

UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

- HURTIG OPDATERING PÅ EU-UDBUDSRETTE

Nedenfor findes en gennemgang af de mest relevante afgørelser inden for EU-udbudsretten siden vores seneste nyhedsbrev fra maj 2019 samt en overordnet gennemgang af relevante notater fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og et lovforslag om ændring af udbudsloven, som blev fremsat i folketinget d. 3. oktober 2019.

Klagenævnet for Udbud tilsidesætter ordregivers point-tildeling for et kvalitativt underkriterium

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. maj 2019, *Formpipe Software A/S mod Greve Kommune mfl.*

Kendelsen vedrører 12 kommuners (Kommunerne) fælles udbud af en kontrakt om anskaffelse af et IT-system. Kommunernes udbud blev gennemført som et begrænset udbud efter udbudsloven. Tildelingskriteriet var "*Bedste forhold mellem pris og kvalitet*", og følgende underkriterier ville indgå i evalueringen med følgende vægtning:

- Kvalitet (35 %)
- Pris (20 %)
- Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål (20 %)
- Metode og proces (15 %)
- Kontraktlige vilkår (10 %)

Det fulgte bl.a. af den angivne evalueringsmodel, at for underkriterierne "*Kvalitet*", "*Metode og proces*" og "*Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål*" ville der på baggrund af nærmere angivne vurderinger af nogle delkriterier blive foretaget en samlet verbal vurdering for hvert af de kvalitative underkriterier, der således var udtryk for den samlede kvalitative evaluering for underkriteriet. Der ville ved vurde-

ringen blive anvendt en pointmodel, der udmøntede den verbale vurdering af det enkelte underkriterium i et point. Der ville således for hvert enkelt kvalitativt underkriterium blive givet et point ud fra følgende skala:

Vurdering af det kvalitativt tilbudte i forhold til de stillede krav	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	8
Glimrende opfyldelse af kriteriet	7
God opfyldelse af kriteriet	6
Over middel opfyldelse af kriteriet	5
Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel opfyldelse af kriteriet	3
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Ringe opfyldelse af kriteriet 1	1
Dårlig opfyldelse af kriteriet (men konditionsmæssigt tilbud)	0

Ved udløbet af fristen for prækvalifikation havde seks ansøgere anmodet om deltagelse i udbuddet. I overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen blev fem ansøgere opfordret til at afgive tilbud. Ved tilbudsfristens udløb var der indkommet fem tilbud, herunder fra Formpipe Software A/S (Formpipe) og fra Fujitsu A/S (Fujitsu).

Efter gennemførelsen af tilbudsevalueringen meddelte Kommunerne Formpipe, at tilbuddet fra Fujitsu samlet set var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af evalueringsnotatet fremgik bl.a., at evalueringen af tilbuddet fra Formpipe førte til, at underkriteriet *Kvalitet* for tre delkriteriers vedkommende blev bedømt til at have "*en særdeles høj*" opfyldelse, mens tilbuddet fra Fujitsu på de samme delkriterier samlet blev bedømt til at have en "*meget høj*" opfyldelse. Endvidere var der et delkriterium, hvor Formpipe blev bedømt til at have en "*meget høj grad...*" af opfyldelse, mens Fujitsu fik vurderingen "*i en høj grad*". Derudover blev de to tilbudsgivere bedømt meget ens. Uanset de anførte forskelligheder fik Formpipe og Fujitsu begge tildelt 7 point for underkriteriet, *Kvalitet*.

Formpipe indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud og påstod blandt andet, at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Kommunerne havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, idet Kommunerne havde tildelt Formpipe 7 point for underkriteriet *Kvalitet*, på trods af at 99,8 % af alle krav opfyldtes fuldt ud, og Kommunerne i den verbale evaluering kun havde angivet to punkter, som vurderedes negativt. Formpipes nævnte klagepunkt angik således Kommunernes point-tildelingen til Formpipes tilbud for et kvalitativt underkriterium.

