



NR. 2, ÅRGANG 5, SEPTEMBER 2016

UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

I udbudsretligt nyhedsbrev af maj 2016 redegjorde vi blandt andet kort for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmetoder fra marts 2016 samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 9. maj 2016, hvoraf fremgår, at det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at kravet i udbudslovens § 160 om, at evalueringsmetoder skal beskrives i udbudsmaterialet, finder analog anvendelse på udbud efter tilbudsloven. Efter EU-Domstolens afgørelse d. 14. juli 2016 i sagen C-6/15 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dog udgivet en ny vejledning om evalueringsmetoder i juli 2016, hvor kravet om offentliggørelse af evalueringsmetoder i udbudsmaterialet er fraveget. I denne udgave af Nielsen Nøragers nyhedsbrev om udbud behandler vi dommen og de umiddelbare retsvirkninger, den medfører, jf. nærmere nedenfor.

Ud over Domstolens afgørelse i sagen C-6/15 giver vi et overblik over den nyeste praksis fra Klagenævnet for Udbud i perioden siden sidste nyhedsbrev. Der kan generelt konstateres et fald i antallet af kendelser fra Klagenævnet for Udbud.

EU-Domstolen afsiger principiel dom om, at der ikke efter EU-retten er krav om offentliggørelse af evalueringsmetode i udbudsmaterialet

Den 14. juli 2016 afsagde EU-Domstolen dom i sagen C-6/15. Sagen var forelagt præjudicielt for EU-Domstolen i forbindelse med en sag anlagt af TNS Dimarso NV mod regionen Flandern i Belgien og vedrørte fortolkningen af artikel 53, stk. 2, i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (2004/18/EF). Nærmere bestemt gik det præjudicielle spørgsmål ud på, hvorvidt artikel 53, stk. 2 indebar en pligt for en

offentlig ordregiver til at offentliggøre evalueringsmetoden for tildeling af en offentlig kontrakt i udbudsbetingelserne.

Hovedsagen vedrørte et udbud iværksat af regionen Flandern med henblik på indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt, hvis formål var en omfattende undersøgelse af boliger og boligforbrugere i Flandern (Belgien). Fire tilbudsgivere afgav tilbud. Efter tildeling af kontrakten til en anden tilbudsgiver anlagde TNS Dimarso NV sag mod regionen Flandern med påstand om annullation af tildelingen. Det var blandt andet TNS Dimarso NV's opfattelse, at regionen Flandern havde foretaget en evaluering, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne, og at dette var direktivstridigt.

Den belgiske appeldomstol i forvaltningsretlige sager indgav en anmodning om præjudiciel afgørelse med spørgsmål om, hvorvidt artikel 53, stk. 2 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (2004/18/EF) sammenholdt med de EU-retlige principper om lighed og gennemsigtighed fortolkes således, at den ordregivende myndighed, når kontrakten skal tildeles ud fra det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er forpligtet til på forhånd at fastsætte den bedømmelsesmetode eller de vægtningsregler, som vil blive lagt til grund for bedømmelsen af tilbuddene i henhold til kriterierne eller underkriterierne for tildeling af kontrakten, og oplyse dem i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

EU-Domstolen udtalte herom i præmis 27 og 28 i dommen:

"Hverken artikel 53, stk. 2, i direktiv 2004/18 eller nogen anden bestemmelse heri pålægger imidlertid en forpligtelse for den ordregivende myndighed til gennem offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene i forhold til tildelingskriterierne og den relative vægtning heraf, der forud blev fastsat i dokumenterne vedrørende den pågældende kontrakt.

En sådan generel forpligtelse fremgår heller ikke af Domstolens praksis."

EU-domstolen udtalte endvidere, at evalueringsmetoden ikke kan fastsættes efter åbningen af de indkomne tilbud, og at en efterfølgende fastsættelse ikke må føre til en ændring af de valgte tildelingskriterier eller ændring af den relative vægtning heraf.

Kommentar:

Dommen er interessant, og spørgsmålet er, om den på sigt vil få konsekvenser for den danske udbudslovgivning, herunder udbudslovens § 160, hvoraf blandt andet fremgår en pligt for offentlige ordregivere til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsbetingelserne. Ifølge forarbejderne til udbudslovens § 160 indebærer bestemmelsen en tydeliggørelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. det nye udbudsdirektivs art. 18 (direktiv 2014/24/EU). Den danske lovgiver har således fundet det fornødent at indføre denne "tydeliggørelse" uanset, at udbudsdirektivet ikke indeholder en artikel, der fastsætter et specifikt krav om, at evalueringsmetoder skal offentliggøres i udbudsbetingelserne, hvilket EU-Domstolen altså nu i dommen fra juli 2016 har fastslået med syvtommersøm. Den danske lovgiver må dermed siges

med udbudslovens § 160 at have overfortolket, hvad der kan udledes af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på dette punkt.

