



UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Siden sidste nyhedsbrev er forslag til den nye udbudslov (endelig) sendt i høring, og der er også afsagt en del ikke uinteressante kendelser, hvoraf et relevant udpluk gennemgås nedenfor.

Status på implementering af de nye udbudsdirektiver i Danmark

Udbudslovsudvalget har i december 2014 afgivet sin rapport om en ny dansk udbudslov baseret på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/18/EF om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (det nye udbudsdirektiv). Rapporten kan findes [her](#).

Erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen har sendt forslag til udbudslov i høring den 5. december 2014 med høringsfrist den 8. januar 2015. Link til høringsportalen [her](#).

Klageinstansen skal efterse, om en profylaksebekendtgørelse er indrykket i god tro.

EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13, *Ministero dell'Interno mod Fastweb SpA*

Det italienske indenrigsministeriums aftale med Telecom Italia om regulering og udvikling af telekommunikationsydelser ville udløbe ved udgangen af 2011, og ministeriet valgte at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse til at indgå en ny kontrakt.

Ministeriet vurderede, at *"kontrakten af tekniske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør"*, jf. udbudsdirektivets 28, stk. 1, litra e). Ministeriet mente, at Telecom Italia var den eneste økonomiske aktør, som ville være i stand til at gennemføre den pågældende kontrakt.

Ministeriet offentliggjorde derfor den 20. december 2011 en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende, om at ministeriet ville indgå aftale med Telecom Italia.

Parterne indgik en rammeaftale den 31. december 2011. Aftaleindgåelsen blev bekendtgjort i EU-Tidende den 16. februar 2012.

Herefter anlagde virksomheden Fastweb sag ved den regionale forvaltningsdomstol i Lazio med påstand om annullation af tildelingen af kontrakten, og med påstand om, at den skulle betragtes som værende uden virkning, fordi Fastweb mente, at Telecom Italia ikke var den eneste virksomhed, der ville være i stand til at udføre kontrakten, hvorfor betingelserne i artikel 28 i udbudsdirektivet ikke var opfyldt. Forvaltningsdomstolen valgte at forelægge sagen præjudicielt for EU-Domstolen.

EU-Domstolen bekræftede indledningsvist, at hvis der indrykkes en profylaksebekendtgørelse, så er dette som udgangspunkt til hinder for, at en kontrakt, der herefter indgås uden udbud, kan erklæres for uden virkning.

Domstolen slog dog også fast, at den nationale klageinstans skal påse, om en ordregiver, som har indrykket en profylaksebekendtgørelse, dels har udvist den fornødne omhu, og dels har haft et fornødent sagligt grundlag for at indrykke en profylaksebekendtgørelse, sådan at Klageinstansen kan vurdere, om betingelserne for at tildele kontrakten uden udbud rent faktisk var opfyldt. Domstolen udtalte videre, at omstændigheder og grunde som er anført i profylaksebekendtgørelsen og som har ført til direkte tildeling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, skal inddrages i denne undersøgelse.

Kommentar:

Ifølge hidtidig praksis i Klagenævnet for Udbud, (se især kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta) forhindrer offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, at Klagenævnet efterfølgende efterprøver ordregivers skøn og tilsidesætter en profylaksebekendtgørelse. Dette har i praksis haft den virkning, at offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse og overholdelse af fristerne for indgåelse af kontrakt herefter har beskyttet ordregiver mod "uden virkning"-sanktionen. Dette har været tilfældet uanset at det efterfølgende kunne påvises af en klager, at grundlaget for ordregivers skøn om, at betingelserne for direkte tildeling var opfyldt, var tvivlsomt. Fastweb-dommen slår fast, at de nationale klageinstanser skal foretage en prøvelse af, om betingelserne for den direkte tildeling af kontrakten var opfyldt på tidspunktet for indrykning af profylaksebekendtgørelsen, og at ordregiver skal være meget omhyggelig med klart og utvetydigt at angive begrundelsen for, at den har vurderet, at kontrakten kunne tildeles direkte uden udbud.

