



NR. 1, ÅRGANG 10, MARTS 2021

UDBUDSRETSLIGT NYHEDSBREV

Bliv opdateret på udvalgte dele af den seneste praksis inden for udbudsretten, som er relevant for alle der beskæftiger sig med udbudsret, uanset om det er som ordregiver, tilbudsgiver eller rådgiver.

En samarbejdsaftale indgået mellem to ordregivere omhandlede udelukkende erhvervelse af en ydelse mod betaling af et vederlag, hvorfor aftalen ikke var omfattet af undtagelsen fastsat i artikel 12, stk. 4 i udbudsdirektivet

EU-Domstolens dom af 4. juni 2020, sag C-429/19, Remondis GmbH mod Abfallszweckverband Rhein-Mosel-Eifel

I sagen havde to tyske distrikter og en tysk by betroet en sammenslutning (herefter *Sammenslutningen*), som de kontrollerede i fællesskab, at udføre deres opgave med at nyttiggøre og bortskaffe affald, der produceredes på deres respektive områder.

Sammenslutningen, der selv var en ordregivende myndighed, havde imidlertid kun kapacitet til at deponere restaffald, som ikke eller næsten ikke indeholdt nogen genanvendelige materialer. For at der kunne opnås restaffald, skulle det kommunale husholdningsaffald imidlertid gennemgå en forbehandling på et komplekst biomekanisk anlæg. Eftersom Sammenslutningen ikke rådede over et sådant anlæg, betroede den 80 % af aktiviteterne vedrørende nyttiggørelse og bortskaffelse af det kommunale affald til en række private virksomheder. Behandlingen af de resterende 20 %, dvs. ca. 10.000 megagram (Mg) pr. år, tildeltes distriktet Neuwied (herefter *Distriktet*) i henhold til en aftale, der blev indgået mellem Sammenslutningen og Distriktet.

Det fremgår bl.a. af denne aftale, at Distriktet forpligtede sig til at modtage affald fra Sammenslutningen, og at Sammenslutningen i øvrigt skulle modtage en andel på op til 3.000 Mg pr. år af det mineralske affald fra Distriktet. Det fremgår dog, at de mængder, som Sammenslutningen var forpligtet til at modtage, afhang af Sammenslutningens kapacitet, og at de nærmere detaljer om mængderne skulle aftales mellem parterne under hensyntagen til deres respektive interesser. Det var aftalt at i tilfælde af, at Distriktet midlertidigt ikke kunne opfylde sine forpligtelser, skulle Sammenslutningen så vidt muligt og for egen regning midlertidigt oplagre sit affald på en grund tilhørende Sammenslutningen. Denne forpligtelse til midlertidig oplagring var betinget af, at der blev givet tilladelse til denne oplagring efter lovgivningen om

beskyttelse mod udledninger. Det fremgår videre, at for behandlingen af restaffaldet skulle Sammenslutningen betale et vederlag til Distriktet, som afhang af de behandlede affaldsmængder, og som bestod af at godtgøre driftsudgifter.

Remondis GmbH (herefter *Remondis*), som er et privat selskab inden for affaldsbehandlingssektoren, anlagde sag ved Klagenævnet for Udbud i delstaten Rheinland-Pfalz, Tyskland (herefter *Klagenævnet*), idet Remondis mente, at aftalen udgjorde en ulovlig direkte tildeling af en offentlig kontrakt. Klagenævnet afviste at antage søgsmålet til realitetsbehandling med den begrundelse, at den i hovedsagen omhandlede aftale udgjorde et samarbejde mellem to ordregivende myndigheder, der var omfattet af artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24, og som sådant ikke kunne gøres til genstand for et søgsmål. Klagenævnet anførte bl.a., at de to parter havde påtaget sig gensidige forpligtelser, hvilket viste, at der var tale om et samarbejde som omhandlet i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24.

Remondis anlagde herefter sag til prøvelse af afgørelsen fra Klagenævnet ved den regionale appeldomstol i Koblenz, Tyskland (herefter *Den forelæggende ret*), idet Remondis til støtte for søgsmålet havde gjort gældende, at der ikke forelå et samarbejde baseret på begrebet *samarbejde*, og at den i hovedsagen omhandlede situation udgjorde en udbudspligtig offentlig kontrakt.

