



NR. 2, ÅRGANG 8, MAJ 2019

UDBUDSRETSLIGT NYHEDSBREV

I nyhedsbrevet kan I læse et udvalg af de senest offentliggjorte kendelser fra Klagenævnet for Udbud, som skønnes at have mere generel interesse for udbudspraktikere. Afslutningsvist kan I endvidere læse en kort notits om den for nyligt vedtagne lov om ændring af udbudsloven vedrørende krav til beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne samt krav til at evaluering af pris og kvalitet skal ske adskilt i forbindelse med udbud af store bygge- og anlægskontrakter.

Evalueringen under udbud vedr. levering af ydelser inden for servicering og eftersyn af elevatorer kunne ikke anses for at have været repræsentativ for det forventede indkøb under rammeaftalen, da indkøb af reservedele ikke var omfattet af evalueringen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. februar 2019, *KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

Kendelsen vedrører Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' (SKI) udbud af en rammeaftale om levering af ydelser inden for servicering og eftersyn af elevatorer. Rammeaftalen omfattede tre (geografiske) delaftaler. Tildelingskriteriet var "Pris", og evalueringen af "Pris" ville ske ved udregning af en "scenariepris", på baggrund af tilbudsgivernes timepriser mv. for forskellige ydelser.

SKI havde i forbindelse med forberedelsen af udbuddet undersøgt mulighederne for at udarbejde en liste med *reservedele*, der tillige skulle konkurrenceudsættes i forbindelse med udbuddet og herefter indkøbes under rammeaftalerne. SKI vurderede dog på baggrund af modtagne inputs, at der var tale om mindst 50.000 og helt op imod 250.000 styk forskellige reservedele. SKI vurderede derfor, at det ville være unødigt bebyrdende og ressourcekrævende – og formentlig også i strid med proportionalitetsprincippet – at pålægge leverandørerne at udfylde tilbudslistes med priser på samtlige reservedele, som forventeligt ville blive anvendt på rammeaftalen. Reservedele indgik således ikke i tilbudslisten, ligesom prisen på reservedele ikke indgik i evalueringen. Ej heller fremgik det af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen vedrørte levering af reservedele. Som bilag VII *Rammeaftale* (bilag til kontraktudkast) til udbudsbetingelserne fremgik det dog, at kunderne forpligtede sig til som led i købet af ydelserne vedr. servicering og eftersyn af elevatorer også at købe de dertil nødvendige reservedele. Indkøbet af reservedele ville svare til minimum 22 mio. kr. for de tre delaftaler tilsammen.

Selve rammeaftalen indeholdt endvidere en bestemmelse om prisfastsættelsen på reservedele, som havde følgende ordlyd:

8.2. Vederlag – Produkter. De materialer og reservedele (Produkter) som installeres eller på anden måde forbruges i forbindelse med udførelse af Rammeaftalens Ydelser, og som faktureres til Kunder under denne aftale, må ikke afregnes til en højere pris end Markedsprisen for, hvad tilsvarende produkter kan anskaffes til på de bedst opnåelige markeds-mæssige vilkår i forhold til pris og kvalitet. Leverandøren skal på SKI's eller Kundens forlangende kunne dokumentere, at prisen på de førnævnte materialer og reservedele ikke overstiger Markedsprisen, herunder i forhold til kvalitet. Såfremt SKI eller Kunden specifikt anmoder herom, skal denne dokumentation ske ved indhentning af en revisor-erklæring. Leverandøren er forpligtet til at afholde alle udgifter forbundet med at fremskaffe ovennævnte dokumentation.

Aftalen indeholdt også en såkaldt "Bedste kunde klausul" og en definition af markedsprisen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde SKI modtaget fire tilbud på delaftale 1, fire tilbud på delaftale 2 og tre tilbud på delaftale 2. SKI besluttede at indgå kontrakt med fire virksomheder, der i henhold til udbudsbetingelserne blev indplaceret i en kaskade.

