



NR. 1, ÅRGANG 9, MARTS 2020

UDBUDSRETlige PROBLEMSTILLINGER I FORBINDELSE MED COVID-19 SAMT AKTUEL PRAKSIS FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Covid-19 rejser en række udbudsretlige problemstillinger, herunder kan Covid-19 give et behov for forlængelse af frister i forbindelse med en igangværende udbudsproces, herunder tilbudsfrister, ligesom der kan blive et behov for at ændre i løbende kontraktforhold, og et behov for at foretage akutte indkøb uden at overholde tærskelværdien.

Udbudsloven indeholder en række bestemmelser, der giver mulighed for at ordregivere kan eller skal forlænge tilbudsfrister, og for at foretage nødvendige ændringer i eksisterende kontraktforhold uden genudbud, samt mulighed for at foretage nødvendige akutte indkøb.

Covid-19 kan under overholdelse af de grundlæggende udbudsretlige principper, dvs. ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt proportionalitetsprincippet give mulighed for at anvende disse bestemmelser. Anvendelsen heraf kræver en konkret bedømmelse af de konkrete forhold. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 12. marts 2020 offentliggjort et notat, der kort redegør for en række af disse bestemmelser, som der er et link til [her](#).

I nyhedsbrevet kan I i øvrigt læse om et udvalg af de senest offentliggjorte kendelser fra Klagenævnet for Udbud, som skønnes at have mere generel interesse for udbudspraktikere. Vi omtaler endvidere kort den nyeste ændring af udbudsloven, som trådte i kraft 1. januar 2020, og som bl.a. præciserer udbudslovens bestemmelser om self-cleaning.

Detaljerede mindstekrav og ønsker var egnede til at begrænse konkurrencen, hvormed det påhvilede ordregiver at løfte bevisbyrden for, at kravene var saglige og proportionale

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. oktober 2019, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden

Kendelsen vedrører tre miniudbud inden for to dynamiske indkøbssystemer vedr. henholdsvis belysning og møbler foretaget af Region Hovedstaden.

Region Hovedstaden indgik kontrakt med Holmrís B8 A/S (herefter benævnt *Holmrís*) for alle tre miniudbud. Kinnarps A/S (herefter benævnt *Kinnarps*) indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.

Kinnarps nedlagde blandt andet påstand om, at Region Hovedstaden havde handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4 og principperne om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2, idet Region Hovedstaden havde fastsat tekniske specifikationer (herunder mindstekrav til mål og produktgaranti samt med angivelse af produktnavn mv.), som ikke var sagligt begrundede og proportionale med kontraktens værdi og mål og derfor medførte en kunstig indsnævring af konkurrencen.

Klagenævnet for Udbud giver Kinnarps medhold og henviser i sine præmisser til, at udbuddene indeholder detaljerede mindstekrav og ønsker, og at de fastsatte krav og ønsker har været egnede til at begrænse konkurrencen under miniudbuddene. Klagenævnet for Udbud udtaler endvidere, at under disse omstændigheder påhviler det Region Hovedstaden at løfte bevisbyrden for, at der har foreligget saglige og proportionale grunde for at fastsætte disse bestemmelser i udbudsmaterialet, og at Region Hovedstaden ikke har løftet denne bevisbyrde. Klagenævnet lægger bl.a. vægt på formålet med indkøbet og karakteren og indholdet af de fastsatte ønsker og krav, samt at Region Hovedstaden ikke har givet nogen funktionel eller anden saglig begrundelse for nogle af de fastsatte krav. Klagenævnet for Udbud annullerede således Region Hovedstadens tildelingsbeslutninger.

Link til kendelsen [her](#).

Vurdering af om der foreligger en konkurrencebegrænsning som fører til, at en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden i bl.a. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2019, Kallow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Kendelsen vedrører Moderniseringsstyrelsens udbud af en rammeaftale om indkøb af trykkeri-, kopi- og printydelser (herefter *Trykkeriaftalen*) som offentligt udbud efter udbudsloven. Trykkeriaftalen skulle tildeles de tre tilbudsgivere, der afgav de økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet "Pris".

