



## UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

*Nedenfor får du et hurtigt overblik over de mest interessante kendelser i den seneste udbudsretlige praksis for Klagenævnet for Udbud siden sidste nyhedsbrev.*

### **Status på de nye udbudsdirektiver og udbudslovsudvalget**

Som oplyst i vores nyhedsbrev fra februar 2014, har EU's Ministerråd vedtaget de nye udbudsdirektiver. Det endelige direktiv kan ses i EU-Tidende [her](#). Direktivet skal implementeres i national lovgivning senest april 2016.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at udbudslovsudvalget er halvvejs og forventer at holde sidste møde i september 2014. Udvalget forventes at fremlægge forslag til én samlet lov. Erhvervs- og vækstministeren forventes at fremsætte lovforslaget i Folketinget i starten af 2015.

### **Nye vejledninger fra Konkurrence og Forbrugerstyrelsen**

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen har kort før påske offentliggjort en række nye vejledninger indenfor udbudsområdet, herunder om varetagelsen af sociale- og miljøhensyn, sortimentsudbud og funktionskrav.

Link til vejledningerne findes [her](#).

**I strid med tilbudsloven at indgå kontrakt med et selskab, der ikke har afgivet tilbud, men i perioden mellem tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen har overtaget alle aktiver og ordrer fra konkursboet.**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. marts 2014, Dansk Byggeri mod Viborg Kommune.

Viborg kommune havde iværksat en offentlig licitation efter tilbudsloven opdelt i 11 fagentrepriser om opførelse af en ny daginstitution. Viborg Kommune modtog syv tilbud på tømrerentreprisen, herunder fra Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksen (LTS). Viborg Kommune besluttede at indgå kontrakt med LTS og fremsendte en accept til underskrift. Viborg Kommune modtog herefter besked tilbage om, at LTS ville gå konkurs. Herefter fik Viborg Kommune oplyst af kurator, at alle igangværende arbejder og ordrer var overdraget til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS (LTS ApS). Viborg Kommune indgik herefter kontrakt med LTS ApS.

Dansk Byggeri klagede til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Viborg Kommune havde været uberettiget til at indgå kontrakt med LTS ApS, da denne virksomhed ikke havde afgivet tilbud under den forudgående licitation.

Viborg Kommune gjorde gældende, at overdragelsen af kontrakten til LTS ApS var sket under sådanne særlige omstændigheder, at overdragelsen ikke var en kontraktindgåelse i tilbudslovens forstand, og dermed ikke underlagt udbudspligt, jf. sag C-456/06, Presstext. Endvidere var kontrakten i øvrigt indgået på nøjagtigt samme vilkår som den oprindelige kontrakt, og den nye kontrahent besad samme kvalifikationer som LTS. Viborg Kommune henviste også til artikel 72 i forslaget til nyt udbudsdirektiv, som tilkendegiver, at praksis skal fortolkes lempeligt, når det kommer til kontraktoverdragelse i konkurstilfælde.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at da LTS ApS ikke havde afgivet tilbud under licitationen, var Viborg Kommune ikke berettiget til at tildele opgaven til LTS ApS.

I stedet for eventuelt at tildele kontrakten til næstlavest bydende, så tildelte Kommunen kontrakten til en virksomhed, der ikke havde afgivet tilbud ved licitationen. Den foreliggende situation adskilte sig derfor væsentligt fra tilfælde, hvor tilbudsgiveren tages under konkursbehandling efter, at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, jf. Presstext-dommen. Klagenævnet for Udbud bemærkede også, at allerede fordi artikel 72 i forslaget til nyt udbudsdirektiv vedrører "ændringer af kontrakter i deres løbetid", var bestemmelsen ikke anvendelig i denne sag, da der jo aldrig var indgået en kontrakt.

*Kommentar:*

I denne sag var der aldrig indgået en kontrakt med det konkursramte selskab, hvilket medførte, at kontrakten ikke kunne overdrages. Det forhold, at alle aktiver og ordrer overgik til det nye selskab som følge af en konkurs ændrede ikke på, at det ikke var den samme juridiske person, der havde afgivet tilbud på licitationen, som den der fik tildelt kontrakten. Presstext-sagen og artikel 72 i det nye udbudsdirektiv var derfor ikke anvendeligt, da sagen ikke vedrørte ændringer i en indgået kontrakt i dens løbetid.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse [her](#).