Klagenævnet for Udbud udtalte indledningsvist, at det er fast praksis, at ordregiveren udfærdiger en evalueringsrapport, som viser, hvorledes ordregiveren er nået frem til sit evalueringsresultat, og at den bl.a. skal tjene som dokumentation og begrundelse i forbindelse med ordregivers oplysninger til forbigående tilbudsgivere. Evalueringsrapporten skal ikke indeholde en gengivelse af alle detaljer i evalueringen, og

en ordregiver er således ikke forpligtiget til at give en begrundelse for resultatet af evalueringen på delkriterieniveau, medmindre delkriteriet har haft en væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen. Herefter henviste klagenævnet til sin faste praksis om, at ordregivere har en vid skønsmargin i forbindelse med den kvalitative skønsmæssige evaluering af de enkelte tilbud i et udbud, herunder særligt ved bedømmelsen af det antal point, der tildes et tilbud, samt at Klagenævnet for Udbud ikke erstatte ordregiverens skøn med sit eget men alene efterprøver, om grænserne for skønnet er overskredet. Denne sætning gengives i hver eneste kendelse om efterprøvning af en tilbudsevaluering.

I den foreliggende sag forholdt Klagenævnet for Udbud sig imidlertid konkret til tilbudsevalueringen og udtalte, at da den verbale evaluering af Formpipes tilbud og Fujitsus tilbud var forskellig, sammenholdt med at begge tilbudsgivere i evalueringsrapporten fik samme point-score (nemlig 7), uden at kommunerne under klagesagen konkret var fremkommet med en forklaring herpå, var der udsigt til, at klagen ville blive taget til følge på dette punkt, dvs. at dette forhold i sig selv ville føre til en annullation af tildelingsbeslutningen.

Kendelsen tager stilling til Formpipes påstand om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning, men efter at Kommunerne modtog kendelsen, har Kommunerne selv annulleret tildelingsbeslutningen, og Formpipe har tilbagekaldt klagen, hvorfor den foreløbige kendelse om opsættende virkning er den endelige i sagen.

Kommentar

Kendelsen viser, at ordregivere skal være meget omhyggelige med udformningen af evalueringsrapporten, herunder at der er fuld overensstemmelse mellem den verbale vurdering, som udgør begrundelsen for pointtildelingen, og de tildelte point på tværs af alle tilbudsgivere, idet "bordet fanger", hvis denne overensstemmelse ikke findes. Selvom pointgivningen således er korrekt, risikerer den at blive tilsidesat, hvis ordregiveren ikke har sikret sig, at der er overensstemmelse mellem pointene og den verbale begrundelser for pointene, og at dette ikke "kan reddes under en klagesag", da evalueringsrapporten jo netop er ordregivers begrundelse for evalueringens resultat i forhold til forbigåede tilbudsgivere. Ordregiver beder jo næsten om en klagesag, hvis der i evalueringsrapporten er anvendt et ordvalg i forbindelse med begrundelsen for pointene i forhold til en forbigået tilbudsgiver, der indikerer en bedre kvalitativ bedømmelse end den valgte tilbudsgivers tilbud, men pointene dog er ens, således som tilfældet var i den foreliggende sag.

Link til kendelsen [her](#).

EU-Domstolen afsiger dom om adgang for en prækvalificeret virksomhed til at afgive tilbud, efter at denne – efter prækvalificering, men før tilbudsafgivning - har indgået en fusionsaftale med en anden prækvalificeret virksomhed

EU-Domstolens dom af 11. juli 2019, sag C-697/17, *Telecom Italia*

Sagen vedrørte et begrænset udbud gennemført af en italiensk ordregiver (Infratel) på vegne af det italienske ministerium for økonomisk udvikling angående tildeling af offentlige kontrakter om opførelse, vedligeholdelse og drift af et offentligt passivt ultrabredbåndsnetværk i flere italienske regioner.

Der blev indgivet ansøgning om deltagelse i udbuddet af bl.a. selskaberne, *Telecom Italia*, *Metroweb Sviluppo Srl* (herefter "*Metroweb Sviluppo*") og *Enel OpEn Fiber SpA* (herefter "*OpEn Fiber*"), som alle blev prækvalificeret.

I perioden mellem prækvalifikationen og fristen for at afgive tilbud blev der indgået en fusionsaftale, der medførte, at OpEn Fiber ville overtage Metroweb Sviluppo efter fristen for tilbudsafgivelse. Fusionsplanen blev anmeldt til Kommissionen, som besluttede ikke at modsætte sig den.

