



## UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Allerførst vil vi ønske vores klienter og samarbejdspartnere samt øvrige modtagere af vores nyhedsbrev godt nytår. Nedenfor gennemgår vi et relevant uddrag af praksis siden sidste nyhedsbrev fra starten af november 2016, hvor især en kendelse om krav til indhold af underretningen til tilbudsgivere, hvis tilbud er blevet anset for ukonditionsmæssigt (uantageligt), påkalder sig interesse.

Vi vil endvidere invitere til klientseminar den 1. marts 2017 med emnerne *opdatering af udvalgte udbudsretlige emner, håndtering af aktindsigtsbegæringer og samspillet mellem udbuds- og statsstøttereglerne*, og hvor der i øvrigt er mulighed for at blive opdateret på udvalgte udbudsretlige problemstillinger, herunder regler og praksis i det første år med den nye udbudslov. Link til programmet findes [her](#).

### **Adgangen til at anvende proportionalitetsprincippet i forbindelse med udelukkelse af ansøgere/tilbudsgivere**

Den 14. december 2016 afsagde EU-Domstolen dom i sagen C-171/15. Sagen var anlagt præjudicielt for EU-Domstolen i forbindelse med en tvist imellem Connexxion Taxi Services BV (Connexxion) og Den Nederlandske Stat – Ministeriet for offentlig sundhed, velvære og sport.

Sagen vedrører fortolkning af art. 45, stk. 2 i direktiv 2004/18 (Det gamle udbudsdirektiv), herunder litra d) om udelukkelse af en ansøger/tilbudsgiver, der i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl.

Sagen var anlagt af Connexxion, efter Ministeriet for offentlig sundhed, velvære og sport (Ministeriet) havde udbudt en kontrakt om levering af "social og rekreativ interregional transport af personer med begrænset bevægelsesevne". Som udelukkelsesgrund gjaldt art. 45, stk. 2, litra d). Ministeriet tildelte kontrakten til *virksomhedssammenslutningen* og meddelte Connexxion, at dennes tilbud var endt på andenpladsen.

Efter tildelingen viste det sig, at *virksomhedssammenslutningen* var omfattet af den nævnte udelukkelsesgrund. Ministeriet var af den opfattelse, at der var tale om en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, men fastholdt afgørelsen om at tildele kontrakten til *virksomhedssammenslutningen* med den begrundelse, at det ville være uforholdsmæssigt at udelukke nævnte sammenslutning på grundlag af en sådan fejl.

Det fulgte af forarbejderne til den hollandske bekendtgørelse om gennemførelse af direktiv 2004/18, at afgørelsen af, om der i forbindelse med et udbud skal ske udelukkelse, altid skal vurderes på en forholdsmæssig og ikke-diskriminerende måde. De ordregivende myndigheder skal således vurdere fra sag til sag, om en virksomhed skal udelukkes fra den omhandlede offentlige udbudsprocedure. Efter at det er fastslået, at der er begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, er den ordregivende myndighed således forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at afgøre, om der i det konkrete tilfælde er grundlag for at udelukke ophavsmanden til denne fejl.

Med de præjudicielle spørgsmål, som er forelagt EU-Domstolen af *Hoge Raad der Nederlanden* (Nederlandenes øverste domstol), tager EU-domstolen stilling til, om det er i strid med art. 45, stk. 2 i direktiv 2004/18, at en ordregivende myndighed efter national ret er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, faktisk skal udelukkes.

EU-Domstolen fastslår, at direktivets artikel 45, stk. 2 overlader anvendelsen af de syv udelukkelsestilfælde, som er indeholdt heri og som vedrører ansøgernes faglige hæderlighed, solvens og troværdighed, til medlemsstaternes skøn. Medlemsstaterne har kompetence til at lempe kriterierne i bestemmelsen eller gøre dem mere fleksible.