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

Eftersendt tro- og loveerklæring skal ikke tages i betragtning, hvis det er angivet i udbudsmaterialet, at manglende fremsendelse medfører udelukkelse

EU-Domstolens dom af 6. november 2014 i sag C-42/13, *Cartiera Dell' Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*

Cartiera Dell 'Adda SpA (Cartiera) indgik i en midlertidig virksomhedssammenslutning under stiftelse (MV), som havde afgivet tilbud på et udbud fra en italiensk ordregivende myndighed (CEM Ambiente) vedrørende en ydelse bestående i bortskaffelse af papir og pap.

Udbudsbetingelserne indeholdt bl.a. et krav om, at tilbud skulle indeholde (det der i Danmark ville være) en tro- og loveerklæring om, at tilbudsgiverens tekniske direktør (med flere) ikke var straffet for visse lovovertrædelser. Manglende opfyldelse af kravet medførte udelukkelse. Rent formelle uregelmæssigheder, som var uden betydning for tilbudsgivningen, kunne dog berigtiges.

MV havde fejlagtigt anført et bestyrelsesmedlem som teknisk direktør og havde ikke medsendt tro- og loveerklæring fra vedkommende. MV blev derfor udelukket fra udbuddet.

Herefter (og efter tilbudsfristens udløb) indsendte MV den krævede erklæring og oplyste samtidig, at vedkommende ikke var teknisk direktør, hvilket dog ikke ændrede ordregivers afgørelse.

MV anlagde herefter sag mod CEM Ambiente ved en italiensk forvaltningsdomstol, som stillede fire præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, der grundlæggende gik ud på, om udbudsdirektivets artikel 45 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for udelukkelse af en tilbudsgiver, der ikke har medsendt en påkrævet tro- og loveerklæring, når en sådan erklæring er fremsendt efter tilbudsfristens udløb.

EU-Domstolen anførte bl.a. i præmis 42, at når den ordregivende myndighed specifikt i udbudsbetingelserne har anført, at erklæringen skulle vedlægges, så påhviler det ordregiveren "*strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat, således at den er forpligtiget til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet.*" Under henvisning til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12 *Manova*, konkluderer EU-Domstolen således, at udbudsdirektivets artikel 45 sammenholdt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er til hinder for udelukkelse af en tilbudsgiver i et tilfælde, hvor supplerende oplysninger fra tilbudsgiveren først er fremkommet efter tilbudsfristens udløb, medmindre ordregiver finder, at der alene er tale om en rent formel fejl.

Kommentar:

Dommen viser i forlængelse af *Manova*-dommen, at ordregivers tilkendegivelse om, at manglende fremsendelse af fx en tro- og loveerklæring medfører udelukkelse, skal tages ret bogstaveligt. Kun rent formelle fejl kan berigtiges efter tilbudsfristens udløb, sådan at en tilbudsgiver ikke får mulighed for at forbedre sit tilbud.

Vi har omtalt *Manova*-dommen i vores nyhedsbrev nr. 4 fra oktober 2013.

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

Ordregiver har betydelig skønsmargin over for tilbud fra tilbudsgivere, der har medvirket i "teknisk dialog".

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014, *H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen*

Kendelsen vedrører et begrænset udbud efter udbudsdirektivet vedrørende projektering og opførelse af en bygning i totalentreprise. Blandt tilbudsgiverne var TC Anlæg A/S (TC Anlæg) og H. Skjøde Knudsen A/S (H. Skjøde Knudsen), og aftalen blev på baggrund af tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" tildelt til TC Anlæg.

H. Skjøde Knudsen klagede til Klagenævnet for Udbud over tildelingen, bl.a. med påstand om at Bygningsstyrelsen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at indgå kontrakt med TC Anlæg, der havde en afgørende konkurrencemæssig fordel som følge af, at det arkitektfirma, der var rådgiver for TC Anlæg, havde bistået Bygningsstyrelsen ved udarbejdelse af udbuddet.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at den omstændighed, at en ordregiver, inden et udbud iværksættes, søger eller modtager rådgivning, der kan benyttes til at udforme udbudsbetingelserne, ikke indebærer, at den/de rådgivere, som ordregiver har været i "teknisk dialog" med, ikke kan deltage i det efterfølgende udbud som tilbudsgiver eller rådgiver. Det er dog en forudsætning, at rådgivningen ikke har haft til følge, at konkurrencen forhindres.

