



UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Nedenfor gennemgår vi et relevant uddrag af Klagenævnet for Udbuds praksis siden sidste nyhedsbrev fra starten af januar 2017. Klagenævnet har blandt andet afsagt kendelse i en sag, der vedrørte ordregivers pligt til at afvise en tilbudsgiver som ukonditionsmæssig som følge af manglende fremsendelse af ESPD for tilbudsgivers underleverandører under et udbud, hvor det i udbudsbetingelserne var klart tilkendegivet, at manglende indlevering af ESPD (herunder for underleverandører) ville medføre afvisning. Nedenfor kan der tillige læses om den første sag, hvor Klagenævnet for Udbud annullerer en tildelingsbeslutning af et udbud omfattet af udbudslovens afsnit II, og hvor udbudslovens § 185, stk. 2 således potentielt kan udløses.

Ikke i strid med udbudsreglerne at afvise tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af manglende ESPD

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. februar 2017, *Tangsø Idrætscenter mod Lemvig Kommune*

Klagen vedrører et udbud gennemført som offentligt udbud efter udbudsloven af en rammeaftale vedrørende sundhedsordning til fastansatte medarbejdere i Lemvig Kommune (Kommunen).

Kommunen modtog blandt andet tilbud fra Tangsø Idrætscenter (Klager), der dog ikke fik tildelt rammeaftalen, idet Kommunen afviste Klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, da Klager vedlagde støtteerklæringer fra to underleverandører uden dog tillige at vedlægge ESPD for disse.

Følgende fremgik blandt andet af udbudsbetingelserne:

"9. ESPD - Udvælgelseskriterier

Betingelser for deltagelse

Tilbudsgiver skal som en del af sit tilbud udfylde og vedlægge udfyldt

ESPD'en bilag 1 sit tilbud. Såfremt udfyldt ESPD dokument IKKE er medsendt tilbuddet, vil tilbuddet blive afvist, som ikkekonditionsmæssigt.

Et ikke korrekt eller mangelfuldt udfyldt ESPD dokument kan berettige Ordregiver til at afvise tilbuddet.

...

Såfremt der bydes ved brug af andres formåen (underleverandører), skal underleverandøren/den eller de virksomheder, der støtter tilbudsgiver (hovedudbydere) udfylde bilag 1 ESPD del II, III og IV (lille a) og medsende tilbuddet."

Klager klagede til Klagenævnet for Udbud og gjorde blandt andet gældende, at Kommunen fejlagtigt havde lagt til grund, at Kommunen var forpligtet til at afvise tilbuddet på grund af manglende udfyldt ESPD for hver af de to underleverandører, som skulle anvendes i udbudsperioden.

Klager gjorde navnlig gældende, at Klager havde udfyldt og medsendt ESPD. Det var kun i relation til en meget begrænset del af de ydelser, der var omfattet af Klagers tilbud (de kiropraktiske ydelser og de psykologiske ydelser), at tilbuddet var baseret på underleverandører, hvorfor tilbuddet ikke var vedlagt ESPD-erklæringer for disse underleverandører.

Klager henviste endvidere til, at de to underleverandører begge havde afgivet støtteerklæringer, og at der ikke i udbudsloven er hjemmel til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af, at der ikke foreligger ESPD fra underleverandører. Klager gjorde endvidere gældende, at en ordregiver slet ikke har hjemmel til at indsætte en sådan obligatorisk afvisningsbestemmelse i udbudsmaterialet.

Med en henvisning til udbudslovens § 159, stk. 1 gjorde Klager tillige gældende, at Kommunen kunne anmode Klager om at supplere og præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Klagenævnet fulgte ikke disse indsigelser og fastslog, at Klagers tilbud var ukonditionsmæssigt fordi tilbudsgiveren ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne havde vedlagt udfyldt ESPD for sine underleverandører og at Kommunen derfor var både berettiget og forpligtiget til at afvise Klagers tilbud.