**At tilbud overstiger en af ordregiver tilkendegivet budgetramme medfører ikke, at tilbudene er "ikke forskriftsmæssige", og at der kan overgås til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. marts 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen.

Bygningsstyrelsen udbød som begrænset udbud en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen (Panum-komplekset). Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Bygningsstyrelsen alene modtaget tilbud fra HSHansen A/S (HSH) og Waagner Brio AG (WB). Det begrænsede udbud blev imidlertid aflyst, idet Bygningsstyrelsen fandt, at de to tilbud ikke var forskriftsmæssige, fordi de overskred budgettet på 150 mio. kr., som Bygningsstyrelsen havde udmeldt i udbudsbetingelserne (tilbuddene lød på henholdsvis 209 og 274 mio. kr.). Der blev efterfølgende gennemført to efter hinanden følgende udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), og kontrakten blev tildelt WB.

HSH gjorde gældende, at Bygningsstyrelsen ikke havde været berettiget til at anvende proceduren i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), idet det forhold, at tilbuddene overstred den budgetmæssige ramme, ikke kunne indebære, at tilbuddene var "uantagelige efter nationale bestemmelser", jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a). Bygningsstyrelsen havde heroverfor henvist til EU-Kommissionens vejledning til det tidligere tjenesteydelsesdirektiv, hvoraf fremgik, at et uantageligt tilbud f.eks. kan være, at en pris er for høj i forhold til ordregiverens budget.

Klagenævnet for Udbud fandt, at det forhold, at de afgivne tilbud ligger over ordregiverens budget, ikke i sig selv medfører, at tilbuddene kan anses for at være "ikke forskriftsmæssige" eller "uantagelige efter nationale forskrifter" med den følge, at ordregiveren kan overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a). Derimod kan dette være tilfældet, hvis budgettet har været forud fastsat og tilkendegivet som bindende over for tilbudsgiverne i udbudsbetingelserne (på samme vis som ved omvendt licitation).

Dette var dog ikke tilfældet i denne sag, hvor angivelsen af budgettet på 150 mio. kr., som blev oplyst under 'særlige udbudsbetingelser', ikke havde haft en sådan karakter, at overskridelse kunne medføre, at tilbuddene var "ikke forskriftsmæssige". Endvidere fremgik det af det efterfølgende forhandlingsforløb, at Bygningsstyrelsen havde tilrettelagt prisevalueringen således, at den omfattede et spænd fra 180 mio. kr. til 270 mio. kr., hvilket også understøttede, at budgetrammen ikke kunne anses for bindende.

Klagenævnet for Udbud nåede derfor frem til, at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28, jf. artikel 30, stk. 1, litra a), ved at overgå til udbud med forhandling efter det begrænsede udbud. Klagenævnet for udbud annullerede derfor Bygningsstyrelsens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet for Udbud afviste at erklære kontrakten for uden virkning, idet Bygningsstyrelsen havde indrykket bekendtgørelser med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed i overensstemmelse med håndhævelseslovens § 4. Det forhold, at klageren allerede havde indgivet klage til Klagenævnet for Udbud inden Bygningsstyrelsen indrykkede bekendtgørelserne, kunne ikke ændre på det, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta mod Erhvervsskolen Nordsjælland.

*Kommentar:*

Kendelsen viser, at der skal meget til, for at en overskridelse af ordregivers budgetramme kan medføre, at et tilbud ikke er forskriftsmæssigt, således at dette kan anvendes som grundlag for at overgå til udbud med forhandling. De konkrete omstændigheder i sagen, herunder prisniveauet under de efterfølgende forhandlinger, har dog nok også spillet en rolle for resultatet. Det bemærkes, at også i denne kendelse inddrager Klagenævnet for Udbud i sine præmisser en henvisning til det nye udbudsdirektiv.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse [her](#).

**Kontrakt om vagttjenester i Danmark havde ikke grænseoverskridende interesse**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. marts 2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark.

Region Syddanmark havde indhentet tilbud på en kontrakt om varetagelse af sikkerhedsfunktionen på psykiatrisk afdeling. Da der var tale om en bilag II B tjenesteydelse, havde Regionerne henvendt sig direkte til 4 potentielle tilbudsgivere uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, herunder til G4S Security Services A/S (G4S), som dog ikke blev tildelt kontrakten.