Den omstændighed, at tilbuddet fra TC Anlæg fik en bedre bedømmelse end tilbuddet fra H. Skjøde Knudsen er ikke tilstrækkeligt til at bevise, at bedømmelsen skyldes en særlig konkurrencefordel som følge af arkitektfirmaets forudgående arbejde for Bygningsstyrelsen med designmanual og skitseforslag. Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at den særlige fordel, som TC Anlæg havde haft som følge af arkitektfirmaets arbejde for ordregiver, var udlignet i fornødent omfang, idet designmanualen og skitseforslaget indgik i udbudsmaterialet.

Kommentar:

Kendelsen viser i overensstemmelse med Klagenævnets faste praksis, at ordregivere har en betydelig skønsmargin med hensyn til, om et tilbud fra rådgivere, der har bistået med undersøgelser og "teknisk dialog" før udbuddet, kan tages i betragtning. En teknisk dialog må dog ikke have givet en tilbudsgiver en tidsmæssig fordel, ligesom alle tilbudsgivere skal have adgang til samme oplysninger og materiale. En måde at udligne en mulig konkurrencefordel på, er derfor – som sket i sagen – at gøre resultatet af den forudgående rådgivning tilgængelig for alle tilbudsgivere i udbudsbetingelserne. Princippet om at en ordregiver kan få rådgivning før afholdelse af et udbud, under den forudsætning at konkurrencen ikke hæmmes, er nu kodificeret i det nye udbudsdirektiv art. 41.

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

Ordregivers nærmere krav til en udbudt ydelse er som udgangspunkt ikke en handelshindring

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. oktober 2014, *Saferoad RRS GmbH mod Vejdirektoratet*.

Kendelsen vedrører et offentligt udbud efter udbudsdirektivet vedrørende levering af autoværn m.m. til en motorvejsstrækning. Blandt tilbudsgiverne var Dansk Autoværn A/S (Dansk Autoværn) og Saferoad RRS GmbH (Saferoad), og aftalen blev på baggrund af tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" tildelt til Dansk Autoværn.

Saferoad klagede til Klagenævnet for Udbud over tildelingen med påstand om, at udbyderens fastsættelse af et teknisk minimumskrav om en bestemt bredde på autoværn indebar en ubegrundet hindring for konkurrencen, idet minimumskravet hverken var sagligt, relevant eller proportionalt i forhold til den udbudte opgave. Saferoad gjorde i øvrigt gældende, at overtrædelsen var af en sådan grovhed, at der skulle ske annullation.

Klagenævnet for Udbud gentog, at ordregivere har et overordentligt vidt skøn ved fastsættelsen af krav til udbudte ydelser. Det står herunder som udgangspunkt ordregiver frit for, om opfyldelse af ordregivers ønsker skal ske ved at fastsætte funktionskrav eller detaljerede tekniske krav og herunder mindstekrav til tilbuddene.

Klagenævnet fandt, at Vejdirektoratets krav var sagligt og fandt det ikke godtgjort, at mindstekravet var fastsat for at tilgodese Dansk Autoværn. Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at udbyderen – udover tilbuddet fra Dansk Autoværn – havde modtaget to konditionsmæssige tilbud, som overholdt mindstekravet, herunder også ét tilbud fra klageren. På den baggrund fandt Klagenævnet for Udbud ikke grundlag for at antage, at mindstekravet havde været til hinder for en effektiv konkurrenceudsættelse.

Klagenævnet for Udbud udtalte i øvrigt generelt, at en ordregivers krav til de ydelser eller produkter, der indkøbes under et konkret udbud, som udgangspunkt ikke udgør en handelshindring i strid med EU-retten. Klagenævnet fandt ikke i sagen grundlag for at antage, at Vejdirektoratet fulgte en fast praksis med at fastsætte breddekrav til vejautoværn og tilhørende udstyr svarende til dem, der var fastsat i nærværende sag. Allerede af denne grund, og uanset at Vejdirektoratet besidder en betydelig andel af købermarkedet for ydelser og produkter til brug for vejanlæg og vejvedligeholdelse, fandt Klagenævnet ikke, at fastsættelsen af det pågældende krav stred imod EU-retten.

Kommentar:

Klagenævnet fastslår i overensstemmelse med tidligere praksis, at en udbyders fastsættelse af kontraktgenstanden kun kan tilsidesættes, hvis der er omstændigheder i sagen, der klart indikerer, at fastlæggelsen af mindstekravene er sket for at tilgodese bestemte tilbudsgivere og i øvrigt er usaglig.

