



NR. 3, ÅRGANG 4, OKTOBER 2015

UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Siden sidste nyhedsbrev er forslaget til den nye udbudslov blevet genfremsat i Folketinget med forslag om ikrafttræden 1. januar 2016.

Nedenfor omtales desuden et udvalg af de seneste kendelser fra Klagenævnet for Udbud og en dom fra Vestre Landsret, som er af mere generel interesse.

Status på implementering af de nye udbudsdirektiver i Danmark

Forslag til udbudslov blev fremsat i marts, men nåede ikke at blive færdigbehandlet i Folketinget inden valget blev udskrevet, hvor forslaget derfor bortfaldt. Erhvervs- og vækstminister Troels Lund Poulsen genfremsatte lovforslaget den 7. oktober 2015.

Det genfremsatte lovforslag svarer i vidt omfang til det tidligere fremsatte lovforslag, men der er dog nogle ændringer i §§ 76, stk. 3 (nyt), 148, stk. 3 (udgået), 157, stk. 2 (stk. 3 er udgået), 158, stk. 2 (stk. 3 er udgået), der dog vurderes som værende af mindre betydning. Derudover er der nogle ændringer af sproglig/redaktionel karakter.

I § 5 er imidlertid indsat et nyt stk. 3, som nok ikke er helt uvæsentligt. Bestemmelsen implementerer udbudsdirektivets artikel 22, stk. 2. Det følger bl.a. af bestemmelsen, at kommunikation om grundlæggende elementer ikke må være mundtlig.

Det er i lovbemærkningerne præciseret, at udbudsmaterialet, ansøgninger og tilbud altid vil være vigtige (grundlæggende) elementer, der således ikke må være mundtlige. Det fremgår også af lovbemærkningerne, at tilbudspræsentationer ikke må indgå i tilbuddet, da en tilbudspræsentation udgør mundtlig kommunikation, der kan have væsentlig betydning for indholdet af tilbuddet og vurderingen heraf, hvorfor det kan karakteriseres som mundtlig kommunikation om vigtige (grundlæggende) elementer.

Ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog skal forhandlingen/dialogfasen dokumenteres ved fx referat, ligesom der skal redegøres for forløbet af forhandlingerne/dialogen i begrundelsen for tildelingsbeslutningen.

Der findes områder bl.a. inden for it-kontrakter og udbud af hjælpemidler, hvor en tilbudspræsentation inden tilbudsfristens udløb kan være relevant og ofte er blevet anvendt i praksis. Spørgsmålet er, om det fremover vil være lovligt?

Link til det fremsatte lovforslag [her](#).

Kommissionens meddelelse om regler for udbud i forbindelse med asylkrisen

Som følge af den markante stigning i antallet af asylansøgere til EU i de seneste måneder, har Kommissionen udsendt en meddelelse (COM(2015) 454) om regler for offentlige udbud, der giver et overblik over myndighedernes muligheder for at stille fx telte, containere, tøj, tæpper, senge, mad, rengøring, sundhedsydelse, catering og sikkerhed m.v. til rådighed. Leje af eksisterende bygninger til logi vil ikke være omfattet af udbudspligt. Meddelelsen udstikker ikke nye regler, men afspejler Kommissionens fortolkning af traktaterne, udbudsdirektiverne og EU-Domstolens praksis.

Udgangspunktet er, at udbudsreglerne også finder anvendelse i en sådan ekstraordinær situation, hvis tærskelværdierne er overskredet. Meddelelsen peger dog bl.a. på, at det kan være relevant at anvende "den lempelige ordning", som i forslag til udbudslov betegnes som "light-regimet", jf. § 7, i relation til udbud af tjenesteydelser, ligesom hasteproceduren kan anvendes til at forkorte tilbudsfristerne, jf. forslag til udbudslov § 57, stk. 5 (offentlige udbud) og § 59, stk. 3 (begrænset udbud). Endelig kan udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse også anvendes i akutte tilfælde, jf. § 60, stk. 6, jf. § 62, stk. 2 samt § 63, stk. 2.

Kommissionen konkluderer, at udbudsreglerne omfatter tilstrækkelige regler til at imødegå asylansøgerenes umiddelbare behov i den ekstraordinære situation.