Klagenævnet understregede endvidere, at der – selv hvis Kommunen ikke kunne anses for forpligtet til at afvise Klagers tilbud – ikke udbudsretligt påhvilede Kommunen en *pligt* til at anmode Klager om at berigtige sit tilbud ved fremsendelse af dokumenter efter tilbudsfristens udløb. En ordregivers adgang efter udbudslovens § 159, stk. 5, til at anmode en tilbudsgiver herom, er således ikke en pligt men en ret for ordregiveren.

Kommentar

Der er i udbudslovens § 159, stk. 5 som udgangspunkt forholdsvis vid adgang til at berigtige mangler under udbudsproceduren, i det omfang dette sker under overholdelse af principperne om gennemsigtighed og især ligebehandling. Særligt i relation til ESPD fremgår det af forarbejderne til bestemmelsen i udbudsloven, at ordregiveren som udgangspunkt kan:

"uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i det fælles europæiske udbudsdokument. Dette finder også anvendelse i den situation, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har fremsendt det fælles europæiske udbudsdokument til ordregiveren. I denne situation kan ordregiveren som udgangspunkt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb."

Dog følger det af udbudsretlig praksis, at en ordregiver er bundet af de retningslinjer for udbudsprocessen, som ordregiver selv har fastsat. Når Klagenævnet kommer frem til, at Kommunens afvisning af Klagers tilbud som ukonditionsmæssigt var berettiget med henvisning til egne udbudsbetingelser, er kendelsen således i tråd med fast udbudsretlig praksis, herunder praksis fra EU-Domstolen, hvorefter en ordregivende myndighed er forpligtet til strengt at følge de kriterier, som den selv har fastsat (jf. blandt andet EU-domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, se præmis 40).

Link til kendelsen [her](#).

Annulation af en tildelingsbeslutning ved udbud omfattet af udbudslovens afsnit II. Dermed mulighed for anvendelse af udbudslovens § 185, stk. 2.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. marts 2017, *Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune*

Klagen vedrører samme udbud, som det Nielsen Nørager beskrev i seneste [nyhedsbrev af 6. januar 2017](#) under omtale af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. december 2016 med samme involverede parter. Der var tale om en rammeaftale om forsikringsydelser udbudt af Nyborg Kommune (Kommunen) som offentligt udbud i medfør udbudsloven med tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet* på grundlag af underkriterierne *Totalsummen af den årlige forsikringsudgift (Pris)*, der vægtede 60 % og *Service*, der vægtede 40 %.

Protector Forsikring Danmark (Protector) afgav tilbud, som af Kommunen blev fundet ikke-konditionsmæssigt. Ved kendelse af 21. december 2016, besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Af kendelsen fremgik dog, at der ville være udsigt til, at tildelingsbeslutningen ville blive annulleret (som følge af rammeaftalens længde, der var længere end de tilladte 4 år).

Kommunen har efterfølgende erkendt overtrædelsen, der vedrørte rammeaftalens varighed, og angivet, at Kommunen alene agter at indgå kontrakt med en varighed af 3 år med option på forlængelse i 12 måneder.

Protector har herefter nedlagt endelig påstand om, at Kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele Gjensidige Forsikring kontrakten, idet tilbuddet var ukonditionsmæssigt på flere punkter, herunder som følge af, at Gjensidige Forsikring havde undtaget dækning af tvillingeløft, uagtet at det af kravsspecifikationen fremgik, at dækning skal omfatte:

"Ansvar for skader forvoldt af håndkraner eller mobilkraner. Både er-hvervsansvar og ved bugsering."

og idet Gjensidige Forsikring i sit tilbud på denne forsikring havde undtaget "Nedramning og optrækning af spunsvægge eller andet, nedrivnings- eller nedbrydningsarbejde, grundvandssænkning og andre grundvandsreguleringer", på trods af at det af kravsspecifikationen fremgik, at dækning skal omfatte:

"Ansvar for skader ved udgravning i kommunens egenskab af bygherre."

