



NR. 2, ÅRGANG 10, MAJ 2021

UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

Bliv opdateret på udvalgte dele af den seneste praksis inden for udbudsretten i vores gennemgang af de mest relevante afgørelser inden for EU-udbudsretten siden vores seneste nyhedsbrev fra marts 2021.

En lejekontrakt indgået imellem en udlejer og en offentlig enhed vedrørende en endnu ikke opført bygning skulle ikke kvalificeres som en bygge- og anlægskontrakt

EU-Domstolens dom af 22. april 2021, sag C-537/19, Kommissionen mod Østrig

I ovennævnte sag, som er anlagt af Kommissionen som en traktatbrudssag imod Republikken Østrig (i det følgende benævnt, *Østrig*), tager EU-Domstolen stilling til, hvorvidt en aftale, som var benævnt en *lejekontrakt* (i det følgende benævnt, *Lejekontrakten*), faldt ind under art. 16, litra a) i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) - hvorefter direktivet ikke finder anvendelse på bl.a. offentlige tjenesteydelseskontrakter om leje af fast ejendom - eller om Lejekontrakten var en udbudspligtig bygge- og anlægskontrakt. Kommissionen henviste til tidligere praksis fra EU-Domstolen, hvorefter en langvarig lejekontrakt, der er indgået i forbindelse med et nybyggeri, anses for en bygge- og anlægskontrakt og dermed skal udbydes efter disse regler forud for indgåelsen, hvis lejeren udøver afgørende indflydelse på kravene og specifikationerne til udførelsen af det byggeri, som lejekontrakten vedrører.

Lejekontrakten var indgået uden forudgående udbud imellem Wiener Wohnen (en offentlig enhed, der er tilknyttet byen Wien, og som i det følgende bliver benævnt, *WW*) og selskabet, Vectigal Immobilien GmbH & Co. KG (i det følgende benævnt, *VI*). Det fremgik af Lejekontrakten, at VI havde til hensigt at opføre en bygning (i det følgende benævnt, *Gate2-bygningen*), hvor WW skulle leje de fem første etager. Gate2-bygningen bestod af to fløje (A og B), fra stueetagen til femte etage. Som en variant var der planlagt broer mellem disse to fløje fra første til femte etage. WW havde som en *call-option* en ensidig ret til også at leje den sjette til den ottende etage i bygningens fløj B, hvilket WW havde gjort brug af.

Lejekontrakten blev indgået for en tidsbegrænset periode. Lejekontrakten bestemte oprindeligt, at WW først kunne foretage en ordinær opsigelse af kontrakten 15 år efter lejens påbegyndelse og derefter hvert tiende år. I et senere tillæg udskydes fristen for den første mulighed for ordinær opsigelse, idet det blev aftalt, at WW kunne opsiges Lejekontrakten på normal vis, men først ved udløbet af 25 år, 35 år og 45 år

(osv.) fra lejemålets begyndelse med et opsigelsesvarsel på 12 måneder fra udgangen af et kvartal i kalenderåret.

Kommissionen gjorde gældende, at der med Lejekontrakten reelt var tale om en udbudspligtig bygge- og anlægskontrakt, og at der således var sket en direkte tildeling i strid med udbudsdirektivets regler, idet kontrakten var indgået uden forudgående EU-udbud.

Efter indledningsvist at have erkendt overtrædelsen, henviste Østrig dog efterfølgende til art. 16, litra a) i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF), hvilket må forstås sådan, at Østrig gjorde gældende, at Lejekontrakten var omfattet af denne undtagelsesbestemmelse.

Kommissionen gjorde gældende, at der var tale om en langvarig lejekontrakt, at der ikke var udstedt en byggetilladelse for Gate 2-bygningen på tidspunktet for indgåelse af Lejekontrakten, at WW havde udøvet indflydelse på planlægningen af arbejderne vedrørende Gate 2-bygningen, som gik langt ud over de sædvanlige krav fra en lejer af en ny bygning, herunder Gate 2-bygningens udformning og navnlig konstruktionen af de broer, der forbinder etagerne i Gate 2-bygningens fløje A og B, og opførelsen af sjette til ottende etage i fløj B, hvorfor bygningen reelt var opført med henblik på opfyldelse af WW's konkrete behov. Kommissionen henviste endvidere til, at WW kontrollerede udførelsen af Gate 2-bygningens opførelse på samme måde som en bygherre, idet WW havde hyret et selskab til løbende at føre kontrol med processen med den specifikke udførelse af byggeprojektet.

