



NR. 3, ÅRGANG 7, NOVEMBER 2018

UDBUDSRETLIGT NYHEDSBREV

Indledningsvist er der en gennemgang af regeringens varslede ændring af udbudsloven vedrørende krav til beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne samt at evaluering af pris og kvalitet skal ske adskilt i forbindelse med udbud af store bygge- og anlægskontrakter. I nyhedsbrevet kan I læse et udvalg af de senest offentliggjorte afgørelser fra EU-Domstolen, samt kendelser fra Klagenævnet for Udbud, som skønnes at have mere generel interesse for udbudspraktikere.

Forslag om ændring af udbudsloven

Regeringen har med sin redegørelse om lovprogrammet for folketingsåret 2018/2019 varslet ændring af udbudsloven.

Den 5. oktober 2018 er et lovforslag om ændring af udbudsloven sendt i høring. Lovforslaget indeholder et forslag om ændring af udbudslovens § 160, idet der indføres en pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af *alle dele af* evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Derudover indføres en definition af evalueringsmodellen i udbudslovens definitionsbestemmelse. Lovforslaget indeholder også en pligt til at foretage evalueringen af det offentliggjorte priskriterium adskilt fra evalueringen af de kvalitative kriterier ved udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået kontraktværdi på mere end DKK 350 mio. eksklusive moms.

Pligt til at fastlægge og beskrive alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet

Ifølge lovforslaget er formålet med pligten til at fastlægge og beskrive evalueringsmodellen i udbudsmaterialet at styrke den forudgående gennemsigtighed og understøtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne.

Det fremgår af bemærkningerne, at regeringen med lovforslaget går videre end den pligt til forudgående gennemsigtighed, der følger af udbudsdirektivet samt af praksis fra Klagenævnet for Udbud. Det kan læses direkte ud af lovforslaget, at der med lovforslaget tilsigtes at ændre retstilstanden, som denne er udformet via praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvorefter den nugældende pligt efter udbudslovens § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoder ikke udelukker, at dele af evalueringsmodellen i visse situationer kan undtages fra offentliggørelse.

Rækkeviden af pligten ifølge det gamle udbudsdirektiv fra 2004 til forudgående gennemsigtighed med hensyn til offentliggørelse af evalueringsmetoden (som må formodes at være videreført ved det nye udbudsdirektiv) har senest været til prøvelse ved EU-Domstolen i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest, af 14. juli 2016 (læs om EU-dommen i vores udbudsretlige nyhedsbrev fra september 2016 [her](#)). EU-Domstolen konstaterede i den forbindelse, at hverken udbudsdirektivet fra 2004 eller retspraksis fastsætter en forpligtelse til *"gennem offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene i forhold til tildelingskriterierne og den relative vægtning heraf, der forud blev fastsat i dokumenterne vedrørende den pågældende kontrakt."* I lovforslaget omtales EU-Domstolens dom, idet regeringen vurderer, at det fremgår af dommen, at evalueringsmodellen i udgangspunktet skal fastlægges før ordregivere åbner tilbuddene, således at enhver risiko for favorisering undgås.

Med Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017 i sagen *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland* blev der fastlagt en retstilstand svarende til EU-Domstolens dom i ovennævnte sag, hvorefter der ikke i alle tilfælde er en pligt til at beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen (læs om kendelsen i vores udbudsretlige nyhedsbrev fra august 2017 [her](#)). Med lovforslaget gør regeringen som nævnt op med denne retstilstand og fastlægger således en pligt for ordregiverne til ikke kun at fastlægge evalueringsmodellen før ordregivere åbner tilbuddene, men til at fastlægge, beskrive og offentliggøre *alle dele* af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet.

Pligt til at adskille evalueringen af priskriterium fra evalueringen af de kvalitative kriterier

Efter de gældende regler kan ordregivere frit vælge, om de vil foretage kvalitetsvurderingen adskilt fra prisvurderingen eller ej.

Med den foreslåede bestemmelse indføres et krav om, at ordregivere i forbindelse med gennemførelse af udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end DKK 350 mio. eksklusive moms, og hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, skal foretage evalueringen af de kvalitative kriterier adskilt fra og uden viden om evalueringen af pris.