Manglende udfyldelse af felt i tilbudsliste var ikke forbehold

Vestre Landsrets dom af 27. august 2015, *Gustav Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S*.

Dommen vedrører samme sag som Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. november 2013, som vi omtalte i vores nyhedsbrev nr. 5/2013, der kan findes [her](#).

Morsø Spildevand udbød i begrænset licitation efter tilbudsloven en kontrakt om separat kloakering. Tildelingskriteriet var "laveste pris". Det fremgik ikke af udbudsmaterialet, at det var et mindstekrav, at alle felter i tilbudslisten var udfyldt.

Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt det alligevel skulle anses for et forbehold, at klager ikke havde udfyldt et delpunkt 2.1 i en tilbudsliste. Klager havde angivet en samlet pris for pkt. 2, der således også omfattede ydelsen i delpunkt 2.1. På et møde, hvor tilbudslisten blev gennemgået, havde klager imidlertid udtalt sig om delpunkt 2.1 på en måde, som ordregiver udlagde som et forbehold.

Det var uomtvistet, at klager havde tilbudt den laveste pris. Klager havde nedlagt påstand om erstatning for positiv opfyldelsesinteresse på ca. 1,6 mio. kr.

Landsretten lagde vægt på, at det ikke var et mindstekrav, at alle felter i tilbudslisten var udfyldt, og at der var angivet en samlet pris for pkt. 2, der inkluderede ydelsen i pkt. 2.1. Endvidere lagde Landsretten vægt på, at delpunkt 2.1 udgjorde en meget begrænset del af det samlede arbejde. Landsretten fandt det ikke bevist, at klager på mødet stillede krav om ekstrabetaling for ydelserne under pkt. 2.1.

Landsretten konkluderede herefter i overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds kendelse, at ordregiver ikke havde været berettiget til at afvise tilbuddet. Da klager var lavestbydende og derfor skulle have haft kontrakten, var ordregiver ligeledes erstatningsansvarlig. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til 500.000 kr.

Kommentar:

Dommen omhandler en af de få sager, hvor der tilkendes erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Det fremgår ikke nærmere af landsretsdommen, hvordan det påståede erstatningsbeløb var fremkommet, men som det næsten altid ses i disse sager, blev erstatningen nedsat skønsmæssigt, her til ca. 1/3.

Dommen viser, at kun hvor det udtrykkeligt er angivet, at manglende udfyldelse af felter i en tilbudsliste vil gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt, vil et tilbud kunne afvises med begrundelsen, at et felt ikke er udfyldt. Ordregivere bør dog altid overveje grundigt, om det er hensigtsmæssigt at stille sådanne mindstekrav, da det vil kunne betyde, at man som ordregiver vil være forpligtet til at afvise et ellers godt tilbud på grund af et formkrav.

Udbud uden anvendelse af tildelingskriterium var i strid med udbudsreglerne

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. september 2015, *Flex Cap v/Lars Henrik Hirsch og JV Bilen v/Jørgen Vork mod Nordjyllands Trafikselskab*

Kendelsen vedrører et offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om en rammeaftale med flere aktører om flextrafik. Aftalen var opdelt i flere delaftaler om forskellige typer kørsel og forskellige ruter. De to klager var forbigåede tilbudsgivere.

Kendelsen vedrører tre forskellige forhold, hvor særligt sagens påstande 4 og 6 er interessante. Påstandene vedrørte en delaftale om variabel kørsel uden rådighedsaftale, som var kendetegnet ved at omfatte ad hoc-bestillinger uden at vognmanden forpligtede sig til at stå til rådighed i bestemt omfang. Om tildelingskriterier for denne delaftale fremgik følgende af udbudsmaterialet:

"For tilbud på variabel kørsel uden rådighedsaftale gælder at der vil blive indgået rammeaftale med alle tilbudsgivere der opfylder udvælgelseskriterierne jf. afsnit 1.9, og som har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsbetinge[ls]erne. For denne kørselsform er der således ikke noget formelt tildelingskriterium."