KONE A/S (KONE), som var placeret sidst i hver kaskade, indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud, idet KONE blandt andet mente, at SKI havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der ikke var egnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den beregnede "scenariepris", som udgør grundlaget for evalueringen, ikke var repræsentativ for det forventede indkøb af reservedele, og at Klagenævnet for Udbud skulle annullere SKI's tildelingsbeslutning og erklære de dele af rammeaftalen, der angik reservedele, for uden virkning.

Klagenævnet for Udbud fandt, at det valgte udbudsdesign reelt medførte et udbudspligtigt indkøb under en forpligtende rammeaftale af reservedele til en samlet betydelig værdi uden konkurrenceudsættelse af dette indkøb.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at sådanne reservedele adskiller sig væsentligt fra de evaluerede serviceydelser, og at der intet grundlag var for at antage, at priserne på serviceydelserne skulle afspejle priserne på reservedele. Den udbudte aftales vilkår om levering af reservedele til "Markedsprisen" og efter en "Bedste kunde klausul" medførte ingen reel konkurrenceudsættelse men alene en indirekte regulering med rammer for leverandørernes endelige priser på reservedele, idet det inden for disse rammer var overladt til leverandørerne at fastsætte priserne i løbet af aftalens løbetid. SKI havde ikke henvist til produktkategorier i udbudsmaterialet på en sådan måde, at henvisningen gjorde det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kunne blive omfattet af rammeaftalen, således som det kræves i udbudslovens § 45, stk. 1, og SKI havde ikke gennemført evalueringen på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes sortiment, jf. udbudslovens § 45, stk. 2.

Under disse omstændigheder fandt Klagenævne for Udbud, at den skete evaluering samlet set ikke kunne anses for at have været repræsentativ for det forventede indkøb under rammeaftalen.

Klagenævnet udtalte endvidere:

Alternativet til det udbudsdesign, som SKI har valgt, er således ikke nødvendigvis, at tilbudsgivere skal afgive tilbud på op til 250.000 forskellige reservedele i en tilbudsliste. Udbudslovens § 45 tager netop sigte på udbud med et stort antal forskellige varer eller ydelser, og bestemmelsen giver efter ordlyden og forarbejderne hjemmel til at undlade at foretage en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand, hvor dette ville være uproportionalt, og i stedet henvise til produktkategorier, og til alene at evaluere et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter.

Herefter annullerede Klagenævnet for Udbud tildelingsbeslutningen, og rammeaftalen blev erklæret for uden virkning for så vidt angik de dele af aftalerne, der angik reservedele, bortset fra reservedele, der omfattes af det lovpligtige eftersyn.

Kommentar

Udbudslovens § 45 bestemmer:

§ 45. En ordregiver kan henvise til produktkategorier i udbudsmaterialet, når henvisningen gør det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen.

Stk. 2. En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.

Bestemmelsen er indført med henblik på at imødekomme de praktiske vanskeligheder, der kan være forbundet med at gennemføre store sortimentsudbud, som har givet anledning til mange klager og dermed en betydelig praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Ifølge forarbejderne til udbudsloven er hensigten med bestemmelsen således at gøre det lettere for ordregiveren at beskrive de egenskaber, som kræves af kontraktens genstand, hvis det ville kræve uforholdsmæssigt mange ressourcer at beskrive samtlige produkter eller ydelser, der påtænkes indkøbt, eller hvis det på grund af genstandens karakter ikke er muligt at give en udtømmende beskrivelse – dvs. kravspecificere i sortimentsudbud.

Ligeledes er stk. 2 indsat, fordi det i praksis ikke vil være muligt for ordregiveren at evaluere samtlige varelinjer, hvis ordregiveren har beskrevet kontraktens genstand ved henvisning til produktkategorier af varer eller varianterne heraf.

