



## UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Siden vores sidste nyhedsbrev er den nye udbudslov trådt i kraft, og de to første kendelser fra Klagenævnet for Udbud - begge vedrørende opsættende virkning - vedrørende et udbud efter udbudsloven er afsagt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udgivet et antal vejledninger, som findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside (link til vejledningerne [her](#)), herunder vejledning om evalueringsmetoder fra marts 2016, som giver en letforståelig og praktisk gennemgang i de forskellige evalueringsmetoder, som efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er lovlige, og den giver et bud på, hvilke krav der efter den nye udbudslovs bestemmelser stilles til beskrivelsen af den anvendte evalueringsmetode i udbudsmaterialet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har endvidere offentliggjort et notat af 9. maj 2016, der udtaler, at kravet i udbudslovens § 160 om, at evalueringsmetoder skal beskrives i udbudsmaterialet, finder analog anvendelse på udbud efter tilbudsloven. Det præciseres i notatet, at dette dog ikke gælder for underhåndsbud. I dette notat udtales endvidere, at ESPD`en ikke finder anvendelse på udbud omfattet af tilbudsloven.

Nedenfor omtales desuden et udvalg af de seneste kendelser fra Klagenævnet for Udbud samt EU domstolens dom i MT Højgaard sagen efter en præjudiciel forelæggelse indgivet af Klagenævnet for Udbud.

## Ordregiver er ikke forpligtet til at afvise unormalt lave bud

Klagenævnets for Udbuds kendelse af 4. marts 2016, *Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S*

Kendelsen vedrører et landsdækkende begrænset udbud af en rammeaftale om levering af biblioteksmaterialer. Rammeaftalen bestod af syv delaftaler fordelt efter materialernes karakter. Tildelingskriteriet for udbuddet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klager (Biblioteksmedier A/S, herefter "Biblioteksmedier") klagede efterfølgende over tildeling af tre delaftaler til den anden tilbudsgiver (iMusic/Audio Visionary Music ApS, herefter "iMusic"). Biblioteksmedier gjorde bl.a. gældende, at ordregiver burde have afvist iMusics tilbud på én af delaftalerne med begrundelsen, at tilbuddet var unormalt lavt.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at formålet med udbudsdirektivets artikel 55 om unormalt lave bud er at sikre tilbudsgiverne imod, at den ordregivende myndighed vilkårligt kan afvise tilbud, som ordregiver vurderer, er unormalt lave. Det fremgår videre, at det er ordregivers skønsmæssige vurdering om et tilbud må anses for unormalt lavt. En sådan nærmere redegørelse var ubestridt indhentet fra iMusic. Klagenævnte udtalte videre, at der ikke gælder en generel pligt for ordregiver til at afvise et unormalt lavt tilbud, men at der i det konkrete tilbud, som Biblioteksmedier anså som unormalt lavt, heller ikke forelå sådanne ganske særlige omstændigheder, der ville have medført en pligt for ordregiver til at afvise de af iMusic afgivne tilbud. Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at ordregiver havde indhentet en redegørelse for prissætningen hos iMusic i medfør af udbudsdirektivets artikel 55 og vurderet denne, og at der derfor ikke var grundlag for at antage, at ordregiver ikke havde foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af tilbuddet. Klagenævnet for Udbud fandt i øvrigt ikke, at der var grundlag for at tilsidesætte ordregiverens skønsmæssige vurdering af, at tilbuddet ikke skulle anses for unormalt lavt.

Klagen blev ej heller taget til følge på nogle yderligere klagepunkter, bl.a. om ukonditionsmæssighed

### *Kommentar:*

Klagenævnet for Udbud gentager fast praksis om, at der ikke gælder en generel pligt til at afvise unormalt lave tilbud, men lægger også op til, at en ordregiver under ganske særlige omstændigheder kan have en pligt til at afvise unormalt lave tilbud uden at det dog fremgår, hvad der kendetegner sådanne "*ganske særlige omstændigheder*" i reglerne om unormalt lave tilbud i udbudslovens § 169 er det nu præciseret, at ordregiver skal afvise et tilbud som unormalt lav hvis tilbudsgiver eller dennes underleverandør har tilsidesat gældende forpligtigelser inden for det miljø-, social- og arbejdsretlige område.