EU-Domstolen udtaler herefter, at det ikke er i strid med EU-retten, at en ordregivende myndighed efter en national bestemmelse er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om en ansøger, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, faktisk skal udelukkes, og at dette fremgår af udbudsbetingelserne.

I dommen udtaler EU-Domstolen endvidere, at det dog vil være i strid med EU-retten, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl, hvis det er angivet i udbudsbetingelserne, at en sådan tilbudsgiver nødvendigvis skal udelukkes, uden at den forholdsmæssige karakter af denne sanktion skal tages i betragtning, dvs. uden at udbudsbetingelserne henviser til, at vurderingen af, om der er begået en alvorlig faglig fejl, skal ske i lyset af proportionalitetsprincippet, idet det vil kunne give anledning til, at nogle ansøgere, der er bevidste om, at de har begået en fejl i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, der kan kvalificeres som alvorlig, kunne være fristet til at afgive tilbud i det håb, at de ikke vil blive udelukket på grundlag af en yderligere

undersøgelse af deres situation under anvendelse af proportionalitetsprincippet, mens andre, der befinder sig i en sammenlignelig situation, vil afholde sig fra at afgive et sådant tilbud, idet de forlader sig på ordlyden af denne udelukkelsesklausul, der ikke omtaler en sådan proportionalitetsprøvelse. Den sidstnævnte situation vil i særlig grad kunne vedrøre erhvervsdrivende i andre medlemsstater, som har et mindre kendskab til indholdet af den relevante nationale lovgivning.

#### *Kommentar*

Som det fremgår af sidstnævnte afsnit ovenfor, er det i henhold til gennemsigtighedsprincippet et krav, at udbudsbetingelserne er formuleret klart, præcist og utvetydigt, således at de økonomiske aktører kan forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde. Det er der intet nyt i. Det nye i dommen er, at hvis en proportionalitetsvurdering kun fremgår af national ret, mens udbudsbetingelserne, herunder ordlyden af udbudsannoncen, har en ordlyd, hvorefter en ansøger, der har begået en alvorlig faglig fejl nødvendigvis skal udelukkes, så kan ordregivere ikke afvise at udelukke en sådan ansøger under henvisning til proportionalitetsprincippet. Dommen betyder derfor, at det fremadrettet vil være en god idé i udbudsbetingelserne og udbudsannoncen at henvise til, at vurderingen af, om der skal ske udelukkelse pga. en alvorlig faglig fejl, skal ske under henvisning til proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 137, hvis ordregiver ønsker at kunne anvende dette princip ved vurderingen. Dette gælder fordi, Domstolen endnu engang gentager det, den har udtalt mange gange, nemlig at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. Hvis ordregiver i udbudsbekendtgørelsen således har anført, at en alvorlig faglig fejl fører til udelukkelse, så er ordregiver forpligtiget til at udelukke, hvis en ansøger må vurderes at befinde sig i denne situation, medmindre det er åbenbart, at fejlen ikke er alvorlig, eller tilbudsgiver har foretaget self-cleaning i medfør af udbudslovens § 138.

Link til dommen [her](#).

#### **Klage over at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt - ikke taget til følge. Ordregiver havde ikke udvidet undersøgelsespligt som følge af sin sagkundskab**

Klagenævnet for Udbud kendelse af 16. december 2016, *Vossloh Nordic Switch System AB mod Banedanmark*

Klagen vedrører en rammeaftale om projektering, produktion og levering af højhastighedssporskifter til brug for bl.a. anlæggelse af den nye strækning København-Ringsted og yderligere vedligeholdelses- og fornyelsesbehov udbudt som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17 (det gamle Forsyningsvirksomhedsdirektiv).

