

Væsentligste nyskabelser i den nye udbudslov og udvalgte nyere afgørelser

DAKOFA, 5. februar 2015

Jesper Kaltoft og Anders Birkelund Nielsen

Status på loven

Lovgivningsprocessen

- Udbudslovsudvalget blev nedsat i juni 2013
- Nyt udbudsdirektiv (2014/24EU) vedtaget 26. februar 2014
- Udkastet til lovforslaget har været i høring fra 5. december 2014 til 8. januar 2015
 - Afsnit 1 (§§ 1-5) Forberedelse af udbud
 - Afsnit 2 (§§ 6-37) Anvendelsesområde og tærskelværdier
 - Afsnit 3 (§§ 38-183) EU-udbud
 - Afsnit 4 (§§184-188) Sociale og andre specifikke tjenesteydelser og reserverede kontrakter
 - Afsnit 5 (§§189-190) Offentlige indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse
 - Afsnit 6 (§191) Offentlige indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse
 - Afsnit 7 (§192) Bemyndigelsesbestemmelser
 - Afsnit 8 (§§193-198) Klageadgang, straf og ikrafttræden
- Lovforslaget forventes fremsat i Folketinget ultimo februar 2015
- Udbudsloven forventes at træde i kraft 1. oktober 2015

Overblik

Den nye udbudslov

- Udbudspligtige ydelser
- Offentliggørelse af udbudsmaterialet
- Opdeling i delkontrakter
- Udvidet adgang til forhandling
- Kortere frister
- Nye muligheder for udelukkelse
- Udvælgelse
- Nye tildelingskriterier
- Offentliggørelse af evalueringsmetode
- Digitalisering af udbud
- Udvidet adgang til at ændre i kontrakter
- Pligt til at bringe kontrakten til ophør

Udbudspligtige ydelser

Sondringen mellem bilag II A- og B-tjenesteydelser ophører

- Betydeligt flere kontrakter vil være udbudspligtige efter lovens ikrafttræden
- Hovedparten af de tidligere bilag II B-tjenesteydelser omfattes fremadrettet af procedure-reglerne i lovens afsnit 4 ("light-regimet")
 - Tærskelværdien på ca. DKK 5.582.000
- Enkelte ydelser udgår helt fra lovens anvendelsesområde, og kan derfor indkøbes uden udbud. Det gælder fx lån, uanset om de er baseret på udstedelse af obligationer eller ej

Tilbudslovens afsnit II ophæves

- Fremover skal ordregiver for så vidt angår **indkøb under tærskelværdien** sondre mellem indkøb med og uden klar grænseoverskridende interesse
- Indkøb **med** en klar grænseoverskridende interesse skal annonceres på udbud.dk og ordregiver skal fastlægge udbudsproceduren, herunder fastsætte et tildelingskriterium
- Ved indkøb **uden** en klar grænseoverskridende interesse skal ordregiver sikre, at indkøbet sker på markedsmæssige vilkår, fx ved i) at gennemfører en markedsafdækning, ii) at indhente to eller flere tilbud eller iii) annoncering

Offentliggørelse af udbudsmaterialet

Samtidighedskrav

- Udbudsmaterialet skal offentliggøres **samtidig med** (fra datoen for) offentliggørelsen af **udbudsbekendtgørelsen**
 - § 130, stk. 1: *"En ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i den Europæiske Unions Tidende."* (Art. 53, stk. 1)
 - Ordregiver kan undlade at give fri adgang til udbudsmaterialet på dette tidspunkt, hvis:
 - Udbudsmaterialet har en særlig karakter, eller
 - Udbudsmaterialet er fortroligt
 - Indsnævrer mulighederne for senere i processen at foretage ændringer af udbudsmaterialet
 - Samtidighed – er det "teknisk" muligt?
-

Delkontrakter

"Opdel eller forklar-princippet"

- "Pligt" til at opdele kontrakten i **separate delkontrakter** – eller til i udbudsmaterialet at forklare, hvorfor kontrakten ikke er opdelt i delkontrakter
 - § 48, stk. 1: *"En ordregiver kan udbyde separate delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt"*
 - § 48, stk. 2: *"Opdel en ordregiver ikke kontrakten, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor"* (Art. 46, stk. 1)
 - Ordregiver skal angive de vigtigste grunde for at kontrakten ikke er opdelt
 - Hvornår har ordregiver en **"vigtig grund"**?
 - Ordregiver har et vidt skøn
 - Lovbemærkningerne nævner *"varetagelsen af økonomiske eller markedsmæssige hensyn...såsom stordriftsfordele...eller hvis ordregiveren vurderer...at der ikke vil være en konkurrence om delkontrakter"*
 - Vil en bred standardmæssig vurdering være nok?
-

Lettere adgang til forhandling

Udvidet adgang til at anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog

- Der er som udgangspunkt mulighed for at forhandle om alt andet end "hyldevarer"
 - Betingelserne er lempet væsentligt i forhold til de nugældende regler
 - § 60, stk. 1, nr. 1: *"En ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde [...]:*
 - a) *Ordregivers behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger*
 - b) *kontrakten omfatter design eller innovative løsninger*
 - c) *[...]*
 - d) *[...]"*
 - Frit valg mellem procedurerne udbud med forhandling (§ 60) og konkurrencepræget dialog (§66), da betingelserne er de samme
-

Lettere adgang til forhandling

Ukonditionsmæssige tilbud

- Mulighed for at forhandle, hvis tilbuddene er ukonditionsmæssige eller uacceptable, fx fordi de overstiger det fastsatte budget
 - § 60, stk. 1, nr. 2 / § 66, stk. 1, nr. 2: *"En ordregiver kan anvende [...] når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud."* (Art. 26, stk. 4, litra b)
 - § 60, stk. 3, nr. 2 / § 66, stk. 3: *"Ved uacceptable tilbud skal blandt andet forstås tilbud, som overstiger det af ordregiveren fastsatte budget."*
 - Lovbemærkningerne nævner, at det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at et budget er fastlagt klart, præcist og før offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen
 - Muligvis et opgør med Klagenævnets kendelse af 11. marts 2014, *HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen*, hvor nævnet kom frem til, at forhandling ikke var mulig på baggrund af, at de i tilbuddene indeholdte priser oversteg ordregivers - ikke offentliggjorte - budget
-

Lettere adgang til forhandling

Hvad kan der forhandles om?