Dommen får dog allerede nu konsekvens for fortolkningen af tilbudsloven, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har præciseret, at ordregivere ikke er forpligtet til at offentliggøre deres evalueringsmetode ved indhentning af tilbud efter tilbudsloven. Dette er en klar ændring i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af retstilstanden, som denne blev beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 9. maj 2016. I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat fremgik det, at udbudslovens § 160 finder analog anvendelse i forbindelse med ordregiveres indhentning af tilbud i henhold til tilbudslovens bestemmelser om licitationer. Det var Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurdering, at det med tilbudsloven, var lovgivers hensigt at skabe regler med det samme indhold som reglerne i udbudsdirektivet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter EU-Domstolens dom udsendt en ny vejledning om evaluerings-systemer, ligesom Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udgivet en artikel om dommen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nye opfattelse af retstilstanden.

Det skal præciseres, at da udbudslovens § 160 er en *national* regel, der indfører pligt til efter den danske udbudslov at offentliggøre evalueringsmetoden, har dommen ikke betydning for offentlige indkøb, hvor udbudslovens § 160 finder anvendelse. Dommen medfører således ikke, at reglerne i § 160 er ulovlige – de er bare blevet unødvendigt restriktive og byrdefulde for ordregivere.

Det bemærkes, at § 160 finder anvendelse på udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet i medfør af bekendtgørelse af 15. december 2015 nr. 1624 (bkg. der implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet), idet bekendtgørelsens § 14 direkte henviser til udbudslovens § 160. Også for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet vil der således fortsat - indtil en evt. lovændring måtte blive vedtaget - gælde et krav om, at ordregivende enheder i udbudsmaterialet skal beskrive evalueringsmetoden.

Link til dommen [her](#).

Utilstrækkelig begrundelse for, at en tilbudsgiver ikke havde fået tildelt en rammeaftale

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. juni 2016, *Konsortiet QVARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S*

Klagen vedrører delaftale 3 i et begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv 2004/18 af en rammeaftale om managementkonsulentytelser med flere aktører. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne "Kvalitet" (70 %) og "Pris" (30 %).

I vægtningen af underkriteriet "Pris" indgik fire forskellige og særskilt vægtede kategorier af konsulentytelser.

Underkriteriet "Kvalitet" skulle evalueres på baggrund af en samlet vurdering af nogle i udbudsmaterialet givne case-spørgsmål. Besvareelserne måtte maks. være på 6.000 tegn. Som 1 ud af 3 delkriterier til underkriteriet "Kvalitet" var endvidere fastsat, at:

“Ved evalueringen af case-besvarelsen vægter det positivt, at projektforslagene, med baggrund i casens oplysninger, dokumenterer: ... At tilbudsgiveren til løsning af den konkrete opgave med udgangspunkt i kundens organisation demonstrerer evnen til at tilrettelægge en projektorganisation som er omkostningseffektivt (value for money) i forhold til den beskrevne opgave”

SKI tildelte delaftalen til syv virksomheder og gav underretning herom til tilbudsgiverne, hvorefter Konsortiet QVARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S (Konsortiet) indgav klage til Klagenævnet med påstand om, at SKI havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 2 i udbudsdirektivet, idet det var Konsortiets opfattelse, at den benyttede evalueringsmodel konkret var uegnet til at identificere det “Økonomisk mest fordelagtige tilbud”, da modellen ikke tog højde for forskelligheden i ydelseernes kompleksitet, casen ikke sikrede at tilbudsgiverne prøves bredt inden for delaftalen, og begrænsningen til 6.000 tegn kun tillod en overfladisk beskrivelse. Det var tillige Konsortiets opfattelse, at idet evalueringen af underkriteriet “Kvalitet” indebærer en evaluering af omkostningseffektivitet baseret på de tilbudte priser, kom underkriteriet “Pris” til at vægte tungere end de anførte 30 %. Endvidere gjorde Konsortiet gældende, at SKI havde handlet i strid med artikel 41 i det dagældende udbudsdirektiv og § 2, stk. 2, i klagenævnsloven, idet den anførte begrundelse for tildelingen ikke opfyldte bestemmelseernes begrundelseskrav. Konsortiet nedlagde samtidig påstand om annullation af udbuddet og tildelingen.

Klagenævnet udtalte, at en ordregiver har et vidt skøn ved tilrettelæggelsen af et udbud, og at der ikke var grundlag for at antage, at SKI havde overskredet grænserne for dette skøn ved som sket at fastsætte underkriteriet “Pris” med en vægt på 30 %, hvori indgik fire forskellige, særskilt vægtede kategorier af konsulenttydelser og ved at evaluere tilbuddene i overensstemmelse hermed.