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at Kommunen har pligt til at se bort fra tilbuddet.

Protector nedlagde endvidere påstand om, at Klagenævnet skulle annullere Kommunens tildelingsbeslutning.

Dette blev taget til følge af Klagenævnet, som annullerede tildelingsbeslutningen.

Kommentar

Resultatet af kendelsen er som sådan ikke bemærkelsesværdigt. Når kendelsen inddrages som en del af nyhedsbrevet, er det fordi, kendelsen er den første, hvori klagenævnet annullerer en tildelingsbeslutning af et udbud omfattet af udbudslovens afsnit II, og hvor udbudslovens § 185, stk. 2 således potentielt kan udløses, forudsat kendelsen ikke indbringes for domstolene.

Det følger af udbudslovens § 185, stk. 2, at hvor en tildelingsbeslutning er annulleret ved *endelig* afgørelse eller dom, da skal ordregiveren som udgangspunkt bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel.

Bestemmelsen udgør ikke en implementering af udbudsdirektivet (2014/24). Bestemmelsen er dog en nyskabelse i forhold til hidtil gældende ret og medfører, at kontrakter, der er tildelt på baggrund af en beslutning, der efterfølgende annulleres ved endelig kendelse fra Klagenævnet eller ved dom, som udgangspunkt skal bringes til ophør. Klagenævnets annullation af en ulovlig tildelingsbeslutning medførte efter hidtil gældende ret som udgangspunkt ikke, at den privatretlige aftale skulle bringes til ophør.

Bringes kontrakten til ophør efter udbudslovens § 185, stk. 2 vil dette som udgangspunkt udgøre en misligholdelse over for den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, forudsat kontrakten tillige er indgået. Bestemmelsen indebærer således, at ordregivere i den udbudte kontrakt bør tilføje vilkår, der tager højde for den situation, at tildelingen annulleres. Eksempelvis ved at tilføje ansvarsbegrænsninger over for den tilbudsgiver, kontrakten indgås med.

Det bemærkes for fuldstændighedens skyld, at det tillige følger af bestemmelsen, at når særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende, kan ophør af kontrakten undlades. Hertil bemærker lovbemærkningerne, at når ophør af kontrakten vil stride mod væsentlige samfundsinteresser, eksempelvis den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, eller hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispil, kan ordregiver undlade at bringe kontrakten til ophør. Idet der er tale om en undtagelse, må det antages, at denne del af bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende, og ikke vil være relevant for den foreliggende sag om udbud af forsikringsydelser.

Link til kendelsen [her](#).

Ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet at anmode om priser på optioner uden at lade disse indgå i tilbudsevalueringen

Klagenævnet for Udbud kendelse af 30. marts 2017, *Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.m.b.a.*

Klagen vedrører indkøb af et nyt komplet halmfyret kedelanlæg udbudt som udbud med forhandling med forudgående indkald af tilbud efter art. 47 i direktiv 2014/25 (Forsyningsvirksomhedsdirektiv). Det fremgik af udbudsmaterialet, at kontrakten ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at der ville blive lagt vægt på følgende underkriterier, *pris* (40 %), *forbrug*, *emissioner*, *rådighed* og *virkningsgrad* (15 %), *teknisk løsning* (35 %) og *tidsplan* (10 %).

Af udbudsmaterialet fremgik blandt andet, at ved evaluering af *pris* benyttes den samlede tilbudspris ekskl. optioner.

Efter ordregivers tildeling af kontrakten til tilbudsgiveren, Aktive Energi Anlæg A/S indgav tilbudsgiveren Euro Therm A/S klage til Klagenævnet for Udbud blandt andet med påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at anmode om priser på optioner uden at anvende priserne i forhold til underkriteriet *pris* (påstand 7).

