



NR. 1, ÅRGANG 2, JANUAR 2013

UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

Der er allerede afsagt flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud i 2013. To af de mest interessante omtales kort nedenfor.

Der er sket væsentlige ændringer i den udbudsretlige lovgivning, og flere er på vej. 2013 blev således indledt med en ophævelse af tilbudslovens regler om annonceringspligt for bilag II B-tjenesteydelser pr. 1. januar 2013, og et udkast til ændring af Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. er sendt i høring. Begge ændringer omtales kort nedenfor.

Nielsen Nørager afholder et klientseminar om aktuel udbudsret onsdag den 27. februar 2013. Deltag og bliv opdateret på den seneste udvikling i praksis og væsentlig ny lovgivning, der lige er vedtaget eller er på vej, herunder hvad ændringerne i tilbudsloven betyder for dig som offentlig ordregiver eller privat tilbudsgiver. Link til program for seminar den 27. februar 2013 [her](#).

Der afholdes endvidere et klientseminar om udbudsret for tilbudsgivere onsdag den 6. marts 2013. Afgivelse af tilbud efter udbudsreglerne er et stort og meget tidskrævende arbejde. Det er ærgerligt og spild af gode kostbare ressourcer, hvis et i øvrigt kommercielt godt tilbud bliver afvist på grund af fejl, som skyldes ukendskab til udbudsreglerne. Deltag i seminaret og få et overblik over de dele af udbudsreglerne, der især er relevante for tilbudsgivere med henblik på fremover at undgå de værste faldgruber. Link til program for seminar den 6. marts 2013 [her](#).

Deltagelse på begge seminarer er gratis.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S fastslår, at en pointmodel skal fastsættes under hensyntagen til de konkrete forhold i udbuddet

Metroselskabet I/S udbød en bygge- og anlægskontrakt om etablering af metroens cityring i København, inklusive etablering af ca. 16 km dobbelttunnel og 17 stationer med et samlet anlægsbudget på mere end 21 mia. kr.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne Pris (60 %) og Teknisk Kvalitet (40 %). Den del af MET 4 JV Cityringen Tender Offices klage, der er af størst generel interesse, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den anvendte pointmodel indebar en forrykkelse af denne indbyrdes vægtning. Pointmodellen havde point fra 0-60, og det fremgår af sagsfremstillingen, at ordregiver havde lagt sig fast på modellen før udløbet af udbudsfristen. For underkriteriet Pris havde Metroselskabet I/S skønnet den forventede spredning i tilbudspriserne til 30 % fra 1.400 mio. euro. Ét lavere point på skalaen for underkriteriet Pris repræsenterede således en tilbudspris, der var ca. 52 mio. kr. højere.

Klagenævnet for Udbud afviste i kendelsens præmisser et argument fra klager om, at en vægtning på 60:40 indebar, at en forskel i tilbudspriserne på 1 % skulle kunne opvejes af en 1,5 % højere score for underkriteriet Teknisk Kvalitet, allerede fordi skalaen for Teknisk Kvalitet ikke kan fastlægges med objektiv sikkerhed.

Klagenævnet for Udbud udtalte endvidere, at den anvendte pointmodel, der indebar en relativ stejl kurve for pointtildelingen for underkriteriet Pris, i mange udbud kunne risikere at forrykke den fastsatte vægtning af priskriteriet. I den konkrete sag var det imidlertid ikke tilfældet, idet Klagenævnet for Udbud navnlig lagde vægt på, at: *"der var tale om en meget stor, kompliceret og langvarig bygge- og anlægsopgave med priser i to-cifrede milliardbeløb, og at opgaven ville indebære betydelige materiel- og personaleudgifter for den vindende tilbudsgiver, hvor priskonkurrencen på forhånd som udgangspunkt måtte forventes at være begrænset til en mindre andel af den samlede pris. Tilbudsgiverne kunne på den baggrund ikke forvente, at indklagede ville fordele pointene efter en så »flad« linje, som tilfældet ville have været efter en model, hvor maksimum blev givet til det billigste tilbud, og 0 point blev givet til det tilbud, der var dobbelt så dyrt."*

Med henvisning til den konstaterede spredning mellem tilbudspriserne, der relativt set var lille, men repræsenterede store forskelle i absolutte tal (mere end 151 mio. euro), fandt Klagenævnet for Udbud, at modellen var i stand til at afspejle de beløbsmæssige forskelle, og at modellen uanset kurvens stejlhed konkret ikke havde ændret på den fastsatte indbyrdes vægtning af underkriterierne.

