



## UDBUDSRETSLIGT NYHEDSBREV

*Der er siden maj måned afsagt en del relevante kendelser og domme, hvoraf et udpluk omtales nedenfor. EU-Domstolen har afsagt en principiel dom i en sag Kommissionen havde anlagt mod Holland om anvendelse af miljømærker i forbindelse med formuleringen af tekniske specifikationer. Endvidere er der afsagt en dom fra Højesteret om bevisbyrden i forbindelse med erstatningssager og en dom fra Vestre Landsret om udformningen af kravspecifikation i forbindelse med udbud af brede varesortimenter.*

### **EU-Domstolens dom i sag C-368/10, Kommissionen mod Holland om formuleringen af miljøkrav i udbudsbetingelserne**

EU-Domstolen afgjorde den 10. maj 2012 et traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen mod Holland vedrørende anvendelse af miljømærker ved formuleringen af tekniske specifikationer og tildelingskriterier.

Den hollandske provins Noord-Holland havde i en udbudsbekendtgørelse til et udbud om levering og drift af kaffeautomater ønsket at sikre, at leverandøren anvendte såkaldte "fair-trade" produkter, hvorfor ordregiver i de tekniske specifikationer havde fastsat, at produkterne skulle være mærket med mærkerne MAX HAVELAAR og EKO. Ordregiver havde senere tilkendegivet over for tilbudsgiverne, at mærker med sammenlignelige eller identiske specifikationer var lige så tilfredsstillende. Endvidere havde ordregiver krævet, at tilbudsgiverne opfyldte "kriterier for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar".

For så vidt angår angivelsen af EKO (et hollandsk miljømærke), udtalte Domstolen, at de ordregivende myndigheder i henhold til artikel 23, stk. 6, andet afsnit, kan angive, at varer, der er forsynet med et givent miljømærke, hvis detaljerede specifikationer ordregiver har anvendt, anses for at opfylde de tekni-

ske specifikationer, men det er ikke tilladt alene at anvende selve miljømærket som specifikation. Ordregiver kunne heller ikke i sagen "reparere" på dette ved at udsende et efterfølgende rettelsesblad til tilbudsgivere, da man ikke ved en sådan procedure kunne ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet. Der skal således også tages hensyn de til tilbudsgivere, der på baggrund af udbudsbetingelsernes indhold har undladt at afgive tilbud.

Domstolen tog endvidere stilling til et krav om, at tilbudsgiver i det væsentlige skulle overholde "kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar" navnlig ved at medvirke til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og medvirken til en miljøteknisk, socialt og økonomisk forsvarlig kaffeproduktion. Domstolen fandt, at kravet reelt var et minimumskrav i forbindelse med udvælgelsen, som ikke var lovligt. Endvidere fandt Domstolen, at kravet var så løst formuleret, at det var i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Endelig fandt Domstolen, at de anvendte tildelingskriterier var uforenelige med udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a), da den omstændighed, at produkterne var udstyret med bestemte mærker, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med valget af det økonomisk mest fordelagtige bud, uden at de bagvedliggende kriterier for disse mærker var opregnet, og uden at det i øvrigt var tilladt, at det ved ethvert andet passende bevis blev godtgjort, at et produkt konkret opfyldte disse bagvedliggende kriterier.

Dommen er væsentlig, idet den præciserer indholdet af udbudsdirektivets artikel 23, stk. 6, således at en ordregiver ikke blot kan angive et miljømærke som teknisk specifikation, men også skal opliste de nøjagtige specifikationer, der ligger til grund for dette miljømærke. Derudover giver dommen retningslinjer for udbud, hvor ordregiver ønsker at stille særlige krav til bæredygtighed mv.

Link til EU-Domstolens dom i sag C-368/10 [her](#).

### **Højesterets dom af 15. juni 2012 i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet om bl.a. bevisbyrden i forbindelse med erstatning for positiv opfyldelsesinteresse**

Kystdirektoratet havde udbudt minerydning på den jyske halvø Skallingen ved en resultatkontrakt, således at tilbudsgiverne selv skulle bære risikoen for valg af materiale og metode.

Højesteret lagde til grund, at Kystdirektoratet kort efter tildelingsbeslutningen var blevet klar over, at det vindende tilbud (fra tilbudsgiveren Minegruppen) indeholdt et forbehold om, at tilbudsgivers udstyr kunne spore de genstande, der skulle ryddes. Forbeholdet overvæltede risikoen for udstyrets anvendelighed på Kystdirektoratet i strid med udbudsbetingelserne.

Højesteret fandt, at Kystdirektoratet i medfør af udbudsdirektivets artikel 2 derfor var forpligtet til at se bort fra Minegruppens tilbud.

Hvis Kystdirektoratet have handlet i overensstemmelse med udbudsreglerne, ville en anden tilbudsgivers bud have været det mest fordelagtige tilbud blandt de tilbageværende tilbud.