Til støtte for sit synspunkt om, at Lejekontrakten var omfattet af art. 16, litra a) i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF), henviste Østrig til, at planlægningen af Gate 2-bygningen allerede var helt afsluttet, da Lejekontrakten blev udarbejdet, men at projektet endnu ikke var blevet udført, at WW ikke udøvede nogen indflydelse på den arkitektoniske udformning eller den konkrete planlægning af bygningens fløje A og B, og at de eneste aspekter af byggeriet, som WW kunne gribe ind i, angik underinddelingen af lokalerne og anvendelsen af kontorerne samt de lejede arealers basisfaciliteter. Østrig henviste endvidere til, at ud over kravene til areal og parkeringspladser vedrørte forhandlingerne om Lejekontrakten navnlig størrelsen af lejen og driftsomkostningerne. Østrig fremhævede også, at WW ikke var den eneste lejer i Gate 2-bygningen. I relation til Kommissionens kritik af den lejeperiode, der er fastsat i Lejekontrakten, dvs. 25 år, henviste Østrig til realiteten på ejendomsmarkedet, hvorefter udlejerne kun var villige til at udleje større arealer til overkommelige priser på sådanne betingelser.

EU-Domstolen udtalte i sine præmisser indledningsvist, at parternes kvalificering af Lejekontrakten som en »lejekontrakt« ikke er afgørende for kvalificeringen af kontrakten. EU-Domstolen henviste endvidere til, at efter den fortolkning, der er blevet anlagt i EU-Domstolens praksis, kan undtagelsesbestemmelsen i artikel 16, litra a) også omfatte leje af ikke-eksisterende bygninger, dvs. bygninger, som endnu ikke er opført, men at denne undtagelse ikke finder anvendelse, når udførelsen af det projekterede bygge- og anlægsarbejde reelt udgør en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, fordi denne udførelse er i overensstemmelse med de af denne ordregivende myndighed fastlagte behov, og at dette er tilfældet, når den ordregivende myndighed har haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering.

EU-Domstolen udtalte endvidere, at det følger af fast retspraksis om bevisbyrden som led i et traktatbruds-søgsmål, at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger.

EU-domstolen lagde i afgørelsen vægt på, at Gate 2-bygningens særlige kendetegn allerede var fastlagt, da Lejekontrakten blev indgået, og at Kommissionen ikke havde godtgjort, at WW skulle have haft indflydelse på selve udformningen af denne ejendoms struktur. EU-Domstolen henviste helt konkret til, at opførelsen af den sjette til den ottende etage i fløj B og de broer, der forbinder bygnings fløje A og B, allerede var forudsat opførte, og at udformningen af den sjette til den ottende etage og den bro, der forbinder fløjene A og B, ikke var fastlagt for at tilgodese et behov, som WW havde præciseret.

Heller ikke de øvrige forhold, som Kommissionen henviste til, herunder den manglende byggetilladelse, Lejekontraktens langvarige lejeperiode, den af WW anordnede kontrol med udførelsen af arbejderne, og at bygge- og anlægsarbejdet havde en alt for specifik karakter, kunne konkret føre til, at EU-Domstolen fandt, at Kommissionen havde løftet bevisbyrden for, at Lejekontrakten udgjorde en udbudspligtig bygge- og anlægskontrakt. EU-Domstolen udtalte endvidere i præmisserne, at det forhold, at der var fastsat en længere lejeperiode for at opnå en billigere leje ikke sig selv var afgørende for, at Lejekontrakten reelt skulle karakteriseres som en udbudspligtig bygge- og anlægskontrakt, ligesom det heller ikke i sig selv var tilstrækkeligt, at WW havde ført en løbende kontrol af byggeriet, herunder for at sikre sig, at indflytningen i lokalerne kunne finde sted på den fastsatte dato.