Som forbigået tilbudsgiver er det således særdeles vanskeligt at vinde en klagesag med den begrundelse, at det vindende tilbud er unormalt lavt. I den situation, hvor en ordregiver lægger op til at tildele en kontrakt til en konkurrent, der har budt meget lavt, kan man således som udgangspunkt kun opfordre ordregiver til at undersøge forholdet nærmere, idet ordregiver efter udbudslovens § 169 nu har en pligt til at efterspørge en redegørelse for prissætningen, hvis en tilbudsgiver har budt unormalt lavt. Kendelsen bekræfter endvidere, at det er ordregiverens skøn om et tilbud forekommer unormalt lavt.

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

### **Pointmodel var konkret uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud**

Klagenævnets for Udbuds kendelse af 26. april 2016, *Bekey A/S mod Viborg Kommune*

Klagen vedrører et udbud af en 5-årig kontrakt om levering af et elektronisk låsesystem. Udbuddet var omfattet af det tidligere udbudsdirektiv med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ordregiver ventede – og fik – en stor spredning i tilbudspriserne, der lå mellem ca. 3,2 og 8,6 mio. krog priserne blev derfor evalueret efter pointmodellen "*laveste pris + 300 %*" med en pointskala fra 1-10, der gav scorer mellem 1,64 og 10 point. Klager (Bekey A/S, herefter "Bekey") fik tildelt kontrakten.

Ordregiver annullerede udbuddet kort efter underretningen om tildelingsbeslutningen, som følge af en konstateret uklarhed i tilbudslisten og udbudsbetingelserne vedrørende vurderingen af underkriteriet økonomi.

Kontrakten blev herefter genudbudt. De 3 underkriterier var vægtet i intervaller, herunder økonomi med 30-40 %. De tilbudte priser ved genudbuddet lå mellem ca. 1,9 og 3,6 mio. kr., altså dels væsentligt lavere end ved det oprindelige tilbud og dels med et væsentligt mindre spænd på ca. 90 %.

Efter at have set tilbuddene fastlagde ordregiver vægtningen af underkriteriet økonomi til 30 %. Ordregiver anvendte igen pointmodellen "*laveste pris + 300 %*", der gav scorer mellem 5,48 og 10 point.

Bekey vandt ikke kontrakten ved genudbuddet og klagede til Klagenævnet for Udbud og gjorde gældende, at pointmodellen ikke var egnet til at sikre en bedømmelse af tilbuddene, der respekterede vægtningen, fordi modellen ikke afspejlede den forventede eller realiserede spredning i de tilbudte priser, da kun godt 40 % af pointskalaen blev anvendt ved evalueringen af priserne.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at uanset at ordregiver har et vidt skøn ved fastlæggelsen af den model, som anvendes ved evalueringen såvel som ved selve bedømmelsen af tilbuddene, skal den fastsatte vægtning af underkriterierne respekteres. Klagenævnet for Udbud udtalte videre generelt:

*"Ved ordregivers skønsmæssige fastlæggelse af en model til evaluering af et underkriterium om pris/økonomi, herunder ved brug af en model som den foreliggende, skal der tages hensyn til det konkrete markeds og det konkrete udbuds karakteristika og til, hvilken spredning der på den baggrund kan forventes i priserne på de indkomne tilbud. Ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen for et underkriterium om pris/økonomi vil ordregiveren normalt kunne lægge vægt på såvel den faktiske prisspredning i de afgivne tilbud som den prisspredning, der på forhånd kunne forventes under hensyn til udbuddets indhold og karakter samt det*

*pågældende marked. Der består ikke noget krav om, at en valgt model skal sikre, at der i alle tilfælde sker fuld udnyttelse af "spændet" i modellen.*