Det fremgår af bemærkningerne til den foreslåede ændring, at formålet med bestemmelsen er at fjerne risikoen for, at kendskabet til priserne på indkomne tilbud påvirker ordregivers vurdering af de kvalitative kriterier. Når ordregiver allerede kender prisen i tilbuddet ved vurderingen af kvalitet, kan der således være risiko for, at kendskabet til priserne får en afsmittende effekt på vurderingen af kvalitet. Der er dermed ifølge forslaget risiko for, at tilbuddets kvalitet enten over- eller undervurderes.

Den foreslåede bestemmelse indebærer, at ordregiver skal adskille vurderingen af de indkomne tilbuds kvalitet fra vurderingen af de indkomne tilbuds priser. Med adskillelse menes, at ordregiver foretager sin kvalitetsvurdering af tilbuddene uden at kende priserne i de indkomne tilbud.

Den foreslåede bestemmelse indebærer, at ordregivere er forpligtet til at gøre det muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud på en måde, hvorpå ordregiver kan gøre sig bekendt med tilbuddenes indhold for så vidt angår kvalitetsbeskrivelsen uden at få kendskab til tilbuddenes priser, samt at ordregivere skal sikre, at tilbudspriserne rent faktisk også vurderes adskilt fra vurderingen af tilbuddenes kvalitet.

Sidstnævnte krav kan ifølge forslaget for eksempel sikres ved, at ordregivers elektroniske udbudssystem teknisk sikrer, at indholdet af tilbuddene for så vidt angår priser ikke kan åbnes af ordregiverens medarbejdere, før kvalitetsvurderingen er gennemført. Det kan imidlertid også sikres ved, at ordregiver sørger for, at vurderingen af henholdsvis priser og kvalitet ikke gennemføres af de samme personer.

Link til lovprogrammet for folketingsåret 2018/2019 [her](#).

Link til lovforslaget om ændring af udbudsloven, som det er sendt i høring d. 5. oktober 2018 [her](#).

En national regel om, at evalueringsproceduren kunne deles op i to tempi også under et offentligt udbud, er ikke i strid med udbudsdirektivet

EU-domstolens dom af 20. september 2018 i sagen C-546/16, *Montte SL mod Musikene*

Dommen er EU-Domstolens svar i en præjudiciel forelæggelse indgivet af den spanske pendant til vores danske *Klagenævnet for Udbud*, i forbindelse med en sag om en kontrakt om levering af blandt andet musik- og optagelsesudstyr (Hovedsagen).

Under udbuddet omfattet af Hovedsagen ville ordregiveren bruge en evalueringsmetode, hvorefter den kvalitative tilbudsvurdering skulle ske først, hvorefter tilbud, der fik en bestemt minimumsscore, skulle gå videre til en samlet tilbudsvurdering, hvor blandt andet prisen også vægtede. Tilbud, der ikke opnåede den fastsatte minimumsscore, skulle ikke gå videre i tilbudsvurderingen.

Den spanske kodificerede udgave af lov om offentlige kontrakter indeholdt en bestemmelse, hvorefter en sådan fremgangsmåde kunne foretages i forbindelse med evalueringen af et tilbud.

Spørgsmålet ved EU-domstolen var således, om denne spanske regel, hvorefter evalueringsproceduren kunne deles op i to tempi, også under et offentligt udbud med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, var i strid med udbudsdirektivet (2014/14).

Blandt andet var synspunktet fra den forelæggende ret, at en sådan national regel stred mod direktivet, idet der ikke i direktivet er direkte hjemmel til at lade et offentligt udbud forløbe i flere faser, hvilket er tilfældet for visse andre udbudsformer, samt at en sådan regel kan hæmme den effektive konkurrence, når anvendelsen af minimumstærskler fører til et meget begrænset antal tilbudsgivere i den endelige fase.

EU-Domstolen afviste, at den spanske regel skulle være i strid med direktivet og udtalte, at der således lovligt kan fastlægges en evalueringmetode, hvorefter tilbud, der ikke opnår et på forhånd fastsat minimum antal af point, hvad angår den tekniske vurdering, udelukkes som et første skridt i fasen for tildeling af kontrakten, før der evalueres på prisen af de tilbud, som har opnået det på forhånd fastsatte minimum antal af point for den tekniske vurdering. EU-Domstolen mindede endvidere om, at ordregiver under hele proceduren skal overholde de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Kommentar

Selvom dommen vedrører en spansk lovregel, kan dommen udstrækkes til også at have relevans for dansk ret, idet dommens præmisser tillige finder anvendelse for så vidt angår et offentligt udbud med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet efter udbudsloven (og forsyningsvirksomhedsdirektivet).