EU-Domstolen nåede således i den konkrete sag frem til, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde påvist, at WW skulle have foretaget en direkte tildeling af en kontrakt, og at Lejekontrakten skulle have være udbudt forud for indgåelsen. Dette til trods for, at Østrig indledningsvist havde erkendt overtrædelsen.

Link til dommen [her](#).

Kommentar

Dommen er endnu et eksempel på, at ordregivere, der er omfattet af udbudsreglerne, skal være meget omhyggelige med at vurdere, om en langvarig lejekontrakt i forbindelse med et nybyggeri reelt er udbudspligtig, idet der er mange eksempler i praksis på, at dette meget sent i en proces er dukket op som en ubehagelig problemstilling, fordi hverken bygherren eller lejeren i forbindelse med den indledende planlægnings- og projekteringsfase og lejekontraktens indgåelse har været opmærksomme herpå. Når der så kommer en indsigelse herom fra en tredjepart – ofte som en tyv om natten – kan det således få den konsekvens, at lejekontrakten kan erklæres for uden virkning mellem parterne, lejeren kan blive pålagt en betydelig økonomisk sanktion, og bygherren står tilbage med et byggeri, som er skræddersyet til den påtænkte lejers behov men uden lejekontrakt.

Det fremgår da også udtrykkeligt af forarbejderne til udbudslovens § 21, nr. 1, som er den bestemmelse i udbudsloven, der implementerer udbudsdirektivets bestemmelse om, at lejekontrakter er undtaget for udbudspligt, at undtagelsen ikke gælder i forbindelse med såkaldt skræddersyet byggeri, hvor en privat

virksomhed overtager bygherrerollen til et byggeri med offentligt formål fra ordregiver. Afgørende ved vurderingen af, om der er tale om et skræddersyet byggeri, er, om byggeriet for hovedpartens vedkommende opføres og indrettes til ordregiverens brug.

Ordregivers behovsopgørelse var egnet til at udelukke konkurrencen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. marts 2021, Assemble A/S mod Sorø Kommune

Kendelsen vedrører Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' (i det følgende benævnt, *SKI*) rammeaftale om Software as a Service (SaaS) Cloud-løsninger (i det følgende benævnt, *Rammeaftalen*). SaaS er en leveringsmodel, hvor software leveres på abonnementsvilkår og er centralt hostet. SaaS-applikationerne er fuldt udviklede slutbrugerapplikationer, der leveres som en internet- eller anden databaseret service, dvs. hvor leverandøren stiller softwareapplikationen til rådighed for kunden, og hvor leverandøren ejer og løbende udvikler og supporterer softwareapplikationen. Rammeaftalen er opdelt i del I, *Stat og statsfinansieret selvejende institutioner, regioner, uddannelsesinstitutioner, forsyningsvirksomheder mv.* og del II *Kommuner*. Desuden er Rammeaftalen opdelt i 56 delaftaler, der hver dækker et såkaldt FORM-område, herunder 28 delaftaler i del I og 28 delaftaler i del II, som hver især udgør selvstændige og uafhængige rammeaftaler. Sagen vedrører delaftale II, *Kommuner*, hvorpå bl.a. tilbudsgiverne Assemble A/S (i det følgende benævnt, *Assemble*) og KMD A/S (i det følgende benævnt, *KMD*) er optaget som leverandører. Det fremgår bl.a. af Rammeaftalens Bilag B - *Retningslinjer for tildeling af Leveringsaftale*, at kundens tildeling af en leveringsaftale skal ske ved direkte tildeling eller miniudbud.

Bilag B beskrev tildelingsmetoden, herunder hvornår der kunne vælges direkte tildeling, og hvornår der kunne vælges miniudbud. Det fremgår af bilaget, at kunden skal opgøre sit indkøbsbehov på et sagligt og objektivt grundlag, og bilaget beskriver nøje metoden, der skal anvendes, når kunden skal opgøre dette indkøbsbehov. Det fremgår videre, at såfremt der på tidspunktet for iværksættelsen af behovsopgørelsen alene er én og kun én service, der opfylder kundens behov for forretningsdækning og servicekapabilitet, skal kunden tildele leveringsaftalen til leverandøren af den pågældende service. I denne situation kan kunden tildele leveringsaftalen uden at gennemføre en evaluering. Er der flere services, der opfylder kundens behov for forretningsdækning og servicekapabilitet, skal kunden tildele leveringsaftalen i henhold til enten en direkte tildeling eller et miniudbud.