Sammentrængt gengivet, har Den foreliggende ret herefter forelagt EU-Domstolen spørgsmålet, om artikel 12, stk. 4, litra a), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at der ikke kan siges at foreligge et *samarbejde* mellem ordregivende myndigheder, når en ordregivende myndighed, der på sit område har ansvaret for en opgave af almen interesse, ikke fuldt ud selv gennemfører denne opgave, der i henhold til national ret alene påhviler denne myndighed, og som kræver en gennemførelse af flere arbejdsgange, men overlader det til en anden ordregivende myndighed at gennemføre en af de nødvendige arbejdsgange mod vederlag.

Det er i dommen oplyst, at ifølge Den forelæggende ret er Sammenslutningens modtagelse af mineralsk affald - fastsat til 3.000 Mg pr. år - rent teoretisk, idet dette alene har til formål at skjule, at der ikke er tale om noget samarbejde, og at det forholder sig på tilsvarende vis med forholdet vedr. midlertidig oplagring. Den forelæggende ret finder således, at indholdet af den nævnte aftale i det væsentlige begrænser sig til Distriktets forpligtelse til som tjenesteyder og mod vederlag at forbehandle det restaffald, der leveres af Sammenslutningen, for at muliggøre en deponering, som er Sammenslutningens opgave.

EU-Domstolen udtaler indledningsvist i sine præmisser, at begrebet "*samarbejde*" i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24 ikke er defineret i direktivet.

EU-Domstolen henviser i sine præmisser endvidere til tredje afsnit i 33. betragtning til direktiv 2014/24, hvorefter samarbejdet bør "*baseres på en samarbejdsmetode*" og angiver, at formuleringen må fortolkes som henvisende til et krav om, at det samarbejde, der således etableres eller gennemføres, skal være *reelt*. Det følger heraf, at det er absolut påkrævet, at alle parterne i samarbejdsaftalen deltager i fællesskabet for at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres, og at denne betingelse ikke kan anses for opfyldt, når visse medkontrahenters eneste bidrag begrænser sig til blot at godtgøre udgifter såsom dem, der er nævnt i den i hovedsagen omhandlede aftale.

Det udtales videre, at forberedelsen af en samarbejdsaftale forudsætter, at de enheder inden for den offentlige sektor, der påtænker at indgå en sådan aftale efter direktiv 2014/24, i fællesskab fastlægger deres behov, og hvordan disse kan opfyldes. EU-Domstolen pointerer, at i forbindelse med en indgåelse af en almindelig offentlig kontrakt er en sådan fase med vurdering og fastlæggelse af behov derimod i almindelighed ensidig, og at i dette sidstnævnte tilfælde nøjes den ordregivende myndighed således med at iværksætte et udbud med angivelse af de specifikationer, som myndigheden selv har fastsat. Det følger heraf, at tilstedeværelsen af et samarbejde mellem enheder inden for den offentlige sektor hviler på en strategi, der er fælles for parterne i dette samarbejde, og kræver, at de ordregivende myndigheder forener deres bestræbelser for at levere offentlige tjenesteydelser.

EU-Domstolen finder, at der ikke i den aftale, der er indgået mellem Sammenslutningen og Distriktet, er angivet nogen form for samarbejde mellem disse aftalparter, eller at indgåelsen af aftalen er et resultat af iværksættelsen af et samarbejde mellem Sammenslutningen og Distriktet, hvilket det dog tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

Det konkluderes således, at aftalen udelukkende synes at omhandle erhvervelsen af en ydelse mod betaling af et vederlag. Under disse omstændigheder og med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse finder EU-Domstolen, at den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt ikke er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24.

Link til dommen [her](#).

Kommentar

Som EU-Domstolen angiver, fremgår det af artikel 12, stk. 4, litra a), i direktiv 2014/24, at en kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder (en såkaldt horisontal samarbejdsaftale), falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når den etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om. Bestemmelsen er implementeret i den danske udbudslovs § 15.

I forarbejderne til § 15 fremgår det, at det i betragtning 33 i direktivet anføres om baggrunden for bestemmelsen, at ordregivere skal kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og opgaver, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, herunder tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer. De forskellige deltagende myndigheders tjenesteydelser behøver ikke nødvendigvis at være identiske, de kan også være komplementære.