Heller ikke i forhold til evalueringen efter underkriteriet “Kvalitet” ved tildelingen af delaftalen fandt Klagenævnet, at der var grundlag for at antage, at SKI havde overskredet de nævnte grænser for skønnet.

I forhold til Konsortiets synspunkt om den mangelfulde begrundelse for tildeling udtalte Klagenævnet imidlertid med en henvisning til Retten i Første Instans og Klagenævnet for Udbuds praksis, at begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Idet begrundelsen, som SKI gav Konsortiet for tildelingen, hovedsaglig alene indeholdt en evaluering af Konsortiets tilbud og en forklaring på, hvad der gjorde, at Konsortiet ikke var blandt de 7 ud af 9 virksomheder, der blev tildelt kontrakt, men ikke indeholdt oplysninger om evalueringen af de vindende tilbud fandt Klagenævnet, at begrundelsen ikke var tilstrækkeligt fyldestgørende.

Idet den mangelfulde begrundelse ikke havde haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen, var der dog ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen eller udbuddet.

Kommentar:

Det er særligt Klagenævnets afgørelse om, at SKI ikke havde givet Konsortiet tilstrækkelig begrundelse for sin beslutning, der giver anledning til bemærkninger:

Som en overordnet regel, der nu har fundet udtryk i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, men som indholdsmæssig er en videreførelse af gældende ret, skal ordregiveren i sin underretning om tildelingsbeslutningen til en tilbudsgiver, der har indgivet konditionsmæssigt tilbud, men som ikke tildeles en kontrakt, oplyse det vindende tilbuds karakteristika og fordele. For at SKI's underretning havde været i overensstemmelse med denne overordnede regel, skulle SKI have oplyst alle de vindende tilbuds karakteristika og fordele, jf. også Klagenævnets bemærkning om, at begrundelsen ikke indeholdt oplysninger om evalueringen af de vindende tilbud. Det er vigtigt for ordregivere, der udfærdiger begrundelser at notere sig, men også for tilbudsgivere, der skal vurdere om en begrundelse er fyldestgørende.

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

Sortimentsudbud - overtrædelse i forbindelse med en udformning af tilbudslisten, der førte til en uigennemsigtig tilbudsvurdering og dermed til annullation af tildelingsbeslutningen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. juli 2016, *Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune*

Klagen vedrører et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse i medfør af artikel 30, stk. 1, litra a i det tidligere udbudsdirektiv 2004/18 af en rammeaftale for 13 kommuner vedrørende levering af daginstitutionsmøbler. Der var indledningsvist gennemført et offentligt udbud, hvor alle tilbudsgivere var ukonditionsmæssige.

Tildelingskriteriet var det for ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne "Kvalitet" (30 %), "Case" (30 %), "Pris" (20 %) og "Sortimentsbredde" (20 %).

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at rammeaftalen skulle indgås med tre leverandører, og at der desuden ville blive indgået en rammeaftale med en fjerde, hvilende leverandør, som hverken ville have forpligtelser eller rettigheder i henhold til rammeaftalen, før ordregiver anmodede herom - for eksempel i forbindelse med en anden leverandørs misligholdelse, konkurs, fusion eller andet. Ordregiver var berettiget, men ikke forpligtet til at anmode den hvilende leverandør om varer i henhold til rammeaftalen. Evalueringsmetoden var ikke beskrevet i udbudsbetingelserne.

Lekolar LEIKA A/S (Lekolar) fik tildelt kontrakten som hvilende leverandør og indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud over ordregiver, KomUdbud v/ Randers Kommune (KomUdbud).

Klagenævnet fandt bl.a. i sin kendelse, at KomUdbuds evalueringsmodel var usædvanlig og derfor burde have været offentliggjort under udbuddet. Klagenævnet fremhævede, at Lekolar ved evalueringen blandt andet ikke havde inddraget et forventet indkøbsvolumen, at der alene var evalueret på i alt 39 produkt-kategorier, som skulle udgøre et repræsentativt udvalg set i forhold til de produkter, der skulle afsættes

under aftalen, ligesom der var blevet foretaget en "gearing" af tilbudspriserne (således at de kunne rummes i evalueringsmodellen), hvorefter KomUdbud havde skabt en helt uigennemsigtig evaluering. Klagenævnet udtalte bl.a. følgende i sine præmisser:

"Ved ikke at evaluere på de estimerede mængder og ved alene at evaluere på 39 produktkategorier samt ved at foretage gearing har KomUdbud således skabt en helt uigennemsigtig evaluering."

