



## UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

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

### **Status på den nye udbudslov**

Arbejdet i udbudslovsudvalget forventes fortsat afsluttet i september 2014. Lovforslaget forventes at blive fremsat i løbet af vinteren 2014/2015.

### **Kontrakt mellem to enheder, der var undergivet en vis kontrol fra samme myndighed, var ikke in house og derfor var der udbudspligt**

EU-Domstolens dom af 8. maj 2014 i sag C-15/13, *Datenlosen Informationssysteme*.

Sagen vedrørte et tysk universitets direkte tildeling af en kontrakt om levering af it-ydelser til et privatretligt selskab, HIS, der var ejet af den tyske forbundsstat og nogle tyske delstater, herunder den delstat, der – i hvert fald delvist – kontrollerede universitetet. Spørgsmålet var, om forholdet kunne kategoriseres som in house, eller om kontrakten var underlagt fuld udbudspligt.

EU-domstolen fandt for det første, at der ikke forelå nogen form for kontrolforhold mellem universitetet og HIS, da universitetet ikke havde nogen andel i HIS' kapital og heller ikke havde repræsentanter i selskabets ledelsesorganer. Kontrolkriteriet var således ikke opfyldt i forholdet mellem universitetet og HIS.

Domstolen konstaterede endvidere, at der ikke var den fornødne særlige indbyrdes forbindelse mellem universitetet og HIS, og at in house-undtagelsen fra udbudspligten således ikke kunne finde anvendelse.

I forhold til en vurdering af, om der kunne gælde en "horisontal" in house-regel, fordi både universitetet og HIS var underlagt i hvert fald en vis kontrol fra samme delstat, udtalte EU-Domstolen i relation til kontrolkriteriet, at delstaten ikke førte en "tilsvarende kontrol" med universitetet som kommunen fører med sine egne tjenestegrene, da delstatens kontrol alene omfattede universitetets aktiviteter på området for erhvervelser, men ikke på området for forskning og undervisning.

Det var således i strid med udbudsdirektivet, at universitetet havde tildelt kontrakten direkte til HIS. Da der er tale om en præjudiciel afgørelse, er der herefter op til den nationale domstol at afgøre sagen endeligt.

*Kommentar:*

EU-Domstolen vurderede, at universitetet ikke var in house i forhold til delstaten, og at forholdet allerede derfor ikke kunne være omfattet af in house-undtagelsen til udbudspligt. EU-Domstolen tog ikke særskilt stilling til spørgsmålet om, hvorvidt in house-begrebet kan udstrækkes til at omfatte "horisontal" in house, hvor såvel ordregiver som leverandør er in house i forhold til samme myndighed, men hvor der ikke er noget indbyrdes kontrolforhold de to parter imellem, men afviser på den anden side heller ikke, at det kunne være tilfældet.

Det er endvidere interessant, at EU-Domstolen vurderer, at universitetet ikke var in house i forhold til delstaten, fordi delstaten ikke førte kontrol med universitetets forskning og undervisning, men kun med universitetets erhvervelser. Da det må antages at være den typiske situation mellem myndigheder og universiteter, at myndighederne ikke kontrollerer universitetets forskning og undervisning, er det herefter tvivlsomt, om universiteter overhovedet kan være in house i forhold til en anden ordregivende myndighed.

Link til EU-Domstolens dom [her](#).

**Klagefrister løber på ny, når der efter en klagefrists udløb træffes ny beslutning, som kan have betydning for lovligheden af den oprindelige beslutning**

EU-Domstolens dom af 8. maj 2014 i sag C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.*

Sagen vedrører et offentligt udbud af en kontrakt om sanering af kloaknet og vedligeholdelse af vand- og kloaknet m.v. til en værdi af EUR ca. 17,5 mio. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Der indkom tilsyneladende 3 tilbud, der alle var afgivet af konsortier. Ordregiver meddelte den 6. juli 2011, at kontrakten ville blive tildelt et konsortium ledet af Cooperativa Giovanni XXIII (Cooperativa).