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

Uklarheder i udbudsmateriale kan ikke nødvendigvis opveje et uklart tilbud

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. oktober 2014, *Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet*

Kendelsen vedrører et offentligt udbud efter udbudsdirektivet af en række delaftaler om levering af vejsalt m.v. Tildelingskriteriet var laveste pris. Blandt tilbudsgiverne var Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. (Akzo), hvis tilbud blev afvist på grund af forbehold mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, idet Akzo kun havde henvist til ét ud af otte rettelsesblade i tilbudslisten.

Akzo indgav herefter klage mod Vejdirektoratet bl.a. med påstand om, at gennemsigtighedsprincippet var tilsidesat, idet udbudsmaterialet var uklart, fordi det ikke klart fremgik, at der i tilbudslisten skulle henvises til samtlige otte rettelsesblade til udbudsmaterialet, selvom ikke alle rettelsesblade faktisk indeholdt rettelser til udbudsmaterialet.

Klagenævnet for Udbud gav Akzo medhold i, at udbudsmaterialet var uklart, fordi det var overladt til tilbudsgiverne at tage stilling til, hvilke rettelsesblade, der skulle nævnes i tilbudslisten. Som følge heraf kunne Akzos undladelse af at nævne de 7 rettelsesblade ikke i sig selv føre til, at Vejdirektoratet kunne anse Akzos tilbud for ukonditionsmæssigt.

Det forhold at Akzo imidlertid samtidig havde undladt specifikt at angive, at Akzos tilbud ikke indeholdt forbehold, selvom det var et krav i tilbudslisten, kunne berettiget give anledning til tvivl hos Vejdirektoratet, om Akzo tog forbehold for grundlæggende elementer, herunder rettelser til udbudsmaterialet i nogle af de unævnte rettelsesblade. Endvidere havde Akzo i følgebrevet til sit tilbud angivet at ville anvende eget laboratorium, selvom det var et krav at anvende et akkrediteret laboratorium.

Klagenævnet henviste til det generelle princip om, at risikoen for et tilbuds udformning påhviler tilbudsgiveren. De påviste uklarheder i udbudsmaterialet kunne ikke ændre herpå.

Klagenævnet fandt endvidere, at Vejdirektoratet ikke havde været berettiget til at søge tvivlen afklaret hos Akzo, idet Akzo derved ville få mulighed for at erklære, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold, selvom det måske oprindeligt havde været tilfældet og derved forbedre sit tilbud.

Kommentar:

Kendelsen behandler forholdet mellem et uklart udbudsmateriale og et – som følge heraf – uklart tilbud, og viser at tilbudsgivere ikke bare kan henholde sig til, at udbudsmaterialet var uklart. Tilbudsgivere bør således via spørgsmål/svar-runden søge at få afklaret uklarheder i udbudsmaterialet, sådan at tilbuddet ikke bliver uklart af den grund. Endvidere minder kendelsen om, at tilbudsgiver skal være omhyggelig med at besvare alle spørgsmål og udfylde alle påkrævede felter.

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

Tilbudsgivers aktindsigt i andres tilbud efter offentlighedsloven

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. oktober 2014, *Klage over afgørelse om aktindsigt - Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*

Kendelsen vedrører Falcks Danmark A/S' (Falck) klage over Region Syddanmarks afgørelse om aktindsigt efter offentlighedsloven i tilbud i forbindelse med Region Syddanmarks udbud af ambulancekørsel. Falck

havde selv afgivet tilbud og har i øvrigt klaget over udbuddet. Klagesagen over selve udbuddet verserer stadig.

Klagenævnet afviste at undtage følgende oplysninger fra aktindsigt:

- oplysninger om navne, telefonnumre og e-mail-adresser hos en tilbudsgiver,
- referencer på medarbejdere hos ordregivende myndigheder, idet de konkret ikke indebar en risiko for at skade de bydendes forretningsvirksomhed, eller regionens økonomiske interesser,
- overordnede og generelle oplysninger om virksomhederne og
- generelle beskrivelser af virksomhedernes strategi og arbejdsmetoder.