Det fremgik bl.a. af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.2 *Frivillige udelukkelsesgrunde*, at Moderniseringsstyrelsen ville udelukke de tilbudsgivere, der befandt sig under omstændigheder som anført i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, dvs. hvis Moderniseringsstyrelsen havde "tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning". Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.2 om *Forbehold og alternative bud* fremgik endvidere bl.a., at hver tilbudsgiver alene var berettiget til at afgive ét tilbud, og at såfremt samme juridiske enhed var del af eller på anden måde deltog i flere tilbud, forbeholdt Moderniseringsstyrelsen sig ret til at anmode tilbudsgiverne om at godtgøre, at samme juridiske enheds deltagelse i flere tilbud ikke medførte en begrænsning af konkurrencen i strid med konkurrenceloven, herunder stille krav om, at tilbudsgiveren skulle godtgøre, at dette forhold ikke medførte en mulighed for gensidigt at påvirke indholdet af de forskellige tilbudsgiveres tilbud. Hvis den samme juridiske enheds deltagelse i flere tilbud havde medført en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrenceloven, var Moderniseringsstyrelsen forpligtet til at afvise tilbud.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde otte virksomheder afgivet tilbud, og Moderniseringsstyrelsen besluttede at indgå kontrakt med følgende tre tilbudsgivere:

- Rosendahls A/S Print Design Media
- PRINFO Konsortiet
- LaserTryk.dk A/S (herefter *LaserTryk*)

I forbindelse med afgivelse af sit tilbud, havde PRINFO Konsortiet angivet, at konsortiet var en sammenlutning af 13 virksomheder, herunder Jørn Thomsen Elbo A/S. Der blev indleveret ESPD'er for alle 13 deltagere i konsortiet, og i alle ESPD'er var der svaret *nej* til spørgsmålet: "*Har den økonomiske aktør indgået aftaler med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning?*". Moderniseringsstyrelsen konstaterede endvidere, at virksomheden Jørn Thomsen Elbo A/S var 25 % ejet af LaserTryk. I overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 7.2 gav styrelsen PRINFO Konsortiet, Jørn Thomsen Elbo A/S og LaserTryk mulighed for at redegøre for, om der var risiko for, at PRINFO Konsortiet og/eller LaserTryk havde fulgt eller ville følge en praksis, som kunne true gennemsigtigheden eller fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Moderniseringsstyrelsen vurderede, at de modtagne redegørelser i tilstrækkelig grad betrykkede styrelsen i, at der i den konkrete situation ikke forelå en risiko for, at PRINFO Konsortiet og/eller LaserTryk.dk havde fulgt eller ville følge en praksis, som kunne true gennemsigtigheden eller fordreje konkurrencen mellem de bydende.

Efter Moderniseringsstyrelsen havde tildelt rammeaftalerne, blev det konstateret, at PRINFO Holding A/S var ejet af bl.a. Eurographic A/S og Jørn Thomsen Elbo A/S, samt at Eurographic A/S var ejet 100 % af LaserTryk. Administrerende direktør og bestyrelsesmedlem i LaserTryk, Esben Mols Kabell, var også formand for bestyrelsen i Eurographic A/S. Endvidere havde Esben Mols Kabell været en del af bestyrelsen i Jørn Thomsen Elbo A/S. Der havde endvidere været personsammenfald i kontaktpersonerne ved LaserTryk og Jørn Thomsen Elbo A/S.

Yderligere forklaringer blev afgivet, og Moderniseringsstyrelsen gennemførte en vurdering i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, hvor det blev konstateret, at der hverken var ret eller pligt til at udelukke en eller flere tilbudsgivere fra deltagelse i udbuddet i medfør af UBL § 137, stk. 1, nr. 4. Det blev endvidere konkluderet, at der heller ikke var pligt til at foretage yderligere undersøgelse af forholdet vedr. ejerskabsforbindelsen mellem LaserTryk og Jørn Thomsen Elbo A/S.

En forbigået tilbudsgiver, Kailow Graphic A/S (herefter *KG*) indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud bl.a. med påstand (påstand 1) om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at LaserTryk havde handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7.2, udbudslovens § 137 og konkurrenceloven ved at true gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen som følge af Lasertryks engagement i Jørn Thomsen Elbo A/S og opkøb af Novagraf A/S.

KG nedlagde endvidere påstand (påstand 2) om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at PRINFO Konsortiet havde handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7.2, udbudslovens § 137 og konkurrenceloven, da selve sammensætningen af konsortiet kunne true gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.