- Ordregiver kan forhandle om *alle* elementer i udbudsmaterialet og tilbuddet.
- § 65, stk. 2 / § 69, stk. 2: *"Der kan forhandles om alt undtagen fastsatte mindstekrav, tildelingskriteriet og eventuelle underkriterier samt de endelige tilbud."* (Art.29, stk. 3)
- Forhandlingerne må således **ikke** føre til, at minimumskrav, kriterier for tildeling og deres vægtning ændres
 - Kan delkriterierne ændres under en forhandling?
- Vær påpasselig med at kalde noget for "minimumskrav" i udbudsmaterialet
- Lovbemærkningerne nævner, at der er mulighed for at forhandle med en tilbudsgiver, der har taget forbehold overfor minimumskrav (men de skal frafalde ved forhandlingen)
- Er forhandling hensigtsmæssigt i alle tilfælde?
 - Fordele?
 - Ulemper?

Kortere minimumsfrister

	Minimumsfrist					
	Før 1. oktober 2015			Efter 1. oktober 2015		
	Ansøgningsfrist, når udbudsbkg. er fremsendt elektronisk	Tilbudsfrist (når udbudsbkg. er fremsendt elektronisk)	Tilbudsfrist, når elektronisk adgang til udbudsmaterialet	Ansøgningsfrist	Tilbudsfrist, hovedreglen	Tilbudsfrist, når tilbuddet kan indgives elektronisk
Offentligt udbud	(Ingen)	45 dage	40 dage	(Ingen)	35 dage	30 dage
Begrænset udbud	30 dage	40 dage	35 dage	30 dage	30 dage	25 dage
	Minimumsfrist					
	Før 1. oktober 2015			Efter 1. oktober 2015		
	Ansøgningsfrist, når udbudsbkg. er fremsendt elektronisk	Tilbudsfrist, Indledende tilbud	Tilbudsfrist, Endeligt tilbud	Ansøgningsfrist	Tilbudsfrist, Indledende tilbud	Tilbudsfrist, Endeligt tilbud
Udbud med forhandling	30 dage	Ingen krav. Fristen skal dog oplyses.	Ingen krav. Fristen skal dog oplyses.	30 dage	30 dage	"Passende frist"
Konkurrence-præget dialog	30 dage	Ingen krav. Fristen skal dog oplyses.	Ingen krav. Fristen skal dog oplyses.	30 dage.	(Ingen)	"Passende frist"

Obligatoriske udelukkelsesgrunde

Domme mod personer i ledelsen

- Pligt til udelukkelse, hvis en **person** i virksomhedens ledelse er dømt for en handling opført under de obligatoriske udelukkelsesgrunde (bestikkelse, svig, hvidvaskning mv.)
- § 133, stk. 2: "*Ordregiveren skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når en person, der er dømt ved endelig dom for de i stk. 1 nævnte handlinger, er medlem af ansøgerens eller tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsorgan. [...]*" (Art. 57, stk. 1)
- Skaber klarhed omkring muligheden for udelukkelse, men ...
- Det er *uklart*, om det fælles europæiske udbudsdokument (den obligatoriske egen-erklæring) omfatter oplysninger om personer i ledelsen (§ 146, stk. 1)
- Det er *uklart*, om ordregiver har pligt til at kræve egentlig dokumentation for så vidt angår alle personer i ledelsen før kontraktindgåelse - ligesom det gælder for selve virksomheden (§ 149, stk. 1, sammenholdt med §§ 150-151)

Frivillige udelukkelsesgrunde

Konkurrencebegrænsende aftaler

- Mulighed for udelukkelse, hvis virksomheden har indgået en **konkurrencebegrænsende** aftale
- § 135, stk. 1, nr. 4: Der er mulighed for udelukkelse, hvis "*ordregiveren har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning*" (Art. 57, stk. 4, litra d)
- Hvornår har ordregiver "**tilstrækkelig plausible indikationer**"?
 - Lempeligere bevisbyrde end "*ordregiveren kan påvise*", som fx er kravet ift. § 135, stk. 1, nr. 3 (alvorlig forsømmelse ifm. udøvelsen af erhverv) eller § 135, stk. 1, nr. 5 (misligholdelse af offentlig kontrakt)
 - Lovbemærkningerne: "*Ordregiveren skal alene fremlægge dokumentation, der troværdigt indikerer, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale [...] med henblik på konkurrencefordrejning.*"
 - Der skal formentlig mere til end en sigtelse

Frivillige udelukkelsesgrunde

Misligholdelse af offentlige kontrakter

- Mulighed for udelukkelse, hvis virksomheden **væsentligt har misligholdt** en offentlig kontrakt (eller kontrakt med en forsyningsvirksomhed), og dette har medført **væsentlige sanktioner**, fx ophævelse, erstatning eller bod
- § 135, stk. 1, nr. 5: Der er mulighed for udelukkelse, hvis "*ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt [...], der har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller lignende sanktion*" (Art. 57, stk. 4, litra g)
- **Betydelig udvidelse** i forhold til den nugældende bestemmelse i UBD art. 45, stk. 2, litra d), der omhandler udelukkelse af virksomheder, som har begået en "alvorlig fejl" i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, jf. bl.a. U2013.2551H (Vestforbrænding mod DSV)
- "Kun" krav om *væsentlig misligholdelse og samtidig væsentlig sanktion* → Der er ikke krav om, at den misligholdte kontrakt skal være væsentlig (fx over tærskelværdi), eller at misligholdelsen har været særligt hensynsløs eller forårsaget et større tab eller lignende

Udelukkelsesperioden

Hvor længe kan eller skal man udelukke virksomheden?

- **Obligatoriske udelukkelsesgrunde** → § 136, stk. 5: "*Ordregiveren kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end **4 år fra** datoen for en **endelig dom** [...]*"
- **Frivillige udelukkelsesgrunde** → § 136, stk. 6: "*Ordregiveren kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end **2 år fra** datoen for **den relevante hændelse eller handling** [...]*"
- Nyt udbudsdirektiv giver ellers mulighed for udelukkelse i op til hhv. 5 og 3 år, jf. art. 57, stk. 7
- Hvornår løber udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde fra? (lovbemærkninger)
 - For § 135, stk. 1, nr. 1 (tilsidesættelse af miljømæssige, arbejdsretlige eller sociale forpligtelser) løber perioden fra "*tidspunktet for ansøgerens eller tilbudsgiverens overtrædelse af gældende forpligtelser*"
 - For § 135, stk. 1, nr. 5 (misligholdelse af offentlig kontrakt) løber perioden fra "*tidspunktet for ophævelsen eller den lignende sanktion*"
- Kombinationen af "dokumentationskrav" og bevisbyrde (ordregivers) bevirker, at den reelle udelukkelsesperiode for de frivillige udelukkelsesgrunde synes uhensigtsmæssigt kort

