



UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

Der er i løbet af efteråret afsagt en del kendelser fra Klagenævnet for Udbud om evalueringsmodeller, hvoraf et par stykker omtales nedenfor.

Seneste praksis om annullation af udbud omtales også samt et par udtalelser fra Konkurrencestyrelsen om forholdet mellem servicelovens § 112 og udbudsreglerne. Disse udtalelser er relevante for ordregivere, der løbende udbyder hjælpemidler.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. oktober 2012, Forenede Service A/S mod Danmarks Tekniske Universitet, der igen fastslår, at en sproglig evalueringsmodel kan være lovlig.

Sagen vedrørte et EU-udbud af en rengøringsydelse, hvor tildeling af kontrakten var sket på baggrund af en sproglig evalueringsmodel. En forbigået tilbudsgiver gjorde bl.a. gældende, at modellen var uigenkendselig, ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og ikke sikrede en overholdelse af den udmeldte vægtning af de enkelte underkriterier, hvor pris vægtede 55 % og kvalitet samlet 45 %.

Klagenævnet for Udbud gav ikke medhold i disse klagepunkter og udtalte bl.a. følgende i kendelsen:

"Indklagede har i evalueringen af tilbuddene ikke anvendt et karakter- eller pointsystem, men derimod en sproglig baseret evaluering. En sådan evaluering er lovlig. Der er således ikke krav om, at en ordregiver giver karakter eller point for derved at kunne beregne en

samlet karakter i forhold til underkriteriernes vægtning. Det afgørende er den reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper.

Der er udbudsretligt som udgangspunkt ikke krav om, at det i udbudsbetingelserne er angivet, hvorledes delkriterier vil blive vægtet. Vælger indklagede en usædvanlig, unaturlig eller meget skæv vægtning af offentliggjorte delkriterier, skal vægtningen dog oplyses, hvis det må antages at ville have været af væsentlig betydning for tilbudsgiverne at kende denne vægtning."

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. oktober 2012 [her](#).

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension (ATP), der igen fastslår, at en relativ evalueringsmodel på pris kan være lovlig.

Sagen vedrørte et EU-udbud af en tjenesteydelse om posthåndtering og journalisering. Der var kun to tilbudsgivere. Den forbigåede tilbudsgiver indgav en klage og gjorde bl.a. gældende, at ATP ikke ved tilbudsevalueringen havde anvendt en pointmodel for underkriteriet pris, som sikrede den i udbudsbetingelserne foreskrevne vægtning af dette underkriterium. Der var to underkriterier. Pris, som vægtede 45 %. Opfyldelse af krav, som vægtede 55%. Pointmodellen gik ud på følgende: I relation til begge underkriterier blev der anvendt en pointskala fra 0-16. For underkriteriet pris fik tilbuddene point, således at gennemsnittet af tilbudspriserne blev karakteriseret som en "target price". Tilbud med tilbudspris under 75 % af " target price " fik 16 point, og tilbud med 75% over "target price" fik 0 point. De indkomne tilbud blev efterfølgende tildelt point ved lineær interpolation mellem disse to yderpunkter.

Klageren gjorde gældende, at modellen ikke i tilstrækkelig grad havde afspejlet, at den valgte tilbudsgivers tilbudspris var ca. 49 % højere end klagerens tilbudspris.

Klagenævnet for Udbud tog ikke klagepunktet til følge med følgende begrundelse:

"Data Scanning A/S tilbød en pris, der var 48,8 % dyrere end Recall Danmark A/S. Den anvendte model indebar, at tilbuddet fra Datascanning A/S i relation til underkriteriet »Pris« fik karakteren 5,9, mens Recall Danmark A/S fik karakteren 10,1. Recall Danmark A/S fik således ca. 71,2 % flere point end Recall Danmark A/S. Der er allerede på den baggrund ikke grundlag for at antage, at den anvendte model har bevirket, at underkriteriet »Pris« er kommet til at vægte mindre end de fastsatte 45 %, således som indklagede gør gældende. Allerede fordi Data Scannings tilbud opnåede en 53,4 % bedre score på »Opfyldelse af krav«, end tilbuddet fra Recall Danmark A/S gjorde, er der heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at den indbyrdes vægtning mellem underkriterierne er konkret skulle være blevet ændret.

Påstanden tages ikke til følge."