Højesteret fandt, at det påhvilede Kystdirektoratet, som havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise Minegruppens tilbud, at sandsynliggøre, at Kystdirektoratet, hvis Minegruppens tilbud var blevet afvist, ikke ville have antaget det andet tilbud, men i stedet ville have annulleret udbuddet. Denne bevisbyrde fandt Højesteret ikke, at Kystdirektoratet havde løftet, og den anden tilbudsgiver havde derfor krav på erstatning for det tab, som var lidt ved, at budet ikke blev antaget.

Højesteret fastsatte en skønsmæssig erstatning på 4 mio. kr. til den pågældende tilbudsgiver. Udmålingen fastsattes bl.a. under hensyn til usikkerheden om, hvorvidt den pågældende kunne have realiseret et dækningsbidrag på 8 %, som påstået.

Afgørelsen bekræfter Klagenævnets praksis om adgangen til at tage forbehold. Den ordregivende myndighed har således fortsat pligt til at forkaste et tilbud, som indeholder forbehold, hvis myndigheden i udbudsbetingelserne har bestemt, at sådanne forbehold ikke accepteres.

Afgørelsen bekræfter endvidere, at det er op til en forbigået tilbudsgiver at godtgøre, at dennes tilbud ville have været antaget, hvis ikke udbudsreglerne havde været overtrådt, men det følger også af dommen, at det under visse omstændigheder er ordregiveren, der skal sandsynliggøre i tilstrækkelig grad, at tilbuddet ikke ville være blevet antaget, og at der i stedet ville være sket annullation.

Link til Højesterets dom af 15. juni 2012 [her](#).

### **Vestre Landsrets dom af 3. juli 2012 om 12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune mod AV Form A/S om udbud af brede varesortimenter**

Vestre Landsret har afsagt dom i en sag, hvor en leverandør havde klaget over, at en indkøbscentral bestående af en række jyske og fynske kommuner havde givet en eksisterende leverandør en fordel ved angiveligt at tilpasse tilbudslisten til den eksisterende leverandørs varesortiment.

Landsretten stadfæstede Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. marts 2011 og fandt dermed, at ordregiver havde overtrådt udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at beskrive ydelsen på en sådan måde, at den lå meget tæt op ad beskrivelserne i den hidtidige leverandørs varekatalog. Landsretten fandt, at dette havde givet den hidtidige leverandør en konkurrencefordel, som indkøbscentralen ikke havde forsøgt at udligne på tilstrækkelig vis.

Landsretten tillagde det ikke afgørende betydning, at de udbudte varer var almindelige handelsvarer, som alle potentielle leverandører på markedet ville kunne skaffe, og at varebeskrivelserne i tilbudslisten var i overensstemmelse med gængs praksis for varebeskrivelser inden for det udbudte område. Tilbudslisten adskilte sig dog fra tilbudslisterne ved tidligere udbud på samme område, ved at omfatte over 2000 varelinier.

Landsretten fandt – modsat Klagenævnet for Udbud - at underkriteriet "sortimentsbredde" var egnet til at indgå ved identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, også selv om 80 % af det udbudte sortiment var obligatorisk.

Landsretten pålagde med dommen indkøbscentralen at bringe kontrakten med vinderen af udbuddet til ophør. Landsretten henviste i sine præmisser dels til en tidligere sag fra Retten i Herning, hvor indkøbscentralen havde tildelt til den samme tilbudsgiver, og hvor byretten havde konstateret så væsentlige overtrædelser, at kontrakten blev påbudt ophævet, samt til, at kontrakten mellem de to parter indeholdt en bestemmelse om, at kontrakten kunne ophæves, hvis tildelingen blev underkendt.

Dommen illustrerer herved, at der alt andet lige kan være større risiko for ophævelse af kontrakter, der indeholder sådanne klausuler. Dette må afvejes over for de fordele, en ordregiver jo også vil have af en sådan klausul.

**Kendelse af 20. august 2012 i sagen Intego A/S mod NRGi Net A/S – forkert beregning af omsætningen ved anvendelse af en undtagelsesbestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivet førte til, at en kontrakt blev erklæret for uden virkning**

NRGi Net udbød efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en aftale om levering af ca. 150.000 elmålere med tilhørende fjernaflæsningsudstyr. I udbudsbekendtgørelsen var anført, at monteringsarbejdet ville blive varetaget in-house via NRGi Nets søsterselskab EL:CON El-Anlæg A/S. Klagesagen drejede sig om, hvorvidt udførelsen af monteringsarbejdet også skulle have været udbudt.

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 23 finder direktivets regler ikke anvendelse på udbud af f.eks. bygge- og anlægskontrakter, som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed, hvis mindst 80 % af den gennemsnitlige omsætning af bygge- og anlægsarbejder, som den tilknyttede virksomhed har haft i løbet af de seneste tre år, hidrører fra levering af bygge- og anlægsarbejder til de virksomheder, den er tilknyttet.

