



UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

I nyhedsbrevet kan I læse om interessante afgørelser, nyttig viden og ny lovgivning, der har generel interesse for udbudspraktikere. Vi inviterer endvidere til klientseminar i vores lokaler d. 15. marts 2018, hvor vi blandt andet vil gennemgå ny rets- og klagenævnspraksis, herunder praksis fra EU-Domstolen. Se invitationen [her](#).

Vi ønsker vores klienter og samarbejdspartnere samt øvrige modtagere af vores nyhedsbrev en rigtig glædelig jul og et godt nytår.

Klage over gennemførelsen af udbudsprocessen som følge af uigennemsigtig anvendelse af underkriterium, undladelse af at udarbejde referater af forhandlingsmøder som angivet i udbudsbetingelserne og forskelsbehandling af konkurrencedeltagerne mm. taget til følge

Klagenævnet for Udbud kendelse af 9. november 2017, *C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg* og *COWI A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod samme*

Kendelsen er omfattende, og i det følgende gives således alene en gennemgang af hovedpointerne i kendelsen.

Klagen vedrørte Region Hovedstadens v/Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg (Regionen) udbud af toltalrådgivning, herunder en delaftale om "Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg – Akuthuset" som en

projektkonkurrence efter direktiv 2004/18/EF (det gamle udbudsdirektiv) med kåring af op til tre vindere af projektkonkurrencen.

Projektkonkurrencens tre vindere blev C.F. Møller A/S med underrådgivere (CFM), KHR arkitekter A/S, WHR Architects Europe, og Arup Denmark med underrådgivere (herefter KHR) og COWI A/S (COWI).

Anden fase af konkurrenceforløbet gennemførtes efter proceduren udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse med deltagelse af de tre vindere af pointkonkurrencen.

Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Projekt", der vægtede 50 %, "Organisation og bemanning", der vægtede 30 %, og "Honorar", der vægtede 20 %. Underkriteriet "Projekt" skulle ifølge udbudsbetingelserne vurderes på baggrund af en samlet vurdering af fire ligeværdige delkriterier, "Arkitektur", "Funktionalitet", "Bæredygtighed" og "Økonomi".

Den 23. september 2015 meddelte regionen, at den havde besluttet at tildele ordren til KHR.

Både CFM og COWI indgav efterfølgende klage til Klagenævnet for Udbud. Klagerne blev behandlet samlet.

COWI nedlagde blandt andet påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved at have anvendt underkriteriet "Projekt" med underliggende på en sådan måde, at det ikke var muligt at foretage en saglig og objektiv evaluering af tilbuddene.

Klagenævnet fandt, at Regionen havde inddraget forhold i vurderingen af underkriteriet "Projekt", som ikke fremgik af udbudsbetingelserne, og som ikke var oplyst til tilbudsgiverne i forbindelse med forhandlingsmøderne, og Klagenævnet tog herefter påstanden til følge, idet Klagenævnet udtalte:

Uanset at der som udgangspunkt tilkommer en ordregiver et betydeligt skøn med hensyn til evalueringen af de modtagne tilbud, kan det fastslås, at en sådan kvantitativ vurdering af en eventuel lokalplanoverskridelse ikke er relevant i forhold til nogen af de fastsatte under- og delkriterier, idet der ikke herved reelt skete en vurdering af betydningen for den valgte løsningsopfyldelse af delkriterierne under underkriteriet "Projekt", således som disse var beskrevet i udbudsbetingelserne. Det kan endvidere ikke lægges til grund, at denne fremgangsmåde – der muligvis synes inspireret af den numeriske evaluering, som regionen fik udarbejdet efter afholdelsen af det sidste forhandlingsmøde – skulle have været oplyst til tilbudsgiverne i forbindelse med forhandlingsmøderne.

Regionens anvendelse af de fastsatte under- og delkriterier skete således på dette punkt i strid med udbudsbetingelserne og dermed i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Både COWI og CFM nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke som

angivet i udbudsbetingelserne efter hvert forhandlingsmøde at udarbejde referat, som skulle indgå som en del af grundlaget for forhandling.