Euro Therm A/S gjorde i den forbindelse gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet:

"at anmode om priser på optioner "ved siden af" den egentlige tilbudsindhentning i form af den direktivregulerede udbudsproces, når priserne på optioner ikke anvendes ved tilbudsevalueringen, ikke mindst, da det kan give tilbudsgiverne en opfattelse af, at konkurrencen om den udbudte kontrakt reelt foregår udenfor de fastsatte underkriterier."

Euro Therm A/S henviste endvidere til støtte for sin påstand til Klagenævnets kendelse i sagen af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune.

Klagenævnet for Udbud henviste ved sin afvisning af Euro Therm A/S' påstand til, at det af udbudsmaterialet fremgik, at

"ved evaluering af "pris" benyttes den samlede tilbudspris ekskl. optioner som angivet i tilbudslisten."

Endvidere fremgik af Klagenævnet for Udbuds kendelse, at:

"En ordregiver er berettiget og (forpligtet) til at fortaget sin evaluering alene baseret på prisen på hovedydelsen, når ordregiveren har gjort dette klart i udbudsbetingelserne."

Hverken denne påstand eller nogen anden af Euro Therm A/S' påstande blev således taget til følge.

Kommentar

Kendelsen kan umiddelbart synes ikke at følge Klagenævnets hidtidige faste praksis, hvor efter det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis der ved et udbud er krav eller ønske om, at tilbudsgiverne skal give oplysninger, som er udbuddet uvedkommende. Klageren henviser da også til denne praksis ved at henvise til Klagenævnets kendelse i sagen af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, hvor Klagenævnet udtalte, at det var i strid med gennemsigtighedsprincippet at kræve oplysninger om rabattsatser for varer, der ikke var omfattet af udbuddet (konkret i sagen vedrørte det oplysninger om rabattsatser for "Øvrigt sortiment"), fordi dette er egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning der ville blive tillagt rabattsatserne.

Resultatet i den aktuelle kendelse i relation til denne påstand må dog antages konkret at være et udslag af formuleringen af Klagerens påstand, hvorefter Klagenævnet skal konstatere, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet at anmode om priser på optioner uden at anvende priserne i forhold til underkriteriet "Pris". Klagenævnet fandt, at dette ikke kunne være i strid med gennemsigtighedsprincippet i den foreliggende sag, idet det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at priserne på optioner ikke indgik i tilbudsvurderingen.

Det forhold, at tilbudsgiverne overhovedet kunne eller skulle give priser på optioner, må dog antages at være i strid med gennemsigtighedsprincippet, men det var ikke dette klagen vedrørte således som påstanden var formuleret, hvorfor der ikke er anledning til at antage, at kendelsen er et udtryk for, at praksis har ændret sig på dette område.

Klagens resultat må derfor også antages at være et udslag af § 10 stk. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter Klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, eller tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af klager.

Link til kendelsen [her](#).

Ordregiver kan annullere en licitation efter tilbudsloven, efter der er sket tildeling, men inden kontrakten er indgået, når annullationen ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde usaglig

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. april 2017, *P. Olesen & Sønner A/S mod Hørsholm Kommune*

Klagen vedrører en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudsloven vedrørende nedrivning af Hørsholm Sygehus, hvor tildelingskriteriet var laveste pris.

Efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud blev de bydende af Hørsholm Kommune (Kommunen) underrettet om, at byderen, Barslund A/S var blevet lavestbydende. Efterfølgende besluttede Kommunen imidlertid at indgå kontrakt med byderen, P. Olesen & Sønner A/S (Klager), der var lavestbydende, når der blev taget hensyn til en option. Inden kontrakten blev indgået, annullerede Kommunen dog tildelingsbeslutningen med henblik på at foretage et nyt udbud af kontrakten.

Det blev angivet som begrundelse for annullationen, at der var konstateret "uhensigtsmæssigheder i det i udbudsmaterialet formulerede tildelingskriterium", og at en af de bygninger, der var omfattet af kontrakten, havde været udsat for brand.

