



UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

I nyhedsbrevet kan I læse om interessante afgørelser og nyttig viden, der har generel interesse for udbudspraktikere. Vi erindrer endvidere om vores seminar, som vi afholder i vores lokaler d. 15. marts 2018, hvor vi blandt andet vil gennemgå ny rets- og klagenævnspraksis, herunder praksis fra EU-Domstolen. Se invitationen [her](#).

Klagenævnet tillægger klage opsættende virkning. Ordregiver havde lagt vægt på forhold, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne og i strid med den angivne vægtning. Kravet om uopsættelighed var opfyldt for selvejende institution.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. januar 2018, *Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune*

Kendelsen vedrører udbud af en 4-årig kontrakt med mulighed for forlængelse i op til 24 måneder om danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. (Kontrakten) foretaget efter udbudslovens afsnit III af Næstved Kommune. Kendelsen udgør Klagenævnets beslutning om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning.

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at Kontrakten ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet". Foruden *Pris* (25 %) indgik

følgende underkriterier som konkurrenceparametre: *Kvalitet* (25 %), *Effekt* (35 %) og *Leveringssikkerhed og kvalitetssikring* (15 %).

For hvert af de tre kvalitative underkriterier indeholdt udbudsbetingelserne tre delkriterier. Underkriteriet *Kvalitet* omfattede følgende tre delkriterier: *Læringsmetoder*, *Tilrettelæggelse af undervisning* og *Sikring af hurtigst mulig progression*. Underkriteriet *Effekt* omfattede følgende tre delkriterier: *Prøveresultater*, *Progression* og *Evalueringsmetoder*. Underkriteriet *Leveringssikkerhed og kvalitetssikring* omfattede følgende tre delkriterier: *Sikring af tilstrækkelige og relevante kompetencer*, *Krav til undervisere* og *Løbende kompetenceudvikling af medarbejdere og implementering af ny viden*.

Udbudsbetingelserne angav forholdsvis udførlige beskrivelser af hvert delkriterium, herunder med angivelse af, hvilke forhold tilbuddene skulle beskrive, og hvad der ville blive lagt vægt på. Endvidere angav udbudsbetingelserne, at delkriterierne vægtede med lige meget i evalueringen.

Udbuddet var delt op i to faser, hvor den indledende fase bestod af en tilbudsphase, hvorefter Næstved Kommune ville gennemføre forhandlinger med tre tilbudsgivere, som herefter kunne afgive tilbud på ny.

Næstved Kommune modtog tilbud fra blandt andre Næstved Sprog- og Integrationscenter (NSI) og Lærdansk.

Efter gennemførelse af forhandlinger og afgivelse af tilbud på ny, tildelte Næstved Kommune Kontrakten til Lærdansk d. 27. oktober 2017. NSI klagede til Klagenævnet for Udbud over tildelingsbeslutningen, som Næstved Kommune herefter annullerede, inden Klagenævnet tog stilling til i sagen.

Næstved Kommune traf d. 30. november 2017 ny tildelingsbeslutning, hvorefter Kontrakten igen blev tildelt Lærdansk. I Næstved Kommunes tildelingsbeslutning af 30. november 2017 var angivet et skema med de tildelte point for underkriterierne samt fem linjer i prosa for hvert underkriterium. De fem linjer i prosa til hvert underkriterium bestod af en gengivelse af de tildelte point til Lærdansk samt følgende om, hvad der var tillagt vægt under evalueringen:

2. Kvalitet

[...]

LÆRDANSK havde i særlig høj grad beskrevet en løsning, der samlet set var det bedste match til ordregivers ønsker.

Særligt afgørende for tildelingen skyldes en professionel inddragelse af frivillige i undervisningen og supplerende aktiviteter.

3. Effekt

[...]

LÆRDANSK havde i særlig høj grad beskrevet en løsning, der samlet set var det bedste match til ordregivers ønsker.