En evalueringmetode, hvorefter tilbud, der ikke opnår et på forhånd fastsat minimum antal af point for den tekniske vurdering, udelukkes som et første skridt i fasen for tildeling af kontrakten, førend der evalueres på prisen af de tilbud, som har opnået det på forhånd fastsatte minimum antal af point for den tekniske vurdering, vil således også være acceptabel under et udbud omfattet af udbudsloven.

Dette har da også være den udbredte opfattelse inden for udbudsretten i Danmark, ligesom en evalueringmetode, som den i sagen omhandlende er blevet anvendt af Kommissionen. Med EU-Domstolens dom er denne opfattelse blevet bekræftet.

Link til dommen [her](#).

EU-Domstolen afgør, at hvor en kompetent myndighed har fastslået, at en adfærd udgør en overtrædelse (af fx konkurrencereglerne), skal udelukkelsesperioden efter de frivillige udelukkelsesgrunde beregnes fra datoen for myndighedens afgørelse.

EU-Domstolens dom af 24. oktober 2018 i sagen C-124/17, *Vossloh Laeis*

Dommen er EU-Domstolens svar under en præjudiciel forelæggelse indbragt i forbindelse med en sag ved Klagenævnet for Udbud i Sydbayern, Tyskland (Klagenævnet).

Sagen vedrører selskabet, Vossloh Laeis GmbH's (VL) udelukkelse fra en kvalifikationsordning som omhandlet i artikel 77 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25) på området for levering af elementer til jernbaner. En ordregiver udelukkede VL fra kvalifikationsordningen i november 2016 med henvisning til VL's deltagelse i et kartel indtil 2011, for hvilken VL var blevet pålagt en bøde af de tyske konkurrencemyndigheder i marts 2016.

VL redegjorde forinden udelukkelsen for de "foranstaltninger for at vise sin pålidelighed" af organisatorisk og personalemæssig art, som selskabet havde truffet for at forebygge yderligere forekomster af ulovlige

karteller og konkurrencebegrænsende fremgangsmåder (self-cleaning). VL nægtede dog at fremsende ordregiveren den afgørelse fra den tyske konkurrencemyndighed, hvorved selskabet var blevet pålagt en bøde.

Ordregiveren, som var af den opfattelse, at forklaringerne givet af VL ikke godtgjorde, at VL havde truffet de nødvendige foranstaltninger til tilstrækkelig self-cleaning, udelukkede VL fra den pågældende kvalifikationsprocedure med henvisning til de tyske regler om de frivillige udelukkelsesgrunde vedr. alvorlig forømmelse, der sår tvivl om et selskabs integritet samt deltagelse i konkurrencebegrænsende aftaler.

VL klagede herover til det tyske klagenævn, og under sagen stillede Klagenævnet følgende præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen (forenklet formuleret):

- 1) hvorvidt det er direktivstridigt at have en national bestemmelse, hvorefter en økonomisk aktør, der ønsker at vise sin pålidelighed trods en udelukkelsesgrund, indgående skal redegøre for forholdene ved et aktivt samarbejde ikke alene med undersøgelsesmyndigheden, men også med den ordregivende myndighed.
- 2) Fra hvornår den maksimale udelukkelsesperiode på tre år for de fakultative udelukkelsesgrunde skal regnes. Er det fra afslutningen på deltagelsen i kartellet eller fra afgørelsen fra den kompetente myndighed på konkurrenceområdet, der fastslår en overtrædelse.

Med hensyn til spørgsmål 1 bekræfter EU-Domstolen, at en ordregiver under overholdelse af proportionalitetsprincippet kan kræve den dokumentation fremlagt, som tilbudsgiveren har forelagt for den undersøgende myndighed.