I et tildelingsnotat med "Opgørelse af indkøbsbehov på 02.19 SaaS-Cloud jf. Bilag B Retningslinjer for tildeling af Leveringsaftale", udarbejdet af Sorø Kommune, fremgår det, at Sorø Kommune skulle anskaffe et nyt dagtilbudssystem med det formål, at Børn og Familier, Administration og Udvikling, fik IT-understøttelse af relevante opgaver. Sorø Kommune valgte at anskaffe løsningen på Rammeaftalen, da den levede op til kommunens overordnede behov, og endte med at gøre brug af Rammeaftalens mulighed for direkte tildeling. Sorø Kommune offentliggjorde så en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående genomsigtighed, hvoraf det fremgik, at Sorø Kommune havde foretaget en direkte tildeling om dagpasnings-tilbud i henhold til Rammeaftalen og havde tildelt leveringsaftalen til KMD. Desuden fremgik det af bekendtgørelsen og Sorø Kommunes tildelingsnotat, at Sorø Kommune havde fulgt retningslinjerne i Rammeaftalens bilag B, at der kun var én service, der opfyldte Sorø Kommunes behov, og at KMD var den

eneste leverandør, der levede op til samtlige Sorø Kommunes behov for forretningsdækning og servicekapabilitet, hvorfor Sorø Kommune skulle tildele leveringsaftalen til KMD. Det kunne endvidere læses i bekendtgørelsen, at der havde været i alt 156 funktionalitetskrav til ydelsen. Sorø Kommune fandt bl.a., at Assemble kun opfyldte 140 funktionalitetskrav.

Assemble indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud, og gjorde gældende, at Sorø Kommune havde overtrådt udbudslovens § 2, stk. 2, ved at tildele leveringsaftalen til KMD og ved ikke at evaluere Assembles tilbud, uagtet at dette levede op til behovsopgørelsen (påstand 1). Assemble nedlagde tillige påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at Sorø Kommune havde overtrådt udbudslovens § 2, stk. 1 og stk. 2, ved at have foretaget en usaglig og ikke objektiv behovsopgørelse i forbindelse med sin tildeling af leveringsaftalen ved at definere sit behov ud fra specifikke leverandørers funktionaliteter (påstand 1a), og ved at have foretaget en usaglig og ikke objektiv behovsopgørelse i forbindelse med sin tildeling af leveringsaftalen ved at definere sit behov på en måde, der hindrede, begrænsede og fordrejede konkurrencen mellem leverandørerne (påstand 1b), og at Klagenævnet derfor skulle annullere Sorø Kommunes beslutning om at tildele leveringsaftalen til KMD (påstand 2).

Klagenævnet for Udbud henviser i sin kendelse til Sorø Kommunens behovsopgørelse, der var meget bredt formuleret, og udtaler, at Sorø Kommunes tildelingsmodel på den ene side rummer en betydelig lettelse for kommunerne, hvilket medfører ressourcemæssige fordele. På den anden side rummer fremgangsmåden også en betydelig risiko for, at konkurrencen mellem Rammeaftales leverandører bliver illusorisk, hvilket i sig selv vil være i strid med udbudsreglerne og Rammeaftalens indhold og system.

Klagenævnet udtaler endvidere i kendelsen, at især det forhold, at KMD var den hidtidige leverandør til kommunen, medførte, at det påhvilede Sorø Kommune at sandsynliggøre, at dette forhold ikke havde haft indflydelse på den måde, hvorpå kommunen havde opgjort sine behov i relation til formuleringerne af de forskellige funktionaliteter. Endelig fandt klagenævnet, at Assemble havde sandsynliggjort, at virksomhedens tilbud også opfyldte samtlige funktionaliteter. Klagenævnet tog derfor Assembles påstand 1 til følge, ligesom Sorø Kommunes tildelingsbeslutning blev annulleret.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Kendelsen viser, at selvom en ordregiver har et vidt skøn, når denne fastsætter sine krav til den ydelse, der skal indkøbes under et udbud, så kan kravene ikke fastsættes, så de præcist passer til den hidtidige leverandør.