Særligt afgørende for tildelingen er, at kursisttilfredsheden hos LÆRDANSK ligger på et meget højt niveau (i 2016 udtrykker 95% at de er tilfredse eller meget tilfredse).

4. Leveringssikkerhed og kvalitetssikring

[...]

LÆRDANSK havde i særlig høj grad beskrevet en løsning, der samlet set var det bedste match til ordregivers ønsker.

Særligt afgørende for tildelingen er at LÆRDANSK byder ind med det største antal undervisere til det antal kursister, der er anført i udbudsmaterialet.

NSI klagede over denne beslutning ved klageskrift II af 5. december 2017, hvorved NSI blandt andet gjorde gældende, at Næstved Kommune i forbindelse med vurderingen af NSI's tilbud i forhold til underkriteriet *Kvalitet* alene og afgørende havde lagt vægt på, at den vindende tilbudsgiver, Lærdansk tilbød "en professionel inddragelse af frivillige i undervisningen og supplerende aktiviteter", og at Næstved Kommune i forhold til underkriteriet *Effekt*, alene og afgørende havde lagt vægt på, at den vindende tilbudsgiver, Lærdansk, tilbød "at kursisttilfredsheden hos LÆRDANSK ligger på et meget højt niveau", uagtet at det fremgår af udbudsbetingelserne, at alle delkriterier vægter lige, og uagtet at disse to forhold ikke indgår som konkurrenceparametre ifølge udbudsbetingelserne.

NSI gjorde endvidere gældende, at Næstved Kommune i forbindelse med vurderingen af NSI's tilbud i forhold til delkriteriet *Sikring af tilstrækkelige og relevante kompetencer* alene og afgørende havde lagt vægt på, at den vindende tilbudsgiver, Lærdansk, "byder ind med det største antal undervisere til det antal kursister, der er anført i udbudsmaterialet", uagtet at det fremgår af udbudsbetingelserne, at alle delkriterier vægter lige.

NSI gjorde gældende, at de ovennævnte forhold var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 188, stk. 1.

Herudover gjorde NSI gældende, at Næstved Kommune havde handlet i strid med § 171, stk. 4, nr. 2, jf. § 188, stk. 2 i udbudsloven, idet den anførte begrundelse for tildelingen ikke opfylder bestemmelsernes begrundelseskrav.

NSI gjorde på baggrund af disse påstande gældende, at Næstved Kommunes tildelingsbeslutning skulle annulleres.

NSI's klage var indgivet inden for standstill-perioden, og NSI anmodede om, at klage blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet for Udbud fandt, at alle tre betingelser for opsættende virkning var opfyldt i sagen, herunder betingelsen om uopsættelighed, med følgende begrundelse:

[...] NSI er en selvejende institution, som alene oppebærer et beskedent dækningsbidrag. Institutionen vil derfor blive hårdt og kritisk ramt, såfremt kontrakten indgås med en anden udbyder.

Klagenævnet fandt endvidere, at NSI's interesse i, at Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, vejer tungere end Næstved Kommunes interesse i at indgå aftale med en anden tilbudsgiver, hvorfor betingelse nr. 3 (interessevejning) tillige var opfyldt.

Klagenævnet tillagde dermed klagen opsættende virkning.

Kommentar

Kendelsen er et særsyn i den forstand, at Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning. Opsættende virkning er et omdiskuteret emne i udbudsretlige kredse, idet en klage i praksis nærmest aldrig tillægges opsættende virkning. Dette som følge af, at kravet om uopsættelighed – som indebærer, at der skal være risiko for, at klager vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning - som oftest antages ikke at være opfyldt, idet en klager i de fleste tilfælde anses for at kunne opnå erstatning til dækning af sit påståede tab.

Selvom klageren har mulighed for at opnå erstatning følger det af blandt andet EU-retlig praksis, at betingelsen om uopsættelighed undtagelsesvis og efter omstændighederne alligevel kan være opfyldt, hvis klageren kan sandsynliggøre, at klagerens eksistens vil være truet, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning, eller det sandsynliggøres, at der vil ske en alvorlig skadevirkning for klagerens markedsposition, som en senere erstatning ikke vil kunne rette op på. Se fx Rettens dom af 31. januar 2005 i sagen T-447/04, *Capgemini Nederland mod Kommissionen*.

