr. netværkskomponenter til en anslået værdi af DKK 140.000.000. Rammeaftalens varighed var angivet til 48 måneder

med mulighed for forlængelse en eller flere gange med op til i alt 36 måneder, dvs. en løbetid på potentielt 7 år.

I udbudsbekendtgørelsen under overskriften "Beskrivelse af udbuddet" fremgik:

Udbuddet omfatter netværkskomponenter til Region Hovedstaden og skal forstås som et hardware udbud. Der skal i udbuddet ikke leveres en samlet løsning til kunden. Kunden sammensætter selv løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen.

Rammeaftalen blev tildelt Datacon A/S. Herefter indgav en anden tilbudsgiver, Axxess A/S (Axxess) klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at det var i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, at udbyde rammeaftalen med en varighed på over 4 år, idet det var Axxess' synspunkt, at der ikke forelå sådanne ekstraordinære tilfælde, der kunne berettige den længere løbetid, herunder særligt henset til indkøbets karakter af et standardindkøb af netværkskomponenter.

Klagenævnet indleder sine præmisser med at henvise til forarbejderne til udbudslovens § 95, stk. 2 hvorefter Klagenævnet fastslår, at det er ordregivers bevisbyrde, at der foreligger de fornødne ekstraordinære tilfælde, der skal kunne berettige en løbetid af en rammeaftale på over 4 år.

Klagenævnet udtaler herefter, at Region Hovedstaden ikke havde løftet denne bevisbyrde, og at rammeaftalen således ikke kunne indgås for en længere periode end 4 år. Klagenævnet ligger i den forbindelse navnligt vægt på, at

[...] rammeaftalen omfatter indkøb af standard netværkskomponenter, hvor regionen selv sammensætter sine løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen. Rammeaftalen afløser en tidligere kontrakt af væsentlig kortere varighed, og udformningen af udbuddet, herunder opdelingen i 4 dele, synes at forudsætte, at det er muligt at gennemføre udbud med henblik på at få andre leverandører, og at det i den forbindelse kan sikres, at det indkøbte er kompatibelt med det eksisterende netværksudstyr.

Klagenævnet tog herefter Axxess' påstande til følge og annullerede udbuddet.

Det bemærkes, at ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde en længere løbetid end 4 år, ifølge forarbejderne til udbudslovens § 95, stk. 2, f.eks. omfatter situationer, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne har brug for at indkøbe udstyr, hvis afskrivningsperiode er længere end 4 år, og hvor det konkrete behov for udstyret kan opstå til enhver tid under rammeaftalens samlede løbetid samt tekniske forhold og situationer, hvor leverandørernes indtjeningsperiode vil blive afkortet som følge af den tid, der skal bruges på udvikling af den udbudte opgave, eller at der af ordregiveren og/eller leverandøren vil skulle foretages betydelige investeringer, hvor afskrivningsperioden går ud over de 4 år. Endvidere vil sikkerhedsmæssige og lignende overvejelser kunne indgå i vurderingen, f.eks. hvor der er tale om kritisk national infrastruktur.

Klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen betød, at Region Hovedstaden i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, havde pligt til at bringe kontrakten til ophør medmindre Region Hovedstaden kunne dokumentere, at der forelå særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse.

Link til kendelsen [her](#).

Kendelse til illustration af ordregivers skøn ved formuleringen af udbudsmaterialet og ved evalueringen af de indkomne tilbud efter et udbud omfattet af light-regimet.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. april 2018, *Medicotrust A/S mod Region Sjælland*

Klagen vedrører Region Sjællands udbud i henhold til udbudslovens afsnit III (light-regimet) af en 4-årig rammeaftale om levering af speciallægevikarydelser. Udbuddet var opdelt i 4 delaftaler.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af et underkriterium, *Økonomi* (70 %) og et underkriterium, *Kvalitet i opgaveudførelsen* (30 %). Til det kvalitative underkriterium var knyttet nogle delkriterier (*Rekrutteringsproces, Leveringsikkerhed og Reklamationer*), der vægtede lige.

Efter Region Sjælland havde tildelt kontrakter til Falck Lægehuse A/S, Transmedica A/S, KonZenta ApS, Personalhuset Staffing Group og PowerDoc A/S, indgav Medicotrust A/S, der var en fravalgt tilbudsgiver, klage til Klagenævnet for Udbud over Region Sjælland.

Medicotrust påstod, at Region Sjælland havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet idet udbudsmaterialet var uigennemsigtigt og ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 1).