Med hensyn til spørgsmål 2 udtaler EU-Domstolen, at hvor ansøger/tilbudsgiver er pålagt en sanktion for den adfærd, som er omfattet af den relevante udelukkelsesgrund, ved en afgørelse fra en myndighed, må det, af hensyn til sammenhængen med beregningen af den frist, der er fastsat for de obligatoriske udelukkelsesgrunde, men også af forudsigeligheds- og retssikkerhedshensyn fastslås, at perioden på tre år i artikel 57, stk. 7, i udbudsdirektivet beregnes fra datoen for denne afgørelse, altså afgørelsen fra de kompetente myndigheder.

Følgelig skal udelukkelsesperioden beregnes fra den dato, hvor den kompetente myndighed fastslår, at adfærden udgør en overtrædelse og ikke fra deltagelsen i kartellet.

Kommentar

Dommen illustrerer, at det bedst kan betale sig for en ansøger/tilbudsgiver omfattet af en udelukkelsesgrund at være meget samarbejdsvillig over for den ordregivende myndighed, for hvilken man ønsker adgang til deltagelse i et udbud.

Endvidere er dommen bemærkelsesværdig, idet EU-Domstolen i dommen beregner udelukkelsesperioden fra den dato, hvor den tyske konkurrencemyndighed i 2016 fastslår, at VL's adfærd udgør en overtrædelse af konkurrencelovgivningen og ikke fra VL's deltagelse i kartellet i 2011.

Af den danske udbudslov § 138, stk. 6 fremgår, at ordregiveren ikke kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end 2 år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. Følgende fremgår af lovens forarbejder:

I forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, vil den relevante hændelse være på det tidspunkt, at ansøgeren eller tilbudsgiveren foretager en handling, der imødekommer indholdet af udelukkelsesgrunden. Dette kan være ved indgåelsen af en aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Udelukkelsesperioden kan endvidere beregnes fra et senere tidspunkt, hvor en ansøger eller tilbudsgiver foretager handlinger, i henhold til en aftale, der er indgået med henblik på konkurrencefordrejning. Udelukkelsen på 2 år kan senest beregnes fra tidspunktet for aftalens ophør.

Ifølge forarbejderne til udbudsloven, vil udelukkelsesperioden efter udbudsloven derfor som udgangspunkt ofte være kortere, end hvad der følger af dommen fra EU-Domstolen. Endnu et eksempel på at forarbejderne til udbudsloven, som ikke har klar støtte i praksis fra EU-Domstolen eller fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, skal anvendes med forsigtighed og sund skepsis.

Link til dommen [her](#).

Oplysning om begrænsning af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage samt oplysning om, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier, der kan tillægges vægt i forbindelse med udvælgelsen skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juli 2018, *Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune*

Kendelsen vedrører Hillerød Kommunes udbud efter udbudslovens afsnit II af fem rammeaftaler for håndværkerydelser som begrænset udbud. Klagen vedrører alene delkontrakt 2 (tømrerentreprisen).

I udbudsbetingelserne fremgik følgende blandt andet vedr. prækvalifikationsbetingelserne:

"Den første del af udbudsprocessen går ud på, at Hillerød Kommune (herefter blot Ordregiver) vil begrænse antallet af mulige tilbud ved at udvælge de bedst egnede ansøgere.

[...]

Ordregiver forventer at prækvalificere op til 8 ansøgere på hver af delkontrakterne 1 (murer), 2 (tømrer), 3 (maler), 4 (VVS) og 5 (el)."

De øvrige kriterier for udvælgelse fremgik endvidere mere specifikt af udbudsbetingelserne, som i øvrigt gentog, at Hillerød Kommune ville udvælge 8 ansøgere til at afgive tilbud på hver delkontrakt.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9 vedr. *Oplysning om begrænsning af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage* fremgik blandt andet følgende:

Begrænsning

Ikke valgt

Om de øvrige kriterier for udvælgelse henviste udbudsbekendtgørelsen alene til udbudsmaterialet med følgende passus:

Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet

Inden for prækvalifikationsfristen modtog Hillerød Kommune 18 ansøgninger om prækvalifikation på delkontrakten, hvoraf Hillerød Kommune prækvalificerede 8 ansøgere.

En forbigået ansøger indgav herefter klage med påstand om at annullere Hillerød Kommunes prækvalifikationsbeslutning.