Klagenævnet tog også denne påstand til følge.

CFM nedlagde endvidere påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved i tilbudsevalueringen på flere punkter at have bedømt CFM's løsningsmodel negativt, uagtet at Regionen under forhandlingsmøderne med CFM havde været positiv over for disse løsningsmodeller.

Det var under sagen omtvistet, hvorvidt en brandløsning i CFM's tilbud var verificeret af evalueringsgruppen, eller om det var meldt ud under forhandlingerne, at den valgte brandløsning ville blive tillagt negativ vægt ved evalueringen.

Klagenævnet udtaler indledningsvist:

Det påhviler ordregiveren under et forhandlingsudbud at sikre, at tilbudsgiverne bliver behandlet lige og på en gennemsigtig måde, jf. udbudsdirektivets artikel 2. Heraf følger ikke en pligt for ordregiveren til under forhandlingsmøderne at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbuddene [...] Derimod følger det af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiverens tilbagemeldinger i forhold til de enkelte tilbudsgivere ikke må være vildledende, idet tilbudsgiverne må forventes at indrette deres tilbud herpå.

I et udbud som det foreliggende, der gennemførtes som et led i en projektkonkurrence, jf. udbudsdirektivets artikel 31, nr. 3, vil det være vildledende, såfremt ordregiveren under udbuddets første fase har givet udtryk for én vurdering af et element i et tilbud, og denne vurdering af det samme element ændres væsentligt under den anden fase, medmindre dette skyldes mellemliggende ændringer i tilbuddet, der kan begrunde det. Tilsvarende vil det være vildledende, såfremt ordregiveren under et forhandlingsmøde positivt har givet udtryk for en vurdering af et forhold, og denne vurdering efterfølgende ændres, uden at tilbudsgiveren er givet mulighed for at rette op på forholdet. Såfremt ordregiveren under udbuddet finder grundlag for at ændre en tidligere positiv meddelt vurdering, påhviler det herefter ordregiveren udtrykkeligt at gøre tilbudsgiveren opmærksom på dette forhold i tilstrækkelig tid inden afgivelse af det sidste tilbud, således at tilbudsgiveren kan tage højde for den ændrede vurdering.

Klagenævnet fandt herefter, at det måtte komme Regionen bevismæssigt til skade, at Regionen fraveg bestemmelsen i udbudsbetingelserne om udarbejdelse af referater, og at der således ikke foreligger referater af forhandlingsmøderne. Klagenævnet lagde dermed til grund, at Regionen på forhandlingsmødet gav udtryk for, at forholdet til brandlovingen måtte anses for verificeret. Herefter tog Klagenævnet påstanden til følge.

Både COWI og CFM nedlagde tillige påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved at have antaget tilbuddet fra KHR, selvom en af KHR's underleverandører (Grontmij A/S, ejet af Grontmij N.V.) blev erhvervet af en af regionens rådgivere (Sweco Architects A/S, ejet af Sweco AB) på projektet.

Handlen, hvor Sweco AB erhvervede Grontmij N.V., blev accepteret to dage efter udsendelsen af Regionens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet fandt, at Sweco AB havde en direkte og betydelig økonomisk interesse i den udbudte kontrakt, uanset at aftalen om selskabsoverdragelsen endnu ikke var faldet endeligt på plads.

Underskrevne erklæringer fra medarbejderne ved Sweco Architects A/S (der deltog i evalueringen) om, at de ville bistå efter deres bedste faglige skøn, og at de omgående ville gøre opmærksom på, hvis de modtog henvendelser fra personer med tilknytning til Sweco AB eller Grontmij N.V. om et hvilket som helst element i tilbudsevalueringen, kunne ikke i sig selv afhjælpe det forhold, at der på grund af de ultimative ejerforhold var en reel og nærliggende grund til at tro, at konkurrencegrundlaget mærkbart blev fordrejet til fordel for KHR ved at lade de tre personer fra Sweco Architects A/S deltage i gennemførelsen af udbuddet, herunder i evalueringen af de modtagne tilbud.

Klagenævnet tog således påstanden til følge.