Klagenævnet undtog følgende oplysninger fra aktindsigt:

- Ikke offentliggjorte oplysninger om omsætning,
- Et kontraktbilag, der indeholdt "*detaljerede oplysninger om tekniske indretninger, specifikationer, medarbejdere og fremgangsmåder ved [tilbudsgivernes] drift af ambulancekørsel*" (undtaget i vidt omfang) og
- Oplysninger om udstyrslistes, oppakningslister, oversigter over køretøjer og medarbejdere, tekniske specifikationer for bilerne og lignende.

Klagenævnet for Udbud undtog bilagene med disse oplysninger i det hele fra aktindsigt, og lagde ved afgørelsen vægt på tilbudsgivernes detaljerede begrundelser for, at oplysningerne skulle undtages fra aktindsigt, herunder "*oplysningernes særligt fortrolige og følsomme karakter, at oplysningerne er en væsentlig faktor (konkurrenceparameter) i bedømmelsen af tilbuddene, den intense konkurrence mellem relativt få aktører på markedet, herunder ved en række kommende udbud af ambulancekørsel, at aktindsigt ville give en indgående indsigt i de tilbudte løsninger, og at der ligger et væsentligt udviklingsarbejde bag de beskrevne løsninger.*"

Falck havde i øvrigt argumenteret for, at oplysningerne om udstyrslistes, oppakningslister, oversigter over køretøjer og medarbejdere, tekniske specifikationer for bilerne og lignende i Falcks eget tilbud skulle undtages fra aktindsigt, da en anden tilbudsgiver havde søgt aktindsigt i Falcks tilbud. Dette lagde Klagenævnet for Udbud også vægt på ved afgørelsen.

Kommentar:

Kendelsen viser hvilke oplysninger, der almindeligvis ikke kan undtages, og hvilken karakter oplysninger skal have, førend de kan undtages, og hvilke argumenter, der er bæredygtige som begrundelse for at undtage oplysninger fra aktindsigt, og hvilke der ikke er. Kendelsen er dog forholdsvis konkret, henset til at der på markedet for ambulancekørsel kun er få aktører og der er kendskab til kommende udbud fra andre regioner inden for kort tid. Indsigt i konkurrenternes konkurrenceparametre i forbindelse med tilbudsgivningen var således særligt konkurrencefølsomt på dette marked.

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

Journalisters aktindsigt i klageskrifter og svarskrifter efter offentlighedsloven

Klagenævnet for Udbuds kendelser af 3. november 2014, *Anmodning om aktindsigt fra journalist Lars Munck Rasmussen (DR) henholdsvis journalist Mads Thyrted Laursen (JydskeVestkysten)*

Kendelserne omhandler journalisternes anmodninger om aktindsigt i klageskrift og svarskrift i klagesagen mellem Falck Danmark A/S (Falck) og Region Syddanmark vedrørende sidstnævntes udbud af ambulancetjækørsel, der også var baggrunden for den lige ovenfor omtalte sag om aktindsigt.

Klagenævnet fastslog, at Klagenævnet for Udbud selv er en del af den offentlige forvaltning, og at en bestemmelse i offentlighedsloven (§ 27, nr. 4), der undtager sagkyndig rådgivning fra aktindsigt, ikke fandt anvendelse på processkrifter for Klagenævnet for Udbud, der må antages at være udtryk for

"det endelige resultat af den vejledning/rådgivning, som den myndighed – indklagede – hvis beslutning, der er klaget over, har modtaget fra Kammeradvokaten. Processkrifterne er derfor ikke direkte omfattet af bestemmelsen."

Klagenævnet for Udbud fandt endvidere ikke, at der var grundlag for at undtage oplysninger efter "generalklausulen" i offentlighedslovens § 33, nr. 5.