Kendelsen er én ud af en række nyere kendelser der fastslår, at en relativ evalueringsmodel på pris i mange tilfælde er en fuldt ud lovlig måde at evaluere pris på, så længe den overholder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. RenoNorden kendelsen af 9. januar 2012 skal derfor ikke udlægges som

et udtryk for, at en relativ evalueringsmodel på pris i ethvert tilfælde er ulovlig. Dette gælder kun i de særlige tilfælde, hvor den oplyste vægtning af pris ikke kommer tilstrækkeligt til udtryk.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. november 2012 [her](#).

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2012, Svejgaard-Galst Advokataktieselskab mod Frederiksberg Kommune, der igen bekræfter, at ordregiver har en meget vid annullationsret.

Sagen vedrørte et udbud efter tilbudslovens kapitel II af advokatydelser. Kommunen annullerede udbuddet, inden der var truffet tildelingsbeslutning, fordi den pointmodel, som kommunen havde angivet i udbudsbetingelserne til evaluering af tilbuddenes timepriser, viste sig at være uanvendelig på grund af et meget stort spænd i de priser, som de forskellige tilbudsgivere havde oplyst. Kommunen valgte ikke at tage en senere oplyst revideret pris fra klager i betragtning, uanset at denne pris ville have gjort evalueringsmodellen anvendelig.

Klagenævnet udtalte i kendelsen, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser, herunder særligt forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet. Herudover gælder ingen kontraheringspligt. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at antage, at kommunen ikke skulle have overholdt traktatens grundlæggende bestemmelser og forbuddet mod forskelsbehandling, og vurderede i øvrigt, at annullationen var oplagt velbegrundet, og at der ikke var grundlag for at antage, at ordregiver bevidst ville undgå klager som tilbudsgiver. Dette resultat nåede klagenævnet frem til, uanset at der i det fornyede udbud var tilføjet minimumskrav, som klager ikke kunne honorere.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2012 [her](#).

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. august 2012, Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening. Ligeledes et eksempel, der belyser rammerne for ordregivers adgang til annulation af et udbud.

Sagen vedrørte et EU-udbud af en rammeaftale om indkøb af høreapparater. Udbuddet blev annulleret, efter at ordregiver havde underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen med den begrundelse, at ordregiver efterfølgende var blevet opmærksom på, at kun 2 tilbud – heriblandt klagers – kunne antages, og målet om det brede sortiment ville således ikke kunne nås.

Klagenævnet slog i kendelses præmisser fast, at der skal *overordentligt* meget til, før en annulation vil være usaglig – kun når traktatens grundlæggende bestemmelser, herunder forbuddet mod forskelsbehandling, ikke overholdes. En tilbudsgiver kan ikke have en berettiget forventning om at få en kontrakt. Klagenævnet tillagde ikke klagers anbringende om, at annullationen var usaglig, fordi den havde til hensigt at tilgodese de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke var konditionsmæssige, betydning.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. august 2012 [her](#).

Resultatet i disse kendelser er i tråd med Højesterets afgørelse i sagen ISS A/S mod Silkeborg Kommune, der er omtalt i nyhedsbrev nr. 1, årgang 1, marts 2012.

Til sammenligning er der kun et enkelt eksempel fra nyere praksis, hvor Klagenævnet fastslog, at en annulation var usaglig. Det er kendelse af 16. februar 2011, *Dansk Glas A/S mod Christians Sogns Menighedsråd*, der vedrørte en tilbudsindhentning efter tilbudsloven i form af underhåndsbud på etablering af nye forsatsvinduer i Christians Kirke. Tildelingskriteriet var laveste pris.

I denne sag annullerede menighedsrådet udbuddet med den begrundelse, at der var sket en procedurefejl i forhold til tilbudsloven. Klagenævnet lagde dog op til, at denne begrundelse var forkert, idet annulation reelt var begrundet i, at menighedsrådet ikke ønskede, at den klager, som havde afgivet et tilbud med laveste pris, skulle have ordren, fordi menighedsrådet fandt ud af, at klager havde en dårlig økonomi.

Klagenævnet udtalte i sagen, at en annulation normalt ikke vil være en overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling, da alle tilbudsgivere behandles ens ved en annulation, men i denne sag, hvor klager havde afgivet et tilbud med laveste pris, og hvor tilbudsindhentningen blev annulleret for at undgå, at klageren udførte opgaven, har virkningen af annulationen ikke været ens for tilbudsgiverne, og annulation var derfor ikke saglig.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 12. juli 2012 vedrørende en klage over Center for Hjælpemidler og Kommunikations manglende udbud af indkøb af arm- og benproteser omfattet af Servicelovens § 112 om hjælpemidler til personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne Udtalelsen vedrører spørgsmålet om, hvornår der foreligger en gensidigt bebyrdende aftale.