Både COWI og CFM nedlagde endvidere påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, navnlig ved at have 1) forskelsbehandlet konkurrencedeltagerne under forhandlingsmøderne, herunder favoriseret KHR, 2) inddraget usaglige hensyn, som ikke indgår i Konkurrenceprogrammet, i forhandlingsforløbet 3) videregivet fortrolige oplysninger til KHR under forhandlingsforløbet, 4) ladet pointtildelingen være styret af en usaglig og uberettiget interesse i at antage KHRs tilbud og dermed af et bestemt resultat af udbuddet, og 5) usagligt påvirket bygherrerådgiveren Dress & Sommer under evalueringsprocessen.

På baggrund af en bevisvurdering foretaget ud fra et antal fremlagte e-mails sendt imellem medlemmer af repræsentanter fra gruppen, der stod for gennemførelse af fase 2 i udbudsprocessen, fandt Klagenævnet det godtgjort, at COWI og CFM konkret havde løftet bevisbyrden for de nedlagte påstande, der herefter blev taget til følge, herunder påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen, hvilket betyder, at ordregiver skal ophæve den indgåede kontrakt, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, forudsat kendelsen ikke indbringes for domstolene. Klagenævnet lagde endvidere vægt på, at evalueringen på flere punkter havde haft et meget påfaldende forløb.

Kommentar

Kendelsen er udtryk for en konkret bevisvurdering på baggrund af en lang række oplysninger. Den illustrerer, at det er meget vigtigt at ordregiver og ordregivers rådgivere er neutrale i alle faser af en udbudsproces – både på skrift og ved udtalelser og adfærd på forhandlingsmøder, samt at det er vigtigt, at ordregiver i alle faser kan dokumentere, at både valg af tilbudsgivere i forbindelse med prækvalifikation og leverandør

i forbindelse med tildeling er baseret på en uvildig og saglig vurdering, og at eventuelle præferencer for bestemte leverandører eller antipati mod andre ikke indgår i vurderingen.

Samlet set er kendelsen udtryk for en meget stærk kritik af hele forhandlingsforløbet, og Klagenævnet fandt blandt andet, at Regionen havde forskelsbehandlet tilbudsgiverne og favoriseret den valgte tilbudsgiver, havde inddraget usaglige hensyn i forhandlingsforløbet, der ikke indgik i det oprindelige konkurrenceprogram, havde videregivet fortrolige oplysninger til den senere valgte tilbudsgiver under forhandlingsforløbet, havde ladet pointtildelingen til tilbuddene styre af en usaglig og uberettiget interesse i at antage den valgte tilbudsgivers tilbud og dermed opnået et bestemt resultat af udbuddet, samt usagligt havde påvirket udbyderens hovedrådgiver under udbudsprocessen.

Kendelsen illustrerer således tillige, at det kan lade sig gøre at løfte bevisbyrden for "urent trav" under en evaluering.

Link til kendelsen [her](#).

Retten i Roskilde ændrer Klagenævnet for Udbuds kendelse i spørgsmål om, hvorvidt en leverandøraftale skal anses for en gensidigt bebyrdende og dermed udbudspligtig aftale, eller om aftalen alene er et udtryk for en prisindhentning, der ikke er udbudspligtig

En ny dom fra Retten i Roskilde ændrer Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. januar 2017, *Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune*, hvor Klagenævnet afviste, at en aftale mellem Køge kommune (Kommunen) og en leverandør om levering af et hjælpemiddel til borgere i henhold til serviceloven, som var indgået efter prisindhentning hos nogle leverandører men uden EU-udbud, var udbudspligtig.

Kommunen havde efter indhentelse af prisoplysninger fra nogle leverandører men uden at gennemføre et EU-udbud indgået en aftale med en leverandør om levering af et stomihjælpemiddel til borgere. Levering skulle ske efter bestilling fra borgeren til en pris, der var aftalt mellem Kommunen og leverandøren. Kommunen betalte leverandøren for hjælpemidlet efter opkrævning, og stomihjælpemidlerne skulle i medfør af lovgivningen ikke tilbageleveres til Kommunen efter endt brug, selv hvis de var ydet som udlån.