Som det fremgår af kendelsen, er det Klagenævnet for Udbuds opfattelse, at udbudslovens § 45, som hjemler ret til at undlade at foretage en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand, hvor dette ville være uproportionalt, og i stedet henvise til produktkategorier og til alene at evaluere et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter med fordel, kunne være anvendt fremfor den kontraktuelle regulering af priserne, som førte til, at der reelt ikke var nogen konkurrenceudsættelse af reservedelene.

Link til kendelsen [her](#).

Det var i strid med udbudslovens § 165 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 at slå en række vidt forskellige kvalitative kriterier sammen i et fælles kvalitativt underkriterium og alene på forhånd at offentliggøre den samlede vægtning for disse kriterier.

Klagenævnet for Udbuds Kendelse af 7. marts 2019, *Steelco Denmark A/S mod Københavns Universitet*

Sagen angår Københavns Universitets udbud af en rammeaftale (offentligt udbud) opdelt i tre delaftaler om levering af et vaskeanlæg til vask og autoklavering af bure til blandt andet mus og rotter til brug for Det Sundhedsvidenskabelige Fakultets Afdeling for Eksperimentel Medicin ved Københavns Universitet. Klagen vedrører delaftale 2 "Kabinetvasker" (kabinetvasker, inkl. racks) og delaftale 3 "Autoklaver og transportløsning" (autoklaver, containere).

Tildelingskriteriet var "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse", der vægtede 60 %, og "Totalomkostninger, herunder enhedspriser og driftsomkostninger", der vægtede 40 %.

Underkriteriet "Kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse" var i udbudsbetingelserne overordnet beskrevet således:

Ved kvalitet og løsningsdesign forstås i hvilken grad udstyret kan udføre den givne opgave, samt de løsninger der er valgt til konstruktion, reservedele, brugergrænseflader.

Overordnet vil det blive vægtet, at udstyrets kvalitet og løsningsdesign står mål med opgaven, det vil sige unødigt funktionalitet og kompleksitet vil ikke blive vægtet positivt.

Ved samarbejdsorganisation forstås de krav der er stillet til bemanning og levering i projektfasen.

Ved driftsunderstøttelse forstås de krav der er stillet til bemanning, reservedele, relevant efteruddannelse, serviceaftale, samt servicemål.

Overordnet vil det blive vægtet, at tilbudsgiver kan stille med de rette kompetencer og personer i projektfasen og driftssituationen, samt kan garantere overholdelse af krav til leveringstider, kvalitet og service.

Endvidere var angivet en række generelle krav, der fandt anvendelse for alle delaftaler samt en række delaftale-specifikke krav, som ville blive taget i betragtning ved evalueringen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde tre tilbudsgivere afgivet tilbud på delaftale 2, og tre tilbudsgivere havde afgivet tilbud på delaftale 3.

Efter Københavns Universitet havde tildelt rammeaftalerne, klagede den forbigåede tilbudsgiver, Steelco Denmark A/S (herefter Steelco) til Klagenævnet for Udbud, idet Steelco blandt andet mente, at Københavns Universitet havde handlet i strid med udbudslovens § 165 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke i sit udbudsmateriale at have fastsat en vægtning eller en angivelse om prioritering af de mange elementer i de kvalitative underkriterier, "kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse", idet det derved fremstod uklart for tilbudsgiverne, hvordan der ville blive evalueret på de opstillede og i antal voluminøse konkurrenceparametre.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at ved at fastsætte et underkriterium bestående af så forskellige kriterier som *kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation* og *driftsunderstøttelse* og samtidig fastsætte en lang række delkriterier, som ikke er vægtede, og som efter deres indhold (generelle og specifikke) set over ét ikke beskriver eller udfylder alle elementerne i underkriteriet "Kvalitet, løsningsdesign, samarbejdsorganisation og driftsunderstøttelse", var kriteriet ikke egnet til at identificere tilbuddet med det "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Klagenævnet for Udbud fandt, at Københavns Universitet derfor havde handlet i strid med udbudslovens § 165 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at slå en række kvalitative kriterier, der indholdsmæssigt er vidt forskellige, sammen i et fælles kvalitativt underkriterium og alene på forhånd at offentliggøre den samlede vægtning for disse kriterier.