Det er dog ikke tilstrækkeligt til at etablere et samarbejde, som angivet i direktivet eller i udbudslovens § 15, at den ene ordregivende myndighed alene betaler et vederlag eller godtgør driftsudgifter til en anden ordregivende myndighed for udførelse af ydelserne. Hertil pointerer EU-Domstolen i sin dom, at hvis en sådan godtgørelse af udgifter i sig selv var tilstrækkelig til, at der kunne foreligge et *samarbejde* i den

forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24, ville der ikke kunne opstilles nogen differentiering mellem et sådant *samarbejde* og en "*offentlig kontrakt*", der ikke er omfattet af den undtagelse, som er fastsat i denne bestemmelse. Til sammenligning kan henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. januar 2018, *Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune*, omtalt i vores nyhedsbrev, som kan genlæses [her](#), hvor Klagenævnet for Udbud fandt, at der var tale om et egentligt samarbejde mellem parterne, dvs. Randers Kommune og Norddjurs Kommune, om madservice til borgere med funktionsnedsættelse.

Manglende angivelse af CPV-koder for det, der udgør et betydeligt omfang af indkøbet, skal sidestilles med, at indkøbet ikke er udbudt

Klagenemnda for offentlige anskaffelser gebyrvedtak 12. oktober 2020, Isbaneteknikk AS / Trondheim kommune, i sak 2019/697

Den norske pendant til Klagenævnet for Udbud, *Klagenemnda for offentlige anskaffelser*, har truffet afgørelse i en sag om betydningen af forkert/manglende angivelse af CPV-koder under et udbud.

Trondheim Kommune gennemførte sammen med andre ordregivere (herefter Indklagede) i 2017 et offentligt udbud om en rammeaftale om operationel leasing af køretøjer, administration af leasede og ejede køretøjer og forsikring.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik det, at hoved-CPV-kode for udbuddet var koden 66516100 ("Ansvarsforsikring for motorkøretøjer"). Der var endvidere angivet en række supplerende CPV-koder, herunder CPV-koder for fx forsikringstjenester, finansiel leasing, reparations- og vedligeholdelsestjenester af forskellige slags køretøjer, reparation af køretøjer, mv. Der var ikke angivet CPV-koder for vareindkøb af motorkøretøjer og maskiner.

Indklagede modtog tre tilbud, og rammeaftalen blev tildelt tilbudsgiveren, *Leaseplan Norge AS* (herefter Leaseplan). Efter tildeling afgav Indklagede bl.a. bestilling om leasing af fire nye skøjtebanemaskiner hos Leaseplan. Bestillingen blev efterfølgende ændret til tre skøjtebanemaskiner.

Selskabet, *Isbaneteknikk AS* (herefter Klager) indgav klage og nedlagde påstand om, at Indklagede havde foretaget en ulovlig direkte tildeling.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser henviser til udbudsdirektivets art. 49, hvor det fremgår, at udbudsbekendtgørelser skal indeholde de i bilag V, del C, anførte oplysninger, herunder CPV-koder. Herefter udtaler Klagenemnda for offentlige anskaffelser, at formålet med CPV-koderne er at sikre, at potentielle leverandører får tilstrækkelig mulighed for at konkurrere om relevante kontrakter, og kunden skal derfor vælge den eller de koder, der bedst svarer til den service, indkøbet dækker.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser konstaterer videre, at Indklagede havde anvendt CPV-koder til finansielle tjenester og CPV-koder til reparationer og ombygninger. Kontrakten omfattede imidlertid også

leasing af køretøjer, som udgør et indkøb af varer (jf. også definitionen af *offentlige vareindkøbskontrakter* i udbudsdirektivets art. 2, nr. 8).

Klagenemnda for offentlige anskaffelser traf afgørelse om, at da Indklagede ikke havde anvendt CPV-koder for køb af motorkøretøjer og maskiner, selvom det var det, som indkøbet primært omfattede, var der tale om en så væsentlig mangel ved udbuddet, at det skulle sidestilles med, at Indklagede ikke havde udbudt indkøbet og dermed foretaget en ulovlig direkte tildeling. Den manglende angivelse af de ovennævnte CPV-koder betød således, at ikke kun erhvervelsen af skøjtebanemaskinerne, men også andre leasingaftaler, der var indgået i henhold til rammeaftalen, udgjorde ulovlige direkte erhvervelser.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Formålet med CPV-koderne er at sikre, at potentielle leverandører får tilstrækkelig mulighed for at konkurrere om relevante kontrakter.