Kendelsen er endvidere et eksempel på, at der trods alt er grænser for, hvor fleksible tildelingsbestemmelserne på SKI's rammeaftaler kan udformes, uden at der er tale om en overtrædelse af udbudsreglerne. Cadeau til Klagenævnet for Udbud for at have trukket en streg i sandet med den foreliggende kendelse, hvilket giver håb for de mange leverandører, der bruger mange kræfter og ressourcer på at byde på SKI's rammeaftaler uden nogensinde at få tildelt en eneste kontrakt, fordi SKI udformer

tildelingsbestemmelserne på rammeaftalerne så fleksibelt, at ordregiver reelt kan lave direkte tildelinger til de leverandører, de foretrækker, og hvis produkter og ydelser, de måske tidligere har anskaffet, uden at der er en reel og fair konkurrencesituation på tildelingstidspunktet.

Ordregivers annullation af et udbud var usaglig, idet annullationen reelt var begrundet i, at det vindende tilbud viste sig ikke at være konditionsmæssigt

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chrisware v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland

Kendelsen vedrører Region Hovedstaden (i det følgende benævnt, *RH*) og Region Midtjyllands (i det følgende benævnt, *RM*) fællesudbud af en rammeaftale om arbejdsbeklædning til akutberedskabet (i det følgende benævnt, *Rammeaftalen*) som offentligt udbud efter udbudsloven. Region Nordjylland og Region Sjælland deltog på option. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Kravsspecifikationen var inddelt i A-krav og B-krav, hvor A-krav var angivet som mindstekrav, der skulle opfyldes for at tilbuddet kunne tages i betragtning, mens B-krav var angivet som konkurrencekrav. Tilbudsgiverne skulle ved afkrydsning angive, om mindstekravene var opfyldt, og der var i kravsspecifikationen opstillet i alt 42 konkurrencekrav.

Der var bl.a. angivet følgende mindstekrav (A-krav) vedr. *skaljakker*, hvorefter jakken skulle være EN 343 certificeret, hvad angik vandtæthed og åndbarhed, ligesom jakken skulle være minimum DS/EN ISO 20471 klasse 2 certificeret. Endvidere skulle alle uniformsdele kunne leveres i størrelserne XS-XXL. Der var tillige angivet følgende mindstekrav (A-krav) vedr. *strømper*, hvorefter strømperne skulle kunne leveres i alle størrelser mellem str. 36 og 47 (begge inkl.). Størrelserne måtte gerne tilbydes i et interval som f.eks. str. 38-40, men hvert interval måtte dog ikke spænde over mere end fire størrelser.

Regionerne modtog tilbud fra fire tilbudsgivere, hvoraf tilbuddene fra Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen (i det følgende benævnt, *Dansk Uniform*) og Hoffmann Firmatøj A/S (i det følgende benævnt, *Hoffmann*) blev vurderet konditionsmæssige, og rammeaftalen blev tildelt Hoffmann.

Dansk Uniform rettede herefter henvendelse til regionerne og gjorde gældende dels, at tilbuddet fra Hoffmann var ukonditionsmæssigt, idet det fremgik af produktdatabladene i tilbuddet fra Hoffmann, at den tilbudte skaljakke var certificeret i størrelserne S-5XL, samt at nogle af de tilbudte strømper alene fandtes i størrelser med intervaller, der oversteg fire størrelser. Dansk Uniform gjorde tillige gældende, at der var fejl i evalueringen af tilbuddene.