G4S klagede herefter til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at kontrakten havde en klar grænseoverskridende interesse, og at den derfor var underlagt traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvorfor der burde have været offentliggjort en udbudsbekendtgørelse. Regionerne nedlagde påstand om afvisning, fordi kontrakten ikke efter Regionernes opfattelse havde en grænseoverskridende interesse, og dermed ikke var omfattet af Klagenævnet for Udbuds kompetence.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at det er den ordregivende myndighed, der har ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling har grænseoverskridende interesse. Ved denne vurdering skal der foretages en samlet vurdering af alle de omstændigheder, der gør sig gældende i det konkrete tilfælde, herunder kontraktens genstand og anslåede værdi, særlige forhold der kendetegner den berørte sektor, og det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. En sådan vurdering havde Region Syddanmark foretaget.

Klagenævnet for Udbud udtalte videre, at tjenesteydelser omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet er medtaget på listen ud fra en antagelse om, at de ikke umiddelbart frembyder en grænseoverskridende interesse, og der må derfor påvises mere end blot en teoretisk potentiel grænseoverskridende interesse. Fordi den omhandlede kontrakt alene kunne udføres ved fysisk tilstedeværelse i Danmark, og da der var stillet et sagligt og proportionalt krav om, at medarbejdere, der skulle udføre opgaven, skulle kunne tale og forstå dansk, samt at udøvelse af vagtvirksomhed i Danmark er betinget af en autorisation, fandt Klagenævnet for Udbud efter en samlet vurdering, at den udbudte kontrakt ikke havde en grænseoverskridende interesse, og klagen blev derfor afvist.

*Kommentar:*

Kendelsen er interessant, idet den illustrerer, hvornår en kontrakt kan have grænseoverskridende interesse og dermed – på trods af, at der ikke længere er annonceringspligt for kontrakter omfattet af bilag

II B til udbudsdirektivet – alligevel kan være en pligt for ordregiver til forudgående annoncering/offentliggørelse.

Se ligeledes om grænseoverskridende interesse vores omtale af sagen vedrørende Danmarks Radios køb af tekstning og oversættelse af DR's tv-programmer i [nyhedsbrev nr. 2, juni 2013](#).

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse [her](#).

### **Evalueringsmodel for pris, hvor hele pointskalaen ikke blev anvendt, var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet.

Udenrigsministeriet (UM) udbød som udbud med forhandling efter direktiv 2009/81/EF (forsvars- og sikkerhedsdirektivet) en rammeaftale om køb og levering af armerede køretøjer med en løbetid på fem år med option på forlængelse i 2 x 1 år.

Underkriteriet pris vægtede 70 %, og var delt op i to delkriterier: "anskaffelsespris" (80 %) og "rabat/tilbagekøb" (20 %). På "anskaffelsespris" afgav tilbudsgiverne følgende priser:

Copenhagen Global A/S (CG): 2.023.497,50 EUR

Damasec IAG JV (Damasec): 1.970.205,90 EUR

Jankel Armouring Limited (JA): 2.200.434,50 EUR.

Om evalueringen af dette delkriterium var det fastsat, at der var en gearing på 40 %, således at laveste tilbud blev tildelt 5 point og tilbud, som var 40 % dyrere end laveste tilbudte pris, blev tildelt 1 point. Dette medførte at tilbuddene på dette delkriterium blev tildelt point på henholdsvis 4,73, 5,00 og 3,83.

Ved evalueringen af "rabat/tilbagekøb" var der fastsat en gearing på 100 %, således at laveste tilbudte procentsats blev tildelt 5 point og tilbud, hvor procentsatsen var 100 % højere end laveste, blev tildelt 1 point. Dette medførte, at tilbuddene på "rabat" fik følgende point: JA 5,00 point, Damasec 4,84 point, CG 4,00 point, og på "tilbagekøb": JA 5,00 point, Copenhagen Global A/S 3,65 point, Damasec 2,86 point.

I alt fik tilbuddene følgende samlede vægtede score for underkriteriet "pris": CG 3,19 point, Damasec 3,34 point og JA 2,84 point.