Den endelige tildeling ville dog først være gyldig, når det var blevet fastslået, at de deltagende virksomheder i de to bedste konsortier opfyldte nogle almindelige og særlige krav i udbudsmaterialet. Alle tilbudsgivere ville få besked, når kontrakten var tildelt.

I februar 2012 oplyste Cooperativa ordregiver om, at en af de deltagende virksomheder var udtrådt af konsortiet, og den 28. marts 2012 gav ordregiver tilladelse til denne ændring. Kontrakten blev herefter indgået med Cooperativa den 17. april 2012.

Den tredjebedste tilbudsgiver, Idrodinamica, indgav den 17. maj 2012 klage med påstand om dels annullation af beslutningen af 28. marts 2012 om godkendelse af ændringen i det vindende konsortium, dels annullation af kontrakten af 17. april 2012 samt endelig annullation af den oprindelige beslutning om tildeling af kontrakten af 7. juni 2011.

Fordi den nationale 30-dages frist for indgivelse af klager over tildelingsbeslutningen var overskredet, var spørgsmålet derfor, om – og i givet fald fra hvornår – en ny frist skulle løbe.

EU-Domstolen lagde vægt på, at ordregivers beslutning om at godkende en ændring af det vindende konsortium var faktiske omstændigheder, der indtrådte efter klagefristens udløb og inden kontraktens indgåelse. De øvrige tilbudsgivere kunne således ikke have gjort sig bekendt med disse forhold inden klagefristens oprindelige udløb.

EU-Domstolen lagde endvidere vægt på, at der var tale om en beslutning, der kunne have betydning for lovligheden af tildelingsbeslutningen. EU-Domstolen vurderede herefter, at retssikkerhedsprincippet ikke var til hinder for, at den nationale klagefrist på 30 dage blev "genåbnet" for så vidt angik et søgsmål med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

En ny 30-dages klagefrist skulle herefter løbe fra den dato, hvor tilbudsgiverne havde modtaget meddelelse om eller havde fået kendskab til beslutningen om tilladelse til ændring af sammensætningen af det vindende konsortium, og den nationale klageinstans kunne herefter behandle sagen på denne baggrund.

#### *Kommentar:*

Formålet med at ordregiver skal orientere tilbudsgiverne om sin tildelingsbeslutning og om begrundelsen herfor er, at tilbudsgiverne skal kunne vurdere, hvorvidt der er grund til at klage. Når der sker ændringer efterfølgende og efter klagefristens udløb, som har indflydelse på, om tildelingsbeslutningen var lovlig, har tilbudsgiverne kun mulighed for at klage, såfremt klagefristen "genåbnes". Det var som beskrevet ovenfor da også EU-Domstolens konklusion, at der skulle gælde en ny klagefrist.

Dette betyder, at håndhævelseslovens regler om klagefrister skal fortolkes i overensstemmelse med denne dom, det vil sige hvis ordregiver efter tildelingsbeslutningen træffer beslutninger, som kan have indflydelse på lovligheden af tildelingsbeslutningen, så begynder en ny klagefrist at løbe fra det tidspunkt, tilbudsgiverne får kendskab til ændringen. Den nye klagefrist gælder dog kun i relation til det ændrede forhold.

Dommen tager ikke stilling til, om det var lovligt efter ligebehandlingsprincippet at ordregiveren godkendte ændringer i konsortiet, hvilket ellers er et relevant spørgsmål, som ofte har givet anledning til

tvivl i praksis, og som det ville have været interessant at få EU-Domstolens stillingtagen til. Dette spørgsmål vil blive afgjort nationalt.

Link til EU-Domstolens dom [her](#).

### **Muligvis er en ny praksis på vej om brug af uden virkning-sanktion ved ond tro på trods af offentliggørelse af profylaksebekendtgørelse**

Udtalelse fra Generaladvokat Bot af 10. april 2014 i sag C-19/13, *Fastweb*

Der er tale om en sag, der endnu ikke er endeligt afgjort af EU-Domstolen, og der foreligger således alene Generaladvokat Bots forslag til afgørelse af sagen. EU-Domstolen er ikke forpligtet til at følge Generaladvokatens forslag til afgørelse, men det sker ofte, at sager afgøres i overensstemmelse med forslaget. En Generaladvokatsudtalelse er derfor en væsentlig indikation på, hvordan sagen vil falde ud, når den afgøres af EU-Domstolen.