Moderniseringsstyrelsen påstod bl.a., at denne påstand skulle afvises med henvisning til, at Klagenævnet for Udbud ikke har kompetence til at træffe afgørelse på konkurrencelovens område, idet denne kompetence ligger hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Klagenævnet fandt efter de fremkomne oplysninger, at det ikke kunne lægges til grund, at LaserTryks ejerskab af 25 % af aktierne i Jørn Thomsen Elbo A/S mv. havde medført en begrænsning af konkurrencen ved at påvirke indholdet af tilbuddene.

I relation til Moderniseringsstyrelsens afvisningspåstand vedr. KG's påstand 2 udtalte Klagenævnet for Udbud, at det er korrekt, at Klagenævnet for Udbud ikke har kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, men når Moderniseringsstyrelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 7.2 har fastlagt, at styrelsen – hvis samme juridiske enhed er en del af eller på anden måde deltager i flere tilbud – er berettiget til at anmode en tilbudsgiver om at godtgøre, at samme juridiske enheds deltagelse i flere tilbud ikke har medført en begrænsning af konkurrencen i strid med konkurrenceloven, kan spørgsmålet behandles af Klagenævnet for Udbud som et led i vurderingen af, om tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden i bl.a. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Afvisningspåstanden blev derfor ikke taget til følge.

Om påstand 2 udtalte Klagenævnet for Udbud, at Moderniseringsstyrelsen ikke havde en pligt til at undersøge, om PRINFO Konsortiets konsortiedannelse generelt var i strid med konkurrencereglerne, men styrelsen havde efter udbudsbetingelserne haft pligt til at påse, om der var tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at en tilbudsgiver havde indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Klagenævnet for Udbud fandt ikke anledning til at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsen vurdering, hvorefter der ikke var tilstrækkelige plausible indikationer for, at konsortiedannelsen havde haft til formål eller haft til følge at fordreje konkurrencen.

Klagenævnet for Udbud fandt heller ikke, at PRINFO Konsortiet på grund af konsortiets sammensætning havde truet gennemsigtigheden eller fordrejet konkurrencen. Denne påstand blev derfor heller ikke taget til følge, og dermed blev annullationspåstanden heller ikke taget til følge.

Link til kendelsen [her](#).

Direkte tildeling af kontrakt uden udbud, fordi der kun var én mulig leverandør og vurdering af, om en kontrakt kunne opdeles, jf. udbudslovens § 49, stk. 2

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. december 2019, *Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland*

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed (Herefter *Profylaksebekendtgørelsen*), meddelte Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland (herefter *Regionerne*), at de agtede at indgå kontrakt med Mediq Danmark A/S (herefter *Mediq Danmark*) om levering af medico-udstyr (herefter *Rammeaftalen*) ved direkte tildeling uden udbud i medfør af en undtagelse til udbudspligt i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, da udstyret kun kunne leveres af denne leverandør som følge af "*manglende konkurrence af tekniske årsager*". Det følger af reglerne for en profylaksebekendtgørelse, at ordregiveren kan indgå kontrakt efter udløbet af en standstill-periode på 10 dage efter indrykning af profylaksebekendtgørelsen, hvis ikke der kommer indsigelser i denne periode, når profylaksebekendtgørelsen angiver årsagen til, at der ikke gennemføres et udbud.

Af Profylaksebekendtgørelsen fremgik bl.a., at udbudsmetoden var valgt pga. manglende konkurrence i forhold til en række essentielle tekniske/funktionelle krav, som kun kunne opfyldes af nogle nærmere angivne produkter i fællesskab. Det fremgik, at Regionerne på baggrund af en udført markedsanalyse havde vurderet, at der kun var én leverandør, der kunne gennemføre den samlede levering, og af tekniske årsager ville Rammeaftalen derfor blive tildelt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsloven § 80, stk. 3, nr. 2. Denne bestemmelse angiver, en ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager kun findes én bestemt økonomisk aktør.

Selskabet Smith & Nephew A/S (her efter *SNA*) indgav klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden med påstand om, at regionerne havde handlet i strid med udbudslovens § 80 ved at tildele kontrakten efter proceduren med udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud, idet betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen om "manglende konkurrence af tekniske årsager" ikke var opfyldt.

SNA anmodede om, at Klagenævnet for Udbud tillagde klagen opsættende virkning. Klagenævnet for Udbud kendte vedrørende således spørgsmålet om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning.

