



NR. 4, ÅRGANG 6, AUGUST 2017

UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Nedenfor gennemgår vi fire kendelser afsagt af Klagenævnet for Udbud siden sidste nyhedsbrev. Vi omtaler blandt andet en kendelse, der har givet Klagenævnet anledning til at afgive nogle principielle udtalelser vedr. fortolkning af delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, og hvor Klagenævnet blandt andet konkret tilsidesætter angivelser i forarbejderne om, hvilke betingelser der skal være opfyldt, førend der er adgang til at anvende delydelsesreglen. Vi omtaler tillige Klagenævnets seneste og principielle kendelse om rækkevidden af detaljeringsgraden i kravene i udbudsloven til beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelser, hvor Klagenævnet for Udbud også fortolker udtalelser i forarbejderne til udbudsloven meget indskrænkende.

Det er ikke en betingelse for anvendelse af delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, at det fra projektets begyndelse er planlagt, hvordan delydelsesreglen skal anvendes og dermed, at den skal anvendes, på trods af forarbejderne til udbudslovens angivelse herom

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 2017, *LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland*

Klagen vedrørte en kontrakt om en gulvbelægningsentreprise indgået efter, at Region Midtjylland havde foretaget en tilbudsindhentning med henvisning til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2.

Kontrakten var oprindeligt en del af et større udbud vedr. et bygge- og anlægsarbejde opdelt i 6 stor- og

fagentrepriser og udbudt efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF). Efter at Region Midtjylland havde tildelt LH-Gulve A/S (LH) kontrakten om gulvbelægningsentreprisen, valgte Region Midtjylland dog at annullere udbuddet som følge af, at der var opstået tvivl om omfanget af entreprisen.

Region Midtjylland opfordrede herefter tre tilbudsgivere til at afgive nyt tilbud med henvisning til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2. De udbudsbetingelser, som blev fremsendt i forbindelse med den nye tilbudsindhentning, var identiske med betingelserne fra det oprindelige udbud. LH blev ikke opfordret til at afgive tilbud. LH indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.

I klagen nedlagde LH blandt andet påstand om, at Region Midtjylland havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at annullere den oprindelige gulvbelægningsentreprise.

LH gjorde endvidere gældende, at Region Midtjylland havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet samt delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2.

Ifølge udbudslovens § 8, stk. 2, er betingelserne for anvendelse af delydelsesreglen, at den anslåede værdi eksklusiv moms af den pågældende delkontrakt, der ønskes tildelt uden anvendelse af udbudslovens afsnit II eller III, er under DKK 595.832 eksklusiv moms for varer eller tjenesteydelser eller under DKK 7.447.900 eksklusiv moms for bygge- og anlægsarbejder, samt at den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af afsnit II eller III, ikke må overstige 20 pct. af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte arbejde, det påtænkte køb af ensartede varer eller den påtænkte levering af tjenesteydelser er opdelt i.

Følgende fremgår af forarbejderne til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2:

"Idet bestemmelsen er relevant på tidspunktet, hvor ordregiveren påtænker at foretage et indkøb, kan delydelsesreglen alene benyttes i det omfang, at det fra projektets begyndelse er planlagt, hvorledes delydelsesreglen skal bruges."

Til støtte for sin påstand henviste LH blandt andet til denne udtalelse i forarbejderne samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsloven, der også angav, at delydelsesreglen kun kan benyttes i det omfang, det fra projektets begyndelse er planlagt, hvordan delydelsesreglen skal anvendes og dermed, at den kan anvendes. Denne planlægning af anvendelsen af udbudslovens § 8, stk. 2 var ikke foretaget af Region Midtjylland.

Klagenævnet for Udbud tilsidesatte denne fortolkning og udtalte følgende i kendelsen:

"Det, der er anført i lovbemærkningerne om den forudsatte forudgående planlægning, er ikke kommet til udtryk i lovtæksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europarlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EF af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. På den baggrund og henset til forarbejdernes angivelser af, at lovens § 8 er en "indholdsmæssig videreførelse af gældende ret" og beskrivelsen af, at

bestemmelsen kan anvendes, "når 2 [økonomiske] betingelser er opfyldt.", var betingelserne for, at Region Midtjylland kunne anvende delydelsesreglen, opfyldt."