Damasec klagede til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at UM's evalueringsmodel ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, idet den ikke var retvisende i forhold til den konstaterede procentuelle forskel på 11,69 % mellem laveste tilbudspris (Damasec) og højeste tilbudspris, og at det måtte anses som usandsynligt, at indklagede ville modtage tilbud, som havde en anskaffelsespris, der var 40 % højere end det billigste tilbud. Dette indebar således, at kun en begrænset del af pointskalaen blev udnyttet (3,83 til 5 point) med den konsekvens, at delkriteriet "anskaffelsespris" vægtede langt mindre end de oplyste 80 %. Endvidere nedlagde Damasec påstand om, at UM ved evalueringen havde inddraget forhold/delkriterier, der ikke var oplyst på forhånd, og at UM's oplysning om tildeling af kontrakten ikke havde været ledsaget af en fyldestgørende redegørelse.

UM anførte heroverfor, at det ikke havde været usandsynligt, at UM kunne have modtaget tilbud med en anskaffelsespris, som var 40 % højere end den af Damasec tilbudte, idet anskaffelsesprisen var sammensat af 126 forskellige delpriser, og da der var tale om specialbyggede køretøjer delvist designet efter UM's ønsker. Spændet på 40 % tog således både hensyn til den konkrete spredning i priserne, det forventede prisniveau og vægtingen af de forskellige del- og underkriterier. Det samme gjorde sig gældende for spændet på 100 %.

Klagenævnet for Udbud udtalte generelt med henvisning til kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, at ordregiveren inden for de rammer, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, herunder under respekt af den fastsatte vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" og forudsat, at den valgte metode eller model er egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", har et vidt skøn i forbindelse med valg af evalueringsmodel og ved evalueringen af tilbuddene.

Videre udtalte Klagenævnet for Udbud konkret, at henset til udbuddets indhold og karakter, herunder den forventede prisspredning og mulige betydelige udsving vedrørende rabat- og tilbagekøbssatser samt henset til de faktiske tilbudte priser og rabat- og tilbagekøbssatser, så havde UM ved fastlæggelsen af det spænd, som der rent faktisk blev interpoleret indenfor (laveste pris/rabatsats + 40 %/100 %), ikke overskredet grænserne for det vide skøn. Der var derfor ikke grundlag for at fastslå, at de valgte evalueringsmodeller ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og til at sikre overholdelse af den fastsatte vægtning af underkriteriet "pris" på 70 %.

Damasec fik endvidere ikke medhold i sin påstand om, at UM ved evalueringen havde inddraget forhold/delkriterier, der ikke var oplyst på forhånd. For så vidt angik påstanden om manglende begrundelse, fandt Klagenævnet, at det forhold, at det for priskriteriet ikke fremgik af UM's underretning, hvilken pointskala og model der var anvendt, eller hvilke point der var tildelt Damasec og CG, medførte, at kravet om en kort redegørelse ikke var opfyldt. Dette var dog ikke tilstrækkeligt grundlag for en annullation af tildelingsbeslutningen.

*Kommentar:*

Kendelsen fastslår endnu en gang, at der tilkommer ordregiver et meget vidt skøn ved fastlæggelsen af sin evalueringsmodel, og at ordregiver er berettiget til ved fastlæggelsen af spændet/gearingen både at lægge vægt på såvel den faktiske prisspredning i de konkret afgivne tilbud som den forventede prisspredning i tilbuddene under hensyn til udbuddets indhold og karakter samt ordregivers kendskab til markedet, og at det indgår i Klagenævnets samlede bedømmelse, om ordregiver på forhånd har gjort sig overvejelser om den forventede prisspredning og kan dokumentere dette.

Kendelsen giver også en god vejledning i opfyldelsen af kravene til begrundelsespligt.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse [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](mailto:LH@NNLAW.DK)



**GUNVER HEIMDAL-KEJ**  
ADVOKAT  
[GHK@NNLAW.DK](mailto:GHK@NNLAW.DK)



**KATRINE LAPP**  
ADVOKAT  
[KL@NNLAW.DK](mailto:KL@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 Betina Schiønning, advokat Gunver Heimdal-Kej, advokat Katrine Lapp og advokatfuldmægtig Pernille Staal Heinel.

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 SPØRGSMÅL I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.