CPV står for "*Common Procurement Vocabulary*" og er et fælles referencesystem for udbudte opgaver i EU. Der er en CPV-kode for hver type af vare, tjenesteydelse og bygge- og anlægsopgave. Koderne bruges dels af ordregivende myndigheder i udbudsbekendtgørelsen, dels af virksomheder som ønsker at søge på udbud inden for deres forretningsområde. Det er kun en lille del af udbudsbekendtgørelsens tekst, der bliver oversat til andre sprog. Fx oversættes udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4) *Kort beskrivelse* eller pkt. II.2.14) *Yderligere oplysninger* ikke, hvor ordregiver med flere ord og mere detaljeret beskriver indkøbet. Derfor har korrekte CPV-koder også en stor betydning for ensartet identifikation af den udbudte genstand i alle medlemslande.

Sagen viser, hvor væsentligt det er for ordregiver at være omhyggelig med at angive korrekte og fyldestgørende CPV-koder, og at konsekvenserne kan være vidtrækkende, hvis ordregiver forsømmer sig herimod, herunder kan det føre til en afgørelse om ulovlig direkte tildeling af en kontrakt, som kan sanktioneres med ugyldighed og økonomiske sanktioner.

Betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5 for at anvende udbudsproceduren, udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var ikke overholdt, fordi der bl.a. var begået fejl af den eksterne rådgiver under tidlige udbud.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Kendelsen vedrører Silkeborg Genbrug og Affald A/S' (herefter SGA) kontrakt om affaldsindsamling i Silkeborg Kommune, som var indgået med HCS A/S Transport og Spedition (herefter benævnt, "HCS") ved direkte tildeling.

SGA iværksatte den 30. april 2019 et udbud af opgaven med planlagt ikrafttræden den 1. januar 2020, hvor den hidtidige kontrakt med den eksisterende leverandør, Remondis A/S (herefter *Remondis*) var blevet opsagt med udløb til. SGA aflyste dog efter det oplyste udbuddet med henvisning til tekniske fejl i udbudsprocessen.

Herefter iværksatte SGA den 26. juni 2019 et nyt udbud om tilsvarende ydelser, ligeledes med planlagt ikrafttræden den 1. januar 2020.

Remondis A/S (herefter benævnt, "*Remondis*") indgav klage til Klagenævnet for Udbud over dette udbud, og Klagenævnet for Udbud afsagde delkendelse vedrørende opsættende virkning den 13. september 2019. Klagenævnet afslog at tillægge klagen opsættende virkning men fandt dog, at der var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge, idet udbudsbetingelsernes oplysning om varigheden af den udbudte kontrakt afveg fra oplysningerne herom i udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet fandt endvidere, at der var udsigt til, at en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge.

Efter Klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 annullerede SGA tildelingsbeslutningen og udbuddet.

Den 27. september 2019 offentliggjorde Silkeborg Forsyning A/S (moderselskab til SGA), at der var indgået kontrakt med HCS. Kontrakten var indgået uden forudgående udbud og uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 4. Kontrakten løb i en periode på knap 2 år og 3 måneder. Det fremgik af offentliggørelsen, at der var tale om en midlertidig løsning frem til nyt udbud var gennemført, og at et nyt udbud forventedes iværksat i starten af 2020.

Remondis indgav på ny klage til Klagenævnet for Udbud, idet Remondis bl.a. nedlagde påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at SGA havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven § 2 og § 6 ved at have indgået en aftale med HCS uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og uden at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5 var opfyldt (påstand 1), og at Klagenævnet for Udbud skulle erklære aftalen mellem SGA og HCS for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1 og indgive politianmeldelse med henblik på, at SGA idømmes en bøde, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 3, og § 20 (påstand 2).

SGA nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge, samt - for det tilfælde, at Klagenævnet tog en annullationspåstand til følge - påstand om, at Klagenævnet skulle afgive en ikke bindende udtalelse om, at der forelå særlige forhold, der tilsagde, at kontrakten kunne videreføres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a.

SGA gjorde gældende, at SGA kunne anvende udbudsproceduren *udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse* idet udbudslovens § 80, stk. 5 fandt anvendelse, da der var tale om en situation, der var ude af SGA's kontrol. SGA henviste i den forbindelse bl.a. til, at der var begået fejl af SGA's eksterne rådgiver, der havde ført til, at SGA's udbud måtte annulleres.

Klagenævnet for Udbud udtaler i kendelsen, at de omstændigheder, der kan påberåbes som tvingende grunde for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, under ingen omstændigheder må kunne tilskrives den ordregivende myndighed. Det fremgår videre af kendelsen, at det påhviler SGA at løfte bevisbyrden for, at den midlertidige kontrakt med HCS lovligt kunne indgås uden udbud.