Klagenævnet for Udbud tog derfor ikke påstanden til følge, og LH fik ej heller medhold i sine øvrige påstande i sagen.

Kommentar

Kendelsen er et eksempel på, at de meget omfangsrige forarbejder til udbudsloven kan og i praksis bliver tilsidesat af Klagenævnet for Udbud, hvis Klagenævnet for Udbud ikke finder, at forarbejdernes angivelser har støtte i EU-Domstolens praksis eller det bagvedliggende EU-Direktiv.

Link til kendelsen [her](#).

Klagenævnet for Udbud afsiger kendelse efter EU-Domstolen har taget stilling til præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tildele kontrakten til en juridisk enhed, der ikke blev prækvalificeret alene, men der blev prækvalificeret i konsortium med en anden juridisk enhed, når sidstnævnte er gået konkurs under udbudsprocessen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2017, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*

Klagenavnets kendelse er en videreførelse af EU-Domstolens præjudicielle afgørelse af 24. maj 2016 i sagen C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*, der er omtalt i vores nyhedsbrev fra maj 2016 [her](#).

Sagen vedrører et udbud med forhandling efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (2004/17). Den udbudte kontrakt omfattede anlæggelsen af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted.

Per Aarsleff A/S (Per Aarsleff) og E. Pihl & Søn A/S (Pihl & Søn) blev prækvalificeret som konsortium. Aftalen om oprettelsen af konsortiet blev indgået den 26. august 2013. Samme dag blev der afsagt konkursdekret over Pihl. Den 27. august 2013 afgav Per Aarsleff og Pihl & Søn et første tilbud, der dog ikke var underskrevet af kurator, men alene af Per Aarsleff og Pihl & Søn.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S rettede herefter henvendelse til Banedanmark og protesterede imod, at det måtte blive tilladt Per Aarsleff at afgive tilbud. Spørgsmålet om ordregivers håndtering af konkursen var genstand for en længere korrespondance mellem Banedanmark og Per Aarsleff, og Banedanmarks advokat forsøgte endvidere flere gange forgæves at få konkursboet til at tage stilling til, om boet ville overlade det til Per Aarsleff at afgive tilbud alene.

Den 15. oktober 2013 underrettede Banedanmark samtlige tilbudsgivere om, at Banedanmark havde besluttet at lade Per Aarsleff deltage i den videre udbudsproces alene.

Per Aarsleff afgav herefter andet tilbud i eget navn og oplyste, at tilbuddet blev afgivet af Per Aarsleff som fortsættende entreprenør for joint venturet med Pihl & Søn (nu under konkurs) og Per Aarsleff, og at konkursboet ikke havde meddelt at ville indtræde i joint venture-aftalen, og at Per Aarsleff derfor havde ophævet joint venture-aftalen. Efter endt udbudsprocedure blev kontrakten tildelt Per Aarsleff.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S indgav, som forbigået tilbudsgiver, klage med påstand om, at Banedanmark havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, ved at tillade, at Per Aarsleff kunne fortsætte i udbuddet alene som tilbudsgiver.

Klagenævnet indbragte som nævnt det spørgsmål præjudicielt for EU-Domstolen.

EU-Domstolen konkluderede, at det ikke i sig selv var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at lade en konsortiedeltager fra et prækvalificeret konsortium fortsætte alene i udbudsprocessen, når den fortsættende deltager selvstændigt opfylder udvælgelseskriterierne og under forudsætning af, at deltagelsen ikke forringer de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

EU-Domstolen lod det være op til Klagenævnet for Udbud at tage stilling til, om disse betingelser var opfyldt, jf. også vores omtale af EU-Domstolens dom i vores nyhedsbrev fra maj 2016 [her](#).