Når Generaladvokat Bots udtalelse i denne sag medtages, selvom der ikke er tale om en endelig afgørelse, er det fordi, sagen er principiel og fordi en afgørelse fra EU-Domstolen, der følger Generaladvokatens forslag til afgørelse, vil ændre dansk retspraksis på udbudsområdet på et centralt og praktisk relevant område.

Generaladvokaten behandlede i forslaget til afgørelse spørgsmålet om, hvorvidt en offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse forud for indgåelse af en kontrakt ved direkte tildeling pr. automatik skal udelukke brug af uden virkning-sanktionen. En profylaksebekendtgørelse kan efter dansk ret offentliggøres efter håndhævelseslovens § 4, når ordregiver *finder*, at det er tilladt i henhold til EU-udbudsreglerne.

Generaladvokaten lagde vægt på ligebehandlings- og effektivitetsprincipperne og er generelt af den opfattelse, at en profylaksebekendtgørelse ikke pr. automatik og uden undtagelse må føre til, at uden virkning-sanktionen ikke kan anvendes.

Generaladvokaten foreslog, at sagens afgørelse bør være, at EU-reglerne ikke er til hinder for, at det nationalt prøves, hvorvidt en kontrakt skal erklæres for uden virkning, uanset at der er offentliggjort en profylaksebekendtgørelse forud for kontraktens indgåelse, når ordregiver bevidst og forsætligt har tilsidesat reglerne om offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse m.v.

Klagenævnet for Udbud har tidligere i to tilfælde slået fast, at det forhold, at en ordregiver har indrykket en profylaksebekendtgørelse, afskærer muligheden for at erklære en kontrakt uden virkning, uanset at ordregiver ikke kunne være ubekendt med, at kontrakten var omfattet af udbudspligt, jf. kendelse af 5. november 2011, *Konica Minolta mod Erhvervsskolen Nordsjælland*, og kendelse af 11. marts 2014, *HSHansen mod Bygningsstyrelsen* (sidstnævnte er omtalt i vores [nyhedsbrev fra april 2014](#)).

Østre Landsret gik til gengæld ind i en vurdering af Rigspolitiets afgørelse af, at en kontrakt ikke var udbudspligtig i dom af 20. december 2013, *Finn Frogne mod Rigspolitiet* (omtalt i vores [nyhedsbrev fra](#)

[januar 2014](#)). Landsretten fandt dog konkret, at der ikke var tale om en åbenbar urigtig vurdering af, om kontrakten var udbudspligtig.

#### *Kommentar*

Selvom der endnu ikke er tale om en endelig dom, er Generaladvokatens udtalelse interessant, fordi den rører ved et område, som i dansk ret har været behandlet forskelligt af Klagenævnet for Udbud og Østre Landsret, men som har stor praktisk betydning.

Det forekommer umiddelbart stødende, at en ordregiver kan undgå at blive mødt med en uden virkning-sanktion alene ved at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, hvis der er sket direkte tildeling i fuld bevidsthed om, at der var tale om en kontrakt, der skulle have været udbudt på sædvanlig vis. Det bliver interessant at følge, om EU-Domstolen vil følge Generaladvokatens forslag til afgørelse, og om Klagenævnet for Udbuds hidtidige praksis om betydningen af offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse dermed vil blive modificeret.

Link til generaladvokatsudtalelsen (på svensk da den endnu ikke foreligger på dansk) [her](#).

### **Klager fik ikke erstatning trods adskillige overtrædelser af udbudsreglerne**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. maj 2014, *Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland*.

Sagen vedrører erstatningsspørgsmålet i en sag, der blev afgjort af Klagenævnet for Udbud ved kendelse af 27. november 2013, hvor Klagenævnet for Udbud – efter at Region Sjælland havde taget bekræftende til genmæle – fandt, at ordregiver havde overtrådt udbudsdirektivet på en række punkter. Region Sjælland påpegede selv en lang række af de overtrædelser, som var begået i forbindelse med udbuddet.