Medicotrust anførte til støtte for påstand 1, at Region Sjællands krav og ønsker til de udbudte vikarydelser ikke fremgik klart af udbudsmaterialet. Endvidere anførtes, at udbudsmaterialet alene indeholdt en overordnet og generel beskrivelse af kravene til underkriteriet "kvalitet i opgaveudførelsen", og at delkriterierne, som regionen krævede en beskrivelse af, alene var udtryk for eksempler. Det var synspunktet, at det således var overladt til tilbudsgiverne at vælge, hvilke oplysninger delkriterierne skulle indeholde, og at det ligeledes var overladt til Region Sjælland at vælge, hvilke forhold der vægtede positivt for delkriterierne. Medicotrust anførte, at Region Sjælland var forpligtet til på tidspunktet for udbudsmaterialets offentliggørelse at have fastlagt rammerne for indkøbet, herunder kravene til tilbuddenes indhold.

Her til udtalte Klagenævnet indledningsvist:

Udbuddet er foretaget efter reglerne i udbudslovens afsnit III, og regionen har herefter alene været forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling, og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. lovens §§ 186 og 188.

Klagenævnet udtalte videre:

Det følger af kravet om gennemsigtighed, at processen omkring udbuddet skal være så klart beskrevet for de deltagende aktører, at det blandt andet kan sikres, at ligebehandlingsprincippet er overholdt. [...] Det er imidlertid ikke et krav for udbud efter "light-regimet", at den påtænkte evalueringsmetode beskrives i udbudsmaterialet, da udbudslovens § 160 ikke finder anvendelse.

[...]

Under hensyntagen til, at udbuddet er gennemført efter reglerne i udbudslovens afsnit III, er der ikke - uanset at delkriterierne var beskrevet ganske kort, og at tilbudsgiverne frit kunne beskrive, hvorledes delkriterierne af den enkelte tilbudsgiver var opfyldt - grundlag for at anse kriterierne for uklare eller i øvrigt ugenomsigtige på en måde som i et light-udbud som dette kan anses for stridende mod udbudslovens § 2.

Påstand 1 blev herefter ikke taget til følge, og klagen blev ej heller taget til følge.

Link til kendelsen [her](#).

Det var i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og udbudslovens § 42, at anvendelse af et bestemt fabrikat indgik som konkurrenceparameter

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*

Kendelsen er en delkendelse om opsættende virkning, der er blevet til klagenævnets endelige afgørelse, idet klageren efterfølgende har tilbagekaldt klagen.

Klagen vedrører et begrænset udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt om it-tjenesteydelser opdelt i to delaftaler. Der er tale om en stor og væsentlig kontrakt, som havde stor betydning for tilbudsgiverne. Udbuddet blev foretaget af en række ordregivende enheder i fællesskab, her efter benævnt, *ØS Indsigt*.

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret på grundlag af tildelingskriteriet *Bedste forhold mellem pris og kvalitet*. Der var fastsat to underkriterier, *Pris* (30 %) og *Kvalitet* (70 %), sidstnævnte med en række delkriterier af forskellig vægtning.

Som et konkurrenceparameter fremgik blandt andet:

Systemet skal understøtte driftsafvikling på MySQL.

MySQL er en frit tilgængeligt open source-software, og det fremgik endvidere af ØS Indsigts tildelingsbeslutning, at det var tillagt vægt, hvorledes MySQL kunne anvendes i den tilbudte løsning.

ØS Indsigt besluttede at tildele kontrakten vedrørende delaftale 1 til EG A/S (EG) og delaftale 2 til Miracle A/S.

EG indgav her efter klage med påstand om, at ØS Indsigt havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og udbudslovens § 42, ved at have foreskrevet anvendelse af et bestemt fabrikat i form af et krav om, at det tilbudte system skulle understøtte driftsafvikling på MYSQL, samt at Klagenævnet for Udbud skulle annullere tildelingsbeslutningen.

EG gjorde bl.a. gældende, at selvom MySQL var et frit tilgængeligt open source-software, og ordregiver ikke havde stillet som et mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle tilbyde MySQL, så var MySQL et fabrikat i overensstemmelse med ordlyden i udbudslovens § 42, stk. 1, og at ikke alle leverandører havde samme – hvis nogen – erfaring i anvendelse af MySQL. Kendskab til det krævede specifikke programfabrikat har en væsentlig betydning, når der er tale om en videreudvikling af en ny løsning. Klageren gjorde videre gældende, at ordregiveren ikke havde dokumenteret, at ordregiverens krav og formål med systemet ikke ville kunne opnås ved anvendelse af andre systemer end MySQL, og at kravet herom begrænsede konkurrencen i forbindelse med udbuddet.