I sin kendelse af 20. juni 2017 udtaler Klagenævnet for Udbud bl.a., at det er ubestridt, at Per Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, hvis Per Aarsleff alene havde søgt om prækvalifikation.

Til spørgsmålet om, hvorvidt Per Aarsleffs fortsatte deltagelse medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, udtalte Klagenævnet for Udbud blandt andet, at

[...] de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling ikke kan anses for forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke blev formindsket ved konkursen. Det samme gælder det forhold, at Per Aarsleff A/S først medio oktober 2013 fik udtrykkelig tilladelse til at fortsætte i eget navn og dermed havde kortere tid end de øvrige tilbudsgivere til at udarbejde det reviderede tilbud.

Klagenævnet for Udbud fandt heller ikke i øvrigt, at Per Aarsleffs fortsatte deltagelse i udbudsproceduren medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Klagenævnet fandt således, at de betingelser, som EU-Domstolen i sin dom havde opstillet, konkret var opfyldt, og Klagenævnet tog dermed ikke klagerens påstand om, at Banedanmark havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at tillade, at Per Aarsleff deltog i udbuddet i stedet for konsortiet.

Klagenævnet tog ej heller de øvrige af MT Højgaard A/S og Züblin A/S' påstande til følge.

Kommentar

Sagen vedrørte bestemmelserne i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (2004/17). Et tilfælde som det i sagen foreliggende må nu anses for at være dækket af udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 2, hvorefter en ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2, når en deltager i en sammenslutning udgår, medmindre deltageren har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelsen af minimumskravene til egnethed jf. § 140, eller for udvælgelsen, jf. § 145, eller tilbudsevalueringen, jf. § 160.

Link til kendelsen [her](#).

Angivelser i avisartikler om, at en tidligere ledende medarbejder var arresteret i forbindelse med efterforskning af en sag om korrupsion, kunne ikke føre til udelukkelse af en ansøger efter udbudslovens bestemmelser om obligatoriske udelukkelsesgrunde

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. juli 2017, *Munck Gruppen A/S mod Rønne Havn A/S*

Kendelsen vedrører en kontrakt om udvidelse af Rønne Havn udbudt som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25).

Rønne Havn A/S (Rønne Havn) havde i udbudsbekendtgørelsen blandt andet anført, hvilke kriterier de indkomne ansøgninger til prækvalifikation ville blive vurderet på baggrund af. De anførte kriterier vedrørte ansøgernes økonomiske og finansielle baggrund for en treårs periode samt referencer fra tidligere sammenlignelige arbejder, ligesom det var et krav, at ansøgerne ikke var omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135 samt de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 136.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik tillige, at Rønne Havn forventede at prækvalificere fem ansøgere, men forbeholdt sig ret til at prækvalificere et mindre antal. Rønne Havn modtog seks ansøgninger og prækvalificerede det maksimalt tilladte af fem ansøgere.

Munck Gruppen A/S (Munck Gruppen) ansøgte om prækvalifikation, men modtog ved brev af 29. maj 2017 meddelelse om, at de ikke var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud. Munck Gruppen indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Rønne Havn havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at anvende de i udbudsbekendtgørelsen angivne udvælgelseskriterier på en uigennemsigtig og ikke påregnelig måde samt ved ikke at have prækvalificeret Munck Gruppen.

Munck Gruppen havde til Rønne Havn fremsendt links til to artikler offentliggjort i udenlandske medier, hvoraf blandt andet fremgik, at spansk politi i forbindelse med efterforskning af en sag om korrupsion havde arresteret den tidligere bestyrelsesformand og CEO i selskabet Obrascón, som var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud. Det var Munck Gruppens synspunkt, at Rønne Havn burde have prækvalificeret

Munck Gruppen i stedet for Obrascón, som ifølge Munck Gruppen burde være blevet udelukket med henvisning til udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2 (om bestikkelse). Munck Gruppen anførte, at når der fremkommer oplysninger om potentielle udelukkelsesgrunde, har Rønne Havn pligt til at foretage en effektiv kontrol af, om der de facto foreligger udelukkelsesgrund af de prækvalificerede ansøgere.