Derimod undtog Klagenævnet for Udbud på begæring af Falck specifikke oplysninger om omfanget af tilbudte bemandningstimer, omfanget af tilbudt overdimensionering o.l. samt mulig vægtbegrænsning i forhold til "tunge patienter", da dette måtte anses for forretningsforhold, som det måtte antages at være af væsentlig betydning for Falck blev undtaget fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Kommentar:

Kendelsen viser, at processkrifter for Klagenævnet for Udbud generelt ikke kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 27, nr. 4. Region Syddanmarks argument om, at man ikke ønskede sagen procederet i medierne førte ikke til, at Klagenævnet afslog at give aktindsigt.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelser [her](#) og [her](#)

Hvis der er begrundet tvivl, om et tilbud er konditionsmæssigt, kan det være i strid med ligebehandlingsprincippet ikke at undersøge det nærmere

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. november 2014, *Smart Home ApS mod Københavns Kommune*

Kendelsen vedrører et offentligt udbud af en rammeaftale om levering og installation af toiletsæder med indbygget bruse- og tørrefunktion på plejecentre og hos borgere. Blandt tilbudsgiverne var Smart Home ApS (Smart Home) og Welltech A/S (Welltech). Rammeaftalen blev på baggrund af tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" tildelt til Welltech.

Det var ifølge udbudsbetingelserne bl.a. et krav, at "*produkterne til enhver tid opfylder den til enhver tid gældende [...] byggelovning [...] m.v.*" Smart Home klagede til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Welltechs tilbudt var ukonditionsmæssigt, fordi det tilbudte produkt ikke opfyldte et krav i Bygningsreglementet.

Welltech havde udtrykkeligt erklæret, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold. Derudover havde Welltech fremlagt en erklæring fra Teknologisk Institut, hvorefter toiletsæderne kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementet. Endelig havde Welltech på et møde med kommunen bekræftet, at toiletsæderne kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementet.

Klagenævnet for Udbud udtalte i overensstemmelse med fast praksis, at en ordregiver som udgangspunkt ikke er forpligtet til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, der fremgår af et tilbud. Klagenævnet for Udbud udtalte dog videre:

"Hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det imidlertid være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet. Ligeledes kan det være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren efter tilbudsevalueringen, men inden kontraktindgåelse, bliver opmærksom på forhold, der rejser begrundet tvivl om, hvorvidt et tilbud er konditions-mæssigt, uden at ordregiver herefter genovervejer sin vurdering."

Klagenævnet konkluderede herefter, at Welltechs tilbud ikke åbenbart indeholdt forkerte oplysninger, og at der ikke efterfølgende var fremlagt oplysninger, der rejste begrundet tvivl om, hvorvidt Welltechs tilbud var konditions-mæssigt. Klagen blev herefter ikke taget til følge.

Kommentar:

Ifølge Klagenævnets faste praksis har en ordregiver som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere oplysningerne i et tilbud, medmindre de forekommer åbenbart forkerte. Det er herefter et kontraktuelt spørgsmål mellem ordregiveren og den valgte tilbudsgiver, om tilbudsgiveren kan leve op til de krav, der stilles i udbudsbetingelserne, efter at kontrakten er indgået. Af ovennævnte kendelse kan dog udledes, at ordregiver ikke kan indgå en kontrakt med en valgt tilbudsgiver med "bind for øjnene". Hvis ordregiver inden kontraktens indgåelse bliver gjort opmærksom på forhold, der rejser begrundet tvivl om, hvorvidt den valgte tilbudsgivers tilbud var konditions-mæssigt, så er ordregiver således forpligtiget til at undersøge berettigelsen af denne indsigelse nærmere, inden kontrakten indgås. Det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet blot at ignorere denne indsigelse.

Klagenævnet har ikke tidligere i sin praksis så klart udtrykt dette princip, som imidlertid forekommer oplagt rimeligt, og som alle ordregivere fremadrettet bør notere sig.

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

Kravet om klar grænseoverskridende interesse ved bilag II B tjenesteydelser

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. december 2014, *A-Vask A/S mod Høje Taastrup Kommune*

Kendelsen vedrører en annoncering af en kontrakt om udførelse af måtteservice, som omfatter leje, vask, levering af måtter samt udskiftning af defekte måtter på en række adresser i Høje Taastrup Kommune. Der var mellem parterne enighed om, at der var tale om en bilag II B-tjenesteydelse.

Blandt tilbudsgiverne var A-Vask A/S (A-vask) og Berendsen Textil Service A/S (BTS), og kontrakten blev på baggrund af tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" tildelt BTS.

A-Vask klagede over tildelingen og nedlagde påstand om, at Høje Taastrup Kommune havde handlet i strid med de grundlæggende EU-retlige principper om gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling ved i forbindelse med tilbudsevalueringen at lægge vægt på forhold, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne.