I relation til spørgsmålet om erstatning, har Maxys A/S og Solid Software Development ApS (Maxys og SSD) på den ene side gjort gældende, at ingen af overtrædelserne var så alvorlige, at udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning, og at de alvorlige fejl, som var skyld i Maxys og SSD tab alle var begået under eller efter tildelingsbeslutningen. Maxys og SSD fremhævede desuden, at det ikke var hensigten bag reglerne, at en ordregiver skulle kunne undsige sit eget udbudsmateriale og derved unddrage sig erstatningspligt.

Region Sjælland har på den anden side argumenteret for ikke at være erstatningsansvarlig over for Maxys og SSD fordi der ikke var den fornødne årsagssammenhæng mellem Region Sjællands overtrædelser af udbudsreglerne og det påståede tab.

Klagenævnet for Udbud lagde bl.a. vægt på de mange overtrædelser, som Region Sjælland selv havde fremhævet og konkluderede, at disse overtrædelser havde en sådan karakter, at udbudsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. I den forbindelse henviste Klagenævnet for Udbud bl.a. til uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørende optioner og til at nogle underkriterier ikke konkret var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at *"efter karakteren af overtrædelserne af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne, der må betegnes som grove overtrædelser, lægger klagenævnet til grund, at klagerne var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde disse overtrædelser, inden afgivelse af tilbud"*. Herefter fandt Klagenævnet for Udbud ikke, at der var den nødvendige årsagsforbindelse mellem de begåede overtrædelser og klagerens udgifter ved at afgive tilbud, hvorfor Region Sjælland derfor ikke var erstatningspligtig over for Maxys og SSD – hverken i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse.

*Kommentar:*

Der er for så vidt ikke noget nyt i, at der ikke tildeles erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, hvis der ikke er årsagssammenhæng mellem overtrædelser og tab, og at der ikke tildeles negativ kontraktsinteresse, hvis overtrædelserne kunne konstateres allerede i udbudsmaterialet.

Det særlige ved sagen er, at det var Region Sjælland selv, der påpegede en lang række af egne fejl og derved fik "reddet sig i ly" for Maxys og SSDs erstatningskrav. Klagenævnet for Udbud ses ikke at tage særligt stilling til dette synspunkt, men forholder sig alene mere objektivt til de overtrædelser, der kunne konstateres.

Kendelsen viser således, at man som ordregiver tilsyneladende kan drage fordel af at fremhæve egne fejl i sager, der alligevel ikke er udsigt til at vinde, såfremt der er tale om fejl af en karakter, der medfører, at udbudsbetingelserne er så fejlbehæftede, at de vurderes ikke at kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Afgørelsen indebærer dog også, at en klager ikke vil kunne drage fordel af kun at fremhæve nogle fejl og bevidst undlade at fremhæve fx alvorlige fejl i udbudsmaterialet og derved opnå ret til positiv opfyldelsesinteresse, som ikke ville være berettiget, hvis alle ordregivers fejl blev taget i betragtning.

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

**Ordregiver har ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i et tilbud – men foretages en kontrol skal ligebehandlingsprincippet iagttages**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. maj 2014, *Abena A/S mod Slagelse Kommune*.

Sagen omhandler et offentligt udbud af to delaftaler om levering af hjælpemidler til borgere i 16 kommuner på Sjælland. Kendelsen vedrører kun den ene delaftale om katederhjælpemidler. Ordregiver modtog 3 tilbud på delaftalen, herunder fra Abena A/S (Abena) og fra OneMed A/S (OneMed), som fik tildelt kontrakten.

Abena klagede herefter over tildelingsbeslutningen, idet Abena mente, at OneMeds tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet indeholdt forkerte oplysninger om varesortimentet.