Klagenævnet for Udbud udtalte vedrørende påstanden om, at Rønne Havn burde have prækvalificeret Munck Gruppen i stedet for Obrascón, på grund af, at Obrascón var omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, at der alene forelå avisartikler om forholdet, og at det heraf fremgik, at der ikke forelå en endelig afgørelse om straf for de omtalte forhold. Dermed kunne forholdet ikke føre til udelukkelse af Obrascón efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Munck Gruppen fik herefter ikke medhold i klagen på noget punkt.

Link til kendelsen [her](#).

Der er ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, hjemmel til at stille krav om, at hældningsgraden på en i udbudsbetingelserne beskrevet lineær pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene, angives i udbudsmaterialet

Klagenævnet for Udbud kendelse af 8. august 2017, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland*

Sagen vedrører Region Midtjyllands udbud af rammeaftaler om køb af anæstesiapparater og anæstesimonitorer udbudt som offentligt udbud efter udbudsloven.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret ved anvendelse af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med følgende underkriterier:

- Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi 35 %
- Funktionalitet og kvalitet 40 %
- Service 15 %
- Ergonomi og hygiejne 10 %

Om evalueringen efter det økonomiske underkriterium var fastsat følgende:

Underkriteriet "Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi" evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-8. Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktmodel, hvor udgangspunktet er, at 8 point gives til det tilbud, hvis "økonomi"/"pris" (beregnet som angivet ovenfor) er lavest, mens 0 point gives til tilbud, hvis "økonomi"/"pris" (beregnet som angivet ovenfor) ligger xx % over prisen for tilbuddet med den laveste pris. Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle

unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor.

Ovenstående er udtryk for, at "økonomi" vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.

Klagen var indgivet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der havde nedlagt påstand om, at Region Midtjylland havde handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsmaterialet at angive hælningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene, for så vidt angik det økonomiske underkriterium. Subsidiært var det gjort gældende, at Region Midtjylland havde handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske, for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

Klagenævnet for Udbud udtalte bl.a., at bestemmelsen i udbudslovens § 160 ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for. Klagenævnet for Udbud henviste i den forbindelse til, at forudsætningen i lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, hvorefter "Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages", ikke er blevet bekræftet i EU-Domstolens - efterfølgende - praksis, jf. EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV.

Klagenævnet konkluderede herefter, at

[...] der ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, er hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav som anført i påstand 1 om, at hælningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår det økonomiske underkriterium, angives i udbudsmaterialet.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at regionen har tilsidesat udbudslovens § 160, stk. 1, som anført i påstand 2 ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens klage blev således ikke taget til følge.

Kommentar

Rækkevidden af udbudslovens § 160 har gentagne gange været genstand for omtale og diskussion iblandt både praktikere og teoretikere i udbudsretlige kredse.

Det er med Klagenævnet for Udbuds principielle kendelse slået fast, at krav til detaljeringsgraden af beskrivelsen i evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne, som fremgår af forarbejderne til udbudsloven og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmetoder, herunder at spændet i en lineær pointmodel for tilbudsvurderingen efter et økonomisk underkriterium skal være offentliggjort på forhånd.

Det bemærkes, jf. også EU-Domstolens praksis, at det dog fortsat er et krav, at evalueringsmodellen beskrives i udbudsmaterialet således, at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg af model eller tilbud ved den efterfølgende tilbudsvurdering.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter afsigelse af kendelsen udgivet en pressemeddelelse, hvori det angives, at kendelsen tages til efterretning, samt at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nu vil revidere sin "Vejledning om evalueringsmetoder", så den bringes i overensstemmelse med kendelsen fra klagenævnet.

Link til kendelsen [her](#)

---oooOOOooo---

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 NØRAGER

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.

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.