Efter forhandlingsmøder med byderne Vossloh Nordic Switch System AB (Klager) og Voestalpine BWG GmbH (BWG) tildelte Banedanmark som ordregiver rammeaftalen til BWG. Klager indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud (Klagenævnet) blandt andet med påstand om, at BWG's tilbud var ukonditionsmæssigt, herunder idet det var Klagers synspunkt, at BWG's tilbud undlod at opfylde flere mindste-

krav, henholdsvis et grundlæggende element om en såkaldt "udskiftelig bevægelig hjertespid". Klager nedlagde endvidere påstand om annullation af Banedanmarks tildelingsbeslutning.

Banedanmark nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge.

Det var Klagers synspunkt, at idet Klager havde patent på den udskiftelige hjertespid, kunne BWG ikke have overholdt kravet i sit tilbud. Klager gjorde i den forbindelse gældende, at Banedanmark, som besidder Danmarks højeste ekspertise på indkøb af jernbanespor og sporskifter, for det første nøje havde udformet kravet og for det andet også med nemhed havde kunnet konstatere den manglende opfyldelse. Det forhold, at det måtte have formodningen imod sig, at udbudsmaterialet var udformet med en patenteret løsning, kunne ikke kan fritage Banedanmark fra at håndhæve og påse overholdelse af det pågældende mindstekrav, i særdeleshed ikke efter at Banedanmark blev gjort udtrykkeligt opmærksom på forholdet inden kontraktindgåelse.

Af BWG's tilbud fremgik, at tilbuddet var afgivet "i overensstemmelse med ovennævnte tilbudsbetingelser", og af tilbudslisten fremgik, at ydelserne udføres "i henhold til udbudsmaterialet", og at BWG havde tilbudt en pris for alle poster, herunder alle poster, hvor der er stillet krav om bevægelig hjertespid. BWG havde vedlagt en tegning af den bevægelige hjertespid, som BWG havde tilbudt at levere.

Klagenævnet fastslog, at det forhold, at Banedanmark besidder betydelig ekspertise med hensyn til sporskifter, ikke medfører, at Banedanmark har en udvidet undersøgelsespligt over for et tilbud, der i det hele fremstår konditions-mæssigt.

Endvidere anførte Klagenævnet, at der ikke i øvrigt var grundlag for at fastslå, at BWG havde afgivet et ukonditions-mæssigt tilbud.

Klagers påstande blev herefter ikke taget til følge.

#### *Kommentar*

Afgørelsen følger princippet om, at en ordregiver som udgangspunkt kan lægge oplysningerne i et tilbud til grund uden at kontrollere deres rigtighed.

Ordregiveren havde således ikke - som hævdet af Klageren - en udvidet undersøgelsespligt over for oplysningerne i tilbuddet som følge af sin sagkundskab.

Link til kendelsen [her](#).

#### **Berørte tilbudsgivere skal oplyses om tildelingsbeslutningen**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. december 2016, *Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune*

Klagen vedrører en rammeaftale om forsikringsydelser udbudt af Nyborg Kommune (Kommunen) som offentligt udbud i medfør udbudsloven med tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet* på grundlag af underkriterierne *Totalsummen af den årlige forsikringsudgift (Pris)*, der vægtede 60 % og *Service*, der vægtede 40 %.

Protector Forsikring Danmark (Protector) afgav tilbud, som af Kommunen blev fundet ikke-konditionsmæssigt. Sammen med Kommunens meddelelse om, at Protectors tilbud var fundet ikke-konditionsmæssigt meddelte Kommunen, at "*Stand still perioden igangsættes dags dato og udløber den 29. 11. 2016*", uden Kommunen dog afgav oplysning om, hvem kontrakten var blevet tildelt.

Protector indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud (Klagenævnet) med påstande om 1) den i udbudsbetingelserne angivne evalueringsmetode var uklar, 2) Kommunens afvisning af tilbuddet som ukonditionsmæssigt var i strid med udbudsreglerne, 3) rammeaftalens længde på 5 år var i strid med udbudslovens § 95, stk. 2 og 4) annullering af tildelingsbeslutning.