"Self-cleaning"

Virksomheder, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan dokumentere deres pålidelighed

- Ordregiver er forpligtet til at "undersøge", om en virksomhed - uanset at denne er omfattet af en udelukkelsesgrund - alligevel er pålidelig og derfor ikke skal udelukkes
- § 136, stk. 1: *"En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt dokumentation, som på en tilstrækkelig måde viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selvom ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af én eller flere af de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde [...]"* (Art. 57, stk. 6)
- § 136, stk. 2: *"Ordregiveren kan alene udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra udbuds-proceduren, hvis ordregiveren har meddelt ansøgeren eller tilbudsgiveren, at denne er omfattet af en udelukkelsesgrund, og ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke inden en af ordregiveren fastsat passende frist efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb har forelagt tilstrækkelig dokumentation, der viser ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed"* (Ikke fra direktivet)
- Indebærer *administrative forpligtelser*, der ligner de forpligtelser, vi kender fra håndtering af unormalt lave tilbud
 - Meddelelsespligt og rimelig frist (efter ansøgnings- eller tilbudsfrist) for fremlæggelse af dokumentation
 - Begrundelsespligt ifm. utilstrækkelig dokumentation (jf. § 136, stk. 4)

Udvælgelse

Loft på minimumskrav til virksomhedens årlige omsætning

- Ordregiver kan - som hovedregel - ikke kræve, at virksomheden har en årlig omsætning, der overstiger **2 x den anslåede kontraktværdi**
- § 140, stk. 2: *"Ordregiveren kan ikke kræve, at en ansøgers eller tilbudsgivers minimumsomsætning pr. år er højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i tilfælde, hvor der er særlige risici [...]"* (Art. 58, stk. 3, 2. afsnit)
- Kravet gælder for hver (eventuel) **delkontrakt**, men hvor flere delkontrakter, som skal udføres samtidig, kan tildeles samme tilbudsgiver, kan der fastsættes en minimumsomsætning pr. år for gruppen af kontrakter, jf. § 140, stk. 3
- Højere krav kan fastsættes, hvis relevant fx pga. særlige risici *eller* kritisk behov for rettidig og korrekt gennemførelse
- Hvis højere krav fastsættes, skal der anføres en begrundelse i udbudsmaterialet
- Ordregiver har betydelig skønsmargin for så vidt angår behov for fravigelse, jf. præambel-betragtning 83

Udvælgelse

Begrænsning af muligheden for at henvise til andre enheders tekniske eller faglige formåen

- En virksomhed kan - for så vidt angår visse specifikke typer af faglig formåen - ikke basere sig på tredjemands formåen og ressourcer uden samtidig konkret at udnytte disse ressourcer
- § 142, stk. 3: "*Baserer en økonomisk aktør sig på andre enheders **uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer**, jf. § 153, nr. 7, eller **faglige erfaringer** vedrørende udførelsen af konkrete dele af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelserne, skal de konkrete dele af bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelserne udføres af den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har baseret sig på*"
- Gælder uanset betydningen/væsentligheden af de konkrete delopgaver
- Referencer er formentlig omfattet af "*faglige erfaringer*"
 - Der er ikke specifikt henvist til § 153, nr. 1 og 2 (som til nr. 7 vedrørende uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer), men kan det være andet? (Oplistningen i § 153, nr. 1-12 er udtømmende)
- Gælder kravet kun, hvis tredjemands formåen var nødvendig for opfyldelse af minimumskrav eller for udvælgelse (blandt flere egnede)?
- Ordregiver skal verificere, at tredjemand opfylder de relevante egnethedskrav og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde - men stilles i øvrigt krav om ordregivers kontrol?

Udvælgelse

Mulighed for ændring af udvalgte ansøgere eller tilbudsgivere

- Det fastslås, at ordregiver i visse, **særlige tilfælde** kan acceptere ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere
- § 145, stk. 1: "*En ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2, i følgende tilfælde:*"
 - 1) *Hvis en ansøger eller tilbudsgiver erstatter en virksomhed, som denne baserer sin økonomiske [...] eller tekniske [...] formåen på, når det skyldes forhold, der påviseligt er uden for [dennes] kontrol. [...]*
 - 2) *Hvis en deltager i en sammenslutning udgår, forudsat at deltageren ikke har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til egnethedskravene, udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen*
 - 3) *Hvis en deltager i en sammenslutning erstattes, forudsat at udskiftningen [...] skyldes forhold, der påviseligt er uden for de øvrige deltagers kontrol. [...]*
 - 4) *Hvis en ansøger eller tilbudsgiver fusionerer eller på anden måde foretager en [...] omstrukturering [...]"*
 - Ikke bestemmelse fra direktivet
 - Formentlig aldrig ret for ansøger eller tilbudsgiver ("ordregiver kan acceptere")
- § 145, stk. 5: "*Når der anvendes en begrænset udbudsprocedure i henhold til §§ 57-59, kan ordregiveren opfordre en ny ansøger til at afgive tilbud, når en af de oprindelige ansøgere ikke kan afgive tilbud på grund af forhold, der ligger uden for ordregiverens kontrol. [...]"*
 - Den nye ansøger skal have tilstrækkelig tid til at udarbejde tilbud (formentlig udsættelse af tilbudsfrist)

Udvælgelse

Standarddokumentation for egnethed

- Fremover skal virksomheder - foreløbigt - dokumenterer deres egnethed ved fremlæggelse af "det fælles europæiske udbudsdokument", som er en **standardiseret formel egen-erklæring** vedrørende udelukkelsesgrunde, egnethedskrav og udvælgelseskriterier
- § 146, stk. 1: "En ordregiver skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbigt bevis på:
 - 1) at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, jf. § 133, stk. 1 samt § 135, stk. 1, nr. 2 og 7.,
 - 2) at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de egnethedskrav, der er opstillet i henhold til § 138, og
 - 3) Hvis relevant, hvorledes ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier i forhold til udvælgelsen jf. § 143, stk. 1." (Art. 59, stk. 1)
- Egen-erklæringen skal også indeholde oplysning herom, hvis virksomheden baserer sig på andre enheders økonomiske eller tekniske formåen, jf. § 146, stk. 2, nr. 1
- Ordregiver kan ikke kræve - og virksomhederne kan ikke anvende - anden dokumentation
 - Der kan - på ethvert tidspunkt - kræves egentlig dokumentation, hvis "dette er nødvendigt", jf. § 149, stk. 2
- Ordregiver skal før tildeling kræve reel dokumentation af **vindende tilbudsgiver(e)**, jf. § 149, stk. 1, jf. §§ 151-153 og §§ 155-156