Herefter annullerede Klagenævnet for Udbud Københavns Universitets tildelingsbeslutning vedr. delaftale 2 og delaftale 3.

Kommentar

Kendelsen illustrerer, at forskellige kvalitative kriterier, der ikke har noget at gøre med hinanden, skal vægtes særskilt. Hvis ikke sådanne kriterier gøres til selvstændige underkriterier eller i det mindste til vægtede/prioriterede delkriterier, bliver det for uklart for tilbudsgiverne, hvordan tilbudsvurderingen af kvalitet vil blive foretaget, og det risikeres dermed at føre til annullationen af tildelingsbeslutningen, hvis der bliver klaget herover, som der gjorde i den foreliggende sag.

Link til kendelsen [her](#).

Klager havde ikke løftet sin bevisbyrde for, at ordregivers beslutning om annullation af udbuddet og den angivne begrundelse herfor skulle være forkert eller udtryk for varetagelse af usaglige hensyn.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. april 2019, *Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommuner*

Sagen vedrører Holstebro Kommunes udbud af en kontrakt om drift af et hjælpemiddeldepot for kommunalt ejede hjælpemidler på vegne af Holstebro Kommune, Struer Kommune og Lemvig Kommune. Udbuddet blev foretaget som et offentligt udbud efter udbudsloven, og tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Efter modtagelse af fire tilbud annullerede kommunerne udbuddet med meddelelse til tilbudsgiverne om, at de indkomne tilbud ville medføre en væsentlig øget omkostning for kommunernes drift af hjælpemiddeldepot. Udbyderne ville i stedet igangsætte hjemtagning af hjælpemiddeldepot til egen drift.

Dansk Erhverv (DE) klagede til Klagenævnet for Udbud, idet DE blandt andet mente, at Holstebro Kommune, Lemvig Kommune og Struer Kommune havde handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne i udbudslovens § 2 ved at annullere udbuddet, idet annullationen af udbuddet skete på usagligt grundlag, idet den reelle grund var et usagligt ønske om ikke at samarbejde med den vindende tilbudsgiver.

Hertil anførte Klagenævnet for Udbud, at hvis ikke andet følger af udbudsbetingelserne eller af omstændighederne i øvrigt, er en ordregivende myndighed som udgangspunkt berettiget til at annullere udbuddet, således at ingen af de afgivne tilbud antages. En annullation må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt. Klagenævnet for Udbud angav endvidere, at bevisbyrden for, at der foreligger sådanne usaglige hensyn, påhviler Dansk Erhverv.

Klagenævnet for Udbud fandt, at den anførte begrundelse om, at de indkomne tilbud måtte forventes at medføre væsentligt øgede udgifter efter sit pålydende var saglig i relation til kommunernes beslutning om at annullere udbuddet.

Klagenævnet for Udbud fandt ikke i øvrigt, at DE havde løftet bevisbyrden for, at kommunernes beslutning om annullation af udbuddet og den angivne begrundelse herfor skulle være forkert eller udtryk for varetagelse af usaglige hensyn.

Dermed tog Klagenævnet for Udbud ikke DE's påstand til følge.

Kommentar

Kendelsen er endnu et eksempel på, at der skal meget til, før Klagenævnet for Udbud vil annullere en ordregivers beslutning om, at annullere et udbud. Se dog kendelsen straks nedenfor, som muligvis må ses som undtagelsen, der bekræfter reglen.

Læs kendelsen [her](#).

Klagenævnet for Udbud annullerer ordregivers beslutning om annulation af udbud

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. april 2019, *Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S*

Kendelsen vedrører Vores Elnet A/S' (dengang Energi Fyn Net A/S) (Vores Elnet) udbud af en to-årig rammeaftale om levering af 3G-elmålere gennemført som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU).