Klagenævnet for Udbud fandt i øvrigt ikke grundlag for, at den vindende tilbudsgiver skulle have været afvist ved prækvalifikationen, idet MET 4 JV Cityringens indsigelser primært vedrørte prækvalifikationskrav, der enten var for upræcise eller i øvrigt efter deres karakter ikke kunne danne grundlag for afvisning af en prækvalifikationsansøgning.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 2013 [her](#).

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, tilkendes klager erstatning for positiv opfyldelsesinteresse

Kendelsen omtales, fordi den er et forholdsvis sjældent eksempel på, at Klagenævnet for Udbud har fundet, at betingelserne, for at tilkende en forbigået tilbudsgiver positiv opfyldelsesinteresse, er opfyldt.

Sagen vedrørte et udbud efter tilbudsloven.

I en kendelse af 27. juni 2012 fandt Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at beslutte at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, som havde afgivet et ukonditions-mæssigt tilbud. Link til denne kendelse findes [her](#).

Kendelsen af 16. januar 2013 vedrører erstatningspåstandene. Den indklagede ordregiver påstod, at der ikke gælder samme strenge ansvarsnorm efter tilbudslovens bestemmelser, som efter EU's udbudsregler, men dette fik ordregiveren ikke medhold i. Klagenævnet for Udbud fandt således, at indklagede havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at antage et tilbud fra en ukonditions-mæssig tilbudsgiver. Dermed havde ordregiveren handlet ansvars-pådragende.

Ordregiveren gjorde under sagen gældende, at ordregiveren ville have været nødsaget til at annullere udbuddet, hvis ikke den antagne tilbudsgivers tilbud var konditions-mæssigt, da de øvrige tre tilbud væ-sentligt overskred projektets budgetramme. Klagenævnet for Udbud udtalte, at da dette spørgsmål om, hvorvidt tilbud, der overskred en vejledende budgetramme, ville være konditions-mæssige, havde været genstand for spørgsmål og svar under udbudsprocessen, og ordregiveren havde svaret, at tilbud over den vejledende budgetramme ikke ville blive anset for ukonditions-mæssige, så var der ikke grundlag for at fastslå, at ordregiveren ville have været forpligtet til at annullere udbuddet, hvis ordregiveren havde handlet lovligt og afvist tilbuddet fra den antagne tilbudsgiver som ukonditions-mæssigt.

Klagenævnet for Udbud henviste videre til Højesterets dom af 15. juni 2012 i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (der er omtalt i udbudsretligt nyhedsbrev nr. 4, 2012) og lagde herefter til grund, at ordregiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis tilbuddet fra den ukonditions-mæssige tilbudsgiver var blevet afvist.

Udover ovennævnte blev der henvist til, at det fremgik af sagens oplysninger, at det var af væsentlig betydning for ordregiveren, at det byggeri, som udbuddet vedrørte, stod færdigt til skolestart i 2013.

Klagenævnet for Udbud fandt herefter, at klageren, der havde afgivet det næst mest økonomisk fordelag-tige tilbud, var berettiget til erstatning for sin positive opfyldelsesinteresse.

Klagerens erstatningskrav var ikke særligt veldokumenteret, herunder fremhævede Klagenævnet for Udbud i sine præmisser, at klageren ikke havde fremlagt regnskabs-mæssige oplysninger om det gen-nemsnitlige dækningsbidrag eller tilsvarende, som kunne bestyrke det opgjorte tal, og den nedlagte er-statningspåstand på kr. 3.924.776, blev herefter af Klagenævnet for Udbud nedsat skønsmæssigt til kr. 1.200.000.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. januar 2013 [her](#).

Reglerne om annonceringspligt for Bilag II B-tjenesteydelser er ophørt ultimo 2012

Folketinget vedtog den 6. december 2012 en ændring af tilbudsloven og en ændring af lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber. Loven trådte i kraft 1. januar 2013.

Formålet med ændringen af tilbudsloven er, ifølge lovbemærkningerne, at mindske ordregivers administrative byrder i forbindelse med annonceringspligten, således at offentlige ressourcer ved indgåelse af offentlige kontrakter kan anvendes mere effektivt.