Den reelle tildeling af ordrene ville ske ved brug af parametre, der var indlagt i det it-system ("planet-systemet"), som anvendes ved bestilling af ture og planlægning af ruter m.v.

Klagerne gjorde gældende, at det var i strid med udbudsreglerne ikke at fastsætte et tildelingskriterium, og at der skulle ske annullation af tildelingsbeslutningen som følge heraf.

Ordregiver henviste til, at det fremgik af udbudsmaterialet, at det størst mulige antal deltagere i rammeaftalen var 200, og der indkom kun tilbud fra 100 tilbudsgivere på denne delaftale, hvorfor det ikke havde betydning for tildelingsbeslutningen, at der ikke var fastsat et tildelingskriterium, da alle tilbudsgivere fik tildelt en rammeaftale. Ordregiver henviste også til, at der var en nær sammenhæng mellem denne delaftale og delaftalerne om fast kørsel og variabel kørsel med rådighedsaftale, da tilbudsgiverne typisk byder lavere på disse aftaler, idet de kan hente ekstra fortjeneste ved at tage variable ture uden rådighedsaftale. Der var således ikke grundlag for annullation.

Klagenævnet for Udbud gav klagerne medhold i påstanden. Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at der skete en fordrejning af udbudsproceduren ved den beskrevne tildelingsprocedure. Klagenævnet for Udbud anførte bl.a. følgende:

"Den reelle tildeling af de enkelte ordrer ville herefter ske ved brug af de i IT-systemet "Planet" indlagte parametre. Realiteten er med andre ord, at der er og ikke vil blive foretaget kontrakttildeling efter reglerne om offentligt udbud, men efter en af [ordregiver] konstrueret metode, som ikke svarer til det annoncerede og heller ikke er i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivet."

Klagenævnet for Udbud udtalte endvidere:

"Det kan ikke føre til et andet resultat, at trafikelskabet tidligere har benyttet samme metode og finder den hensigtsmæssig."

Kommentar:

Kendelsen viser, at det ikke er tilladt at undlade at anvende et tildelingskriterium ved udbud af en rammeaftale, og i stedet foretage den reelle tildeling af ordrene på rammeaftalerne på baggrund af parametre i et it-system, uanset om alle egnede tilbudsgivere får tildelt en rammeaftale. Den reelle tildeling af ordrene vil dermed kunne være ugenomsigtig og udtryk for andre tildelingsprincipper end udbudsretlige.

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

Berettiget afvisning af ansøgning om prækvalifikation

Klagenævnets kendelse af 9. september 2015, *Parkwind N.V. mod Energistyrelsen*.

Sagen vedrører et koncessionsudbud af en kontrakt om kystnære havvindmøller i form af et såkaldt multi-site udbud, idet udbuddet omfattede seks mulige placeringer. Tilbudsgiverne kunne senere i udbudsprocessen afgive tilbud på: Vesterhav Nord, Vesterhav Syd, Sæby, Sejerø Bugt, Smålandsfarvandet og Bornholm.

Blandt ansøgerne var klager, som var en del af et konsortium. Ordregiver vurderede, at ansøgningen fra konsortiet var ukonditionsmæssig og besluttede at undlade at prækvalificere konsortiet – og dermed klager. I stedet blev tre andre ansøgere prækvalificeret.

Ordregiver begrundede afvisningen af konsortiet, som klager var en del af, med, at konsortiet baserede sin økonomiske og finansielle formåen på en støtteerklæring fra et selskab (Colruyt Group), som efter ordregivers fortolkning indeholdt et forbehold for, at Colruyt Group ikke kunne acceptere de endelige vilkår i koncessionsaftalen.

Klagenævnet for Udbud slog i kendelsen fast, at ordregiver var berettiget til at anse erklæringen fra Colruyt Group som et forbehold, idet Colruyt Group kunne bringe forpligtelsen/støtteerklæringen til ophør, hvis de endelige vilkår i koncessionsaftalen ikke kunne accepteres.

På baggrund heraf tog Klagenævnet for Udbud ikke klagen til følge.