*Hvis ordregiveren vurderer, at flere forskellige evalueringsmodeller kunne være egnede, kan ordregiveren inden for de nævnte rammer vælge den model, som efter ordregiverens vurdering er den sagligt set mest velegnede til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Den omstændighed, at forskellige modeller fører til forskellige resultater, og at ordregiveren først har truffet valget mellem modeller efter at have modtaget tilbuddene, ændrer ikke herpå, men kravene til ordregiverens begrundelse for modelvalget vil imidlertid som udgangspunkt blive forøget.*

*Hvis ordregiverens redegørelse for valget af evalueringsmodel og/eller for den foretagne bedømmelse af tilbuddene er ufuldstændig eller uklar, og resultatet dermed – også henset til indholdet af tilbuddene – forekommer på-faldende, påhviler det ordregiveren at bevise, at kontrakten desuagtet er tildelt i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium og den fastsatte vægtning af underkriterierne, og at der ikke er handlet i strid med ligebehandlingsprincippet [...]"*

I forhold til den konkrete sag konstaterede Klagenævnet for Udbud, at det sådan set var forventeligt at få et stort prisspænd henset til tilbudspriserne under det første udbud, men at den foretagne evaluering af de tilbudte priser – som var kendte, da ordregiver valgte en pointmodel – i praksis medførte, at økonomi kom til at vægte meget begrænset. Da ordregiver dertil valgte at vægte økonomi lavest muligt i det angivne vægtningsinterval – ligeledes efter at priserne var kendt for ordregiver – fik økonomi endnu mindre vægt. Det var således ordregivers bevisbyrde, at evalueringen respekterede den oplyste vægt af økonomi og ikke medførte forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Klagenævnet for Udbud vurderede, at denne bevisbyrde ikke var løftet.

*Kommentar:*

Kendelsen ligger i fin forlængelse af andre kendelser om prismodeller og evaluering. Det er således ikke nyt, at den anvendte model, laveste pris + x %, skal afspejle det ventede prisspænd, og at ordregiver må tilpasse modellen til de faktiske priser.

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

Efter udbudslovens § 160 er det nu et krav, at evalueringsmodellen offentliggøres i udbudsmaterialet. Anvender man modellen, laveste pris + x %, anbefales det i forarbejderne til udbudsloven og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, omtalt ovenfor, at der ligeledes vælges en sekundær model, fx en ikke-lineær model eller en model med en større spredning. Det fremgår af forarbejderne til udbudsloven og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, at det skal fremgå af udbudsbetingelserne, hvilke objektivt konstaterbare forhold, der skal være til stede for at sekundærmodellen vil blive anvendt, og sekundærmodellen skal beskrives på samme måde som den primære evalueringsmodel.

**Lovligt at en konsortiedeltager i udbudsproces fortsætter alene forudsat at denne konsortiedeltager alene kan opfylde udvælgelseskriterierne og forudsat at de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling ikke forringes**

EU-Domstolens dom af 24. maj 2016, *C-396/14 – MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*

Der er tale om en præjudiciel afgørelse af spørgsmål stillet af Klagenævnet for Udbud.

Sagen vedrører et udbud med forhandling efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Den udbudte kontrakt omfattede anlæggelsen af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted. Ifølge udbudsbekendtgørelsen ville ordregiver prækvalificere 4-6 ansøgere. 5 økonomiske aktører ansøgte om prækvalifikation, og alle blev prækvalificerede, hvorfor der ikke blev foretaget en kvalitativ vurdering af ansøgerne. En aktør trak sig fra konkurrencen, hvorefter der var 4 aktører tilbage.

Per Aarsleff og E. Pihl og Søn A/S (herefter "Aarsleff/Pihl") blev prækvalificeret som konsortium. Aftalen om oprettelsen af konsortiet blev indgået den 26. august 2013. Samme dag blev der afsagt konkursdekret over Pihl. Den 27. august 2013 afgav Aarsleff/Pihl et første tilbud, der dog ikke var underskrevet af kurator, men alene af Aarsleff og Pihl.