A-Vask henviste til, at Høje Taastrup Kommunes annoncering havde en klar grænseoverskridende interesse. Dette skyldtes dels, at tilbudsgiveren ikke nødvendigvis skulle besidde særlige faglige kvalifikationer eller særlige dansk kundskaber for at udføre opgaven, dels at kontraktens varighed på 4 år med option på yderligere 2 år og dens betydelige værdi på 1,2 mio. kr. kunne virke appellerende på udenlandske aktører. Endelig havde A-Vask kendskab til aktører i Kiel, der leverede en tilsvarende ydelse på Sjælland, ligesom A-Vask pegede på, at der var kortere fra Malmø end fra Jylland til stedet for kontraktens udførelse.

Klagenævnet for Udbud var ikke enig med A-vask og lagde vægt på, at Høje Taastrup Kommune havde oplyst, at ingen udenlandske virksomheder havde afgivet tilbud på den annoncerede opgave eller under annonceringsprocessen rettet henvendelse til kommunen og tilkendegivet at have interesse for opgaven. Endvidere, at henset til den begrænsede økonomiske værdi af kontrakten, og det forhold, at det var et krav, at chauffører skulle kunne kommunikere på dansk, nåede klagenævnet frem til, at kontrakten ikke frembød en sådan interesse for tjenesteydere i andre EU-lande, at kontrakten havde en klar grænseoverskridende interesse. Dermed blev klagen ikke taget til følge.

Kommentar:

Kendelsen viser, at det forhold, at der teoretisk er en mulighed for, at udenlandske tilbudsgivere kan byde på opgaven, ikke er tilstrækkeligt til at der er tale om en klar grænseoverskridende interesse ved udbud af bilag II B tjenesteydelser. Værdien af den udbudte kontrakt spiller en væsentlig rolle ved vurderingen heraf.

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

Præjudiciel forelæggelse i Finn Frogne-sagen

Højesterets kendelse af 27. november 2014, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*

Klagenævnet for Udbuds afsagde kendelse i sagen den 3. november 2011. Kendelsen blev appelleret til Østre Landsret, der afsagde dom den 20. december 2013. Vi har omtalt Østre Landsrets dom i vores nyhedsbrev nr. 1 fra 2014, hvortil vi henviser.

Sagen er nu anket til Højesteret, der har afsagt kendelse om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.

Højesteret har fundet, at der består fortolkningstvivil om udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i relation til spørgsmålet om adgangen for en ordregivende myndighed til at indgå forligsaftaler i nødlidende kontraktforhold uden derved at udløse en ny udbudspligt for så vidt angår forligsaftalen.

Højesteret har derfor fundet det nødvendigt at anmode EU-Domstolen om at fastslå de relevante kriterier og fortolkningselementer, der i en sådan sag skal anvendes ved vurderingen af, om en forligsaftale i sig selv er udbudspligtig.

Højesteret har derfor stillet følgende præjudicielle spørgsmål:

"Skal artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext og sag C-91/08, Wall AG fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende."

Kommentar:

Det bliver interessant at se, hvad EU-Domstolen når frem til, da udtalelsen vil få stor betydning for ordregiveres mulighed for fremover at foretage nødvendige tilpasninger i langvarige kontrakter uden fornyet udbud. Hvis EU-Domstolen følger den pragmatiske linje, som Klagenævnet for Udbud og Østre Landsret anlagde, vil det få store økonomiske konsekvenser for de involverede virksomheder.

Vi ønsker alle en glædelig jul og et godt nytår.



I januar vil vi udsende en invitation til et seminar om nyeste praksis og med fokus på relevante emner i den nye udbudslov, som vil finde sted i løbet af første kvartal 2015. Som altid vil deltagelse i seminaret være gratis.

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
ADVOKAT
GHK@NNLAW.DK



MIA ANNE GANTZHORN
ADVOKATFULDMÆGTIG
MG@NNLAW.DK



PERNILLE STAAL HEINEL
ADVOKATFULDMÆGTIG
PSH@NNLAW.DK

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 Gunver Heimdal-Kej, advokat Katrine Lapp, advokatfuldmægtig Mia Anne Gantzhorn og advokatfuldmægtig Pernille Staal Heinel.

Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på 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.