Af Klagenævnets kendelse af 10. januar 2017 fremgår, at aftalen ikke var omfattet af udbudsreglerne, idet aftalen ikke var gensidigt bebyrdende. Dette som følge af, at aftalen ikke gik ud på, at kommunen mod vederlag fik leveret en ydelse, som kommunen havde en *direkte* økonomisk interesse i.

Klagenævnets kendelse af 10. januar 2017 følger Klagenævnets praksis, jf. blandt andet Klagenævnets kendelse af 30. marts 2016, *OneMed mod Københavns Kommune*.

Retten i Roskildes dom ændrer Klagenævnets kendelse og fastslår således, at aftalen var udbudspligtig, og at Kommunen bl.a. havde overtrådt udbudslovens § 55 om udbudspligt ved ikke at iværksætte et EU-udbud om aftalen. Retten erklærede desuden aftalen for uden virkning for fremtidige leverancer.

Retten finder efter en konkret vurdering af de samlede omstændigheder, at aftalen mellem Kommunen og leverandøren må betragtes som en *reel leverandøraftale*, og at aftalen anses for en gensidigt bebyrdende aftale. Retten udtaler endvidere følgende:

Retten finder på den baggrund, at kommunen, med den økonomiske fordel aftalen medfører, utvivlsomt har en direkte økonomisk interesse i aftalen. Det forhold, at kommunen ikke selv forestår indkøbet, at levering af hjælpemidlerne sker direkte til borgeren, og at der er tale om hjælpemidler, som på grund af deres særegne karakter ikke skal leveres tilbage til kommunen, kan ikke føre til andet resultat.

Kommentar

Dommen henviser til en konkret vurdering af samtlige af sagens omstændigheder, og der er således tale om en konkret afgørelse.

Udtalelsen om, at Kommunen havde en direkte økonomisk interesse i aftalen, er udtryk for en anden forståelse af begrebet "direkte" end Klagenævnets forståelse i medfør af hidtidig gældende klagenævnsspraksis. Aftaler af tilsvarende art som de i sagen omhandlede må fremover anses for udbudspligtige leverandøraftaler, og Klagenævnets hidtidige om, at sådanne aftaler ikke er gensidigt bebyrdende og dermed ikke udbudspligtige kan ikke længere anses for gældende ret.

Ordregiver havde opfyldt sin pligt efter udbudslovens § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2 til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud ved at rette henvendelse til en tilbudsgiver, som bekræftede at opfylde et omtvistet mindstekrav.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. december 2017, *Maquet Danmark A/S mod Region Midtjylland*.

Kendelsen vedrører udbud af tre delkontrakter udbudt som 4-årige rammeaftaler vedrørende levering af mobile operationslejer og udstyr til sådanne.

Udbuddet var foretaget som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af Region Midtjylland (Regionen) på egne vegne og på vegne af Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden (de fire sidstnævnte alene med option).

Af udbudsbetingelserne fremgik blandt andet følgende:

13.2 Forbehold

Der kan ikke tages forbehold over for bestemmelserne i udkast til kontrakt, ligesom der ikke kan tages forbehold over for mindstekrav.

[...]

Afgivelse af tilbud indebærer automatisk, at Tilbudsgiver garanterer, at samtlige mindstekrav opfyldes. Dette gælder dog ikke, såfremt det af tilbuddet i øvrigt konkret kan udledes, at et eller flere mindstekrav ikke opfyldes.

Kravsspecifikationen indeholdt for alle tre delkontrakter blandt andet et minimumskrav om, at "OP-lejet skal kunne lejre en patient på 250 kg og minimum højde på 2,10 m i alle yderpositioner".

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Regionen modtaget tilbud på alle tre delkontrakter fra tre tilbudsgivere, herunder Maquet Danmark A/S (Maquet) og Simonsen & Weel A/S (SW). Alle tilbud blev vurderet konditionsmæssige.

Den 1. marts 2017 meddelte Regionen, at Maquet var blevet tildelt delkontrakt I, og at SW var blevet tildelt delkontrakt II og delkontrakt III.