SNA gjorde bl.a. gældende, at der ikke havde været noget til hinder for at opdele Rammeaftalen i flere delaftaler, og at dette er normalt ved indkøb af de pågældende produkter, og derved ville det have været muligt for flere leverandører at byde på aftalen.

Klagenævnet for Udbud udtalte, at det som udgangspunkt påhviler Regionerne at løfte bevisbyrden for, at betingelserne for direkte tildeling af kontrakten er opfyldt. Klagenævnet for Udbud konstaterer, at Regionerne ikke havde gjort anbringender gældende til støtte for, at betingelserne for direkte tildeling af kontrakten var opfyldt, ligesom Regionerne ikke havde angivet årsagen til, at regionerne havde valgt ikke at udbyde separate delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 2. Regionerne havde heller ikke fremlagt den markedsanalyse, der blev henvist til i Profylaksebekendtgørelsen som begrundelse for, at det var vurderet, at der kun var én leverandør, der kunne imødekomme den samlede levering. Det bemærkes i den forbindelse, at SNA havde anført, at de var én af blot tre større leverandører af NPWT-produkter på verdensplan, og at SNA ikke havde bidraget til nogen forudgående markedsanalyse i Regionernes regi.

Klagenævnet for Udbud fandt derfor, at det ikke var dokumenteret, at andre produkter ikke kunne anvendes som et rimeligt alternativ til de produkter, som Mediq kunne levere, og at det ikke var dokumenteret, at disse produkter ikke kunne opfylde de tekniske og funktionelle krav til produkterne, ligesom det ikke var godtgjort, at kontrakten ikke kunne opdeles, jf. udbudslovens § 49, stk. 2.

Der var således på den baggrund udsigt til, at påstand 1 og 2 ville blive taget til følge, sådan som sagen var oplyst.

Vedrørende betingelsen om uopsættelighed bemærkede Klagenævnet for Udbud, at denne betingelse var opfyldt i en sag som den foreliggende, hvor der var tale om direkte tildeling af en kontrakt.

Vedrørende betingelsen om interesseafvejning fandt Klagenævnet for Udbud, at SNA's interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, vejer tungere end hensynet til Regionernes interesse.

Klagenævnet fandt således, at klagen skulle tillægges opsættende virkning.

Kommentar

Der eksisterer som udgangspunkt ikke en pligt for ordregivere til at opdele en offentlig kontrakt i delaftaler således som udbudslovens § 49, stk. 1 er formuleret. Hvis en ordregiver vælger ikke at opdele i delaftaler, skal dette dog begrundes i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 49, stk. 2. Ifølge hidtidig praksis om denne bestemmelse er kravene til denne begrundelse dog meget lempelige, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. maj 2018, *Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune*, som var omtalt i vores nyhedsbrev af august 2018 (link til nyhedsbrevet [her](#)).

Den foreliggende sag er dog et eksempel på, at der undtagelsesvist i realiteten kan foreligge en pligt til at opdele, især når ordregiveren ikke har godtgjort, at opdeling ikke kunne ske efter udbudslovens § 49, stk. 2.

Link til kendelsen [her](#).

Oplysninger, som en ordregiver får efter kontraktindgåelsen, kan ikke medføre en udbudsretlig undersøgelsespligt, da forpligtelsen til på dette tidspunkt at undersøge forhold nærmere er et kontraktretligt anliggende

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. januar 2020, *LM Gruppen ApS mod Banedanmark*

Kendelsen vedrører Banedanmarks udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af nogle anlægsarbejder vedr. etablering af en sammenhængende nedgravet rørinfrastruktur samt sætning af brønde på en række jernbanestrækninger. Udbuddet var opdelt i to delaftaler efter geografisk område, kaldet *Delkontrakt øst* og *Delkontrakt vest*. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der kunne gives tilbud på begge delaftaler, men samme tilbudsgiver kunne ikke få tildelt dem begge.

Banedanmark besluttede at tildele Delkontrakt øst til Aarsleff Rail A/S (herefter *Aarsleff Rail*) og Delkontrakt vest til M.J. Eriksson A/S (herefter *MJ Eriksson*).