Kommentar:

Kendelsen viser vigtigheden af, at når en ansøger om prækvalifikation eller en tilbudsgiver baserer sin økonomiske og finansielle formåen på en anden aktørs forhold, skal den nødvendige støtteerklæring herom fremtræde som bindende. Et sådan krav fremgår også indirekte af udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, og 48, stk. 3, om henholdsvis økonomisk/finansiell og teknisk/faglig formåen samt af forslag til udbudslov § 144. Det følger heraf, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal godtgøre, at der rådes over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse.

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

Beregningsprincipper for erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse

Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, *Human Care ApS mod Brøndby Kommune*

Kendelsen ligger i forlængelse af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. december 2014, hvor Klagenævnet for Udbud fandt, at ordregiver havde handlet i strid med udbudsdirektivet ved at have afvist klagers tilbud som ukonditionsmæssigt.

Denne kendelse vedrører alene spørgsmålet om udmåling af erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, idet det var ubestridt, at klager ville have fået tildelt en rammeaftale, hvis tilbuddet ikke var blevet afvist.

Klager havde nedlagt påstand om betaling af ca. 12 mio. kr. ekskl. moms.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at klagers tab skulle *"opgøres ud fra kontraktperiodens længde, det antal timer, som [klager] kunne forvente at have leveret i gennemsnit pr. måned, hvis selskabet var blevet tildelt rammeaftalen, og den forventede dækningsgrad på kontrakten."*

Den udbudte rammeaftale havde en varighed på 4 år med option på forlængelse i 2 gange 12 måneder. Rammeaftalen var uopsigelig for begge parter i 4 år. Ordregiver gjorde gældende, at de tildelte rammeaftaler var blevet opsagt som følge af Klagenævnet for Udbuds annullation af tildelingsbeslutningen og derfor alene ville være i kraft i 17 måneder, hvorfor det også var den periode, der skulle indgå i tabsopgørelsen. Klagenævnet for Udbud slog dog fast, at det alene var den ordinære varighed på 4 år, som skulle indgå i tabsopgørelsen.

I forhold til opgørelsen af det antal timer, som skulle indgå i tabsopgørelsen, slog Klagenævnet for Udbud fast, at der skulle lægges vægt på det antal timer, som den leverandør, der havde fået kontrakten i stedet for klager, havde leveret i kontraktens løbetid til dato. Klagers synspunkt om, at der kunne forventes en forøgelse af antallet af timer, var ikke sandsynliggjort og blev derfor ikke taget til følge.

Klager gjorde gældende, at tabet skulle beregnes på baggrund af en dækningsgrad på 31,2 %, og at der ikke skulle lægges vægt på tidligere års lavere dækningsgrad for virksomheden. Klagenævnet for Udbud inddrog dog udviklingen i klagers dækningsgrad i de foregående ca. 3 år (2010-2013) og lagde vægt på, at dækningsgraden i perioden havde været faldende til 23 %.

På denne baggrund fastsatte Klagenævnet for Udbud erstatningen skønsmæssigt til 1,5 mio. kr. med tillæg af procesrente.

Kommentar:

Kendelsen viser nogle grundlæggende principper for erstatningsberegning, herunder især at en virksomheds generelle dækningsgrad i en forudgående periode kan inddrages i opgørelsen af erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

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

Endnu en gang fastslået i Klagenævnet for Udbuds praksis, at det er i strid med udbudsreglerne at efterspørge rabatsatser på øvrigt sortiment i sortimentsudbud, også selvom rabatsatserne ikke indgår i evalueringen

Klagenævnets kendelse af 7. oktober 2015 (berigtiget 9. oktober 2015), *Stadsing A/S mod Herning Kommune på vegne tillige af Sønderborg, Randers, Middelfart, Lemvig, Svendborg, Ikast-Brande, Kolding, Holstebro, Fredericia, Silkeborg og Esbjerg Kommuner*

Sagen vedrører et offentligt udbud (genudbud) af en rammeaftale om vareindkøb af papirvarer, cremer, sæber m.v. (sortimentsudbud) med tildelingskriteriet "laveste pris". Der indkom 3 tilbud, der alle blev vurderet ukonditionsræssige, hvorfor udbuddet blev annulleret, og ordregiver overgik til udbud med forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Herefter blev kontrakten tildelt til Multiline A/S. Klager er forbigået tilbudsgiver.