Klagenævnet for Udbud udtalte indledningsvis, at en ordregiver efter fast praksis på den ene side ikke er forpligtet til uden nærmere anledning at undersøge, om et tilbudt produkt lever op til mindstekravene i

udbudsbetingelserne, men på den anden side ikke uden at handle i strid med ligebehandlingsprincippet, kan foretage forskellige prøvelser af oplysningerne i de indkomne tilbud med henblik på en vurdering af, om det tilbudte er konditionsmæssigt. Klagenævnet for Udbud fandt dog i den konkrete sag, at ordregiver ikke havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Abena fik medhold i to andre påstande, men overtrædelserne var ikke af en karakter, der medførte annullation.

*Kommentar:*

Kendelsen ligger i forlængelse af tidligere praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvorefter en ordregiver ikke er forpligtet til at undersøge rigtigheden af oplysninger i en tilbudsgivers tilbud, medmindre der er særlig anledning hertil. Der skal ganske meget til, før der er tale om en sådan "nærmere anledning", som nævnt i kendelsen.

Som ordregiver skal man dog være opmærksom på at overholde ligebehandlingsprincippet, hvilket her betyder, at hvis man undersøger rigtigheden af oplysninger i ét tilbud, skal man lave tilsvarende undersøgelser i forhold til de øvrige indkomne tilbud.

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

### **Fuld adgang til aktindsigt i prisoplysninger i kommunes kontrolbud**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. maj 2014, *Dansk Byggeri mod Sønderborg Kommune*.

Sagen vedrørte et spørgsmål om aktindsigt i kommunens eget kontrolbud på et udbud af drifts- og vedligeholdelsesarbejder på landeveje. Dansk Byggeri havde søgt aktindsigt i samtlige dokumenter, der relaterede sig til udarbejdelse og beregning af kontrolbuddet. Sønderborg Kommune imødekom dog kun anmodningen delvist med henvisning til, at hensynet til beskyttelsen af det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentliges forretningsvirksomhed, nødvendiggjorde, at der ikke blev givet aktindsigt i visse dele af kontroltilbuddet. Oplysninger om enhedspriser, delpriser og dele af beregningsgrundlaget var således undtaget fra aktindsigten.

Sønderborg Kommune argumenterede for, at indsigt i disse prisoplysninger ville svække kommunens forhandlingsposition og kunne medføre, at et fuldstændigt kendskab til kommunernes beregningsgrundlag i sidste ende ville resultere i, at kommunen ikke ville modtage lige så fordelagtige og skarpe tilbud fra tilbudsgiverne. Kommunen argumenterede endvidere for, at kommunen ville miste viden og kompetence, hvis denne type opgaver hovedsageligt blev drevet af private.

Klagenævnet for Udbud log sig ikke overbevise af disse argumenter og fastslog, at de hensyn, som Sønderborg Kommune påberåbte sig, ikke var hensyn, der kunne varetages via offentlighedslovens regler om begrænsning af aktindsigt. Da kommunen ikke havde godtgjort en konkret tabsrisiko som følge af fuld aktindsigt, blev kommunen pålagt at give Dansk Byggeri fuld aktindsigt i det afgivne kontrolbud.

*Kommentar:*

Kendelsen viser, at der er større muligheder for at få aktindsigt i deltaljerede prisoplysninger i et kontrolbud end tilsvarende oplysninger i konkurrenternes tilbud. Kun hvis en kommune kan godtgøre en konkret tabsrisiko, vil offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser kunne anvendes i en situation som denne.

Det bemærkes for fuldstændighedens skyld, at kommunens afgørelse om aktindsigt var truffet før den nye offentlighedslov trådte i kraft 1. januar 2014. Den undtagelsesbestemmelse, som kommunen påberåbte sig, er imidlertid uændret videreført i den nugældende offentlighedslov § 33, nr. 3.

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

**Ordregiver skal begrunde sin tildelingsbeslutning med en kort overordnet forklaring**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2014, *Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning*.

Kendelsen omhandler et offentligt udbud af opgaveproduktion og -distribution til henholdsvis voksenundervisning og undervisning i folkeskole og på gymnasiale uddannelser fordelt på to kontrakter.