Efter Banedanmark havde underskrevet kontrakten med to vindende tilbudsgivere, afholdt Banedanmark et møde med LM Gruppen ApS (Herefter *LM Gruppen*), som over for Banedanmark havde rejst en række *bekymringspunkter*. Bekymringspunkterne angik bl.a., at Aarsleff Rail og MJ Eriksson ifølge LM Gruppen skulle have budt ind med maskiner eller beskrivelser, hvorefter de skulle være i besiddelse af maskiner, som LM Gruppen ikke mente stemte overens med virkeligheden. LM Gruppen mente endvidere, at der kunne være tvivl om, hvorvidt Aarsleff Rail og MJ Eriksson kunne skaffe de nødvendige maskiner til løsning af opgaven. Ifølge LM Gruppen havde Aarsleff Rail endvidere angivet "groft urigtige" informationer i deres tilbud, samt baseret deres tilbud på et dokument, der vedrørte en maskine, som var ejet af LM Gruppen.

Banedanmark anførte her overfor bl.a., at der intet krav var om, at entreprenørerne skulle eje de maskiner, de bød ind med – de kunne lejes, leases eller indkøbes efter kontraktindgåelse, så længe entreprenøren kunne overholde sine forpligtelser i kontrakten, samt at Banedanmark ikke havde grund til at tro at entreprenørerne ikke kunne overholde sine forpligtelser og imødekomme de krav, der var i kontrakten.

LM Gruppen gjorde endvidere Banedanmark opmærksom på, at ingen af de to vindende tilbudsgivere opfyldte nogle under udbuddet fastsatte emissionskrav samt nogle krav til det tilbudte maskinel, samt at LM Gruppen havde fået oplyst, at nogle udførte blæsetests ikke opfyldte nogle fastsatte krav hertil, og at Aarsleff Rail og MJ Eriksson ved udførelsen af arbejdet anvendte underentreprenører i videre omfang end forudsat i tilbuddene.

LM Gruppen indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud bl.a. med påstand om (Påstand 1), at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Banedanmark havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at offentliggøre en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt med Aarsleff Rail efter at være blevet gjort opmærksom på, at Aarsleff Rails tilbud indeholdt groft urigtige oplysninger, og ved ikke på denne baggrund at have undersøgt forholdet nærmere. LM Gruppen nedlagde endvidere påstand (Påstand 2) om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med undersøgelsespligten i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, ved ikke at foretage effektiv kontrol af Aarsleff Rails dokumentation, uagtet at en indleveret vejseddel ikke indeholdt et serienummer for det tilbudte materiel.

Som påstand 10 nedlagde LM Gruppen påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Banedanmark havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved – efter at LM Gruppen gjorde Banedanmark opmærksom på, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfyldte de for udbuddet fastsatte emissionskrav – at have fastholdt sin tildelingsbeslutning.

Der blev endvidere nedlagt flere påstande om påståede manglende overholdelse af krav til tilbuddene.

I relation til påstand 1 og 2 udtalte Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver som udgangspunkt ikke har pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, medmindre andet fremgår af udbudsbetingelserne, og at det kun er i de tilfælde, hvor det er tvivlsomt, om oplysningerne fra en tilbudsgiver er korrekte, at der påhviler ordregiveren en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Endvidere udtaler Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver er forpligtet til også at undersøge og eventuelt reagere på oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen men før kontaktindgåelsen. Såfremt oplysningerne først modtages efter kontraktindgåelsen, er der derimod tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold. Der var ikke grundlag for at antage, at Banedanmark forud for kontraktindgåelsen kom i besiddelse af oplysninger fra LM Gruppen, som kunne føre til, at Banedanmark havde haft en særlig anledning til at kontrollere oplysningerne i Aarsleff Rails tilbud. Påstand 1 og 2 blev derfor ikke taget til følge.

I relation til påstand 10 udtalte Klagenævnet for Udbud i tråd med ovenstående, at oplysninger, som en ordregiver får efter kontraktindgåelse, ikke kan medføre en udbudsretlig undersøgelsespligt, da forpligtelsen til på dette tidspunkt at undersøge forhold nærmere er et kontraktretligt anliggende. Uanset LM Gruppens oplysninger om manglende overholdelse af emissionskrav, var der ikke en undersøgelsespligt for Banedanmark, ligesom de ikke kunne medføre en ret eller pligt til at tilbagekalde tildelingsbeslutningen, jf. også princippet i udbudslovens § 170, stk. 1.