Intego klagede via sin brancheorganisation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over, at NRGi Net ved opgørelse af omsætning for EL:CON ikke havde medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der udførte samme ydelser i henhold til andre kontrakttyper og lignende ydelser i form af særskilte kontrakter eller i sammenhæng med andre ydelser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgav en vejledende udtalelse, hvorefter betingelserne for anvendelse af udbudsdirektivets artikel 23 var opfyldte, idet styrelsen i sin udtalelse lagde til grund, at det var virksomhedens generelle omsætning af bygge- og anlægsopgaver, der skulle indgå i vurderingen af, om omsætningskravet var opfyldt, og at monteringsarbejdet dermed ikke skulle udbydes.

Intego klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og nedlagde påstand om, at nævnet skulle erklære kontrakten for uden virkning med henvisning til, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 må fortolkes snævert og med henvisning til, at også andre selskabers omsætning skulle indgå i opgørelsen af omsætningen for den tilknyttede virksomhed.

Klagenævnet for Udbud fandt, at omsætningen skulle opgøres samlet inden for hver anskaffelseskategori (varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder) uden hensyntagen til den nærmere karakter af eller sammenhængen mellem de forskellige anskaffelser inden for hver kategori. Klagenævnet for Udbud fandt, at NRGi Net havde overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivet ved alene at medregne særskilte kontrakter om serieinstallation af elmålere, og at omsætningen hos samtlige tilknyttede virksomheder,

der udførte opgaver, der var omfattet af CPV-referencen "installation af el-armaturer", som måtte antages at være »samme eller lignende« ydelser, skulle have været medregnet, hvilket ikke var tilfældet.

Derved var omsætningskravet for at anvende undtagelsesbestemmelsen ikke opfyldt efter Klagenævnet for Udbuds vurdering.

Da NRGi Net herefter havde indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse på grund af en fejlfortolkning af anvendelsesområdet for forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, blev kontrakten erklæret for uden virkning.

Link til Klagenævnets kendelse af 20. august 2012 [her](#).

### **Kendelse fra Klagenævnet for udbud af 29. juni 2012 i sagen Gambro Danmark mod Region Sjælland – endnu et eksempel på, hvor væsentligt det er, at udbudsbekendtgørelsen udfyldes korrekt**

Region Sjælland udbød en rammeaftale om indkøb af dialysemaskiner mv. Gambro Danmark indgav klage over flere forhold herunder bl.a., at der i udbudsbekendtgørelsen var givet en for kort tilbudsfrist, samt at det i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.4.2 var anført, at der ikke er lovbestemte frister for indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet gav Gambro Danmark medhold i, at det var en overtrædelse af udbudsreglerne, at Region Sjælland ikke havde angivet en korrekt tilbudsfrist og havde angivet, at der ikke er lovbestemte klagefrister. Endvidere fandt Klagenævnet, at det antagne tilbud burde have været afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke overholdt mindstekrav i kravspecifikationen.

Klagenævnet fandt også, at der var begået en række andre overtrædelser, og samlet set førte dette til annullation af tildelingsbeslutningen.

Link til Klagenævnets kendelse af 28. juni 2012 [her](#).

### **Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 8. juni 2012 i sagen Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune**

Aalborg Kommune udbød ved begrænset udbud to delaftaler om indsamling af dagrenovation. Marius Pedersen indgav efterfølgende klage over de anvendte underkriterier, idet Marius Pedersen gjorde gældende, at underkriteriet "Tilbudt organisation" ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men alene var egnet til at klarlægge tilbudsgivernes almindelige egnethed.

Klagenævnet tog påstanden til følge med henvisning til, at underkriteriet efter sin karakter og det i øvrigt foreliggende om den opgave, der ønskedes løst, ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men alene i denne situation var egnet til at klarlægge tilbudsgivernes almindelige egnethed til at varetage opgaven.

Denne kendelse ligger i forlængelse af Klagenævnets tidligere praksis og illustrerer vigtigheden af, at ordregiver er omhyggelig ved fastlæggelsen af henholdsvis udvælgelseskriterier og underkriterier/konkurrencekrav og omhyggelig med at skelne mellem disse. Fastlæggelse af underkriterier skal ske under hensyntagen til den udbudte ydelse. Det må udledes af denne kendelse, at hvis den udbudte ydelse er af relativt enkel karakter, så kan ordregiver ikke vælge underkriterier, hvor der lægges stor vægt på nøglepersoners kompetencer mv.

Link til Klagenævnets kendelse af 8. juni 2012 [her](#).

### Status på implementeringsbekendtgørelsen

Som nævnt i udbudsretligt nyhedsbrev nr. 3 fra maj 2012, var der fremsat forslag om ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjensteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (implementeringsbekendtgørelsen).

Høringsfristen udløb den 17. august 2012, og ændringsbekendtgørelsen trådte i kraft 19. august 2012.

Link til ændringsbekendtgørelsen findes [her](#).

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



**KATRINE LAPP**  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
KL@NNLAW.DK



**LINE GODSK**  
ADVOKATFULDMÆGTIG  
LG@NNLAW.DK

## NIELSEN NØRAGER



Tilmeld dig nyhedsbrevet [her](#). For at scanne skal du have en app på din tablet eller smartphone.

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 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.