Tre ansøgere, herunder Sagemcom Energy & Telecom SAS (Sagemcom) blev prækvalificeret og afgav tilbud inden for tilbudsfristens udløb. Vores Elnet vurderede, at tilbuddet fra Sagemcom var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og meddelte alle tilbudsgiverne, at Vores Elnet ville indgå kontrakt med Sagemcom efter udløbet af stand still-perioden.

I forbindelse med den efterfølgende tekniske afklaring imellem Vores Elnet og Sagemcom meddelte Vores Elnet Sagemcom, at der var opstået uforudsete omstændigheder, og at Vores Elnet overvejede at annullere udbuddet som følge af "*costs connected with software integration of the electrical meters offered by Sagemcom*", jf. et "*cost overview*", som var tilvejebragt af Vores Elnets hidtidige leverandør, Landis+Gyr Oy (L+G).

Vores Elnet annullerede efterfølgende udbuddet med den begrundelse, at de tekniske krav i udbudsmaterialet havde vist sig at være u hensigtsmæssige, da de forudsatte, at der var udviklet en testet teknisk løsning for interoperabilitet mellem elmålere og software, som endnu ikke var udviklet, og at udviklingen dermed ville medføre betydelige driftsmæssige og tekniske risici.

Ved frivillig forudgående bekendtgørelse meddelte Vores Elnet, at selskabet havde til hensigt at tildele en rammeaftale på levering af 3G-elmålere uden forudgående offentliggørelse af en indkaldelse af tilbud til L+G.

Sagemcom indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.

Under sagen oplyste Vores Elnet, at der ikke var indgået kontrakt med L+G endnu, men at der i 2018 var indkøbt elmålere for samlet DKK 5.897.880 ekskl. moms hos L+G, og at disse indkøb var foretaget som *nødkøb* og efter bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, og artikel 50, litra d. Vores Elnet oplyste endvidere, at den kommunikation, der havde været imellem Vores Elnet og L+G

med hensyn til rammeaftalen samt indkøb af elmålere, var foregået mundtligt. Beløbet, Vores Elnet havde foretaget indkøb for ved L+G uden udbud, blev senere opgjort til DKK 7.852.464 ekskl. moms.

I sin klage påstod Sagemcom blandt andet, at Vores Elnet havde handlet usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at aflyse udbuddet, samt at Vores Elnet A/S havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44 ved at foretage direkte indkøb hos L+G uden afholdelse af et udbud, og at Klagenævnet for Udbud skulle erklære Vores Elnet og L+G's de facto aftale om levering af elmålere og tilknyttede produkter og reservedele for uden virkning for fremtidige leverancer.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at ordregivere efter fast praksis fra EU-Domstolen og dansk domstols- og klagenævnspraksis ikke har kontraheringspligt, og at rammerne for, hvornår der kan ske aflysning af et udbud, er særdeles vide. Klagenævnet for Udbud anførte videre, at dette imidlertid ikke dermed indebærer, at ordregiveren har adgang til at tildele en kontrakt om det udbudte til en hidtidig – eller eventuel anden – leverandør uden udbud. Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at betingelserne i den eller de påberåbte undtagelsesbestemmelser i udbudsreglerne for direkte tildeling er opfyldt.

Klagenævnet for Udbud fandt ikke, at Vores Elnet havde løftet bevisbyrden for, at betingelserne efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e eller Litra d - om adgangen til at anvende udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende enhed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne efter de alm. udbudsprocedurer, eller hvis et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt at erhverve varer, som ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse - var opfyldt. Endvidere fandt Klagenævnet for Udbud det ikke godtgjort, at de til grund for annullationen hævdede integrationsproblemer forelå.

Klagenævnet for Udbud annullerede dermed Vores Elnets beslutning om at annullere udbuddet og erklærede desuden Vores Elnet og L+G's mundtlige aftale om levering af elmålere efter direkte tildeling for uden virkning for fremtidige leverancer. Endvidere udtalte Klagenævnet for Udbud, at Vores Elnet ville blive politianmeldt med henblik på fastsættelse af en sanktion i form af en bøde.