Protector havde anmodet Klagenævnet om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Kendelsen udgør Klagenævnets stillingtagen til anmodningen om opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte, at det følger af udbudslovens § 171, stk. 1, at en ordregiver skal underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren har truffet, herunder beslutninger om tildeling af kontrakt, jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3. Tilbudsgivere anses for berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukkede, og en udelukkelse er først endelig, når den er meddelt den berørte tilbudsgiver og enten er fundet berettiget af Klagenævnet eller ikke længere kan være genstand for en klageprocedure, fordi klagefristen er overskredet.

Endvidere anfører Klagenævnet, at begrebet "tildeling af kontrakt" må forstås således, at tilbudsgivere skal have underretning om, hvem der har vundet kontrakten. Med en henvisning til udbudslovens § 171, stk. 4, sammenholdt med stk. 1 anførte Klagenævnet således, at tilbudsgivere, hvis tilbud af ordregiveren anses for uantagelige, og som stadig er berørte, fordi klagefristen ikke er udløbet, i lighed med de øvrige tilbudsgivere skal have underretning om, hvem der har vundet kontrakten, idet der ellers mangler oplysning om og dokumentation for, at en underretning om tildeling af kontrakt er behørigt givet.

I henhold til udbudslovens § 171, stk. 4 er det således ikke tilstrækkeligt, at berørte tilbudsgivere alene underrettes om, hvornår standstill-perioden udløber.

Kommunen havde således ikke givet Protector underretning om, hvem der havde fået tildelt kontrakten, jf. ovenfor, og Klagenævnet fandt derfor ikke, at der forelå dokumentation for hvornår standstill-perioden var begyndt at løbe i henhold til § 3, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet havde derfor ikke mulighed for at kontrollere, om klagen allerede havde opsættende virkning i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2. Klagenævnets formand havde derfor ved modtagelsen af klagen truffet beslutning om, at klagen øjeblikkeligt var tillagt opsættende virkning efter

Lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, indtil spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning under klagesagens videre forløb, var afgjort af den formand, som ville få sagen tildelt.

Under henvisning til de alm. betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning (kravene om *fumus boni juris*, *uopsættelighed* og *interesseafvejning*) gik Klagenævnet herefter videre og tog stilling til, om klagen i det videre forløb skulle tillægges opsættende virkning.

Idet en rammeaftale efter udbudslovens § 95, stk. 2 højst kan have en løbetid på 4 år med mindre ekstraordinære tilfælde berettiger, at rammeaftalen indgås for en længere periode, og idet Kommunen ikke havde påvist sådanne ekstraordinære omstændigheder, fandt Klagenævnet, at der var udsigt til, at Protector ville få medhold i påstanden om, at rammeaftalen ikke lovligt kunne løbe mere end 4 år.

Klagenævnet udtalte, at idet overtrædelsen af udbudslovens § 95, stk. 2, som nævnt ovenfor, i almindelighed må anses for at være af væsentlig betydning, og idet det ikke på det for Klagenævnet foreliggende foreløbige grundlag kunne antages, at overtrædelsen alene var af formel karakter, var der udsigt til, at tildelingsbeslutningen ville blive annulleret. Klagenævnet fastslog således, at betingelsen om *fumus boni juris* var opfyldt.

I relation til betingelsen om uopsættelighed udtalte Klagenævnet, at da Protector ikke havde vedlagt ESPD-dokument for en underleverandør som påkrævet i henhold til udbudsbetingelserne, fandt Klagenævnet, at Potectors tilbud måtte anses for ikke-konditionsmæssigt. Protector ville således ikke lide et uopretteligt tab ved at skulle afvente Klagenævnets afgørelse af sagen, og betingelsen om uopsættelighed var således ikke opfyldt.

Klagenævnet tillagde derfor ikke klagen opsættende virkning.