Sagen vedrørte en række kommuners lovpligtige støtte til borgeres arm- og benproteser. Kommunerne havde oprettet et fælles Center for Hjælpemidler og Kommunikation (CHK), der på vegne af kommunerne behandlede ansøgninger om bl.a. støtte til køb af arm- og benproteser.

Konkurrencestyrelsen udtalte, at det ikke var en "leverandøraftale" efter § 112, stk. 2, at kommunerne havde en oversigt over en række leverandører af disse hjælpemidler, idet kommunerne var forpligtede til at yde støtte til det *bedst egnede og billigste* hjælpemiddel uanset leverandør. Aftalerne om levering af proteser blev indgået mellem borger og leverandør og var således ikke en *gensidigt bebyrdende aftale* for kommunen. Dermed var der efter Styrelsens opfattelse ikke udbudspligt for kommunerne. Det faktum, at CHK indhentede tilbud fra to leverandører efter borgerens eget valg var alene udtryk for en beregningsmetode til at fastlægge prisen for *det bedste og billigste egnede* hjælpemiddel og dermed det beløb, som borgeren skulle støttes med.

Udtalelsen kan læses [her](#).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 4. september 2012 om udbudspligt af leverandøraftaler efter Servicelovens § 112, stk. 2, der også vedrørte spørgsmålet om, hvornår der foreligger en gensidigt bebyrdende aftale.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog i denne udtalelse, at en kommune, der vælger at indgå leverandøraftaler efter servicelovens § 112, stk. 2, indgår en gensidigt bebyrdende aftale med den valgte leverandør, fordi det i disse tilfælde er kommunen, der indkøber og betaler direkte for de personlige hjælpemidler og efterfølgende leverer dem som naturalhjælp eller udlån til borgerne.

Det er altså Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at kommuner, der ønsker at indgå leverandøraftaler efter servicelovens § 112, stk. 2, skal udbyde sådanne aftaler efter udbudsreglerne. Indgår en kommune ikke en sådan leverandøraftale, medfører det ikke pligt til at sende individuelle indkøb af personlige hjælpemidler i udbud, såfremt der indhentes tilbud på borgerens foranstaltning til fastsættelse af prisniveauet for det *bedst egnede og billigste* hjælpemiddel, svarende til det pligtige tilskudsbeløb.

Det bemærkes, at udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene er vejledende og ikke binder Klagenævnet for Udbud.

Den vejledende udtalelse kan læses [her](#).

Se også nyhedsbrev nr. 1, årgang 1, marts 2012, der omtaler en kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 10. februar 2012, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Frederiksberg Kommune*, der fastslår, at en kommunes aftale med en skorstensfejer om udførelse af lovpligtigt skorstensfejerarbejde i kommunen, ikke udgjorde en gensidigt bebyrdende aftale, da vederlaget for ydelserne ikke blev betalt af kommunen, men af borgerne, hvorfor kommunens aftale med skorstensfejeren ikke var udbudspligtig.

Annonceringspligt for Bilag II-B tjenesteydelser forventes at ophøre ultimo 2012.

Erhvervs- og vækstministeren fremsatte den 10. oktober 2012 forslag til lov om ændring af tilbudsloven og lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

Lovforslaget er et led i udmøntningen af *Aftale om kommunernes økonomi for 2013 af 10. juni 2012*. Formålet med ændringen af tilbudsloven er at lempe annonceringspligten ved at friholde kontrakter vedrørende bilag II B-tjenesteydelser (f.eks. sundheds- og socialydelser, juridiske tjenesteydelser, hotel- og restaurationsvirksomhed) fra tilbudslovens regler om annonceringspligt, således at offentlige ressourcer ved indgåelse af offentlige kontrakter kan anvendes mere effektivt. Derudover stilles der forslag om, at kommunerne skal have friere adgang til at udføre opgaver for andre offentlige myndigheder.

Loven forventes at træde i kraft 1. januar 2013.

Lovforslaget kan læses [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



GUNVER HEIMDAL-KEJ
ADVOKATFULDMÆGTIG
GHK@NNLAW.DK



LINE GODSK
ADVOKATFULDMÆGTIG
LG@NNLAW.DK

NIELSEN NØRAGER



Tilmeld/frameld 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 Gunver Heimdal-Kej, 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.