Klagenævnet fandt endvidere, at KomUdbud havde handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved i sin underretning om tildelingsbeslutning ikke at give en begrundelse for beslutningen. KomUdbud oplyste i meddelelsesbrevet ikke, at der ved den kvalitative evaluering vedrørende "Kvalitet" og "Case" blev anvendt en karakterskala fra 0-10, og KomUdbud oplyste heller ikke gearingsfaktorerne for de enkelte varelinjer.

Som følge af ovenstående annullerede Klagenævnet udbuddet i overensstemmelse med Lekolars annullationspåstand.

Kommentar:

Klagenævnets kendelse er i tråd med hidtidig praksis, hvorefter udbyderen af et sortimentsudbud på tilbudslisten skal anslå et skønsmæssigt indkøbsbehov for hver varelinje/produktkategori, alternativt skal udbyderen for de enkelte varelinjer anføre en indbyrdes vægtning af de tilbudte priser. Da KomUdbud ikke havde gjort dette, men i stedet for i forbindelse med evalueringen gennemførte en "gearing" på de enkelte varelinjer, fandt klagenævnet, at tilbudsvurderingen var uigennemsigtig.

Klager fik kun medhold i denne påstand, men ikke i øvrige påstande – (udover medhold i, at der var begået fejl i forbindelse med meddelelsesbrevet, men normalt fører fejl begået i begrundelsen i underretningen om udbuddets udfald ikke i sig selv til medhold i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, jf. ovenfor)

Det forhold, at tilbudsevalueringen var uigennemsigtig, fordi der var fejl i tilbudslisten, som følge af at det skønnede omfang af trækket på rammeaftalen ikke fremgik, hvilket medførte en uigennemsigtig evaluering, var altså tilstrækkeligt til, at Klagenævnet gav medhold i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Som bekendt vil medhold i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen efter den nye udbudslov føre til, at ordregiver som udgangspunkt vil være forpligtiget til at ophæve den indgåede aftale, jf. udbudslovens § 185 stk. 2.

Ordregivere skal derfor være meget opmærksomme på, at tilbudslisterne er korrekt udformet - især ved de store sortimentsudbud.

KomUdbuds argumenter i den foreliggende sag om, at det ikke på baggrund af det historiske forbrug var muligt at forudsige det forventede fremtidige indkøb eller fordelingen af de produkter på tilbudslisten,

som ville blive aftaget under rammeaftalen, eller risikoen for at tilbudsgiverne byder taktisk, når de ser et anslået forbrug på en tilbudslisten, gjorde ikke noget indtryk på Klagenævnet.

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

Misligholdelse af en tidligere kontrakt som frivillig udelukkelsesgrund, jf. udbudslovslovens § 137, stk. 1, nr. 5

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juli 2016, *B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen*

Kendelsen er baseret på udbudsloven og er interessant, fordi den vedrører en fortolkning af en frivillig udelukkelsesgrund i udbudsloven, som er formuleret lidt anderledes end bestemmelsen i det tidligere udbudsdirektivs art 45 art. 2 litra d), om, at det udgjorde en frivillig udelukkelsesgrund, at ansøgeren/tilbudsgiveren havde begået en "en alvorlig faglig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, som ordregiveren beviseligt har konstateret".

Sagen vedrørte et udbud med forhandling efter udbudsloven af en hovedentreprise på et større byggeri. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde Bygningsstyrelsen modtaget 7 ansøgninger, herunder en ansøgning fra klager, B. Nygaard Sørensen A/S (BNS).

Bygningsstyrelsen meddelte BNS, at denne var blevet udelukket fra at deltage i udbudsprocessen i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, fordi BNS væsentligt havde misligholdt en tidligere kontrakt med Bygningsstyrelsen.

Faktum var imidlertid, at der på tidspunktet for prækvalifikation i det for klagesagen omhandlede udbud verserede en voldgiftssag anlagt af Bygningsstyrelsen mod BNS. Voldgiftssagen vedrørte en entreprisekontrakt på et byggeri, som Bygningsstyrelsen som bygherre 8 måneder tidligere havde hævet som følge af BNS' påståede væsentlige misligholdelse (uberettiget standsning af arbejdet). BNS havde under voldgiftssagen gjort gældende, at Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten var uberettiget.

Det var BNS' synspunkt, at Bygningsstyrelsen ved beslutningen om at udelukke BNS havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2. Det interessante i sagen var derfor, om det forhold, at der verserede en voldgiftssag mellem parterne, som endnu ikke var afgjort, var et tilstrækkeligt grundlag for Bygningsstyrelsen til at foretage udelukkelse på. Klagenævnet udtalte følgende herom:

"Det er ubestridt, at hvis det ved den anlagte voldgiftssag konstateres, at BNS uberettiget standsede arbejderne, var der tale om væsentlig misligholdelse af entreprisekontrakten, og Bygningsstyrelsen var dermed berettiget til at ophæve kontrakten.