#### *Kommentar*

Det er for offentlige ordregivere væsentligt at notere sig, at Klagenævnet i denne kendelse stiller krav om, at det ikke er tilstrækkeligt til at igangsætte standstill-perioden, at en tilbudsgiver, hvis tilbud skal afvises som ukonditionsmæssigt, får en begrundelse herfor samt meddelelse om hvornår standstill-perioden igangsættes, og hvornår den udløber, men at det er en betingelse for, at standstill-perioden igangsættes, at underretningen til en sådan ukonditionsmæssig tilbudsgiver også indeholder dokumentation for, hvornår standstill-perioden begynder at løbe.

Klagenævnet udtaler videre, at oplysningen om, hvem der har fået tildelt kontrakten, anses for en sådan dokumentation. Det er derfor væsentligt at notere sig, at denne information skal angives i underretningen til alle tilbudsgivere, herunder de tilbudsgivere, der har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud. Umiddelbart forekommer det at være en meget streng fortolkning af klagenævnslovens § 3 stk.1 henset til indholdet af den konkrete formulering i meddelelsen til den ukonditionsmæssige tilbudsgiver i den pågældende sag.

Link til kendelsen [her](#).

**Fortolkningsbidrag vedrørende udbudslovens § 151**

Det fremgår af udbudslovens § 151, stk. 1, at ordregiveren forud for tildelingsbeslutningen skal kræve, at tilbudsgiveren fremlægger dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD-dokumentet).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) har nu besvaret et spørgsmål om forståelsen af denne bestemmelse. Nærmere bestemt spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at indhente dokumentationen i standstill-perioden.

KFST har udtalt, at det ikke er muligt at indhente dokumentationen i standstill-perioden, da en beslutning om tildeling uden at have modtaget tilstrækkelig dokumentation ikke er endelig.

I sin begrundelse henviser KFST til udbudslovens § 159, stk. 2, hvoraf det blandt andet fremgår, at en ordregiver skal have verificeret oplysningerne afgivet i ESPD-dokumentet, førend der kan ske tildeling af kontrakten. Dette medfører, at der ikke kan være betingede tildelingsbeslutninger, hvor dele af verifikationen foretages efter tildelingsbeslutningen.

KFST henviser endvidere til § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud, hvor det er forudsat, at standstill-perioden først kan påbegyndes efter den endelige tildelingsbeslutning.

Det fremgår videre af KFST's svar, at når det følger af udbudslovens § 159, stk. 2, at ordregiveren inden tildelingsbeslutningen skal verificere en række forhold på baggrund af den fremsendte dokumentation, jf. indledningsvist ovenfor, vil en ordregivers godkendelse af den fremsendte dokumentation være et forhold, som kan påklages, og medføre at den vindende tilbudsgiver skulle være afvist. Når der alene er truffet en betinget tildelingsbeslutning, kan det derfor ikke udelukkes, at en forbigået tilbudsgiver vil klage over de forhold, der gør tildelingsbeslutningen betinget, dvs. ordregivers vurdering af, om den fremsendte dokumentation er tilstrækkelig.

I sådan tilfælde vil forbigåede tilbudsgivere ikke have en standstill-periode på 10 dage til at vurdere, om der skal klages over ordregiverens godkendelse af dokumentationen, og det vil derfor ikke være i overensstemmelse med formålet bag standstill-perioden.

Link til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens svar [her](#).

---oooOOOooo---

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](mailto:LH@NNLAW.DK)



MIA ANNE GANTZHORN  
ADVOKAT  
[MG@NNLAW.DK](mailto:MG@NNLAW.DK)



SEBASTIAN PEDERSEN  
ADVOKAT  
[SAP@NNLAW.DK](mailto:SAP@NNLAW.DK)

## NIELSEN NØRAGER

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 Mia Anne Gantzhorn og advokat Sebastian Asbjørn Pedersen.

Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på [www.nnlaw.dk](http://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 SPØRGSMAÅL I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.