



UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

Domstolen ved den Europæiske Unions domstol (EU-Domstolen) har i en præjudiciel sag afsagt en dom om den ordregivende myndigheds rettigheder og pligter i forbindelse med indhentelse af supplerende oplysninger fra en tilbudsgiver. Dommen er relevant, da dette emne ofte giver anledning til tvivlsspørgsmål i praksis, herunder fordi Klagenævnet for Udbud fortolker forhandlingsforbuddet og det udbudsretlige ligebehandlingsprincip meget strengt.

Klagenævnet for Udbud afsagde den 28. marts 2012 i sagen Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland en delkendelse om opsættende virkning, hvor Klagenævnet for Udbud undtagelsesvist tillagde klagen opsættende virkning. Kendelsen er samtidigt et skrækindjagende eksempel på, hvor galt det kan gå, hvis ordregiveren ikke er meget omhyggelig med at udfylde udbudsbekendtgørelsen korrekt.

Der er sendt et forslag til ændring af implementeringsbekendtgørelsen i høring, der inkorporerer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og Klagenævnet for Udbuds fortolkning af udbudsdirektivets artikel 32 om, hvorledes tildeling af ordrer på en rammeaftale skal ske.

EU-Domstolens dom i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl.

Dommen vedrører en præjudiciel forelæggelse fra en domstol i Slovakiet. Baggrunden for sagen var, at to leverandørkonsortier af forskellige grunde havde fået afvist deres tilbud om levering af tjenester vedrørende opkrævning af vejafgifter på bl.a. motorveje.

Dommen behandler dels spørgsmålet om ordregivers forpligtelse til at anmode om supplerende oplysninger, når ordregiver anser et bud for unormalt lavt. Da denne forpligtelse følger direkte af udbudsdirektivets artikel 55 udtalte Domstolen - ikke overraskende - at før en ordregivende myndighed kan afvise et tilbud som unormalt lavt, skal ordregiver skriftligt anmode tilbudsgiveren om relevante oplysninger om tilbuddets sammensætning.

Domstolen udtaler sig imidlertid ligeledes om ordregivers mulighed for at anmode om supplerende oplysninger, når et tilbud er upræcist eller ikke er i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne. Dette spørgsmål giver i praksis ofte anledning til tvivl, da Klagenævnet for Udbud har en meget streng fortolkning af ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet, som i praksis fører til, at den mindste kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver, som fører til præciseringer af tilbuddet, risikerer at indebærer en overtrædelse af forhandlingsforbuddet.

På dette punkt må Domstolens udtalelser i dommen derfor anses for at være af mere principiel betydning.

Domstolen anfører indledningsvist om dette spørgsmål, at udgangspunktet er, at når tilbudsgiverne har afgivet deres tilbud, kan tilbuddet i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ. Princippet om ligebehandling af ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således i forbindelse med denne procedure til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden ansøger, jf. præmis 36 og 37. Dette svarer til det princip, som Domstolen fastslog allerede i sagen om de Wallonske busser tilbage i 1996, jf. sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, og i sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, og dette er i overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds restriktive praksis på området.

Det præciseres endvidere i dommen, at en tilbudsgiver har pligt til at udvise omhu ved udarbejdelsen af sit tilbud.

Herefter præciserer Domstolen, at det hverken følger af udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip eller gennemsigtighedsforpligtelse, at den ordregivende myndighed i en sådan situation **er forpligtet til at tage kontakt** til de berørte ansøgere, jf. præmis 38. Dette er der heller ikke noget nyt i.

Domstolen udtaler imidlertid herefter, at artikel 2 i udbudsdirektivet **ikke** er til hinder for, at tilbudsgiverne anmodes om at berigtige eller supplere deres tilbud, fordi tilbuddet "*åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud*", jf. præmis 40.

Domstolen udtaler i præmis 41 videre, at hvis den ordregivende myndighed benytter sig af denne adgang, så påhviler det den ordregivende myndighed at behandle de forskellige ansøgere ens og rimeligt, således at en sådan fremgangsmåde ikke kan føre til, at nogle tilbudsgivere begunstiges eller forskelsbehandles frem for andre.

Sammenfattende kan konkluderes, at Domstolens dom på dette punkt afklarer, at ordregiver er berettiget, men ikke forpligtet til at anmode tilbudsgivere om at korrigere og præcisere åbenlyse indholdsmæssige fejl i et tilbud, forudsat at dette ikke giver anledning til, at der fremsættes et nyt tilbud og forudsat,

at alle tilbudsgivere får samme adgang, jf. samme princip i § 12 i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 (implementeringsbekendtgørelsen), der giver ordregivere en ret, men ikke en pligt til at anmode tilbudsgivere om at berigtige rent formelle fejl, men ikke indholdsmæssige fejl.