Efter forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, kan Bygningsstyrelsen løfte sin bevisbyrde for, at BNS er omfattet af denne udelukkelsesgrund, hvis der foreligger en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstolslignende

administrativt nævn. Imidlertid kan "dokumentation fra egne eller andres erfaringer" efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen. Det er således ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet Bygningsstyrelsens egen erfaring med BNS kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke BNS.

Klagenævnet skal ikke foretage en fuldstændig prøvelse af, om Bygningsstyrelse var berettiget til at ophæve kontrakten med BNS på KUA 3-byggeriet, men efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om parternes tvist vedrørende KUA 3-byggeriet og forløbet op til Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten finder klagenævnet, at Bygningsstyrelsen har påvist, at kontrakten er ophævet på grund af forhold, som efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed har dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, er opfyldt.

Der er endvidere ikke grundlag for at konstatere, at Bygningsstyrelsen ved at udelukke BNS fra udbudsproceduren på grundlag af styrelsens erfaring fra forløbet med ophævelsen af entreprisekontrakten vedrørende KUA 3 har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Efter det anførte, da Bygningsstyrelsen forud for beslutningen om at udelukke BNS har gennemført en høring af virksomheden, og da BNS ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for virksomhedens pålidelighed ("self cleaning"), jf. udbudslovens § 138, tager klagenævnet ikke påstanden til følge."

BNS' påstand om annullation af Bygningsstyrelsens påstand om udelukkelse blev således ikke taget til følge. Det bemærkes, at Klagenævnet udtrykkeligt som en del af begrundelsen henviste til, at BNS ej heller havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning.

Kommentar:

Kendelsen er den første afgørelse, Klagenævnet træffer om, hvordan en bestemmelse i den nye udbudslov skal forstås. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, implementerer udbudsdirektivets (direktiv 2014/24/EU) artikel 57, stk. 4, litra g og er ny i den forstand, at der ikke fandtes en tilsvarende bestemmelse i det hidtidige udbudsdirektiv (direktiv 2004/18/EF).

Kendelsen illustrerer, at det ved udelukkelse efter bestemmelsen, som er en frivillig udelukkelsesgrund, ikke altid er et krav, at ordregiver fuldt ud kan dokumentere, at ophævelsen mv. af den tidligere kontrakt som væsentligt misligholdt var berettiget. Ordregiver skal alene påvise, at en kontrakt er ophævet på grund af forhold, som efter ordregivers skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse. Dette er en væsentlig lempelse af ordregivers bevisbyrde i forhold til den hidtidige retstilstand. I den konkrete sag fandt Klagenævnet - efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om parternes tvist i voldgiftssagen og forløbet op til Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten - at dette var tilstrækkeligt påvist - uden at Klagenævnet foretog en tilstrækkelig efterprøvelse heraf, og uden at voldgiftssagen mellem parterne om, hvorvidt ophævelsen var berettiget eller ej, var afsluttet.

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

Klagenævnets godkendelse af entreprenørens kædeansvar ved et offentligt byggeri

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*

Klagen vedrører et begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) af en fagentreprise udbudt af Region Hovedstaden.

Dansk Byggeri klagede over Region Hovedstadens tilføjelse af et kædeansvar for hovedentreprenøren (tilbudsgiveren) i vilkårene i udbudsmaterialet. Kædeansvaret indeholdt vilkår om, at tilbudsgiverne fuldt ud skulle kompensere en underentreprenørs ansatte, hvis underentreprenøren ikke levede op til udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår svarende til forholdene på det danske arbejdsmarked. Dansk Byggeri mente, at dette var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip (påstand 1).

Entreprisekontrakten indeholdt bl.a. bestemmelser af følgende ordlyd:

"10.1.1 Generelt

Entreprenørens ydelser skal leveres med respekt for nationale og internationale love og regler vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorrruption, det vil sige:

- *FN's deklaration om menneskerettigheder*
- *ILO's deklaration om arbejdstagerrettigheder*
- *Rio deklarationen om miljø og udvikling*
- *FN's konvention mod korrruption*

Dette indebærer bl.a., at hverken Entreprenøren eller dennes underentreprenører/-leverandør må benytte sig af konventionsstridig børne- og voksenarbejdskraft.

10.1.2 Løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår

Entreprenøren skal sikre, at ansatte hos Entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten i Danmark, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område.