Maquet anmodede ved brev af 10. marts 2017 Regionen om aktindsigt i SW's tilbud på delkontrakt III samt om udsættelse af kontraktindgåelse vedrørende delkontrakt III. Af brevet fremgik blandt andet, at Maquet stillede spørgsmål ved, om det tilbudte leje fra SW opfyldte mindstekrav om, at OP-lejet i yderpositionerne kan lejre en patient på 250 kg.

Regionen meddelte i forlængelse heraf, at standstillperioden for så vidt angik delkontrakt III var forlænget til den 22. marts 2017.

Den 20. marts 2017 gav Regionen Maquet aktindsigt i SW's tilbud.

Maquet rettede ved e-mail af 23. marts 2017 igen henvendelse til Regionen og angav:

Vi har gennemgået materialet og kan konstatere at det fremsendte materiale ikke beskriver evt. forbehold omkring opfyldelse af krav i MK 10.1.9. specielt i forhold til det, der er krævet. OP-lejet skal "kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner"

På baggrund af henvendelsen fra Maquet kontaktede Regionen SW, som bekræftede, at det tilbudte operationsleje overholdt alle mindstekrav, hvorefter Regionen indgik kontrakt med SW vedr. delkontrakt III.

Den 10. august 2017 indgav Maquet klage til Klagenævnet for Udbud (Klagenævnet) over Regionen, hvor Maquet blandt andet nedlagde påstand om, at Klagenævnet skal konstatere, at Regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele SW delkontrakt III, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, idet det tilbudte operationsleje ikke opfyldte mindstekravet om at kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner.

Klagenævnet udtaler i sin kendelse vedr. denne påstand blandt andet følgende:

Af forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, fremgår, at der ikke påhviler ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. En sådan undersøgelsespligt opstår alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

[...]

Efter indholdet og karakteren af Maquet Danmark A/S' henvendelser af 10. og 23. marts 2017 sammenholdt med Simonsen & Weel A/S' udtrykkelige bekræftelse af opfyldelsen af det omstridte mindstekrav har Region Midtjylland ikke været forpligtet til at foranstalte yderligere undersøgelser af, hvorvidt mindstekravet var opfyldt, og regionen har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 3, eller § 164, stk. 2. Regionen har herefter været berettiget til at lægge til grund, at Simonsen & Weel A/S opfyldte det omhandlede mindstekrav på delkontrakt III, og har derfor ikke skullet afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge, ligesom Klagenævnet ej heller tager de øvrige af Maquets påstande til følge.

Kommentar

Efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, skal ordregiveren "i tvivlstilfælde" foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud. Denne pligt havde Regionen opfyldt ved at rette henvendelse til SW, som bekræftede at opfylde det mindstekrav, som Maquet havde påpeget, ikke var opfyldt. Spørgsmålet kan med rette rejses, om dette i praksis udgør en *effektiv* kontrol.

Link til kendelsen [her](#).

EU offentliggør nye tærskelværdier for 2018 og 2019

Europa-Kommissionen har offentliggjort de nye tærskelværdier, der er gældende for EU-udbud i årene 2018 og 2019, og som træder i kraft den 1. januar 2018. De nye tærskelværdier udgør en mindre stigning for varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder.

Se link til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside med angivelse af de nye tærskelværdier [her](#).

Nielsen Nørager inviterer til klientseminar i marts 2018

Vi inviterer til klientseminar den 15. marts 2018, hvor vores dygtige advokater vil underholde med emnerne:

- Bliv opdateret på den væsentligste udvikling i udbudsretlig retspraksis det seneste år
- Særligt om omfanget af ordregivers undersøgelsespligt
- Udbudsretlige og konkurrenceretlige udfordringer og opmærksomhedspunkter i forbindelse med etablering af tilbudskonsortier
- Udvalgte domme fra EU-Domstolen og deres betydning for udbudsretten i Danmark, herunder i forhold til pligten til beskrivelse af evalueringsmodeller i udbudsbetingelserne

Vi ser meget frem til at byde jer velkommen. Link til programmet og oplysninger om tilmelding findes [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 SPØRGSMALE I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.