Klagenævnet for Udbud henviser i sine præmisser til sin delkendelse af 11. april 2018, hvor klagenævnet (vedr. samme sag) tog stilling til, om sagen skulle tillægges opsættende virkning. I delkendelsen henviste Klagenævnet for Udbud blandt andet til udbudslovens § 145, stk. 3, hvorefter ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen blandt andet skal oplyse om det antal ansøgere, som ordregiveren vil opfordre til at afgive tilbud, hvilke oplysninger fra ansøgeren der vil danne grundlag for udvælgelsen, samt hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier der tillægges vægt i forbindelse med udvælgelsen.

Endvidere udtaler Klagenævnet for Udbud følgende:

Uanset bemærkningerne til udbudslovens § 145 bruger udtrykket "udbudsmaterialet", der må forstås i overensstemmelse med udbudslovens § 24, nr. 36, må det efter ordlyden af bestemmelsen sammenholdt med direktivets indhold lægges til grund, at oplysningerne i udbudslovens § 145, stk. 3, nr. 1-3, skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen, der danner den grundlæggende ramme for udbuddet, således at ansøgere og tilbudsgivere er berettiget til at holde sig til udbudsbekendtgørelsens angivelser, når de beslutter sig for, om de vil deltage eller ansøge om deltagelse.

Klagenævnet for Udbud fandt, at Hillerød Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 ved i udbudsbekendtgørelsen at angive "*Ikke valgt*" vedr. oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, samt ved i udbudsbekendtgørelsen alene at henvise til udbudsbetingelserne mht. angivelse af hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier, der ville blive tillagt vægt i forbindelse med udvælgelsen.

Klagenævnet for Udbud pointerede endvidere i kendelsen, at brugen af udbudsbekendtgørelser indebærer, at en lang række grundlæggende oplysninger om udbuddet stilles til rådighed på en ensartet, enkel, overskuelig og let tilgængelig måde, således at virksomhederne har mulighed for uden uforholdsmæssig brug af resurser løbende at holde sig orienteret om og overveje at deltage i de udbud, som måtte være relevante for dem.

Klagenævnet for Udbud tog således påstanden om annullation af prækvalifikationsbeslutningen til følge.

Kommentar

Både udbudsloven og udbudsdirektivet stiller tydeligt krav om, at kriterierne for prækvalifikation skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. De helt åbenlyse årsager til dette fremhæves da også af Klagenævnet for Udbud jf. næstsidste afsnit i gennemgangen af kendelsen ovenfor.

Som det fremgår af kendelsen, er det således vigtigt, at ordregivere er meget omhyggelige med udformningen ikke kun af udbudsmaterialet men også af udbudsbekendtgørelsen. En henvisning til udbudsmaterialet er ikke altid tilstrækkeligt, på trods af at den elektroniske formular giver mulighed for (nemt) at afkrydse en sådan standardhenvisning.

Det er således en god tommelfingerregel at være så specifik i udbudsbekendtgørelsen som muligt og naturligvis ikke at angive noget i udbudsbekendtgørelsen, der er i direkte modstrid med det øvrige udbudsmateriale.

Link til kendelsen [her](#).

En kommune kunne korrigere en tilbudssum, som pga. en sammentællingsfejl ikke indeholdt samtlige delsummer, kapitalisere ikke udfyldte delposter, men ikke afklare øvrige manglende delposter under et projektgennemgangsmøde afholdt efter tildeling

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. august 2018, *Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune*

Kendelsen vedrører Viborg Kommunes udbud efter udbudslovens afsnit II af en entreprise vedrørende Viborg Banebro som begrænset udbud. Klagen vedrører alene delentreprise N (Broentreprisen).

Viborg Kommune prækvalificerede fem ansøgere, som alle afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb. Viborg Kommune meddelte herefter til tilbudsgiverne, at Viborg Kommune påtænkte at kontrahere med Kaj Bech A/S (Kaj Bech). Dette foranledigede, at den forbigåede tilbudsgiver, Aarsleff Rail A/S (Aarsleff Rail), indgav klage til Klagenævnet for Udbud blandt andet med påstand om, at Kaj Bechs tilbud var ukonditionsmæssigt.