Klagenævnet vurderede videre, at SGA ikke havde løftet bevisbyrden for, at den direkte tildeling af kontrakten var lovlig, og at betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt som følge af vanskeligheder ved at få gennemført et udbud, og at SGA således ikke havde løftet bevisbyrden for, at den midlertidige kontrakt med HCS lovligt kunne indgås uden udbud.

Klagenævnet for Udbud tog herefter stilling til, om kontrakten skulle erklæres for uden virkning eller om væsentlige hensyn til almenhedens interesser gjorde det nødvendigt, at kontrakten fortsat skulle have virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3. Ved Klagenævnet for Udbuds vurdering indgår i den forbindelse, at den midlertidige kontrakt angår forsyningspligt til affaldsindsamlingen i Silkeborg Kommune, og at kontrakten har en resterende løbetid på ca. 1 år og 2 måneder, samt at leveringstiden for nye lastbiler til brug for affaldssamlingen i kommunen er omkring 14-18 måneder regnet fra bestillingen af lastbilerne.

Klagenævnet for Udbud fandt herefter, at der var væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som gjorde det nødvendigt, at den midlertidige kontrakt fortsat skulle have virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Kendelsen viser, at ordregivere skal være meget varsomme med at anvende undtagelserne til udbudspligt, herunder udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at der påhviler ordregiveren en meget streng bevisbyrde for, at betingelserne er opfyldte. Dette er i tråd med EU-Domstolens tidligere praksis på området for anvendelse af denne udbudsform. Forarbejdernes eksempler på anvendelsesområdet for bestemmelsen er bl.a. tilfælde, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed, hvilket også indikerer et meget begrænset anvendelsesområde for denne bestemmelse, idet disse forhold sjældent vil være opfyldt. En ordregivers vanskeligheder ved at få gennemført et udbud, herunder pga. fejl fra eksterne rådgivere, hører ikke ind under denne tilfældegruppe, og set i det lys er kendelsens resultat ret oplagt.

Selvom den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 om udelukkelse, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, ikke er valgt af ordregiver, påhviler det en ordregiver i medfør af principperne i udbudslovens § 2 at afvise et tilbud, hvis det er rimelig oplagt, at det er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen

Kendelsen vedrører Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsens (herefter *Skatteministeriet*) udbud af en rammeaftale med fire leverandører om forretnings- og analyseydelse til it-, teknologi- og datarelaterede projekter udbudt som begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II.

Skatteministeriet prækvalificerede ni virksomheder, som alle afgav tilbud. Herunder Maximize Consult ApS (Maximize) og Peak Consulting Group-OptimumIT (Peak).

Skatteministeriet besluttede at indgå kontrakt med fire tilbudsgivere, hvoraf Maximize var én af dem. Maximize bød alene, idet Maximize baserede sig på følgende støttende enheders kapacitet:

- Zangenberg Analytics ApS, Silverbullit A/S og NextPuzzle ApS fsva. deres finansielle og økonomiske samt tekniske og faglige formåen.
- FalckEkdahl ApS fsva. deres finansielle og økonomiske formåen.
- NNIT A/S fsva. deres tekniske og faglige formåen.

Peak, som ikke fik tildelt en rammeaftale, indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud, idet Peak bl.a. nedlagde påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Skatteministeriet havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt § 159, stk. 3, ved ikke at have udelukket Maximize efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, idet denne tilbudsgivers anvendelse af Zangenberg Analytics ApS, Silverbullet A/S, Nextpuzzle ApS, Falckekdahl ApS og NNIT A/S som støttende enheder udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale (påstand 1), og at Klagenævnet derfor skulle annullere Skatteministeriets beslutning om at tildele Maximize en rammeaftale.

Det var ubestridt under sagen, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, om at ordregiver skal udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at denne har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, ikke var fastsat som gældende for udbuddet. Klagenævnet for Udbud udtalte i den forbindelse, at påstand 1 således indebar, at der skulle tages stilling til, om Maximize burde have været udelukket efter udbudslovens § 2, jf. *princippet* i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og om det udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale, at Maximize i medfør af udbudslovens § 144, stk. 1 i sit tilbud baserede sig på andre konkurrerende enheders økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen.