Spørgsmålet i praksis bliver herefter, hvor grænsen går mellem adgang til lovlig korrigerende af *åbenlyse indholdsmæssige fejl og præciseringer* og ulovlige ændringer af tilbuddet. Det skal der nok komme sager om i fremtiden.

Link til dommen [her](#).

Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 28. marts 2012 i sagen Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland

I ovennævnte delkendelse om opsættende virkning tillagde Klagenævnet for Udbud undtagelsesvist en klage opsættende virkning, idet Klagenævnet for Udbud fandt, at alle tre betingelser herfor var opfyldt.

Vi henviser til vores udbudsretlige nyhedsbrev nr. 1, hvor det på side 5 nærmere blev gennemgået, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at en klage kan tillægges opsættende virkning.

Den pågældende sag vedrørte et EU-udbud af en rammeaftale om levering af kaffe til kaffeautomater, som skulle indgås på vegne af både Region Sjælland, Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark.

Klagen indeholdt en række klagepunkter, men Klagenævnet for Udbud tog i sin delkendelse om opsættende virkning kun stilling til den første påstand, som gik på, at Region Sjælland havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved på vegne af de fire andre regioner at have tildelt to aftaler til en leverandør, uden at disse var nævnt i udbudsbekendtgørelsen som ordregivende myndigheder.

Helt konkret var det kun Region Sjælland, der indledningsvist var angivet som ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen. I rubrikken i udbudsbekendtgørelsen, hvor der kan krydses af i en rubrik med "Ja" eller "Nej" om ordregiver *indkøber på vegne andre myndigheder*, var der ifølge referatet i delkendelsen sat kryds i rubrikken "Nej".

Længere fremme i udbudsbekendtgørelsen under beskrivelsen af kontraktgenstanden var alle regionerne anført i den danske, men ikke i den engelske version af udbudsbekendtgørelsen.

Indklagede forsvarede sig med, at der kun er mulighed for at angive én ordregivende myndighed i punkt I.1 i udbudsbekendtgørelsen, og at der var angivet NUTS-koder for samtlige omhandlede regioner, og at det udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsens II.1.5 samt bekendtgørelsens afsnit om både delaftale 1 og delaftale 2, fremgik, at også Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark var omfattet af udbuddet *som selvstændige kontraktthavere*. Disse oplysninger fremgik imidlertid kun af den danske version af udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet for Udbud udtalte følgende på s. 11 i sin delkendelse om opsættende virkning:

"I den danske version er alene Region Sjælland anført som ordregiver og det er oplyst, at denne region ikke indkøber på vegne af andre myndigheder. I bekendtgørelsens beskrivelse af kontraktgenstanden er derimod alle regionerne anført, og i bekendtgørelsens beskrivelse af leveringssted er NUTS kode for alle regionerne anført. Evalueringen er, jf. beskrivelsen i evalueringsrapporten, foretaget af Region Sjælland alene, evalueringen er, jf. svaret på spørgsmål 43, foretaget samlet for alle regioner uden hensyntagen til de enkelte regioners indkøbsbehov, og udbudsbetingelserne gav ikke mulighed for at byde på mindre end 90 % af delaftale 1.

Der er ikke anført oplysninger i bekendtgørelsens afsnit til supplerende oplysninger.

Udbudsbekendtgørelsens formål er at sikre, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at få kendskab til og dermed også for at overveje, om den udbudte anskaffelse har en sådan størrelse og karakter, at virksomheden er interesseret i at deltage i udbudsprocessen. Det er derfor væsentligt, at bekendtgørelsen indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, at bekendtgørelsen er udformet på en gennemsigtig måde, og at bekendtgørelsen beskriver de faktiske forhold af betydning for vurderingen.

Det er på grundlag heraf ikke på det foreliggende udsigtsløst for klageren at få medhold i påstand 1.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at også denne betingelse under hensyn til karakteren af den mulige overtrædelse jf. påstand 1, er opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interessevejning) bemærker klagenævnet, at klagerens interesse i at opnå mulighed for, at klagerens tilbud indgår ved en fornyet sammenligning af tilbuddene eller i at opnå annullation af tildelingsbeslutningen, før kontrakt er indgået, under de foreliggende omstændigheder findes at overstige såvel den samfundsmæssige interesse i, at der af leveringssikkerhedsmæssige grunde hurtigt indgås aftale, som I.M. Frellsen Kaffe I/S' og indklages interesse i, at kontrakten indgås nu.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning."

Et link til kendelsen findes [her](#).

Kendelsen er relevant for alle, der foretager indkøb på vegne af andre ordregivende myndigheder, idet den viser, hvor væsentligt det er at være meget præcis i forbindelse med udformningen af udbudsbekendtgørelsen. Herudover kan kendelsen ses som et eksempel på, at visse grovere typer af fejl kan føre til en lempet vurdering af betingelse nr. 2 for opsættende virkning.