I sit svar til Dansk Uniform fastholdt RH, at tilbuddet fra Hoffmann var konditionsmæssigt, idet RH henviste til, at Hoffmann havde svaret "ja" til at mindstekravene var opfyldt, og at produktdatabladene skulle anvendes i vurderingen af "kvalitet og funktionalitet", men at produktdatabladene ikke havde til formål at sikre overholdelsen af et mindstekrav. RH erkendte dog, at Dansk Uniform i forbindelse med evalueringen af et enkelt konkurrencekrav skulle have været tildelt flere point. Regionen fastholdt imidlertid beslutningen

om at tildele aftalen til Hoffmann, herunder med henvisning til, at en højere score til Dansk Uniform på dette krav ikke ville ændre tildelingsbeslutningen.

Efterfølgende meddelte RH dog tilbudsgiverne og de berørte aktører, at RH aflyste tildeling af kontrakten, og at der ville blive gennemført en ny udbudsproces, idet RH gav som begrundelse, at der var fundet fejl i udbudsmaterialet.

Senere gav RH dog som begrundelse, at RHs kravspecifikation var fejlbehæftet, således at regionerne ikke havde kunnet opnå den forventet kvalitet på den tilbudte beklædning. De mindstekrav, der indgik i regionernes begrundelse for annullationen vedrørte dog krav om, at der skulle sendes tre stofprøver sammen med vareprøver (krav 3.3), der skulle tilbydes 2 jakker i henholdsvis farverne marineblå/navy og fluorescerende gul (krav 9.2), og at der skulle tilbydes min. 2 tubestrikkede/vævede halsedisser, henholdsvis med og uden isolerede foer af fx microfiber i farverne mørkeblå/navy eller sort (krav 14.1)

Efter aflysningen af udbuddet indgik RM kontrakt direkte med Hoffmann om levering af uniformsgenstande til RMs mandskab. Kontrakten havde en løbetid på 4 mdr.

Dansk Uniform klagede til Klagenævnet for Udbud og gjorde gældende, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at regionerne havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende Rammaaftalen (påstand 1), at Klagenævnet for Udbud skulle annullere regionernes beslutning om at aflyse udbuddet idet regionerne ikke kunne aflyse udbuddet med den begrundelse, at der ikke var opnået tilstrækkelig konkurrence (påstand 2). Dansk Uniform gjorde endvidere gældende, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at RM havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået kontrakt med Hoffmann uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke er opfyldt (påstand 3), og at Klagenævnet for Udbud skulle erklære kontrakten mellem RM og Hoffmann for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1 (påstand 4).

I sin afgørelse henviser Klagenævnet for Udbud indledningsvist til EU-Domstolens og Klagenævnet for Udbuds praksis, hvorefter ordregiveren efter de udbudsretlige regler ingen kontraheringspligt har, men at det følger af udbudslovens § 171, stk. 6, jf. stk. 1, nr. 5, at en ordregiver, der annullerer en udbudsprocedure, i underretningen herom til tilbudsgiverne skal angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet annulleret. Klagenævnet for Udbud henviser videre til, at en ordregiver er berettiget til at annullere et igangværende udbud, såfremt annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde er usagligt, og at det ved bedømmelsen af, om en annullation er saglig og ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, er klageren, der har bevisbyrden for, at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne.

Klagenævnet for Udbud fastslår, at tilbuddet fra Hoffmann ikke var konditions-mæssigt, og at alle oplysninger, der er modtaget, herunder bl.a. rapporter, produktblade osv., som er vedlagt som en del af tilbudsgivers tilbud, efter omstændighederne skal inddrages i vurderingen af, om mindstekrav er opfyldt eller ej. Regionerne var ikke forpligtede til at undersøge, om tilbudsgivernes ja-besvarelse med hensyn til

mindstekravenes opfyldelse var korrekte, men de skulle, da Dansk Uniform henledte opmærksomheden på den manglende opfyldelse af mindstekravene i tilbuddet fra Hoffmann, have afvist tilbuddet.

En annullation af udbuddet begrundet med henvisning til en sådan ukonditionsmæssighed, som ville medføre, at der kun var et antageligt tilbud, ville ikke som udgangspunkt være ulovlig.