Klagenævnet udtalte videre, at Klagenævnet først måtte vurdere, om Klagenævnet havde kompetence til at tage stilling hertil med henvisning til tidligere praksis jf. kendelse af 22. december 2017, *Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed*, og kendelse af 5. december 2019, *Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*, hvor Klagenævnet har udtalt, at det ikke er Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, jf. § 10, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet gentog først det, som følger af tidligere praksis, nemlig at såfremt der i udbudsmaterialet er fastsat en udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, om, at konsortier eller

sammenslutninger skal være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, kan spørgsmålet behandles af Klagenævnet som et led i vurderingen af, hvorvidt tilbudsgiveren var omfattet af udelukkelsesgrunden. På dette punkt var der således intet nyt i kendelsen. Klagenævnet udtalte videre, at Klagenævnet også har kompetence til at vurdere, om ordregiveren i medfør af udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, i tillæg til den verifikation, der skal foretages efter udbudslovens § 159, stk. 2, nr. 1, burde have foretaget nærmere undersøgelse af lovligheden af en konsortieaftale eller støtteaftale, og om ordregiveren burde have afvist tilbuddet. Dette følger også af tidligere praksis og de gældende udbudsregler.

Det nye i sagen er imidlertid, at Klagenævnet ikke sluttede her, men udtalte, at selvom udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke er tilvalgt, må det efter udbudslovens § 2 påhvile en ordregiver at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i tilfælde, hvor der er begrundet anledning til tvivl herom. Hvis undersøgelsen viser, at den aftale, der ligger til grund for tilbuddet, er konkurrenceretligt ugyldig, vil ordregiveren være forpligtet til at afvise tilbuddet. Tilsvarende må Klagenævnet i tilfælde, hvor spørgsmål herom indbringes for nævnet, præjudicielt foretage en tilsvarende prøvelse af, om der er en tvivl om lovligheden af en konsortie- eller støtteaftale, som burde have afstedkommet en effektiv kontrol fra ordregiverens side, og om denne burde have ført til afvisning af tilbuddet.

Hvis ordregiveren ikke har tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og prøvelsen derfor alene sker efter lovens § 2, må der kræves et sikkert grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er indgået i strid med konkurrencereglerne og herunder ikke ville opfylde fritagelsesbetingelserne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, eller – hvis der ikke er tale om en "til formål"-konkurrencebegrænsende aftale – er omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7. Der må dog også i disse tilfælde tilkomme ordregiveren et vist skøn ved vurderingen af, om der er det fornødne sikre grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er ulovlig efter konkurrencereglerne, således at det bør føre til udelukkelse af ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Det udtales, at den omstændighed, at der står flere virksomheder bag et tilbud, ikke i sig selv kan udgøre et sådant sikkert grundlag, og heller ikke i sig selv kan medføre, at ordregiveren skal foretage nærmere undersøgelse efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2. At flere virksomheder står bag et tilbud kan i øvrigt heller ikke i sig selv udgøre "tilstrækkelige plausible indikationer" som nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Klagenævnet angiver som eksempel, at der kunne være klar anledning til at foretage nærmere undersøgelse, hvis de deltagende virksomheder i konsortie- eller støtteaftalen i andre fuldstændig lignende udbud har afgivet tilbud alene, og hvis tilbudsgiveren herefter ikke fremkommer med en plausibel og efter omstændighederne nærmere underbygget forklaring på, hvorfor det i netop dette udbud er nødvendigt at samarbejde, vil dette kunne medføre pligt til afvisning af tilbuddet.

I den konkrete sag var det ikke bestridt, at Maximize ikke alene kunne opfylde de krav, som Skatteministeriet havde stillet – hverken for så vidt angik den økonomiske/finansielle kapacitet eller den tekniske kapacitet.

Klagenævnet fandt derfor i den konkrete sag, at der ikke har været en sådan tvivl om, hvorvidt det samarbejde mellem Maximize som tilbudsgiver og leverandør med Zangenberg Analytics ApS, Silverbullet A/S, Nextpuzzle ApS, Falckekdahl ApS og NNIT A/S som støttende enheder, som ligger til grund for Maximizes tilbud, udgør en ugyldig konkurrencebegrænsende aftale, at Skatteministeriet burde have undersøgt dette nærmere i forbindelse med tilbudsvurderingen.

Efter de oplysninger, som var fremkommet under sagen for Klagenævnet, var der heller ikke det fornødne sikre grundlag for at antage, at aftalen stred mod konkurrencereglerne og derfor var ugyldig. Skatteministeriet havde derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet.

Klagenævnet henviste også til, at Peak ikke havde anmodet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at indlede en undersøgelse af, hvorvidt der er indgået en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale.

Påstand 1 blev herefter ikke taget til følge.