Foruden et krav om at tilbudslisten ved tilbudsafgivelsen skulle udfyldes i sin helhed indeholdt udbudsbetingelserne blandt andet et krav vedr. dimensionerne til en elevatorstol.

I tilbudslisten vedlagt Kaj Bechs tilbud var der blandt andet indsat en pris for en delsum, som ikke fremgik ud for posten på tilbudslistens forside, hvoraf den samlede tilbudssum fremgik. Denne delsum havde Viborg Kommune selv tillagt den samlede tilbudssum, før evalueringen blev foretaget (Forhold 1).

Foruden ovennævnte forhold var der i tilbudslisten vedlagt Kaj Bechs tilbud tillige poster, hvor prisen ikke var udfyldt. Viborg Kommune havde forud for tildelingsbeslutningen og uden forudgående henvendelse til Kaj Bech kapitaliseret posterne og indregnet beløbet i tilbudssummen (Forhold 2).

Endvidere indeholdt tilbudslisten vedlagt Kaj Bechs tilbud en række poster anført "*inkl.*". Disse poster var ikke udfyldt med en enhedspris. Posterne blev ikke kapitaliseret forud for tildelingen, men Viborg Kommune bad på et projektgennemgangsmøde - afholdt efter fremsendelse af tildelingsbeslutningen - om, at enhedspriserne for disse poster blev udfyldt (Forhold 3).

Af referatet fra projektgennemgangsmødet fremgik endvidere, at Viborg Kommune konstaterede, at den af Kaj Bech tilbudte elevatorstol ikke overholdt de dimensioner, som fremgik af udbudsmaterialet, og tilbuddet indeholdt således en afvigelse fra et mindstekrav i udbudsmaterialet (Forhold 4).

Vedr. Forhold 1 fandt Klagenævnet for Udbud, at der var sket en *sammentællingsfejl*, som kunne korrigeres af Viborg Kommune. Vedr. Forhold 2 fandt Klagenævnet for Udbud ikke i øvrigt grundlag for at tilsidesætte den skete kapitalisering. Klagenævnet for Udbud fandt således, at Forhold 1 og Forhold 2 var uproblematisk.

Vedr. Forhold 3 fandt Klagenævnet for Udbud, at Viborg kommune tilsidesatte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved på den anførte måde at tillade Kaj Bech at tilføje de manglende enhedspriser efter, at Kaj Bech var udpeget som vinder.

Om Forhold 4 udtalte Klagenævnet for Udbud, at der var tale om en afvigelse fra et mindstekrav i udbudsmaterialet. Viborg Kommune havde efter tildelingsbeslutningen ifølge referatet fra projektgennemgangsmødet meddelt Kaj Bech, at der snarest skulle ske en afklaring af dette forhold, hvorved Viborg Kommune ifølge Klagenævnet for Udbud havde tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Klagenævnet for Udbud annullerede herefter Viborg Kommunes tildelingsbeslutning.

Link til kendelsen [her](#).

En ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt og ordregiveren er ikke forpligtet til at indhente en udtalelse fra tilbudsgiveren efter udbudslovens § 169, stk. 1 blot fordi tilbuddet "forekommer" unormalt lavt.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2018, *Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund repræsenteret ved Vejdirektoratet*

Kendelsen er Klagenævnet for Udbuds stillingtagen til, om den konkrete klage skulle tillægges opsættende virkning. Da klageren senere har tilbagekaldt klagen, er delkendelsen om opsættende virkning blevet Klagenævnet for Udbuds afgørelse i sagen.

Kendelsen vedrører Fjordforbindelsen Frederikssunds (FF) udbud efter udbudslovens regler om konkurrencepræget dialog af en 7-årig kontrakt med mulighed for forlængelse i to omgange af 2 års varighed om levering af et betalingsanlæg til en bro. Værdien af kontrakten var anslået til DKK 100 mio. eksklusive moms.

FF prækvalificerede fem virksomheder til at afgive tilbud, herunder Efkon GmbH (Efkon) og BroBizz Operatør A/S (BroBizz Operatør). Tre af de prækvalificerede virksomheder afgav endeligt tilbud.

I forbindelse med FF's gennemgang af de indkomne tilbud konstaterede denne, at BroBizz Operatør havde tilbudt en væsentlig lavere pris end de øvrige to tilbudsgivere, idet BroBizz Operatørs tilbudte pris på ca. DKK 65 mio. var væsentlig lavere end næstbilligste tilbud fra Efkon, som lød på ca. DKK 110 mio.