Ordregiver underrettede tilbudsgiverne om, at man tillod Aarsleff at fortsætte i udbudsprocessen alene, idet Aarsleff alene opfyldte de stillede krav til udvælgelsen og i øvrigt havde overtaget 50 medarbejdere fra Pihl, herunder tilbudte nøglemedarbejdere. Aarsleff indgav andet tilbud i eget navn. Kontrakten blev tildelt Aarsleff.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tildele kontrakten til en juridisk enhed, der ikke blev prækvalificeret under de beskrevne omstændigheder.

Domstolen slår fast, at ligebehandlingsprincippet forudsætter, at samtlige tilbudsgivere gives samme chance, og at en streng anvendelse af princippet ville lede til den konklusion, at alene de juridiske enheder, der er prækvalificeret, kan afgive tilbud og få tildelt kontrakten, idet der gælder en forudsætning om, at der skal være juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede virksomheder og tilbudsgiverne. Kravene til juridisk og materiel identitet kan dog sænkes i et udbud med forhandling for at sikre en tilstrækkelig konkurrence, når det ikke sker på vilkår, der krænker ligebehandlingsprincippet.

Det var i udbudsbetingelserne forudsat, at denne tilstrækkelige konkurrence ville kunne opnås med mindst 4 prækvalificerede aktører, hvoraf Aarsleff var en ud af 4. Ligebehandlingsprincippet var ikke tilsidesat, fordi Aarsleff alene opfyldte de økonomiske udvælgelseskrav og kunne være blevet prækvalificeret alene, og fordi Aarsleffs deltagelse ikke forringede de øvrige aktørers konkurrencemæssige stilling, idet der ikke var sket en kvalitativ vurdering af ansøgerne, og der ikke var fravalgt nogen.

EU-Domstolen konkluderede således, at det ikke i sig selv var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at lade en konsortiedeltager fra et prækvalificeret konsortium fortsætte alene i udbuds-

processen, når deltageren selvstændigt opfylder udvælgelseskriterierne og under forudsætning af, at deltagelsen ikke forringer de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

EU-Domstolen lader det dog være op til Klagenævnet for Udbud at tage stilling til, om afgivelsen af Aarsleff/Pihls første tilbud var behæftet med en "uregelmæssighed" henset til datosammenfald ved etablering af konsortium, konkurs og tilbudsafgivelse, der er til hinder for, at Aarsleff fortsatte alene, samt om Aarsleffs overtagelse af 50 medarbejdere indebar en konkurrencefordel til skade for de øvrige tilbudsgivere.

#### *Kommentar:*

Det bliver interessant at følge Klagenævnet for Udbuds afgørelse i sagen, herunder hvorledes Klagenævnet for Udbud vælger at bedømme de to bolde, som EU-Domstolen spiller tilbage til Klagenævnet for Udbud, dvs. bedømmelsen af "uregelmæssigheden", samt om Aarsleff, som følge af overtagelsen af 50 medarbejdere fra Pihl & Søn, opnåede en konkurrencefordel.

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

### **Om en tillægskontrakt til en kontrakt om en IT ydelse kunne indgås uden forudgående udbud – retsvirkningen af en profylaksebekendtgørelse**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. maj 2016 *CGI mod Moderniseringsstyrelsen*

Klagen vedrørte en IT kontrakt om et SLS system (statens lønsystem). Den oprindelige kontrakt var indgået efter et udbud. Tillægskontrakten, som havde en værdi på DKK 29 mill. blev indgået uden udbud, men efter en forudgående profylaksebekendtgørelse. Begrundelsen, for at tillægskontrakten ikke var udbudspligtig, var, at den var dækket af nogle angivelser i den oprindelige kontrakt om mulighed for ændringer. Klagen var indgivet efter udløbet af den frivillige standstill-periode efter indrykning af profylaksebekendtgørelse. Moderniseringsstyrelsen indhentede et notat fra Kammeradvokaten, der konkluderede, at

*"På baggrund af de ovenfor fremhævede forhold vil det umiddelbart være nærliggende, at en videreudvikling af SLS-systemet, således at funktionaliteten fra HR-løn implementeres heri, må anses for at være en ændring i medfør af SLS-kontrakten."*