Kriterier for tildeling af kontrakter

Udbudsloven indeholder "nye" (obligatoriske) tildelingskriterier

- Ordregiver skal nu vælge mellem **tre mulige tildelingskriterier** med henblik på at identificere den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud
- De mulige tildelingskriterier, jf. § 160, stk. 1 (art. 67, stk. 2):
 1. "Pris"
 2. "Omkostninger"
 3. "Bedste forhold mellem pris og kvalitet"
- De nye tildelingskriterier indebærer ikke væsentlige ændringer ift. den nugældende retsstilling
 - "Pris" svarer reelt til kriteriet "laveste pris" i UBD
 - Kriteriet "omkostninger" åbner op for vurdering af andre omkostninger end tilbudsgivers pris (hvilket reelt også er sket under "laveste pris" i UBD)
 - "Bedste forhold mellem pris og kvalitet" svarer reelt til kriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" i UBD → Pligt til fastsættelse af underkriterier
 - Mulighed for inddragelse af "livscyklusomkostninger", jf. §§ 164-166 → Der forventes fastsat en fælles europæisk metode

Fremgangsmåde ved evaluering

Pligt til offentliggørelse af evalueringsmetoden

- Som noget helt nyt forpligtes ordregiver til - i tillæg til offentliggørelse af kriterier og vægte - at beskrive selve **evalueringsmetoden** i udbudsmaterialet
- § 158, stk. 1: *"En ordregiver skal i udbudsmaterialet, ud over angivelse af tildelingskriteriet og eventuelle under- og delkriterier, beskrive evalueringsmetoden samt beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen."* (Ikke fra direktivet)
- **"Evalueringsmetoden"** er ikke (nødvendigvis) det samme som **"evalueringsmodellen"**
 - *"Evalueringsmetoden er den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud."* (lovbemærkninger)
- Lovteksten giver ikke meget vejledning - forpligtelserne skal udledes af lovbemærkningerne (side 230f i udvalgets rapport)

Fremgangsmåde ved evaluering

Pligt til offentliggørelse af evalueringsmetoden

- *"[O]rdregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, [...] hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode."*
 - Siger noget om formålet med offentliggørelsen, men ikke meget om forpligtelsen
- *"Evalueringsmetoden kan eksempelvis basere sig på en **prosamodel**, **prismodel** eller **pointmodel**. Modellen skal være beskrevet klart i udbudsmaterialet."*
 - Angiver forskellige mulige evalueringsmetoder → Ikke krav om beskrivelse ved hjælp af en matematisk formel, men modellen skal være klart angivet i udbudsmaterialet (?)
- *"Ordregiveren kan også frit vælge, om tilbuddene skal **evalueres relativt** i forhold til hinanden på økonomiske eller kvalitative kriterier, **eller** om de skal evalueres i forhold til en **absolut standard**, og dette skal ligeledes fremgå af beskrivelsen i udbudsmaterialet."*
 - Metoden skal således sige noget om relativitet (og dermed de anvendte "skalaer")

Fremgangsmåde ved evaluering

Pligt til offentliggørelse af evalueringsmetoden

- "Kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden betyder, at **ordregiveren skal oplyse følgende** i forbindelse med et udbud med tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet':
 - 1) I forbindelse med økonomiske under- og eventuelle delkriterier skal det oplyses, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de kvalitative kriterier. **Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model som for eksempel omregner pris til point**, der herefter indgår i sammenstillingen [...].
 - 2) I forbindelse med de kvalitative under- og delkriterier skal det oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en **pointskala**, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres med en prismodel, hvorved den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg [...]
 - 3) Det skal beskrives, hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier [...]."
- Begrænsede forpligtelser (ændringer) ved anvendelse af en prosamodel (sprogligt baseret evaluering)
- Ad 1: Hvis der anvendes en model for omregning af pris til point, skal den formentlig offentliggøres
- Ad 2: Formentlig "kun" pligt til offentliggørelse af skala for kvalitative kriterier (sker sædvanligvis nu)

Fremgangsmåde ved evaluering

Tilpasninger af den beskrevne metode - og sekundære evalueringsmetoder

- "**Ordregiveren kan anføre**, at en beskrevet evalueringsmetode i visse konkrete situationer kan tilpasses på en bestemt måde, eller **at det i visse konkrete situationer er muligt at benytte en sekundær evalueringsmetode.**"
 - Det er et krav, at muligheden er fastlagt på forhånd og klart beskrevet i udbudsmaterialet
 - Anvendelsen af en tilpasset eller sekundær metode kan alene ske, hvis på forhånd oplyste, objektivt konstaterbare forhold indtræder
 - Fx: De tilbudte priser er højere eller lavere end de af ordregiver forventede, således at disse sprænger rammerne for den opstillede *primære* evalueringsmodel (med fastsatte maksimum- og/eller minimums-priser)
- "Foretager ordregiveren **ændringer af den oplyste evalueringsmetode ud over, hvad der fremgår af det udbudsmateriale, som blev offentliggjort ved bekendtgørelsen af udbuddet**, vil det som udgangspunkt have karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kan gennemføres uden fornyet udbud."
 - **HR:** Ingen ændringer efter offentliggørelsen af udbudsmaterialet
 - **U1:** "Kun" tale om "væsentlige ændringer" (i modsætning til ændringer af et grundlæggende element), hvis ændringen sker i kombination med en forlængelse af fristen for tilbudsafgivelse
 - **U2:** Hvis det kan godtgøres, at ændringen ikke har haft betydning (for kreds af tilbudsgivere eller tilbud)

Fremgangsmåde ved evaluering

Den offentliggjorte evalueringsmetode kan som udgangspunkt ikke tilsidesættes

- § 158, stk. 2: *"En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet."*
 - Dermed undgås - i princippet - situationer som fx KfU's kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden mod Skive Kommune (hvor KfU dog netop fandt, at den på forhånd oplyste pointmodel stred mod ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet?)
 - Hvornår er en evalueringsmetode beskrevet, så den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet?
 - "Det er ikke et krav, at ordregiver laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier [...]", men
 - "Ordregiveren må [derfor] ikke lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne [...]"