Kommentar

Som angivet ovenfor under kommentaren til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. april 2019, *Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer kommuner*, er det fast praksis fra Klagenævnet, at der skal meget til, før Klagenævnet for Udbud vil annullere en ordregivers beslutning om, at annullere et udbud. Den foreliggende sag er dermed et af de få eksempler på, at ordregivers annullering af et udbud tilside-sættes.

Det afgørende i sagen for, at annullation blev tilsidesat, synes at være, at Vores Elnets opfattelse af integrationsproblemerne, der lå til grund for Vores Elnets annullation af udbuddet, tilsyneladende alene byggede på angivelser fra den hidtidige leverandør, L+G, der også var leverandør af styringssoftwaren.

Link til kendelsen [her](#).

Ordregiver havde foretaget en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i den vindende tilbudsgivers tilbud

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. maj 2019, *NetNordic Communication A/S mod Region Sjælland*

Kendelsen vedrører Region Sjællands udbud af en rammeaftale om levering af service og support af eksisterende videokonferenceudstyr, anskaffelse af videokonferenceudstyr og tilknyttede tjenesteydelser som offentligt udbud efter udbudsloven. Tildelingskriteriet var "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Pris", der vægtede 60 %, og "Kvalitet", der vægtede 40 %.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde blandt andre KMD A/S (KMD) og NetNordic Communication A/S (NetNordic) afgivet tilbud. Region Sjælland besluttede at indgå kontrakt med KMD, og kontrakt blev herefter indgået. NetNordic indgav efterfølgende klage til Klagenævnet for Udbud, idet NetNordic mente, at KMD's tilbud var ukonditionsmæssigt, og at Region Sjælland ikke – til trods for henvendelsen fra NetNordic – havde foretaget en effektiv kontrol af, om de produkter, som KMD tilbød, levede op til mindstekravene i udbudsmaterialet.

Der var i udbudsmaterialet blandt andet fastsat nærmere specificerede mindstekrav vedr. *Velfungerende møderum* (Mindstekrav 3), *Skærme* (Mindstekrav 18), *Interaktive skærme med touch* (Mindstekrav 19), *Standard projektor til et mindre lokale* (Mindstekrav 21) og *Standard projektor til et større lokale* (Mindstekrav 22).

Efter Region Sjælland havde fremsendt meddelelse til tilbudsgiverne om Region Sjællands tildelingsbeslutning, anmodede NetNordic om aktindsigt i KMD's tilbud. Efter at have fået aktindsigt i dele af KMD's tilbud stillede NetNordic over for Region Sjælland spørgsmål til, om tilbuddet fra KMD var ukonditionsmæssigt.

Region Sjælland indhentede en udtalelse fra KMD, kontaktede producenten af de omtvistede produkter (som indledningsvist ikke svarede på henvendelsen), afholdt møde med KMD, og fastholdt herefter overfor NetNordic, at KMD's tilbud var konditionsmæssigt.

Region Sjælland underskrev kontrakten med KMD den 7. september 2018. Senere den 7. september 2018 fremsendte producenten dog i en mail svar til Region Sjælland, hvoraf fremgik, at mindstekrav vedr. *Standard projektor til et mindre lokale* (Mindstekrav 21) ikke var opfyldt.

Klagenævnet for Udbud henviste indledningsvist til, at en ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud, jf. udbudslovens § 164, stk. 2, og at ordregiveren ikke må indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, hvis ordregiveren før kontraktindgåelsen bliver bekendt med, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver er ukonditionsmæssigt, samt at det som udgangspunkt er op til ordregiveren at vurdere, hvordan kravet om effektiv kontrol skal opfyldes, herunder hvilke undersøgelser der skal iværksættes. Det vil ud fra de konkrete omstændigheder være tilstrækkeligt for ordregiveren at anmode den vindende tilbudsgiver om på ny at bekræfte, at de stillede (mindste)krav vil

blive overholdt, og at anmode om en vis redegørelse eller dokumentation for, hvordan det vil ske. Kravene til den vindende tilbudsgivers redegørelse og eventuelle dokumentation må i øvrigt afhænge af de konkrete forhold, herunder karakteren af klagerens indsigelser, den vindende tilbudsgivers muligheder for at fremlægge egentlig dokumentation før kontraktstart og ordregiverens erfaring på området for den udbudte kontrakt og egne undersøgelser.