Entreprenøren skal sikre, at ansatte hos Entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører orienterer de ansatte om gældende arbejdsvilkår.

10.1.3 Misligholdelse

Overholder Entreprenøren ikke de ovennævnte krav (pkt. 10.1.1 og 10.1.2), foreligger der væsentlig misligholdelse af Aftalen."

Foruden tilbudsgivers kædeansvar indeholdt udbudsbetingelserne krav om, at tilbudsgiverne skulle betale bod til Region Hovedstaden, hvis en underentreprenør ikke levede op til udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår, samt hvis en underentreprenør havde ladet arbejde udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse. Også dette mente Dansk Byggeri var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip (påstand 2 og 3).

Endvidere var det Dansk Byggeris opfattelse, at Region Hovedstaden havde handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved at kræve den udbudte opgave leveret med respekt for nationale og internationale love og regler uden nærmere at angive, på hvilke punkter de internationale love og regler skulle overholdes, samt at det var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, at det i udbudsmaterialet var bestemt, at manglende overholdelse af krav, der ikke var præcist og fyldestgørende beskrevet, skulle anses som en væsentlig mangel (påstand 4 og 5).

Klagenævnet tog ikke nogen af påstandene til følge.

Klagenævnet udtalte, at den omstændighed, at en hovedentreprenør ved arbejdsklausuler med kædeansvar hæfter over for bygherren for en underleverandørs manglende overholdelse af en arbejdsklausul, er i overensstemmelse med sædvanlige obligationsretlige principper inden for entrepriseretten, hvor hovedentreprenøren ved f.eks. mangler ved underentreprenørens arbejde er henvist til efterfølgende at rette et krav mod underentreprenøren.

Klagenævnet udtalte endvidere, at Region Hovedstadens fastsættelse af arbejdsklausuler med kædeansvar udgjorde en passende foranstaltning til at opnå, at alle, der er beskæftiget ved det udbudte byggeri, sikres løn- og arbejdsvilkår, som svarer til forholdene på det danske arbejdsmarked.

Endvidere udtalte Klagenævnet, at det ikke udgjorde en overtrædelse af proportionalitetsprincippet, at udbudsbetingelserne indeholdt bestemmelser om, at hovedentreprenøren skulle betale bod til Region Hovedstaden, hvis en underentreprenør ikke levede op til kravene til løn- og arbejdsvilkår, samt at hovedentreprenøren skulle betale bod til Region Hovedstaden, hvis en underentreprenør havde ladet arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse. Klagenævnet bemærkede, at hovedentreprenøren også ville kunne videreføre disse bodsbestemmelser til underentreprenøren.

Kommentar:

Sagen er interessant, fordi det har været livligt debatteret blandt praktikere og i udbudsretlige artikler og litteratur om et kædeansvar og sociale klausuler i danske kontrakter er lovligt og i overensstemmelse med EU-retten på grund af især den måde, det danske arbejdsmarked er indrettet på.

Det følger imidlertid af kendelsen, at en ordregiver lovligt kan stille krav om, at en entreprenør er underlagt et såkaldt kædeansvar for underentreprenører og underleverandører med hensyn til løn- og arbejdsvilkår m.m., når klausulen er formuleret, som den var i den pågældende sag og som citeret ovenfor.

Endvidere kan den offentlige ordregiver uden at handle i strid med proportionalitetsprincippet tilføje bestemmelser i udbudsmaterialet om, at en underleverandørs manglende overholdelse af udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår medfører en bod for entreprenøren/tilbudsgiveren. Kendelsen indeholder endvidere nogle ganske interessante betragtninger om anvendelsen af proportionalitetsprincippet i udbudssager.

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

Evalueringsmodel, der medførte en 10-dobling af forskellen i point for pris i forhold til forskellen i de tilbudte tilbudssummer, og som ikke respekterede vægtningen af underkriterierne, stred mod udbudsdirektivets artikel 2

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. august 2016, *Holmris + Flexform A/S mod Professionshøjskolen UCC, University College Capital*

Klagen vedrørte et begrænset udbud efter det hidtidige udbudsdirektiv (2004/18/EF) vedrørende indkøb af møbler til den nybyggede Campus Carlsberg på i alt ca. 56.000 kvadratmeter. Klagen blev indgivet af Holmris + Flexform A/S (Holmris + Flexform), og udbyderen var Professionshøjskolen UCC, University College Capital (UCC).

Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Design og kvalitet" (60 %) og "Økonomi" (40 %).

Der var ikke i udbudsbetingelserne anført oplysninger om den evalueringsmodel, som UCC ville anvende ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "Økonomi". Det er oplyst, at evalueringsmetoden først blev fastsat efter modtagelsen og åbningen af tilbuddene.