Digitalisering af udbud

Indførelsen af e-udbud fra 2017/2018

- Ordregiver **skal** sikre, at a kommunikation og informationsudveksling foretages ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler (Art. 22, stk. 1)
- Undtagelsesvist kan ordregiver gennemføre udbuddet **uden** brug af elektronisk kommunikationsmidler, fx *"hvis udbuddets særlige art ville kræve brug af særlige værktøjer"* (Art. 22, stk. 1, litra a)
- EU-Kommissionen vil udarbejde standarder, der skal følges. Det er dog fortsat uvist, hvordan standarderne kommer til at se ud



Ændringsadgangen i det nye regime – Overblik

Ændringens genstand	UBL	Nyt UBD
Af ansøgere mellem prækval og tildeling	§ 145	Ingen – særlig dansk regel
Af tilbudsgivere frem til underskrift	§ 145	Ingen – særlig dansk regel
Af kontrakter i deres løbetid	§§ 176-183	§ 72
Af leverandør i kontraktens løbetid	§ 176, stk. 2, nr. 4 og § 180	§ 72, stk. 4 og 5

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Juraen før udbudsloven

- Væsentlige kontraktændringer sidestilles med indgåelse af en ny kontrakt og skal ske i overensstemmelse med udbudsdirektivets regler
- Følger af praksis fra EU-Domstolen (C-454/06, *Presstext* og C-91/08, *Wall*) og fra de danske domstole og Klagenævnet for Udbud (fx *Finn Frogne*)
- Ingen generel regulering i det gamle udbudsdirektiv, men enkelte forudsætningsvise bestemmelser, særligt Art. 31, stk. 4, litra a og b
- Kodificering med artikel 72 i det nye udbudsdirektivet og implementering og (forsøg på) præcisering med udbudslovens §§ 176-183

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Essensen af de nye regler

- Princippet - § 176, stk. 1: *"Ved en ændring af grundlæggende elementer i en offentlig kontrakt eller rammeaftale skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne lov"*
- Konkretisering – § 176, stk. 2
 - En række opregnede tilfælde er altid ændringer af grundlæggende elementer, medmindre andet følger af §§ 177-180
 - Lovbemærkningerne: *"Ikke en udtømmende liste...Hvis det efter en konkret vurdering er klart, at ændringen i kontraktens bestemmelser er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, vil ændringen være at anse som en ændring af grundlæggende elementer."*
- Modifikationer - §§ 177-181

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

"Grundlæggende ændringer"

UBL § 176, stk. 2, nr. 1-4	Lovbemærkningerne	C-454/06, Pressetext	Forskel
Der indføres betingelser, som <u>ville</u> have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsprocessen	"...der medfører, at andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte <u>ville blive udvalgt</u> ..."	"...Indfører betingelser, der... <u>ville have</u> gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage...eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud..." (præmis 35)	Næppe
Kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for	"...enhver ændring, der kan have økonomisk betydning..." "Ændringer foretaget til fordel for ordregiveren er ikke omfattet...vil dog kunne udgøre en ændring af grundlæggende elementer, <u>hvis omstændighederne herfor er til stede</u> " [?]	"...når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren..." (præmis 37)	Næppe
Ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde	"omfang eller art" "betydelig" = større end værdierne i UBL § 178 + viser vilje til at genforhandle grundlæggende elementer	"...såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri..." (præmis 36)	Næppe
Ny leverandør (dog § 180)		"I almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent...betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser..." (præmis 40)	Næppe

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Ændringsklausuler

- Klare, præcise og entydige ændringsklausuler - § 177
 - Fx prisindeksering og produktudskiftning
 - Skal fremgå af udbudsmaterialet (kontraktudkastet)
 - Skal fastsætte **omfanget og arten** af ændringsmuligheder og **betingelserne** herfor (hvordan skal ændringerne implementeres)
 - Kontraktens "overordnede karakter" må ikke ændres (kontrakten må ikke henvende sig til et helt andet marked)
- Sml. AB 92 § 14 (uddrag)

"Stk. 1. Bygherren kan forlange ændringer i arbejdets art og omfang, når ændringen har naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Entreprenøren har ret til at udføre sådanne ændringer, medmindre bygherren påviser særlige forhold, der begrundes, at bygherren lader andre udføre arbejdet.

Stk. 2. Bygherrens krav om ændring skal fremsættes skriftligt. Det samme gælder parternes eventuelle krav om forandringer i aftalen med hensyn til pris, tid og sikkerhed som følge af ændringen. Der træffes snarest skriftlig tillægsaftale om ændringen. Forhandlinger herom må ikke medføre forsinkelse af arbejdets udførelse"

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

De minimis-reglen

- De minimis - § 178
 - Værdien af ændringen er lavere end
 - Tærskelværdien, **og**
 - 10 % (tjenesteydelser/varer) / 15 % (bygge- og anlæg) af oprindelig kontrakt
 - Den økonomiske værdi skal kunne opgøres
 - Hvis flere ændringer, da samlet værdi ved beregningen
 - Nettoværdi
 - Ændringer til fordel for ordregiveren fratrækkes
 - Ændringerne må ikke vedrøre kontraktens "overordnede karakter" (ikke henvende sig til et helt andet marked, sml. § 177?)
- Sml. AB 92 § 14 (uddrag)

"Stk. 3. Vedrører ændringerne arbejder, hvorom der gælder enhedspriser, reguleres den aftalte entreprisesum i overensstemmelse hermed, medmindre der træffes anden aftale, jf. stk. 2. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske, inden for +/- 15 pct. af entreprisesummen og inden for +/- 100 pct. af de enkelte poster i tilbudslisten"

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Supplerende ydelser fra den oprindelige entreprenør/leverandør - § 179

- Ikke "grundlæggende ændringer", når
 - de er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten (fordi den ellers ville fremstå ufærdig);
 - anvendelse af anden entreprenør/leverandør ikke er mulig uden væsentlig økonomisk eller teknisk ulempe ("uforholdsmæssigt store omkostninger");
 - vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger (selvstændigt indhold i forhold til pind 2?); **og**
 - værdien af de supplerende indkøb ikke overstiger 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt
- Flere successive ændringer → 50 % begrænsning gælder for hver enkelt ændring (ej sammenlægning? Sml. § 178, stk. 2)

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Udskiftning af den oprindelige leverandør - § 180