Sammenhold med Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. januar 2011 i sag *KIDS Leg & Lær A/S mod K17 - Indkøbsfællesskabet for kommunerne i Region Sjælland*. Link til denne kendelse findes [her](#).

Ændring af implementeringsbekendtgørelsen

Et forslag til ændring af implementeringsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) er sendt i høring den 12. april 2012.

Det foreslås, at der indsættes en ny § 12a, der nærmere beskriver, hvorledes tildeling af en kontrakt skal ske, når ordregiver har indgået en rammeaftale med flere økonomiske aktører.

Bestemmelsen er i realiteten en dansk implementering af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, hvorefter tildeling af en kontrakt baseret på rammeaftalen skal ske enten på grundlag af 1) de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen uden iværksættelse af fornyet konkurrence, eller 2) fornyet konkurrence på de betingelser, der er fastsat i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, 2. led.

Følgende foreslås præciseret i den nye bestemmelse:

En rammeaftale kan indeholde vilkår om både direkte tildeling og miniudbud, jf. § 12a, stk. 2.

Såfremt rammeaftalen indeholder vilkår om anvendelse af både direkte tildeling og miniudbud, skal ordregiveres valg mellem procedurerne træffes på grundlag af objektive, ikke-diskriminerende og gennemsigtige kriterier, jf. § 12a, stk. 3. Disse kriterier kan bl.a. være:

- 1) såfremt rammeaftalen er opdelt i delaftaler, kan rammeaftalen fastsætte, at kontrakter vedrørende en given delaftale skal tildeles direkte, mens kontrakter vedrørende en anden delaftale skal tildeles ved miniudbud,
- 2) rammeaftalen kan fastsætte, at kontrakter vedrørende visse ydelser skal tildeles direkte, mens kontrakter vedrørende andre ydelser skal tildeles ved miniudbud,
- 3) rammeaftalen kan fastsætte, at varekontrakter op til en bestemt mængde skal tildeles direkte, mens varekontrakter over en sådan bestemt mængde skal tildeles ved miniudbud.

Ordregiver skal angive kriterierne i selve rammeaftalen og i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende rammeaftalen, jf. § 12a, stk. 4.

Link til forslag til ændringsbekendtgørelse, der er sat til at træde i kraft den 15. juni 2012, findes [her](#).

Den ændrede bekendtgørelse må formentlig ses som et resultat af den megen debat og usikkerhed, der hersker i praksis om, hvorledes kontrakter under rammeaftaler lovlig kan tildeles, bl.a. som følge af at de procedurer og metoder, som SKI tidligere anvendte, hvorefter der bl.a. var frit valg mellem miniudbud og direkte tildeling, gentagne gange er blevet underkendt af Klagenævnet for Udbud.

Ændringen afspejler endvidere Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 4. januar 2011 om anvendelse af SKI's rammeaftale 17.01 herunder om Lolland Kommunes tildeling af rådgivningsydelse.

Link til udtalelsen [her](#).

Invitation til seminar den 7. juni 2012 om aktuelle udbudsretlige emner med særlig fokus på modeller til brug for gennemførelse af tilbudsevaluering.

Nielsen Nørager inviterer interesserede til et gratis seminar om aktuelle udbudsretlige emner torsdag den 7. juni 2012, kl. 09.15-12.00. Seminaret afholdes i vore egne lokaler på Strøget i København.

Hvis tilslutningen begrundes det, vil seminaret blive gentaget onsdag den 20. juni 2012, kl. 09.15-12.00.

Emnerne omfatter gennemgang af udvalgte dele af den seneste udbudsretlige praksis, særligt i relation til tilbudsevaluering, fordele og ulemper ved anvendelse af forskellige evalueringsmodeller i praksis, samt en drøftelse af best practice vedrørende sådanne modeller, brugen af evalueringsrapporter og kravene til begrundelser.

Oplægsholdere vil være advokat Lotte Hummelshøj og advokat Henrik Peytz, der begge er erfarne udbudsretsadvokater.

Deltagelse er gratis, men da der er begrænset deltagerantal på seminarerne, gælder først til mølle princippet. Tilmelding sker pr. mail til bfk@nnlaw.dk.

Kursusbeviser kan udstedes.

Link til program og invitation [her](#).



LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



HENRIK PEYTZ
ADVOKAT (H), MBA
HP@NNLAW.DK



KATRINE LAPP
ADVOKATFULDMÆGTIG
KL@NNLAW.DK

NIELSEN NØRAGER

Frederiksberggade 16
1459 København K
Tel 33 11 45 45
Fax 33 11 80 81
www.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, advokat Betina Schiønning, advokatfuldmægtig Katrine Lapp og advokatfuldmægtig Line Godsk.

DETTE NYHEDSBREV KAN IKKE ERSTATTE JURIDISK RÅDGIVNING. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB OG DE OVENNÆVNTENDE 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.