RH og RM annullerede imidlertid udbuddet med den begrundelse, at der var fundet fejl i udbudsmaterialet, og dernæst med den begrundelse, at regionerne ikke havde kunnet opnå den forventede kvalitet på den tilbudte beklædning. Efter den tidsmæssige sammenhæng mellem Dansk Uniforms henvendelse og regionernes annullation af udbuddet, sammenholdt med at RM umiddelbart herefter meddelte, at denne region ville foretage indkøb af det udbudte hos Hoffmann, fandt klagenævnet for Udbud, at Dansk Uniform havde løftet sin bevisbyrde for, at annullationen reelt var begrundet i den manglende konditionsmæssighed af det vindende tilbud.

Klagenævnet for Udbud tager derfor påstanden om at annullationen var ulovlig til følge, ligesom også påstanden om annullation af udbuddet tages til følge.

I relation til Klagenævnet for Udbuds påstand om, at RM havde foretaget direkte køb hos Hoffmann i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens §, henviste RM til udbudslovens § 80, stk. 5 om muligheden for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse når tvivlende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde de alm. frister.

Klagenævnet for Udbud er ikke enig heri, og når frem til, at hverken bestemmelsens klare ordlyd eller de dertil knyttede bemærkninger giver rum for en fortolkning, hvorefter RM i den konkrete situation lovligt skulle kunne foretage sit (samlede) indkøb, der overstiger tærskelværdien, hos vinderen af det annullerede udbud.

Klagenævnet for Udbud erklærer herefter kontrakten for uden virkning og fastsætter en økonomiske sanktion på DKK 100.000.

Link til kendelsen [her](#).

Kommentar

Generelt følger det af fast praksis fra EU-Domstolen, de danske domstole, herunder Højesteret, og Klagenævnet for Udbud, at ordregiver har en meget vid adgang til at annullere et udbud, og at ordregivers annullation af et udbud kun er ulovlig, hvis klageren kan bevise, at annullationen har forfulgt et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt, fx hvis annullationen er sket for at undgå at tildele til en bestemt tilbudsgiver. Det følger også af retspraksis, at det er meget sjældent, at tilbudsgivere kan løfte denne bevisbyrde, og at klagenævnet eller domstolene vil nå frem til, at der har været tale om en usaglig annullation. Dette til stor frustration for mange

tilbudsgivere, som har brugt mange ressourcer på at afgive tilbud på et udbud, som ordregiver med et pennestrøg annullerer fx for at bevare en opgaveudførelse in-house, eller fordi ordregiver reelt havde ønsket at opgaven var gået til en tidligere leverandør, eller fordi ordregiver bliver mødt med en indsigelse om, at ordregiver har tildelt til en tilbudsgiver, der har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, og ønsker at afskære den tilbudsgiver, der har lidt et tab i forbindelse hermed, muligheden for at rejse et erstatningskrav.

Den foreliggende sag er således et enkeltstående eksempel på, at der trods alt er grænser for, hvornår ordregiver kan blive ansvarsfri i forbindelse med en annullation af et udbud, og at det er uklogt for ordregivere at ændre begrundelserne for annullationen undervejs i processen.

Generelt kan det anføres, at retspraksis viser, at der ikke vil være grundlag for at tilsidesætte en annullation af et udbud, hvis annullationen sker med følgende begrundelser:

- Der er kun én egnet tilbudsgiver.
- Der er sket fejl i udbudsproceduren, bl.a.:
 - Udbudsbetingelserne er uklare eller ugenomsigtige.
 - Der er sket en sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier.
 - Der er mistanke om inhabilitet eller interessekonflikter.
 - Ordregiver har anvendt forkerte retsregler.
 - Der er mangler ved udbudsmaterialet.
 - *Der er sket fejl i tilbudsvurderingen.*
- Ordregiver ønsker, at der er et bredt internationalt felt af deltagere i en projektkonkurrence, og dette ikke har været tilfældet.
- Ordregiver vurderer, at udbuddet ikke har medført et tilstrækkelig bredt konkurrencefelt.
- Ændrede budgetmæssige og strukturelle forhold tilsiger det.
- Ordregiver vurderer, at opgaven bedst varetages af ordregiver selv.



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.