Klagenævnet for Udbud gav klageren medhold heri og udtalte bl.a. følgende:

Klagenævnet finder efter en samlet vurdering, at MySQL er et fabrikat omfattet af udbudslovens § 42, selv om henvisningen til MySQL angår open source versionen.

Det er i denne forbindelse ikke afgørende, at MySQL ikke indgik i beskrivelsen af et mindstekrav, men var anført under et konkurrenceparameter. Et manglende kendskab til det specifikke krævede system kunne påvirke den samlede tilbudsevaluering i forhold til underkriteriet "kvalitet" og dermed tildelingsbeslutningen.

[...]

Det er herefter klagenævnets foreløbige vurdering, at ØS Indsigt ikke har løftet bevisbyrden for, at det var nødvendigt og i overensstemmelse med udbudslovens § 42 at foreskrive et bestemt system frem for at anvende en åben beskrivelse.

Klagenævnet fandt således, at ØS Indsigt på det foreliggende foreløbige grundlag havde handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, og at der var udsigt til, at påstanden ville blive taget til følge med den virkning, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Link til kendelsen [her](#).

Ingen sanktion ved manglende overholdelse af ordregivers pligt til at begrunde sin beslutning om ikke at opdele en kontrakt i delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 2

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. maj 2018, *Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune*

Klagen vedrører Høje-Taastrup Kommunes (Kommunen) offentlige udbud efter udbudsloven af en rammeaftale om levering af fødevarer. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.6) *Oplysninger om delkontrakter*, at kontrakten ikke var opdelt i delkontrakter, uden dette i øvrigt var begrundet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

Under i udbudsfasen var der stillet spørgsmål om baggrunden for, at Kommunen ikke udbød særskilte delkontrakter.

Hertil svarede Kommunen:

Kommunen ønsker én leverandør af fødevarer af hensyn til nem bestilling og logistik. Brug af delaftaler med flere leverandører vil medføre større miljøbelastning til transport.

Inden Kommunen traf beslutning om tildeling, blev der indgivet en klage.

Klagen blev indgivet af Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S (Klager) med påstand om, at Kommunen havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke på et sagligt grundlag, jf. udbudslovens § 49, stk. 2, at oplyse om baggrunden for ikke at udbyde særskilte delkontrakter, samt med påstand om, at udbudsforretningen skulle annulleres.

Klager gjorde blandt andet gældende, at Kommunen i strid med udbudslovens § 49, stk. 2, ikke i udbudsmaterialet havde anført en begrundelse for ikke at anvende delkontrakter, samt at det havde formodningen imod sig, at beslutningen om at benytte én leverandør var truffet på et sagligt grundlag.

Om pligten til at opdele en kontrakt i delkontrakter udtaler Klagenævnet, at Klagenævnet ikke prøver en ordregivers vide skøn over hensigtsmæssigheden i en opdeling eller undladelse af at opdele en kontrakt.

Klagenævnet udtalte endvidere:

I tilfælde, hvor ordregiveren har undladt at begrunde opdelingen i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, som, jf. udbudslovens § 57, stk. 6, jf. § 132, stk. 1, som gennemfører udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, 1. og 2. pkt., skal offentliggøres i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen, og der herefter under udbuddet stilles spørgsmål om opdeling, kan ordregiveren begrunde den manglende opdeling som en supplerende oplysning, jf. udbudslovens § 134, som gennemfører udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. pkt.

[...]

Hverken udbudsloven eller udbudsdirektivet indeholder bestemmelser, som sanktionerer manglende overholdelse af begrundelsespligten. Der er herefter og efter karakteren og betydningen af sådanne overtrædelser ikke grundlag for at antage, at en overtrædelse af begrundelsespligten under normale omstændigheder kan eller skal medføre annullation af udbuddet eller ordregiverens tildelingsbeslutning.

Da Klagenævnet fandt, at der hverken forelå en overtrædelse af begrundelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 2, eller en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, blev klagen ikke taget til følge.

Kommentar

Det følger af udbudslovens § 49, stk. 1, at en ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt, og i stk. 2 er der indført en "opdel eller forklar"-regel, idet ordregiver endvidere har pligt til i udbudsmaterialet at oplyse om baggrunden for *ikke* at udbyde særskilte delkontrakter, hvis dette er tilfældet.