FF foretog i den forbindelse en undersøgelse af tilbudsprisen og konkluderede herefter, at tilbuddet ikke forekom unormalt lavt, idet forskellen i prissætningen helt overordnet i medfør af FF's undersøgelser kunne forklares ved to væsentlige forhold i prissætning i de to tilbud:

1. Ca. DKK 27 mio. kunne findes i forskellen på forventninger til indtægt fra inddrivelse af administrationsgebyrer, og
2. Bemandingen af de faste nøgleroller var markant lavere hos BroBizz Operatør end hos EFKON.

FF tildelte således kontrakten til BroBizz Operatør.

Efkon klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og nedlagde påstand om, at FF havde handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 1, ved ikke forud for tildelingsbeslutningen at bede BroBizz Operatør om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet (Påstand 1), samt at FF havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør som unormalt lavt (Påstand 2).

Klagenævnet for Udbud indledte sine præmisser med at konstatere, at det ikke er nærmere defineret, hvornår et tilbud er "unormalt lavt", og at dette således vil bero på et konkret skøn fra ordregiverens side, samt at ordregiver har et forholdsvis frit skøn ved denne vurdering.

Efter en gennemgang af udbudslovens § 169 og dennes forarbejder samt af udbudsdirektivet udtaler Klagenævnet for Udbud endvidere blandt andet, at bestemmelsens stk. 3 udtømmende opregner de ganske særlige omstændigheder, hvor en ordregiver har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud. Ud over de i stk. 3 nævnte tilfælde, er der ingen *pligt* for ordregiver til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave.

Klagenævnet for Udbud fandt, at der ikke forelå oplysninger, som gav grundlag for at tilsidesætte FF's skøn over, at tilbuddet ikke forekom unormalt lavt, og at FF derfor ikke var forpligtet til at indhente en redegørelse fra BroBizz Operatør forud for tildelingsbeslutningen.

Herefter udtaler Klagenævnet for Udbud:

Det bemærkes, at de forhold, at der var væsentlig forskel på tilbudssummerne i de indikative tilbud under dialogrunden og i det endelige tilbud fra BroBizz Operatør A/S, og at Fjordforbindelsen Frederikssund på grund af forskellene i tilbudspriserne iværksatte en undersøgelse af, om tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S "forekom" unormalt lavt, ikke i sig selv kan føre til, at en ordregiver er forpligtet til at anse tilbuddet for at forekomme unormalt lavt, eller at Fjordforbindelsen Frederikssund var forpligtet til at indhente en redegørelse i medfør af udbudslovens § 169, stk. 1.

Der var således på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Efkons påstande ville blive taget til følge, og Klagenævnet for Udbud tillagde ikke sagen opsættende virkning.

Kommentar

Det følger af udbudslovens § 169, at forekommer et tilbud unormalt lavt, skal ordregiveren anmode tilbudsgiveren om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Der har været indikationer i EU-Domstolens praksis på, at en ordregiver har en pligt til at undersøge nærmere om et tilbud er unormalt lavt, hvis der er modtaget et tilbud, der er markant lavere end næstlaveste tilbud, jf. EU-Domstolens dom i sag C-599/10 SAG ELV Slovenko.

Klagenævnet fastslår med nærværende kendelse, at ordregivere ikke har en sådan pligt, og dermed ikke er forpligtet til at indhente en redegørelse fra tilbudsgiveren, med mindre tilbuddet ud fra ordregiverens forholdsvis frie skøn er unormalt lavt.

Endvidere er ordregiveren ifølge kendelsen ikke forpligtet men alene berettiget til at afvise et tilbud, der vurderes som unormalt lavt med undtagelse af konkrete tilfælde, der er omfattet af udbudslovens § 169, stk. 3, jf. ovenfor.

Kendelsen viser dermed klart, at en forbigået tilbudsgiver, der ønsker at klage over, at det vindende tilbud er unormalt lavt, som udgangspunkt ikke har en god sag uden for de specifikke tilfælde, der fremgår af udbudslovens § 169, stk. 3.

Link til kendelsen [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 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.