Når Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning i nærværende sag, er det en følge af, at klager er organiseret som en selvejende institution, der ikke er sat i verden for at tjene penge og søge størst muligt overskud, der vil kunne anvendes til at polstre virksomheden økonomisk og gøre den i stand til at føre retssager og "overleve" i den tid, det tager at føre en erstatningssag. Som Klagenævnet udtaler, oppebærer klager som en selvejende institution alene et beskedent dækningsbidrag, hvorfor klager vil blive hårdt og kritisk ramt, såfremt kontrakten indgås med en anden udbyder.

Kendelsen viser, at selvom det er svært, så er det ikke umuligt at få opsættende virkning, hvis klager kan sandsynliggøre, at den mistede kontrakt kan true klagerens mulighed for økonomisk at overleve.

Foruden forholdet om opsættende virkning illustrerer kendelsen tillige vigtigheden af, at ordregivere er omhyggelige i både 1) deres faktiske evaluering, herunder, at der vurderes på de forhold, der i medfør af udbudsbetingelserne indgår som konkurrenceparametre, samt at der ikke inddrages andre forhold i evalueringen, og 2) deres begrundelser for tildeling i underretningen til de forbigåede tilbudsgivere. Det er klart, at tilbudsgiverne har krav på at få en fyldestgørende begrundelse, således at de er i stand til at konstatere, at evalueringen er foregået i henhold til udbudsmaterialet og udbudsreglerne.

Kendelsen er (endnu) ikke offentliggjort af Klagenævnet for Udbud, men Nielsen Nørager har som repræsentant for klager modtaget kopi af delkendelsen. Vi tager naturligvis gerne imod henvendelser, i tilfælde af at De har spørgsmål til delkendelsen. Vi henviser i den forbindelse til advokat Lotte Hummelshøj og advokat Sebastian Pedersen, hvis kontaktoplysninger kan findes afslutningsvist i nyhedsbrevet.

EU-Domstolen bestemmer, at det er proportionalt at tillægge forhold, der er sket inden for et år fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen betydning ved udelukkelse af en tilbudsgiver

Den 20. december 2017 afsagde EU-Domstolen dom i sagen C-178/16. Sagen var forelagt præjudicielt i forbindelse med en sag, der verserer ved den øverste domstol i forvaltningsretlige sager i Italien imellem selskaberne Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (herefter "Mantovani") og Guerrato SpA på den ene side, og, på den anden side, Provincia autonoma di Bolzano (den selvstyrede provins Bolzano, Italien) m.fl. vedrørende udelukkelse af Mantovani fra en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en bygge- og anlægskontrakt om blandt andet opførelse og drift af et fængsel.

Mantovani indgav tilbud i et konsortium, og under udbudsprocessen erklærede Mantovani flere gange, at dennes bestyrelsesformand og generaldirektør var fratrædt, og at Mantovani ikke var bekendt med, at generaldirektøren ved en retskraftig dom var dømt for nærmere angivne strafbare handlinger. Den ordregivende myndighed blev dog bevidst om, at generaldirektøren umiddelbart før afgivelse af den første af de omtalte erklæringer var idømt fængselsstraf for at have forfalsket fakturaer.

Mantovani oplyste, at selskabet med henblik på at godtgøre, at det fuldstændigt og reelt havde taget afstand fra generaldirektørens handlinger, straks havde afskediget generaldirektøren fra alle dennes embeder i Mantovani-koncernen, havde omstruktureret selskabets ledelsesorganer, indløst generaldirektørens aktier og anlagt sag om erstatningsansvar mod denne.