Bestemmelsen er indføjet for at fremme små og mellemstore virksomheders interesser. Ifølge forarbejderne til udbudsloven betyder opdeling af et udbud i delkontrakter angiveligt, at det bliver nemmere for små og mellemstore virksomheder at afgive tilbud.

Kendelsen taler dog sit tydelige sprog. Ordregiver har et vidt skøn, når det kommer til at beslutte om en kontrakt skal udbydes i særskilte delkontrakter eller i stedet i en samlet kontrakt. Manglende begrundelse af denne beslutning i udbudsmaterialet vil endvidere ikke alene medføre annullation af udbuddet eller ordregiverens tildelingsbeslutning.

Dermed må man konstatere, at de interesser, som § 49 sigter at varetage, ingen reel beskyttelse nyder.

Link til kendelsen [her](#).

Reglerne med krav til digital kommunikationsudveksling i forbindelse med en udbudsprocedure trådte i kraft d. 1. juli 2018

Den 1. juli 2018 trådte reglerne om digital kommunikationsudveksling i bekendtgørelse nr. 1572 om blandt andet anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud i kraft.

Herefter er det således et krav, at al kommunikationsudveksling i forbindelse med en udbudsprocedure omfattet af afsnit II eller III i udbudsloven eller efter forsyningsvirksomhedsdirektivet som udgangspunkt skal ske ved anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler.

Det er et krav, at disse elektroniske kommunikationsmidler skal være almindeligt tilgængelige, være funktionelt kompatible med almindeligt anvendte elektroniske kommunikationsmidler, være ikkediskriminerende, og ikke må begrænse de økonomiske aktørers adgang til udbudsproceduren. Endvidere skal de være gratis for ansøgere og tilbudsgivere at få adgang til.

Foruden disse overordnede krav til de elektroniske kommunikationsmidler er der tillige fastsat regler til beskyttelse af deltagernes oplysninger samt til sikring af, at reglerne om åbning af tilbud og ansøgninger overholdes, og at dette kan efterprøves.

Der er blandt andet krav om, at de elektroniske kommunikationsmidler skal sikre, at dataintegriteten og fortroligheden af ansøgninger og tilbud beskyttes, samt at kun bemyndigede personer kan fastsætte eller ændre datoerne for åbning af ansøgninger og tilbud.

Efter reglernes ikrafttræden er det således ikke længere lovligt at kommunikere via e-mail i en udbudsproces, da e-mailsystemer ikke overholder de specifikke krav til digital kommunikationsudveksling fastsat i bekendtgørelsen. Ordregiver må i stedet anvende et digitalt system/program, der lever op til kravene.

Har du behov for rådgivning om de nye regler, er du altid velkommen til at kontakte Nielsen Nørager og få hjælp til at overholde kravene. Vi yder rådgivning i alle faser af udbudsprocessen, og kan via vores samarbejdspartner tilbyde adgang til et system til gennemførelse af jeres udbud, der lever op til de nye krav til digital kommunikationsudveksling.

Hvis du vil læse mere om de nye krav, findes bekendtgørelsen [her](#).

---oooOOooo---

Vi står naturligvis meget gerne til rådighed, såfremt I har spørgsmål til ovenstående eller andre spørgsmål vedrørende udbudsretlige problemstillinger.



LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK

Nielsen Nøragers konkurrence- og udbudsretsgruppe ledes af advokat Henrik Peytz og advokat Lotte Hummelshøj, der begge har stor erfaring med rådgivning om udbudsretlige spørgsmål og førelse af sager om udbudsret for Klagenævnet for Udbud og domstolene. Herudover består gruppen af advokat Thomas Mygind og advokat Sebastian Asbjørn Pedersen.

NIELSEN NØRAGER

Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på www.nnlaw.dk

DETTE NYHEDSBREV KAN IKKE ERSTATTE JURIDISK RÅDGIVNING. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB OG DE OVENNÆVNTE JURISTER PÅTAGER SIG INTET ANSVAR FOR TAB SOM DIREKTE ELLER INDIREKTE FØLGE AF BRUG AF NYHEDSBREVET, HERUNDER FOR TAB SOM FØLGE AF UTILSTRÆKKELIGE ELLER FEJLAGTIGE INFORMATIONER, VURDERINGER ELLER ANDRE FORHOLD I FORBINDELSE MED NYHEDSBREVET. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB YDER RÅDGIVNING I FORBINDELSE MED KONKRETE SPØRGSMÅL I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.