Idet de øvrige påstande heller ikke i det væsentligste blev taget til følge, blev påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ikke taget til følge.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Kendelsen er principiel, idet Klagenævnet for første gang tilkendegiver, at selvom den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke er tilvalgt, må det *efter udbudslovens § 2* påhvile en ordregiver at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i tilfælde, hvor der er anledning til begrundet tvivl herom, og at Klagenævnet for Udbud i tilfælde, hvor spørgsmål herom indbringes for nævnet, præjudicielt kan foretage en prøvelse af, om der er en tvivl om lovligheden af en konsortie- eller støtteaftale, som burde have afstedkommet en effektiv kontrol fra ordregiverens side, og om denne burde have ført til afvisning af tilbuddet. Dette er bemærkelsesværdigt, idet Klagenævnet hidtil har udtrykt den holdning, at det ikke ligger inden for Klagenavnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, idet denne prøvelse principielt bør foretages af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Ordregivers evalueringsmodel medførte overtrædelse af forhandlingsforbuddet

Klagenævnet for Udbud kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Kendelsen vedrører Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' (herefter *SKI*) udbud af en rammeaftale om levering af biblioteksmaterialer og klargøringsydelser i forhold hertil som offentligt udbud efter udbudsloven. Udbuddet var opdelt i 8 delaftaler, herunder bl.a.

- Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) (anslået værdi 253 mio. kr.)
- Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest) (anslået værdi 475 mio. kr.)

Delaftale 1 og 2 var "underlagt" en såkaldt øst/vestmodel, hvorefter der tildeles rammeaftale til en leverandør i Østdanmark og en anden leverandør i Vestdanmark, men at de samme tilbudte priser ville være gældende for alle kunder, uanset om kunderne er beliggende i Øst- eller Vestdanmark. Tilbudsgiverne skulle således afgive priser, som skulle være de samme – og ville være gældende – for både delaftalen for Østdanmark og delaftalen for Vestdanmark. Tilbudsgiveren, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ville få tildelt rammeaftalen som leverandør på delaftale 2 *Danske bøger og noder (Vest)*. Tilbudsgiveren, der afgav det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, ville få tilbudt at blive leverandør på delaftale 1 *Danske bøger og noder (Øst)*. Denne tilbudsgiver skulle dog acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark ville forudsætte, at tilbudsgiveren skulle levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud havde tilbudt og skulle levere til i Vestdanmark.

Hvis tilbudsgiveren med det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud ikke accepterede at blive leverandør i Østdanmark, ville muligheden gå videre til tilbudsgiveren med det økonomisk tredje mest fordelagtige tilbud, som ligeledes skulle acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsatte, at tilbudsgiveren skulle levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, havde tilbudt og skulle levere til i Vestdanmark.

Hvis denne tilbudsgiver heller ikke accepterede at blive leverandør i Østdanmark, gik muligheden videre til næste tilbudsgiver i rækken, osv. Hvis rækken af tilbudsgivere, med konditionsræssige tilbud, udtømmes, og der ikke iblandt disse kunne findes en leverandør til Østdanmark, ville leverandøren, som fik tildelt Vestdanmark også blive tildelt Østdanmark. Denne skulle i så fald være leverandør i hele Danmark, dvs. på både delaftale 1 og 2, og levere til samme priser i hele landet.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen var opdelt i 8 delaftaler, at kontrakten tildeltes én leverandør pr. delaftale, og at der kunne afgives tilbud på alle delaftaler. Øst/vest-modellen for delaftale 1 og 2 var ikke beskrevet i udbudsbekendtgørelsen men alene i udbudsbetingelserne.

Ved tilbudsfristens udløb havde SKI modtaget tilbud fra Audio Visionary Music A/S (herefter AVM) og BibMedia A/S (herefter BibMedia). Begge virksomheder afgav tilbud på alle delaftalerne.

SKI besluttede at indgå delaftalerne 2-8 med BibMedia og delaftale 1 med AVM, som accepterede BibMedias priser.

AVM indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud over SKI, idet AVM gjorde gældende, at Klagenævnet skulle konstatere, at SKI havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 56 ved at anvende en fremgangsmåde for tildeling af delaftale 1 og 2, hvorefter den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, kan ændre sit tilbud efter tilbudsfristen og derefter blive tildelt delaftale 1 (påstand 1), samt at SKI har handlet i strid med udbudslovens § 49, stk. 3, ved ikke

at beskrive i udbudsbekendtgørelsen, hvordan delaftale 1 og 2 tildeles, men alene omtale dette i udbudsbetingelserne (påstand 2). AVM nedlagde endvidere påstand om annullation af tildelingsbeslutningen (påstand 8).