For underkriteriet "Økonomi" blev der anvendt modellen "Prisforskel til laveste pris". Tilbuddet med den laveste pris blev tildelt karakteren 10. Karakteren 0 er givet for en pris svarende til laveste pris tillagt et bedømmelsesinterval på 2 mio. kr. ekskl. moms., hvilket konkret svarede til den billigste pris + lidt over 10 %. Det blev oplyst, at der var interpoleret for beregning af karakterer for mellemliggende priser, samt at bedømmelsesintervallet var fastlagt i relation til det konkrete udbuds karakter og omfang.

UCC traf beslutning om at tildele kontrakten til Paustian A/S.

Holmris + Flexform indgav herefter klage og nedlagde i den forbindelse 9 påstande, hvoraf Klagenævnet alene tog stilling nogle af disse med henvisning til håndhævelseslovens § 10, stk. 2 (nu klagenævnsloven), hvorefter Klagenævnet blandt andet kan afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, der er nedlagt.

Klagenævnet tog stilling til Holmris + Flexforms påstande, hvorefter det var gjort gældende, at UCC havde overtrådt bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved i udbuddet at fastsætte

en pointmodel for pris, som havde til formål og virkning at identificere tilbuddet fra Paustian A/S som "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Endvidere var det Holmris + Flexforms synspunkt, at artikel 2 om gennemsigtighed var overtrådt derved, at UCC i udbuddet havde anvendt en pointmodel for pris, som afveg væsentligt fra forventningerne hos enhver rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver på baggrund af udbudsbetingelserne derved, at den anvendte pointmodel medførte en 10-dobling af forskellen i point for pris i forhold til forskellen i de tilbudte tilbudssummer.

Holmris + Flexform gjorde tillige gældende, at UCC havde overtrådt artikel 2 ved at anvende en evalueringmodel, der ikke var egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" i overensstemmelse med vægtningen af underkriterierne "Design og kvalitet" og "Økonomi".

Klagenævnet tog Holmris + Flexforms påstande til følge og annullerede UCC's tildelingsbeslutning og anførte blandt andet, at den anvendte pointmodel medførte en 10-dobling af forskellen i point for pris i forhold til forskellen i de tilbudte tilbudssummer. En så stejl kurve vil – hvis den ikke er offentliggjort som led i udbudsbetingelserne, og med mindre helt særlige forhold gør sig gældende på det pågældende marked – være uforudsigelig for tilbudsgiverne. Den vil endvidere være egnet til at forrykke forholdet mellem underkriteriet "Økonomi" og underkriteriet "Design og kvalitet".

Det blev endvidere bemærket, at bevisbyrden for, at sådanne særlige forhold gør sig gældende, påhviler den ordregivende myndighed. Denne bevisbyrde var yderligere skærpet af, at den konkret anvendte model først blev fastsat efter modtagelsen og åbningen af tilbuddene.

Det forhold, at det udbudte inventar af den pågældende kvalitet havde karakter af standardvarer, og at der erfaringsmæssigt er et meget begrænset prisspænd for sådanne varer, hvilket blandt andet til en vis grad understøttes af, at de priser, som UCC modtog som led i udbuddet, kun varierede med op til 6 %, var i lyset af de ovennævnte forhold ikke tilstrækkeligt til at løfte den nævnte bevisbyrde.

Klagenævnet fremhævede endvidere, at netop fastsættelsen af det usædvanligt snævre prisspænd på lidt over 10 % reelt var afgørende for, hvilken tilbudsgiver der vandt udbuddet. Selv en pointmodel med en så stejl kurve som laveste pris + 20 % ville således efter UCC's egne beregninger have medført, at Holmris + Flexform havde vundet udbuddet. UCC har dermed, ifølge Klagenævnet, i forbindelse med fastlæggelsen af evalueringmodellen haft et frit valg med hensyn til, hvilken tilbudsgiver der skulle vinde udbuddet.

Kommentar

Med den nye udbudslovs § 160 er det nu et krav, at ordregiver i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, jf. ovenfor. Som det fremgår af ovennævnte EU-dom i sagen C-6/15, TNS, er det også efter EU-retten et krav, at en konkret evalueringmodel ikke først fastsættes efter modtagelsen af og åbning af tilbuddene.

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

Ordregiver ikke forpligtet til at sikre, at rammeaftale ikke skaber risiko for dominerende leverandører

Klagenævnet for Udbuds Kendelse af 22. august 2016, *Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S*

Klagen vedrørte et begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) om en rammeaftale om udførelse af managementkonsulentytelser udbudt af Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI). Rammeaftalen var opdelt i tre selvstændige delaftaler.