Kommentar

Sagen er endnu et eksempel på, at det er vanskeligt for en forbigået tilbudsgiver at få ordregiverne til at overholde og kontrollere de krav til genstanden for de udbudte arbejder og ydelser, og at det reelt ikke har konsekvenser for ordregiverne ikke at foretage en sådan kontrol, hvis indsigelserne herimod først kommer efter, at kontrakten med de vindende tilbudsgivere er indgået. Timing og rettidig dokumentation er derfor helt afgørende, hvis man som forbigået tilbudsgiver vil rejse krav herom, idet et sådant krav kan rejses efter tildelingsbeslutningen, men skal rejses inden kontrakten indgås, hvis den forbigåede tilbudsgiver ønsker, at Klagenævnet for Udbud skal tage stilling hertil.

Link til kendelsen [her](#).

Visse ændringer af udbudsloven, herunder udbudslovens bestemmelser om self-cleaning, trådte i kraft pr. 1. januar 2020

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte d. 10. juli 2019 et forslag til lov om ændring af udbudsloven i høring. Lovforslaget blev fremsat i Folketinget den 3. oktober 2019 og vedtaget den 26. november 2019 med ikrafttræden pr. 1. januar 2020.

Lovændringen er en følge af, at regeringen den 28. januar 2019 modtog Europa-Kommissionens åbnings-skrivelse nr. 2018/2270 af 25. januar 2019, hvori Kommissionen anførte, at udbudsdirektivet (2014/24) på en række punkter ikke var korrekt gennemført i Danmark. Formålet med lovændringen er derfor at bringe dansk ret (dvs. udbudsloven) i overensstemmelse med direktivet.

Der er hovedsageligt tale om, at dele af udbudsdirektivet er gennemført i lovbemærkningerne til udbudsloven i stedet for i selve lovteksten. Herudover er der forhold, hvor ordlyden ikke stemmer helt overens med ordlyden af udbudsdirektivet samt enkelte delbestemmelser fra direktivet, der ikke kom med i udbudsloven. Disse bestemmelser har begrænset rækkevidde og betydning.

Der indsættes bl.a. et nyt punktum i udbudslovens § 2, stk. 2, hvoraf det følger, at konkurrencen betragtes som kunstigt begrænset, hvis et udbud er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere en enkelt eller visse økonomiske aktører eller stille den eller dem mindre gunstigt. Indsættelsen præciserer forbuddet i 1. pkt. mod at udforme et offentligt udbud med formål om kunstigt at begrænse konkurrencen. Der er således ikke tale om nogen indholdsmæssig ændring i forhold til gældende ret, men blot en lovteknisk præcisering heraf.

Lovændringen indeholder også ændringer, der reelt medfører ændringer i forhold til den nuværende retstilstand.

Loveændringen medfører bl.a. en ændring af § 60, stk. 5, således at ikkestatslige ordregivere nu ved et begrænset udbud kan fastsætte fristen for modtagelsen af tilbud ved indbyrdes aftale mellem ordregiveren og de udvalgte ansøgere, når der gives alle udvalgte ansøgere samme tid til at udarbejde og indsende tilbud. Fristen kan således nu forkortes. Fristen for modtagelse af tilbud skal dog mindst være 10 dage fra dagen efter afsendelse af opfordringen til at afgive et tilbud.

Endvidere medfører lovændringen en ændring af § 135, stk. 4, idet den obligatoriske udelukkelsesgrund om, at ordregiveren skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder i § 135, stk. 3, nu ikke finder anvendelse, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået aftale med inddrivelsesmyndigheden om en afviklingsordning og denne ordning er overholdt. Hidtil har ordregiveren haft mulighed for at undlade at udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, men nu *kan* ordregiveren i et sådant tilfælde ikke udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Lovændringen medfører endvidere ændringer i reglerne om self-cleaning i udbudslovens § 138. Vi har givet en grundig gennemgang af ændringslovens indhold vedr. self-cleaning i vores nyhedsbrev fra oktober sidste år, som vi således kan henvise til (se nyhedsbrevet [her](#)).

Link til lovændringen findes [her](#).

LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK



Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på www.nnlaw.dk

NIELSEN NØRAGER

DETTE NYHEDSBREV KAN IKKE ERSTATTE JURIDISK RÅDGIVNING. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB OG DE OVENNÆVNTTE 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.