Klager blev tillige lavestbydende ved det nye udbud og fik tildelt kontrakten.

Klager indgav herefter klage til Klagenævnet for udbud med påstand om, at Kommunen har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klager efter den første tildelingsbeslutning var truffet.

Klager nedlagde tillige påstand om, at Kommunen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, forskelsbehandling og/eller gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2 samt tilbudslovens § 14, stk. 1, forudsætningsvist ved at have annulleret den begrænset indbudte licitation med den begrundelse, at ordregiver efter tildelingsbeslutning havde konstateret uhensigtsmæssigheder i det i udbudsmaterialet formulerede tildelingskriterium (påstand 2), at én af bygningerne, omfattet af udbuddet, under udbudsperioden havde været udsat for brand (påstand 3), samt at der var indgivet klage over tildelingsbeslutningen fra øvrig tilbudsgiver (påstand 4).

Endvidere nedlagde Klager en erstatningspåstand.

Klager angav til støtte for sine påstande, at Kommunen havde påtaget sig en kontraheringspligt og på andet aftaleretligt grundlag havde skabt en berettiget forventning om, at klageren ville få tildelt en kontrakt.

Klager har endvidere angivet, at en annulation som minimum må være sagligt begrundet, og den konkrete begrundelse skal være korrekt og retvisende. Kommunens henvisning til fejl i udbudsmaterialet var ikke den reelle begrundelse, og den var ifølge Klager bagatelagtig og uden betydning for udbuddet.

Heller ikke henvisningen til, at der efter udbuddet havde været brand i en af de bygninger, der var omfattet af udbuddet, var ifølge Klager en saglig grund til at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler i kendelsen, at Klagenævnet ikke kan tage stilling til, om Kommunen på aftaleretligt grundlag har påtaget sig en aftaleretlig kontraheringspligt over for Klager, hvorfor Klagers påstand her om må afvises, og fastslog herefter endnu engang, at:

“Det er i retspraksis og i klagenævnets praksis fastslået, at en udbyder kan annullere en licitation, jf. tilbudslovens § 8, jf. § 14, stk. 1. Der er således ingen kontraheringspligt. En annulationen må dog ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde usaglig. Det er ligeledes fast antaget, at udbyderens annullationsadgang ikke bortfalder ved udbyderens meddelelse om kontraktstildelingen.”

Idet Klagenævnet ikke finder, at der foreligger usaglige grunde bag beslutningen om annulation, finder Klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte Kommunens skøn over nødvendigheden af, at opgaven skulle udbydes på ny.

Dermed tages ingen af Klagers påstande til følge.

Kommentar

Kendelsen viser endnu engang, at en ordregiver har en meget vid adgang til at annullere et udbud selv efter, der er truffet og meddelt tildelingsbeslutning til de berørte deltagere i udbudsprocessen.

En tildelingsbeslutning kan således ikke sidestilles med en pligt til at indgå kontrakten med den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der er således ikke opstået en berettiget forventning, der forpligter ordregiver til at følge sin egen tildelingsbeslutning op med kontraktindgåelse. Dette kan forekomme urimeligt for tilbudsgivere, der har fået tildelt en kontrakt og anvendt tid og ressourcer på afgivelse af tilbud, men dette ændrer ikke på retstilstanden, som viser, at der skal virkelig meget til for at løfte beviset for, at der foreligger usaglig annulation.

Link til kendelsen [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



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK

NIELSEN NØRAGER

Nielsen Nøragers konkurrence- og udbudsretsgruppe ledes af advokat Henrik Peytz og advokat Lotte Hummelshøj, der begge har stor erfaring med rådgivning om udbudsretlige spørgsmål og førelse af sager om udbudsret for Klagenævnet for Udbud og domstolene. Herudover består gruppen af advokat Thomas Mygind og advokat Sebastian Asbjørn Pedersen.

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.