Klagenævnet for Udbud afsagde indledningsvist delkendelse om, at betingelsen om "fumus boni juris" var opfyldt. Klagenævnet for Udbud besluttede dog, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, fordi uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

I sin endelige kendelse gengiver Klagenævnet for Udbud sine præmisser i delkendelsen om opsættende virkning, hvor Klagenævnet for Udbud anfører, at der med udbuddet er tale om et offentligt udbud, og at når først tilbudsgiveren har afgivet sit tilbud, kan tilbuddet i princippet ikke ændres hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er således i forbindelse med et offentligt udbud til hinder for enhver form for forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver. Hvis en tilbudsgiver efter henvendelse fra ordregiveren får mulighed for at ændre (nedsætte) den tilbudte pris til en nærmere bestemt lavere pris, indebærer det en mulighed for, at tilbudsgiveren ændrer et væsentligt vilkår i sit tilbud, nemlig den eksakte tilbudssum, som er indeholdt i det oprindelige tilbud, på en måde, som er til gunst for ordregiveren, og som giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sin pris og dermed sit tilbud med henblik på at blive tildelt kontrakten. En sådan fremgangsmåde vil efter sædvanlig praksis være i strid med forbuddet mod forhandling.

Klagenævnet for Udbud rejste spørgsmålet om, hvorvidt det forhold, at en sådan fremgangsmåde i det foreliggende udbud er beskrevet i udbudsbetingelserne, medfører, at fremgangsmåden i dette tilfælde kan anses for at være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og dermed er lovlig. Klagenævnet finder dog, at forbuddet mod forhandling i et offentligt udbud ikke kan fraviges alene på grundlag af, at modellen er beskrevet i udbudsbetingelserne som sket.

I sin endelige kendelse pointerer Klagenævnet, at udbuddet blev gennemført som et offentligt udbud, og at SKI havde fastsat, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret på grundlag af tildelingskriteriet, *Pris*, hvorefter ordregiveren skal vælge tilbuddet med den laveste pris. Øst/vest-modellen bevirker dog, at SKI ikke (umiddelbart) tildeler BibMedia, der har afgivet tilbuddet med den laveste pris på delaftale 1 og 2, begge delaftaler, men kun delaftale 2, mens delaftale 1 tilbydes til AVM, der har afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris. Klagenævnet udtaler, at AVM ikke kan "forhandle" sig til et andet resultat, men det kan SKI, idet AVM ved at acceptere SKI's tilbud om delaftale 1 skal nedsætte sine priser. Denne forhandling finder tilmed sted i en situation, hvor AVM kan se, hvad der skal til for at få ordren, og et afslag på SKI's tilbud vil i realiteten medføre, at AVM ikke opnår nogen markedsandel på de udbudte ydelser.

På denne baggrund og af de grunde, som Klagenævnet i øvrigt har anført ved afgørelsen af anmodningen om opsættende virkning, finder Klagenævnet, at SKI med øst/vest-modellen har overtrådt ligebehandlingsprincippet, og at det ikke kan føre til et andet resultat, at øst/vest-modellen er beskrevet i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet tager herefter påstand 1 til følge.

I sin delkendelse fandt Klagenævnet tillige, at øst/vest-modellen for delaftale 1 og 2 skulle have været beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Idet parterne ikke efter delkendelsen gjorde yderligere anbringender gældende til støtte for påstand 2, tager Klagenævnet således i den endelige kendelse og denne påstand til følge.

Klagenævnet annullerer her efter tildelingsbeslutningen.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Med kendelsen er det således fastslået, at det ikke er lovligt at anvende en evalueringsmodel, som indebærer en overtrædelse af det udbudsretlige forhandlingsforbud udenfor de tilfælde, hvor udbud med forhandling kan anvendes - hvilket ikke kan overraske. Det er mere overraskende, at SKI kunne finde på at gennemføre et udbud med en sådan model, da Klagenævnet for Udbud jo flere gange har udtalt, at selvom en evalueringsmodel er beskrevet i udbudsbetingelserne i overensstemmelse med udbudslovens § 160, så er modellen ikke lovlig, hvis den er i strid med ligebehandlingsprincippet.



LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK

NIELSEN NØRAGER

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. TILMELD/FRAMELD DIG NYHEDSBREVET PÅ WWW.NNLAW.DK.