- Ikke "grundlæggende ændring", når
 - utvetydig ændringsklausul/-mulighed, jf. § 177; **eller**
 - indtrædelse i opr. leverandørs rettigheder som følge af omstrukturering, herunder ved overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når
 - opr. kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes;
 - udskiftningen ikke medfører andre væsentlige (= "grundlæggende") ændringer af kontrakten; **og**
 - ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Uforudsete forhold - § 181

- Ikke "grundlæggende ændring", når
 - behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en "påpasselig" ordregiver ("på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure";
 - kontraktens overordnede karakter ikke ændres; **og**
 - den samlede værdi af ændringen ikke overstiger 50 % af værdien af den opr. kontrakt (hvad gælder ved successive ændringer? Samlet værdi? Sml. 178, stk. 2 og § 179, stk. 3)

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Ikrafttræden

- Lovbemærkningerne til § 195, stk. 3: "... Bestemmelserne om ændringer i kontrakter, jf. §§ 176-182, samt ophør af kontrakter, jf. §183, finder anvendelse på kontrakter, hvor udbuddet af den pågældende kontrakt er **iværksat efter** lovens ikrafttræden. ..."

Ændringer af kontrakter i deres løbetid

Procedure i forbindelse med (visse) ændringer

- Pligt til at offentliggøre en bekendtgørelse, når ordregiver foretager en ændring efter § 179 (supplerende indkøb) og § 181 (uforudsete forhold)
- § 182, stk. 2: *"Ordregiveren **skal** i forbindelse med ændringer af en kontrakt i overensstemmelse med § 179 og § 181 offentliggøre en bekendtgørelse herom i EU-Tidende"* (Art. 72, stk. 1, sidste afsnit)
- Ingen pligt, hvis ændringen foretages efter en af de øvrige ændringsbestemmelser, fx § 178 (de minimis)
- Bekendtgørelsen skal bl.a. indeholde en beskrivelse af de omstændigheder, der har gjort ændringen nødvendig
- Overvej profylaksebekendtgørelse

Ophør af kontrakter

Mulighed for at bringe en kontrakt til ophør

- § 183, stk. 1, nr. 1: *"Ordregiveren **kan** bringe en kontrakt til (Art. 73, litra a)*
 - Ordregiver **kan** opsige en kontrakt, der har været genstand for en ændring af grundlæggende elementer
 - Ingen betydning for parternes eventuelle erstatningsansvar

Pligt til at bringe kontrakten til ophør

- § 183, stk. 2: *"Hvis en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, **skal** ordregiveren **bringe en kontrakt eller en rammeaftale**, som er indgået på grundlag heraf, **til ophør** med et efter forholdene passende varsel, **medmindre særlige forhold**, der tilsiger kontraktens videreførelse, **gør sig gældende**."* (**ren national bestemmelse!**)
 - Lovbemærkningerne: "særlige forhold" fx "helt ekstraordinært værdispild"
- Væsentlig nyskabelse. Hidtil har Klagenævnet for Udbud alene haft beføjelse til at annullere tildelingsbeslutningen
- Relevans i praksis? Umiddelbart mest relevant i langvarige aftaler om levering af varer og tjenesteydelser

Udvalgte nyere afgørelser

Udvalgte temaer fra det seneste års tid

- Profylaksebekendtgørelser efter *Fastweb*
- Obligatorisk udelukkelse - proportionalitet
- Afvisning som uegnet, hvis ingen krav til dokumentation?
- Inhabilitet
- Usaglige mindstekrav
- Positiv opfyldelsesinteresse

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

HHL § 4, stk. 1

En ordregiver har mulighed for at sikre, at en kontrakt i de tilfælde, der er nævnt i § 17, stk. 1, nr. 1, ikke erklæres for uden virkning, hvis

- 1) [offentliggørelse af profylaksebekendtgørelse]
- 2) [ikke indgå kontrakt inden udløbet af 10 kalenderdage], og
- 3) **ordregiveren finder**, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse [...] er tilladt i henhold til EU-udbudsreglerne.

Lovbemærkningerne til HHL § 4, stk. 1

- "Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og Klagenævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en **åbenbar urigtig vurdering** med hensyn til, at udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, **kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning**.
- Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering, må ske ud fra en **objektiv vurdering** af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen. Den begrundelse, som ordregiveren har angivet i bekendtgørelsen, jf. stk. 2, nr. 3, **kan inddrages i Klagenævnets vurdering.** [...]"

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

KLUF af 5. december 2011 – *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland*

- "Henset til ordlyden af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 4 og den EU-retlige baggrund i direktiv 2007/66/EF finder klagenævnet, at den pågældende lovbemærkning **ikke hjemler en efterfølgende tilsidesættelse af en ordregivers vurdering** af tilladelsen af at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Klagenævnet har derfor ikke taget stilling til, om indklagede har foretaget "åbenbart urigtig vurdering" af pligten til at afholde udbud efter udbudsdirektivet ved indgåelsen af kontrakten med Canon Business Center Nordsjælland uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse."

Østre Landsrets dom af 20. december 2013 i sag 19. afd. B-2587-12 – *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet* (angiveligt anket til Højesteret)

- "Landsretten lægger efter bevisførelsen, herunder Peter Carpentiers forklaring og de udtalelser, som Kammeradvokaten afgav i forløbet til CFB, til grund, at CFB's vurdering af, at indgåelsen af bevisaftalen med Terma A/S var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsreglerne, **ikke var en åbenbart urigtig vurdering.**"
- KLUF fastholdt – under henvisning til Konica Minolta-kendelsen - sin position i kendelse af 11. marts 2014 – HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13 – Fastweb

- Det italienske sikkerhedsministerium tildelte uden udbud en kontrakt til Telecom Italia med henvisning til, at Telecom Italia var eneste mulige økonomiske aktør
- Den italienske domstol fandt, at *"kontrakten skulle annulleres, da det ikke var bevist, at kontrakten af tekniske årsager alene kunne tildeles den pågældende leverandør"*, men samtidig, at det ikke var muligt at erklære kontrakten for uden virkning, da der var indrykket en profylaksebekendtgørelse
- Den italienske domstol stillede præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt en national ret, hvor der er sendt en profylaksebekendtgørelse, *"aldrig og under ingen omstændigheder kan [må] beslutte, at kontrakten er "uden virkning", selv om det er lagt til grund, at de bestemmelser, hvorefter kontrakten på bestemte betingelser må tildeles uden afholdelse af en udbudsprocedure, er blevet tilsidesat"*

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

Generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 10. april 2014 (punkt 80):

- *"To my way of thinking, Article 2d(4) of Directive 89/665 cannot introduce an automatic mechanism of that nature, at the risk of compromising the effectiveness of the provisions introduced by the EU legislature in Directive 2007/66 and of infringing some of the fundamental principles recognised by that legislature vis-à-vis the economic operator who has been adversely affected."*

[...]