Klagenævnet for Udbud fandt, at der som følge af NetNordics henvendelse til region Sjælland blev skabt en sådan tvivl, at Region Sjælland var forpligtet til efter udbudslovens § 164, stk. 2, at foretage en effektiv kontrol af, om KMD's tilbud var konditionsmæssigt i forhold til de mindstekrav, som NetNordic havde henvendt regionens opmærksomhed på.

Klagenævnet for Udbud fandt imidlertid hverken, at det var godtgjort, at KMD's tilbud var ukonditionsmæssigt, eller at Region Sjælland ikke havde foretaget en effektiv kontrol ved de ovennævnte bestræbelser, og tog dermed ikke NetNordics påstande til følge.

Link til kendelsen [her](#).

Lovforslaget om ændring af udbudsloven vedtaget af Folketinget

Lovforslaget om ændring af udbudsloven blev vedtaget af Folketinget d. 26. februar 2019 og træder således i kræft den 1. juli 2019, hvorefter reglerne finder anvendelse på alle udbud som offentliggøres på denne dato og fremefter.

Det følger af ændringsloven, at udbudslovens § 160, stk. 1, ændres således:

En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Som vi har angivet i vores omtale af ændringsforslaget i vores nyhedsbrev fra november 2018, er formålet med pligten til at fastlægge og beskrive evalueringsmodellen i udbudsmaterialet at styrke den forudgående gennemsigtighed og understøtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne (læs evt. vores nyhedsbrev fra november 2018 [her](#)).

Det kan læses direkte ud af forarbejderne til ændringsloven, at der med lovforslaget tilsigtes at ændre retstilstanden, som denne er udformet via praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvorefter den nugældende pligt efter udbudslovens § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoder ikke udelukker, at dele af evalueringsmodellen i visse situationer kan undtages fra offentliggørelse (læs fx om Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017 i sagen *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland* i vores udbudsretlige nyhedsbrev fra august 2017 [her](#)).

Med ændringsloven er der således gjort op med denne retstilstand og nu fastlagt en pligt for ordregiverne til ikke kun at fastlægge evalueringsmodellen før ordregivere åbner tilbuddene, men til at fastlægge, beskrive og offentliggøre *alle dele* af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet.

Loven indfører endvidere et krav om, at ordregivere i forbindelse med gennemførelse af udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end DKK 350 mio. eksklusive moms, og hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, skal foretage evalueringen af de kvalitative kriterier adskilt fra og uden viden om evalueringen af pris.

Bestemmelse indebærer, at ordregiver skal adskille vurderingen af de indkomne tilbuds kvalitet fra vurderingen af de indkomne tilbuds priser. Med adskillelse menes, at ordregiver foretager sin kvalitetsvurdering af tilbuddene uden at kende priserne i de indkomne tilbud.

Formålet med bestemmelsen er at fjerne risikoen for, at kendskabet til priserne på indkomne tilbud påvirker ordregivers vurdering af de kvalitative kriterier. Når ordregiver allerede kender prisen i tilbuddet ved vurderingen af kvalitet, kan der således være risiko for, at kendskabet til priserne får en afsmittende effekt på vurderingen af kvalitet. Der er dermed ifølge forslaget risiko for, at tilbuddets kvalitet enten over- eller undervurderes.

Link til den vedtagne ændringslov kan findes [her](#).

LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK



Tilmeld/afmeld 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.