Klager gjorde bl.a. gældende (påstand 7), at kravet om, at tilbudsgiver skulle give oplysning om rabatsatser for "øvrigt sortiment" var egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning ordregiver ville tillægge rabatsatserne, uanset at det klart fremgik af udbudsbetingelserne, at sådanne rabatsatser ikke ville indgå i evalueringen. Klager gjorde således gældende, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at stille et krav om, at der skulle oplyses rabatsatser på øvrigt sortiment.

Ordregiver gjorde på den anden side gældende, at kravet om oplysning om rabatsatser ikke kunne give anledning til tvivl som anført af klager, da det netop fremgik af udbudsmaterialet, at rabatsatserne ikke ville indgå i evalueringen. Ordregiver henviste også til, at det var helt sædvanligt at efterspørge en sådan rabatsats på øvrigt sortiment.

Klagenævnet for Udbud udtalte følgende:

"Tilbudsgivernes rabatter på andre produkter end dem, der skulle afgives tilbud på, var udbuddet uvedkommende, og det ville således være i strid med udbudsreglerne at tillægge tilbudsgivernes oplysninger om sådanne rabatter betydning.

Uanset at det fremgik af udbudsbetingelserne, at rabatsatserne ikke ville blive vægtet ved evalueringen, har [ordregivers] krav om rabatsatser været egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning den ville tillægge de tilbudte rabatter."

Kommentar:

Kendelsen slår endnu engang fast, at det er ulovligt at stille krav om priser, som ikke kan inddrages i tilbudsevalueringen, uanset om det fremgår af udbudsbetingelserne, at priserne ikke indgår i evalueringen. Dette er et fast princip, som er fastslået flere gange i praksis, senest i kendelsen *Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune* af 22. april 2015, som begge parter i øvrigt henviser til.

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

Retlig interesse er en betingelse for klageadgang

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. oktober 2015, *Hede-Hus Tømreren ApS mod AlmenIndkøb v/Lejerbo (Administrationsorganisationen)*.

Sagen vedrørte konkret en klage over 2 miniudbud under en rammeaftale, som var indgået med klager. Rammeaftalen blev imidlertid ophævet kort tid efter, at klagen var indgivet til Klagenævnet for Udbud, og ordregiver nedlagde derefter påstand om afvisning, idet klager ikke længere havde retlig interesse i klagen. Kendelsen er interessant i relation til spørgsmålet om retlig interesse.

Klagenævnet for Udbud udtalte i kendelsen (vores understregninger):

"Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation har den fornødne retlige interesse. Det følger i øvrigt af klagenævnets praksis, at "retlig interesse" ikke bør fortolkes snævert. Det kræves imidlertid, at klageren har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat."

Klagen vedrørte ikke udbuddet af rammeaftalen eller ophævelsen af den rammeaftale, som blev indgået med klager, og rammeaftalen blev som nævnt ophævet efter klagesagen blev indledt, fordi klager ikke opfyldte nogen mindstekrav til omsætning. Klagenævnet for Udbud konkluderede følgende:

"[Klager] er som følge af ophævelsen ikke længere potentiel tilbudsgiver på de udbudte ydelser i henhold til rammeaftalen, og selskabet har derfor ikke længere en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om [ordregiver] har tilsidesat udbudsreglerne som anført i påstand 1 og 2."

Klagen blev derefter afvist.

Kommentar:

Kendelsen er i overensstemmelse med tidligere praksis, hvorefter det følger, at kun virksomheder, som kunne have opnået prækvalifikation/fået tildelt en kontrakt, har adgang til at klage. Hvis man slet ikke kan komme i betragtning til prækvalifikation/kontrakten, har man ikke konkret og direkte interesse i at få afklaret, hvorvidt ordregiver har tilsidesat udbudsreglerne.

Link til Klagenævnet for Udbuds kendelse [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



GUNVER HEIMDAL-KEJ
ADVOKAT
GHK@NNLAW.DK



MIA ANNE GANTZHORN
ADVOKAT
MG@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 Gunver Heimdal-Kej, advokat 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.