Eurographic Danmark A/S (Eurographic) fik ikke tildelt nogen af kontrakterne og indgav derefter klage til Klagenævnet for Udbud baseret på, at den givne begrundelse for tildelingsbeslutningen ikke var tilstrækkelig til at opfylde kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

I brevet om tildelingsbeslutningen var i forhold til begge kontrakter anført følgende om vurderingen af tilbuddet i relation til underkriterierne "Kvalitet" og "Sikkerhed og fortrolighed", hvilket udgjorde begrundelsen:

*"For så vidt angår underkriterierne "Sikkerhed og fortrolighed" og "Kvalitet" er Deres tilbud for begge underkriterier vurderet som værende middel tilfredsstillende."*

Det fremgik herudover af brevet, hvem der ville få tildelt kontrakten, og at den vindende tilbudsgivers tilbud var vurderet som "meget tilfredsstillende" i forhold til de to nævnte underkriterier.

Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at underretningen om tildelingsbeslutningen ikke indeholdt en *"kort overordnet forklaring på, hvilke kvalitative forskelle mellem klagerens tilbud og de vindende tilbud, der førte til anvendelsen af de forskellige kategorier vedrørende "Kvalitet" og "Sikkerhed og fortrolighed"*. Med "kategorier" henvises til vurderingerne "middel tilfredsstillende", "meget tilfredsstillende" m.fl. Klagenævnet for Udbud henviste til nyere EU-retlig praksis (uden nærmere angivelse) og vurderede, at begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke fuldt ud opfyldte kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, til en kort redegørelse. Begrundelsen manglede tilstrækkelige oplysninger om de vindende tilbuds karakteristika og relative fordele, sådan at det var klart, hvilke centrale elementer, der havde været udslagsgivende.



*Kommentar:*

Kendelsen slår fast, at der er grænser for, hvor kort en begrundelse kan være, før den reelt er indholdsløs. Det er således ikke tilstrækkeligt blot at oplyse om de givne karakterer i en evalueringsmodel. Begrundelsen for et afslag skal også indeholde en kort overordnet forklaring på, hvilke kvalitative forskelle, der er mellem det vindende tilbud og den tilbudsgiver, der får afslaget, og dette skal også kort fremgå af underretningen om tildelingsbeslutningen. Uden disse oplysninger kan en forbigået tilbudsgiver ikke vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage.

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

**Konkret uegnet pointmodel**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2014, *Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland*.

Kendelsen vedrører et begrænset udbud af helikopterberedskaber til hele landet til brug for lægehelikoptere. Region Midtjylland var udbudsansvarlig for landets 5 regioner. Den ene klager, Scandinavian Air Ambulance Holding AB (SAA), ejede 50 % af en forbigået tilbudsgiver, og fandtes ikke klageberettiget på grund af sin status som ejer af tilbudsgiveren. SAA kunne i stedet varetage sine interesser gennem tilbudsgiveren. Den anden klager, Scandinavian MediCopter AB (SMC), var angivet som underleverandør i tilbuddet fra den forbigåede tilbudsgiver, og fandtes på den baggrund klageberettiget.

Regionerne havde i udbudsbetingelserne flere steder anført, at tilbud med en årlig pris på mere end 100 mio. kr., svarende til en samlet pris på 850 mio. kr., ville være ukonditionsmæssige.

Ved evalueringen af underkriteriet "Økonomi" anvendtes en pointmodel med point fra 1-10, hvor et tilbud på 850 mio. kr. svarende til den budgetramme, der var oplyst i udbudsbetingelserne, ville få tildelt 5 point. Regionerne vurderede, at en fremragende pris ville være 600 mio. kr., som derfor ville få 10 point, og at en helt uacceptabel pris ville være 1100 mio. kr., som derfor ville få 1 point. Pointmodellen indebar derved, at kun ukonditionsmæssige tilbud ville kunne opnå 1-4 point. Baggrunden for modellen var et ønske om at "ensarte" vurderingen af priser med vurderingen af de kvalitative kriterier, således at der ville være samme spredning på resultatet af vurderingen af prisen henholdsvis de kvalitative kriterier.

Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at det på baggrund af de indkomne tilbud måtte anses for åbenbart, at det ikke kunne forventes, at der ville indkomme tilbud med en samlet pris på op til 1100 mio. kr. Klagenævnet for Udbud fandt det derfor åbenbart, at den nederste del af pointskalaen var uden realitet i forhold til underkriteriet "Økonomi".

Konsekvensen heraf var, at underkriteriet "Økonomi" ikke fik den betydning, som den oplyste vægtning på 30 % forudsagde. Konkret var pointmodellen derfor uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

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

**Forbigået tilbudsgiver skal ikke acceptere at få overdraget kontrakten ved direkte tildeling i strid med udbudsreglerne for at opfylde sin tabsbegrænsningspligt.**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. april 2014, *EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden*.

Kendelsen vedrører erstatningsspørgsmålet i forlængelse af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. oktober 2013, hvor EFG Bondo A/S (EFG Bondo) fik medhold i, at en af tre rammeaftaler burde have været tildelt EFG Bondo. Kendelsen er omtalt i vores [nyhedsbrev fra november 2013](#).

EFG Bondo havde nedlagt primær påstand om tilkendelse af positiv opfyldelsesinteresse. Region Hovedstaden påstod frifindelse mod at betale et mindre beløb og gjorde i øvrigt gældende, at EFG Bondo ikke havde iagttaget sin tabsbegrænsningspligt ved at afvise Regionens tilbud om at få tildelt den tredje rammeaftale i stedet for Kinnarps fra den 1. marts 2014.

EFG Bondo gjorde gældende, at den tilbudte indtræden i rammeaftalen først ville ske næsten et år efter, at rammeaftalen trådte i kraft og længe efter vedståelsesfristen udløb, og afslaget medførte derfor ikke, at EFG Bondo ikke havde iagttaget sin tabsbegrænsningspligt. EFG Bondo gjorde i den forbindelse gældende, at det var væsentligt at være med i sådanne rammeaftaler fra start, da indkøberne ofte holder sig til de produktlinjer, som de valgte ved første indkøb, der i sagens natur allerede var foretaget hos en af de andre leverandører, herunder Kinnarps, der ikke burde have fået den tredje kontrakt.

Klagenævnet for Udbud slog fast, at det er tvivlsomt, om en ordregiver kan omgøre en tildelingsbeslutning uden nyt udbud efter at en kontrakt er indgået, da et udbud normalt anses for afsluttet, når der er indgået kontrakt. Klagenævnet for Udbud lagde her vægt på, at der var forløbet ganske lang tid, siden kontrakten var blevet indgået og vurderede, at EFG Bondo ikke havde tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt.

Klagenævnet for Udbud tilkendte herefter EFG Bondo erstatning for positiv opfyldelsesinteresse på 1,25 mio. kr. Ved opgørelsen af erstatningen lagde Klagenævnet for Udbud til grund, at omfanget af det forventede indkøb var angivet i udbudsbekendtgørelsen til 90 mio. kr. i den 3-årige løbetid for rammeaftalerne, men vurderede samtidig at EFG Bondo ikke kunne forventes at ville have opnået en større andel af ordrerne, end Kinnarps havde opnået i den periode, som rammeaftalerne havde nået at løbe, hvilket var ca. 10 %. Klagenævnet vurderede endvidere, at der ikke var tilstrækkelig dokumentation for den påståede tabte dækningsgrad, som EFG Bondo krævede erstattet og fastsatte herefter erstatningen skønsmæssigt.

Klagenævnet for Udbud tog ikke ved fastlæggelsen af erstatningens størrelse i betragtning, at rammeaftalerne indeholdt option på forlængelse, men tog alene udgangspunkt i rammeaftalens umiddelbare løbetid.

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

Nielsen Nøragers konkurrence- og udbudsretsgruppe ønsker alle en god sommer.

Vi afholder i løbet af efteråret et udbudsarrangement på kontoret. Nærmere information om tidspunkt og indhold vil blive meddelt efter sommerferien.

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)

## 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. Ny medarbejder i gruppen fra 4. august 2014 er advokatfuldmægtig Mia Anne Gantzhorn, der kommer fra en stilling hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

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.