For det første medfører lovændringen en fjernelse af den tidligere gældende annonceringspligt for de såkaldte bilag II B-tjenesteydelser (bl.a. kontrakter på social- og sundhedsydelser, juridiske ydelser, hotel- og restaurationsvirksomhed og undervisning). Ændringen betyder, at ordregiver ikke længere har pligt til at følge tilbudslovens regler om annoncering af bilag II B-tjenesteydelser, uanset kontraktens værdi. Såfremt kontraktværdien er over tærskelværdien for EU-udbud vil ordregiver dog fortsat være underlagt enkelte bestemmelser i udbudsdirektivet, herunder reglerne om tekniske specifikationer i udbudsdirektivets artikel 23 samt reglerne om offentliggørelse af en bekendtgørelse i EU-tidende om indgåelsen af en kontrakt i overensstemmelse udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4.

Selvom annonceringspligten nu er ophævet, vil ordregiver imidlertid fortsat være underlagt EU-Traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis det vurderes, at en opgave har en klar grænseoverskridende interesse.

Ophævelse af loven skaber derfor i en række tilfælde retsusikkerhed for ordregivere, idet det nu konkret fra sag til sag skal vurderes, om en offentlig kontrakt må vurderes at have grænseoverskridende interesse og dermed skal annonceres og i givet fald, hvilke spilleregler, der gælder for annonceringen.

For det andet medfører lovændringen, at kommunerne får friere adgang til at udføre opgaver for en anden offentlig myndighed, herunder en anden kommune. Dette sker ved at den tidligere gældende udbudsgrænse (500.000 kr.) for kommuners mulighed for at udføre opgaver for andre kommuner uden opgaven forinden har været udbudt, lempes til udbudsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelser. I 2012/2013 niveau er tærskelværdien sat til 1.489.820 kr. for kommuner og regioner og 968.383 for staten.

For det tredje indføres der en lovændring, der har til formål at øge kommuners og regioners mulighed for aktivt at deltage i selskaber. I forbindelse med vedtagelsen af lov om kommuners og regioners deltagelse i selskaber blev det vurderet hensigtsmæssigt at indsætte en maksimumgrænse for, hvor stor en andel af omsætningen i et selskab med kommunal eller regional deltagelse, der må hidrøre fra salg til andre end kommuner henholdsvis regioner. Ændringen af loven indebærer at omsætningsgrænsen for salg til andre end kommuner henholdsvis regioner nu sættes op fra 25 pct. til 50 pct.

Den vedtagne lov kan læses [her](#).

Ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne er sendt i høring

Ultimo 2012 blev der sendt et udkast til ændring af Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. i høring, der bl.a. indeholder forslag om forkortelse af klagefristerne, herunder er der forslag om, at klagefristen for klager over afslag på prækvalifikation nedsættes fra 30 dage til 15 dage, klagefristen over udbud af offentlige kontrakter nedsættes fra seks måneder til 30 kalenderdage og klagefristen for udbud af rammeaftaler nedsættes fra 12 måneder til seks måneder.

Der er endvidere forslag om at indføre klagefrister ved klager over overtrædelse af tilbudslovens bestemmelser.

Der er endvidere lagt op til, at klager i udbudssager ved Klagenævnet for Udbud skal kunne pålægges at betale sagsomkostninger til den offentlige ordregiver, hvis klager taber sagen. Det er præciseret i forarbejderne, at Klagenævnet for Udbud har mulighed for at afvise at behandle klager og afvise påstande, der ikke vil kunne medføre, at Klagenævnet for Udbud træffer afgørelse om, at de sanktioner, som Klagenævnet for Udbud kan anvende i medfør af håndhævelsesloven, anvendes.

Allerede i dag er der mange eksempler i Klagenævnet for Udbuds praksis på, at Klagenævnet for Udbud i en række tilfælde vælger kun at behandle en sag delvist og også nogle eksempler på, at klager er blevet afvist helt.

Formålet med denne ændring er, at begrænse antallet af åbenlyst ubegrundede klager og medvirke til at frigøre ressourcer hos Klagenævnet for Udbud således, at sagsbehandlingstiden kan nedbringes.

Ifølge lovforslaget er der uklarhed i dag i praksis om de udbudsretlige konsekvenser for den enkelte bruger af en rammeaftale, når der konstateres fejl på en rammeaftale udbudt af en indkøbscentral. Denne usikkerhed er aktualiseret af flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud.

Der er derfor fremsat forslag, hvor det præciseres, at en kontrakt indgået på baggrund af en rammeaftale ikke kan erklæres for uden virkning, hvis tildelingsbeslutningen for rammeaftalen ikke er annulleret på tidspunktet for afkald af den konkrete ordre på grundlag af rammeaftalen.

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



REBECCA VIKJÆR SANDHOLT
ADVOKAT
RVS@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, advokat Rebecca Vikjær Sandholt, 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.