*"I therefore consider it essential that, in the course of its verification of the conditions laid down in Article 2d(4) of Directive 89/665, the review body assess the conduct of the contracting authority. In my view, it should, in particular, determine whether the contracting authority acted in good faith and with due diligence when concluding the contract **and** whether the reasons it has given for awarding the contract [...] without publishing a contract notice in the Official Journal are or were legitimate."*

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13 – *Fastweb* (fortsat)

- Domstolen (præmis 50):

"Den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, er [...] forpligtet til [...] at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu [acted diligently], og om den ordregivende myndighed kunne vurdere [could legitimately hold], at betingelserne [...] faktisk var opfyldt."

- Hvad ligger der i, at **"ordregiveren finder"**
 - Ordlyden af HHL § 4, stk. 1 og kontroldirektivets artikel 2d, stk. 4, indikerer en subjektiv vurdering, ...
 - ...**men** ifølge Domstolen skal det vurderes (af klageinstansen), om ordregiveren har udvist "den fornødne omhu", og (måske) om ordregiveren var berettiget til at forvente, at kontrakten kunne indgås uden udbud (objektivering – på linje med lovbemærkningerne til HHL § 4, stk. 1)
 - Objektiv vurdering fra klageinstansen af, om en tilstrækkelig grundig myndighed burde have vidst, at kontrakten var udbudspligtig, eller...
 - ...mere subjektivt præget vurdering af, om ordregiveren konkret og reelt var i "god tro" og om ordregiveren - omstændighederne taget i betragtning - har foretaget en tilstrækkelig grundig vurdering?
-

Profylaksebekendtgørelse – "ordregiveren finder..."

EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13 – *Fastweb* (fortsat)

- Domstolen (præmis 48 og 51):

"... skal den nævnte begrundelse klart og utvetydigt angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter under fuldt kendskab til sagen [with full knowledge of the relevant facts] at afgøre, om sagen skal indbringes for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol."

- Betydelige krav til begrundelsen (faktum og jus)
 - Vanskeligt for ordregiver at påberåbe sig en ikke-anført (ikke-korrekt) begrundelse som grundlag for, at ordregiver har udvist "den fornødne omhu"
 - Begrundelsen skal inddrages af klageinstansen – trods ordlyden af lovbemærkningerne til HHL § 4, stk. 1 ("kan")
-

Obligatorisk udelukkelse - proportionalitet

EU-Domstolens dom af 10. juli 2014 i sag C-358/12 - *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*

- Faktum
 - Italiensk retsregel påbyder ordregivere at udelukke tilbudsgivere fra offentlige udbud, hvis de er i restance med sociale bidrag, bl.a. hvis restancen overstiger EUR 100
 - Tilbudsgiver konkret udelukket fra et udbudt bygge- og anlægsarbejde som følge af restance på EUR 278 for sociale bidrag
 - Forventet kontraktsum på opgaven var EUR 4,8 mio.
 - Domstolen
 - Udelukkesreglen var lovlig og proportional og forfulgte lovlige, objektive hensyn, eftersom *"en økonomisk aktørs manglende betaling af socialsikringsbidrag generelt indikerer en manglende troværdighed, påpasselighed og seriøsitet hos denne sidstnævnte for så vidt angår overholdelsen af dennes retlige og sociale forpligtelser"* (præmis 33)
 - En præcis tærskel sikrede ligebehandling og retssikkerhed (præmis 34)
 - Medlemsstaterne har ret til at implementere direktivets udelukkelsesgrunde *"i større eller mindre grad på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser"* (præmis 38)
-

Obligatorisk udelukkelse - proportionalitet

EU-Domstolens dom af 10. juli 2014 i sag C-358/12 - *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*

- Rosenmeier:
 - *"Ingen kommentarer, da afgørelsen forekommer oplagt"*
 - Og dog...:
 - Manglende betaling af sociale bidrag er en fakultativ udelukkelsesgrund, jf. UBD artikel 45, stk. 2, litra e
 - Eksempler på, at systematiske lovbestemmelser om obligatorisk udelukkelse er blevet anset for disproportionale (fx C-213/07, *Michaniki*, C-376/08, *Serrantoni* og C-465/11, *Forposta*)
 - Præambel 101 i det nye udbudsdirektiv taler om, at *"mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør"*
 - Ny bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6 – *"self cleaning"* (§ 136)
-

Afvisning som uegnet, hvis ingen krav til dokumentation?

KLFU af 3. september 2013 – UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet

- Offentligt udbud efter udbudsdirektivet af en entreprise om udførelse af vind- og støjskærme på Vejle fjordbroen. Tildelingskriteriet var "laveste pris"
- I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at tilbudsgiverne på forespørgsel skulle dokumentere deres økonomiske og tekniske kapacitet ved at give oplysninger i henhold til artikel 47 og 48 – ingen krav om oplysninger til brug for vurderingen af egnethed og ingen mindstekrav fastsat
- Klagers tilbud – der havde laveste pris - blev afvist med henvisning til, at der var tale om en teknisk og sikkerhedsmæssigt krævende opgave af relativt stor størrelse, hvorfor Vejdirektoratet ikke vurderede, at klagers faglige og økonomiske formåen var tilstrækkelig til at udføre entreprisen
- Klagers årlige omsætning udgjorde ca. 1/5 af den tilbudte entreprisensum og den krævede sikkerhedsstillelse var omkring fire gange så stor som klagers egenkapital

Afvisning som uegnet, hvis ingen krav til dokumentation?