På trods af Kammeradvokatens notat konstaterede Klagenævnet, at tillægskontrakten var udbudspligtig, da den ikke var dækket af nogen ændringsklausul i den oprindelige kontrakt, og da det ingen steder i udbudsmaterialet for den oprindelige kontrakt var beskrevet, at kontrakten kunne blive udvidet til også at omfatte den ydelse/ funktionalitet, som tillægskontrakten angik, idet HR løn ikke var en del af udbudet af SLS kontrakten. De udviklingsopgaver, som SLS kontrakten omfattede, havde efter Klagenævnets fortolkning alene relation til SLS systemet.

Klagenævnet erklærede herefter tillægskontrakten for uden virkning for fremtiden og udtalte, at Moderniseringsstyrelsen ikke havde udvist den fornødne omhu forud for sin vurdering af, at kontrakten ikke var

udbudsplichtig, idet vurderingen heraf må betragtes som åbenbart urigtig, og fastsatte en økonomisk sanktion på DKK 250.000 for den periode kontrakten havde været i kraft.

*Kommentar:*

Kendelsen viser, at Klagenævnet har taget Fastweb dommen af 11. september 2014 fra EU-domstolen til sig (som vi har omtalt i et tidligere nyhedsbrev), og nu helt konkret efterprøver ordregivers vurdering af tilladeligheden af at indgå den kontrakt uden forudgående bud, selv om der er offentliggjort en profylaksebekendtgørelse uden forudgående bud, og den frivillige standstill-periode er udløbet.

Indrykning af en profylaksebekendtgørelse "vaccinerer" derfor ikke automatisk mod, at den kontrakt, som profylaksebekendtgørelsen er baseret på, ikke senere kan erklæres for uden virkning, hvis det efter en nærmere efterprøvning viser sig, at vurderingen af, at kontrakten ikke var udbudsplichtig, er forkert.

Kendelsen er et klart eksempel på, at ordregivere skal udvise stor forsigtighed og omhu i vurderingen af, om sådanne tillæg/ændringer er udbudsplichtige, hvis tærskelværdien er oversteget, medmindre tillægget/ændringerne med sikkerhed er omfattet af en klar, præcis og entydig ændringsklausul.

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

**Kravene til ordregivers skøn i forbindelse med en vurdering af om tærskelværdien er oversteget.**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. maj 2016, *Danske Care mod Egedal Kommune*.

Klagen angår en kommunes beslutning i 2016 om at indgå en kontrakt med en virksomhed om virksomhedens udførelse af forskellige hjælpe-og aflastningsydelser til personer med funktionsnedsættelse. Ydelserne vil være omfattet af det såkaldte "light regime" i udbudslovens afsnit II, hvis værdien overstiger den særlige tærskelværdi på ca. 5,6 mio. kr. for ydelser omfattet af light-regimet. Udbuddet er omfattet af udbudslovens regler.

Kendelsen er en delkendelse om opsættende virkning, og Klagenævnet udtalte, at der ikke forelå "fumus", dvs. at klagen ikke havde noget på sig, og tillagde ikke klagen opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte i delkendelsen følgende principper for udøvelse af ordregivers skøn i forbindelse med en vurdering af, om tærskelværdierne for en potentiel udbudsplichtig kontrakt er opfyldt:

*"En ordregivers anslåen af værdien af en påtænkt kontrakt skal ske ud fra et sagligt skøn på grundlag af de nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser og ud fra en forsigtig vurdering ved ordregiverens skøn om værdien".*

*Kommentar:*

Det fremgår af kendelsen, at det er markedets generelle prisniveau, der skal være afgørende for skønnet, og at det således ikke er afgørende, hvis en enkelt leverandørs priser afviger fra det generelle prisniveau.

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](mailto:LH@NNLAW.DK)



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



MIA ANNE GANTZHORN  
ADVOKAT  
[MG@NNLAW.DK](mailto: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 og advokat Mia Anne Gantzhorn.

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.