Ifølge en italiensk regel til gennemførelse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i det gamle udbudsdirektiv (2004/18/EF) fulgte det, at:

Udelukkelsen og forbuddet gælder under alle omstændigheder ligeledes for personer, som er fratrædt deres embede i året forud for datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, hvis virksomheden ikke kan bevise, at den fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den straffede adfærd. Udelukkelsen og forbuddet gælder under alle omstændigheder ikke, når overtrædelser er blevet afkriminaliseret, eller hvis der er indtrådt rehabilitering, dvs. når det strafbare forhold er blevet lovliggjort efter domsafsigelsen, eller såfremt dommen er blevet ophævet.

Den ordregivende myndighed anmodede ANAC (en italiensk myndighed, der har til formål at bekæmpe korrupsion) om en udtalelse vedrørende lovligheden af en eventuel udelukkelse af Mantovani. ANAC besvarede i det væsentlige dette med, at selv om Mantovanis oplysninger i mangel af en endelig dom ikke kan anses for at være "urigtige oplysninger", kan manglende rettidig meddelelse om en verserende straffesag mod en af de personer, som er nævnt i den ovenfor nævnte italienske lovregel, udgøre en tilsidesættelse

af pligten til loyalt samarbejde med den ordregivende myndighed og således modbevise, at der fuldstændigt og reelt er taget afstand fra den pågældende person.

Den ordregivende myndighed besluttede herefter at udelukke Mantovani fra udbudsproceduren. Beslutningen blev truffet med blandt andet følgende begrundelse: "de oplysninger, som selskabet havde afgivet med henblik på at godtgøre, at det havde taget afstand fra de strafbare handlinger, som var begået af den person, der var fratrædt sin ledende stilling, var mangelfulde og ikke var fremsat rettidigt", og at straffedommen "blev afsagt, inden selskabet afgav oplysninger under udbudsproceduren, og at Mantovani som sådan kunne have givet oplysning om denne på tidspunktet for undersøgelsen af deltagelsen".

Mantovani indbragte sagen for de italienske domstole, som i den forbindelse har stillet EU-Domstolen det præjudicielle spørgsmål (her stærkt forenklet), om den italienske lovregel var i overensstemmelse med det gamle udbudsdirektiv (2004/18/EF) samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet?

Om forholdet vedr. den del i den italienske regel, der bestemmer, at udelukkelsen og forbuddet gælder for personer, som er fratrædt deres embede i året forud for datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, udtaler EU-Domstolen, at medlemsstaterne - under hensyntagen til proportionalitetsprincippet - kan fastsætte den tidsperiode, der gælder for omstændighederne omfattet af udelukkelsesgrundene. EU-Domstolen fandt det ikke uforholdsmæssigt at tage hensyn til adfærd, som er udvist i året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og EU-Domstolen henviser i den forbindelse til, at virksomheden har mulighed for *self-cleaning* ved at bevise, at den fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs handlinger.

EU-Domstolen konkluderer herefter, at den italienske lovregel ikke strider mod det gamle udbudsdirektiv (2004/18/EF) eller ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.

Kommentar

Selvom dommen primært vedrører fortolkning af en intern italiensk regel om implementering af det tidligere udbudsdirektiv, så giver den et fortolkningsbidrag til anvendelse af proportionalitetsprincippet i forbindelse med sager om udelukkelse, og det kan udledes, at det i hvert fald er proportionalt at tillægge forhold, der er sket inden for et år fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, betydning.

Der kan argumenteres for, at hvis forholdet skulle bedømmes efter udbudsloven, så ville en situation, som den i sagen omhandlede, antages at ville medføre udelukkelse efter udbudslovens § 136, nr. 3, hvorefter en ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i det pågældende udbud har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3 mv.

Ifølge udbudslovens bestemmelser kan ordregiver udelukke en ansøger/tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i op til to år for handlinger, der er omfattet af udbudslovens § 136, nr. 3, og i op til 4 år

fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af § 135, stk. 1, med mindre ansøgeren/tilbudsgiveren kan dokumentere sin pålidelighed i henhold til § 138, stk. 1-3.

Link til dommen [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.