SKI modtog ansøgning fra Struensee & Co. I/S (Struensee & Co) om prækvalifikation i et konsortium bestående af Struensee & Co, Prokura P/S (Prokura) og Agnus Consulting A/S (Agnus).

Det var oplyst, at der ville blive prækvalificeret 10 ansøgere på hver delaftale, hvor de objektive kriterier for valg af de begrænsede antal kandidater var "Omsætning" (30 %), "Produktionskapacitet" (40 %) og "Faglig kvalitet" (30 %).

På baggrund af en samlet vurdering efter evalueringsprocessen vurderede SKI, at Struensee & Co ikke var blandt de 10 bedst egnede virksomheder. Struensee & Co blev således ikke prækvalificeret og indgav herefter klage til Klagenævnet.

Det var Struensee & Co's synspunkt, at SKI havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2 ved at udbyde en rammeaftale på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes ved reelt at reservere rammeaftalen til store rådgivningsvirksomheder og dermed diskriminere mindre virksomheder, samt at SKI havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3 ved ikke at sikre, at antallet af ansøgere, der opfordredes til at afgive tilbud, var tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence.

Endvidere mente Struensee & Co, at SKI havde sammenblandet kriterierne "Omsætning" og "produktionskapacitet", da SKI, ifølge Struensee & Co, ved begge kriterier reelt vurderer tilbudsgivers samlede størrelse inden for delaftalens ydelsesområde, samt at SKI i øvrigt ikke havde anvendt kriteriet "produktionskapacitet" korrekt, hvorved Struensee & Co mente, at SKI havde handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tog ingen af Struensee & Co's påstande til følge.

Klagenævnet udtalte, at der hverken efter ordlyden af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste pkt. eller de præambelbetragtninger, der knytter sig til den, er grundlag for at udlede en pligt for ordregiverne til at sikre, at rammeaftalens leverandører bliver sammensat, så de afspejler markedet eller til at sikre, at rammeaftalen ikke skaber risiko for dominerende leverandører.

Klagenævnet fortsatte herefter med at konstatere, at SKI havde et vidt skøn ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren, og det blev blandt andet fremhævet, at kriterierne "Omsætning" og "Produktionskapacitet" var objektive, ikke-diskriminerende, saglige og sædvanlige kriterier set i forhold til SKI's ønske om at sikre virksomhedens kunders forsyningssikkerhed, herunder i forhold til opgaver med korte og kritiske deadlines.

Der henvises til, at små og mellemstore virksomheder, der ønskede at deltage i udbuddet, havde mulighed for at styrke deres ansøgning ved at indgå samarbejder. Klagenævnte henviser i den forbindelse til, at der var blevet prækvalificeret 2 konsortier.

I forhold til Struensee & Co's øvrige påstande fastslog Klagenævnet blot med en kort begrundelse, at udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3 samt at principperne om lige behandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 var overholdt.

Kommentar:

I den nye udbudslov er der indsat en særlig dansk bestemmelse (som ikke er en implementering af udbudsdirektivet) i § 49 om, at en ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt. Vælger ordregiveren ikke at udbyde særskilte delkontrakter, pålægges ordregiveren at oplyse grunden herfor. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår det, at *"en opdeling af kontrakter medfører, at det bliver nemmere for små og mellemstore virksomheder at afgive tilbud, da de udbudte opgaver herved får en størrelse, som i højere grad passer til små og mellemstore virksomheders produktionsapparat."* Det har således været lovgivers hensigt, at skabe bedre vilkår for SMV'erne i udbudsprocessen.

Det fremgår dog videre af forarbejderne, at ordregiveren har et vidt skøn i forhold til at vurdere, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt eller ej, samt at ordregiverens vide skøn ikke kan tilside-sættes, med mindre ordregiveren har handlet i strid med principperne i § 2.

Det er således forholdsvist uproblematisk for en ordregiver at forklare sig ud af et fravalg af en opdeling af en kontrakt, der er genstand for et konkret udbud. Den reelle virkning af lovgivers intentioner om ved indførelsen af § 49 at bedre vilkårene for SMV'er i udbudsprocessen er således nok begrænset. Klagenævntes kendelse i ovennævnte sag illustrerer også, at den udbudsretlige beskyttelse af SMV'ers adgang til offentlige kontrakter er mere teoretisk end reel. Det kan i øvrigt undre, at klageren ikke påberåbte sig proportionalitetsprincippet i sagen, uden at der er foretaget en nærmere analyse af, om det kan antages, at det ville have medført et andet udfald.

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



MIA ANNE GANTZHORN
ADVOKAT
MG@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, advokat Mia Anne Gantzhorn 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.