KLFU af 3. september 2013 – UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet (fortsat)

- Artikel 44 må forstås således, at de ordregivende myndigheder ikke skal, men kan fastsætte minimumskriterier (mindstekrav) for egnethed, jf. også Klagenævnets tidligere praksis
- *"Efter udbudsdirektivets artikel 36 skal en udbudsbekendtgørelse indeholde de oplysninger, der er nævnt i udbudsdirektivets bilag VII A. Af punkt 17 i bilaget fremgår, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde:*
»Udvælgelseskriterier og oplysninger om den økonomiske aktørs personlige forhold samt de oplysninger og formaliteter, der er nødvendige for vurderingen af de økonomiske og tekniske minimumskrav, denne skal opfylde. Eventuelle specifikke minimumstærskelkrav.
...«.
Indklagedes udbudsbekendtgørelse af 20. juni 2012 indeholder ikke krav til tilbudsgiverne om afgivelse af oplysninger om tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet eller tekniske kapacitet, og den mulighed, ordregiveren har efter udbudsdirektivets artikel 51 for at anmode om oplysninger hos en tilbudsgiver, forudsætter, at disse oplysninger skal supplere eller uddybe allerede afgivne oplysninger."
- Afvisningen af klagers tilbud var uberettiget – annullation af tildelingsbeslutningen

Inhabilitet

KLFU af 3. oktober 2014 - H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen

- Begrænset udbud efter udbudsdirektivet af et byggeri i totalentreprise af en ny undervisningsbygning til Syddansk Universitet i Odense. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud
 - Ordregiver havde anvendt et arkitektfirma til at udarbejde designmanualen og skitseforslaget
 - Klagenævnet tog **ikke** påstanden til følge med henvisning til, at:
 - Ordregiver havde en betydelig skønsmargin med hensyn til, om et tilbud fra en rådgiver kan tages i betragtning,
 - Arkitektfirmaet ikke havde haft en tidsmæssig fordel,
 - Arkitekten havde ikke været involveret i udbuddet efter udbudsbetingelserne var blevet udsendt, og
 - Arkitektfirmaet ikke havde haft indflydelse på tilbudsvurderingen.
 - Klagenævnet henviste i øvrigt til betragtning nr. 8 i udbudsdirektivet
-

Usaglige mindstekrav

KLFU af 15. oktober 2014 - Saferoad RRS GmbH mod Vejdirektoratet

- Offentligt udbud efter udbudsdirektivet vedrørende levering af vejautoværn, paddehegn og kantpælebeslag til ca. 30 km motorvejsstrækning af Silkeborgmotorvejen
 - Ordregiver havde fastsat et minimumskrav om en minimumsafstand på 330 mm fra forkanten af afviserbjælken til forkant sceptre
 - Klage indgivet over bredden på autoværnet med påstand om, at kravet favoriserede en enkelt tilbudsgiver
 - Klagenævnet udtalte generelt om ordregivers fastsættelse af mindstekrav:
 - At ordregiver har et "overordentligt vidt skøn" ved fastlæggelsen af krav til udbudte ydelser
 - Men at skønnet dog skal udøves under hensyn til formålet om at sikre en effektiv konkurrenceudsættelse (KLFU henviste til præmis 81-82 i EU-domstolens dom af 17. september 2012 i sag C-513/99, *Concordia*)
 - Konkret fandt Klagenævnet **ikke**, at mindstekravet var usagligt, da der ikke var grundlag for at statuere, at ordregiver havde favoriseret en enkelt tilbudsgiver.
-

Positiv opfyldelsesinteresse

Højesterets dom af 15. juni 2012 i sag 88/2010 – *Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet*

"Højesteret finder, at det må **påhvile Kystdirektoratet**, som har overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise Minegruppens tilbud, **at sandsynliggøre**, at man, hvis Minegruppens tilbud var blevet afvist, ikke ville have antaget Montaneisens tilbud, men **ville have annulleret udbuddet**.

Ved vurderingen af dette spørgsmål må der lægges vægt på, at Danmark var internationalt forpligtet til at gennemføre minerydningen, og at Kystdirektoratet var underlagt et **vist tidspres**. Der må endvidere lægges vægt på, at det på grund af opgavens særlige karakter **ikke kunne forventes, at der ved et genudbud ville fremkomme flere eller væsentligt ændrede tilbud**. Det må tillige tages i betragtning, at spørgsmålet om at frafalde rydning af ZZ-42-tændere i stranden ikke var fremme på det tidspunkt, hvor Kystdirektoratet skulle tage stilling til de afgivne tilbud. Endelig må der lægges vægt på, at der **ikke foreligger konkrete holdepunkter** for at antage, at **Kystdirektoratet ikke kunne have fået den nødvendige merbevilling**.

Højesteret finder, at Kystdirektoratet på denne baggrund **ikke har sandsynliggjort**, at en afvisning af Minegruppens tilbud ville have ført til, at udbuddet blev annulleret. Det må herefter lægges til grund, at Montaneisens tilbud ville være blevet antaget. Montaneisen har derfor krav på erstatning for det tab, selskabet har lidt ved, at dette ikke skete"

Positiv opfyldelsesinteresse

LKFU af 4. februar 2014 – *UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet*

"Navnlig efter de fremkomne oplysninger om klagerens omsætning og egenkapital set i forhold til størrelsen og kompleksiteten af den udbudte kontrakt har **indklagede sandsynliggjort**, udbuddet ville være blevet annulleret, såfremt indklagede ikke havde bortset fra klagerens tilbud, der havde den mindste pris. **En annulation under disse omstændigheder ville ikke have været usaglig**.

Hertil kommer, at indklagede den 18. juli 2012 tildelte en kontrakt til klageren vedrørende udbud om »Støjskærm Rødovre« (Vestvolden) til en væsentlig lavere værdi, og at indklagede i nær tidsmæssig sammenhæng med anmodningen i nærværende sag om oplysninger om klagerens omsætning og referencer samt bekræftelse på sikkerhedsstillelse gentagne gange måtte rykke for sikkerhedsstillelsen, og den 2. oktober 2012 ophævede den pågældende kontrakt, da klageren ikke havde stillet garanti i henhold til den tildelte kontrakt. På denne baggrund har klageren ikke alene med erklæringen af 10. september 2012 fra ADB ERGO sandsynliggjort, at klageren ville være i stand til at stille den betydeligt større garanti, der i henhold til kontrakten vedrørende Vejle fjordbroen skulle stilles, og dermed opfylde kontrakten"

- Ikke anledning til at tage stilling til erstatningsopgørelsen, der tog udgangspunkt i en dækningsgrad på knapt 50 % (!)...
- ...eller til spørgsmålet om eventuel negativ kontraktinteresse, da der ikke var nedlagt påstand herom

Kontakt



Anders Birkelund Nielsen
Partner · København
EU- & Konkurrenceret
T +45 72 27 34 04
M +45 25 26 34 04
E abn@bechbruun.com



Jesper Kaltoft
Partner · København
EU- & Konkurrenceret
T +45 72 27 35 69
M +45 25 26 35 69
E jek@bechbruun.com

København
Danmark

Aarhus
Danmark

Shanghai
Kina

T +45 72 27 00 00
www.bechbruun.com