Metroweb Sviluppo undlod herefter at afgive tilbud. Både OpEn Fiber og Telecom Italia afgav tilbud, hvorefter OpEn Fiber blev tildelt kontrakten. Tildelingen blev anfægtet af Telecom Italia, som anlagde sag ved de italienske domstole. Under sagens prøvelse blev der fremsat et præjudicielt spørgsmål ved EU-Domstolen, hvorefter den forelæggende ret ønskede oplyst (sammentrængt gengivet), om artikel 28, stk. 2, første punktum, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24) skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en prækvalificeret ansøger i forbindelse med et begrænset udbud kan afgive et tilbud, når ansøgeren har forpligtet sig til at overtage en anden prækvalificeret ansøger i henhold til en fusionsaftale, som blev indgået mellem prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud. Artikel 28, stk. 2, første punktum, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24) er sålydende:

Det er kun de økonomiske aktører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, som kan afgive tilbud efter myndighedernes vurdering af de indsendte oplysninger.

EU-Domstolen udtaler, at det af ordlyden af artikel 28, stk. 2, første punktum fremgår, at den økonomiske aktør, der afgiver et tilbud, i princippet skal være den, der er blevet prækvalificeret og henviste til tidligere praksis herom. EU-Domstolen henviste bl.a. til sin dom af 24. maj 2016 i sagen C-396/14, MT Højgaard og Züblin, præmis 40, som forudsætter juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene. EU-Domstolen måtte følgelig afgøre, om virksomheden OpEn Fibers juridiske og materielle identitet var blevet ændret ved, at denne havde øget sin kapacitet gennem erhvervelsen af Metroweb Sviluppo.

EU-Domstolen konkluderede indledningsvist, at kravet om juridisk identitet mellem den prækvalificerede ansøger og den ansøger, der har afgivet tilbuddet, var blevet overholdt, men at der som følge af den kommende fusion ikke var materiel identitet mellem OpEn Fiber på det tidspunkt, hvor selskabet blev prækvalificeret, og dette selskab på tidspunktet for fristen for afgivelse af tilbud.

EU-Domstolen undersøgte herefter, om ligebehandlingsprincippet til trods for denne manglende materielle identitet kunne anses for ikke at være blevet tilsidesat på baggrund af de kriterier, som EU-Domstolen i sin tidligere praksis har opstillet, herunder i dommen i sag C-396/14, *MT Højgaard og Züblin*, præmis 48, hvorefter:

1. den økonomiske aktør selvstændigt skal opfylde de af den ordregivende myndighed fastsatte oprindelige krav, og at
2. denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke må medføre en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

EU-Domstolen udtalte herom, at det ikke er i strid med den ordregivende myndigheds interesser, at en ansøger styrker sin økonomiske og tekniske kapacitet efter prækvalifikationen, som i den foreliggende sag via en fusion.

Mht. kriteriet om at tilbudsgiverens fortsatte deltagelse i udbudsproceduren ikke må medføre en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, bemærkede EU-Domstolen, at der er EU-retlige bestemmelser, der specifikt har til formål at sikre, at en fri og ufordrejet konkurrence på det indre marked ikke trues af fusioner som i sagen. Forudsat at en økonomisk aktør overholder disse specifikke regler, kan det ikke antages, at en aktørs deltagelse i en fusion, der udelukkende har til formål at styrke aktørens økonomiske og tekniske kapacitet, kan medføre en forringelse af de andre tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling. En overtagelse som i sagen skal derfor overholde EU-lovgivningen, navnlig fusionskontrolforordningen (139/2004). Som angivet ovenfor havde Kommissionen truffet afgørelse om ikke at modsætte sig overtagelsen.

Herefter konkluderede EU-Domstolen, at artikel 28, stk. 2, første punktum, i udbudsdirektivet (2014/24) skal fortolkes således, at den, henset til kravet om juridisk og materiel identitet mellem prækvalificerede økonomiske aktører og aktører, der afgiver tilbud, ikke er til hinder for, at en prækvalificeret ansøger i forbindelse med et begrænset udbud om tildeling af en offentlig kontrakt kan afgive et tilbud, når ansøgeren har forpligtet sig til at overtage en anden prækvalificeret ansøger i henhold til en fusionsaftale, som blev indgået mellem prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud og gennemført efter denne afgivelse.

Kommentar

Ved dommen tager EU-Domstolen grundlæggende stilling til samme spørgsmål, som i dommen i sag C-396/14, *MT Højgaard og Züblin*, dog med omvendt fortegn, idet sag C-396/14 vedrører en situation, hvor en prækvalificeret tilbudsgiver ændres ved, at en deltager i det prækvalificerede konsortium udgår af konsortiet, og nærværende sag C-697/17 vedrører den situation, at en prækvalificeret ansøger omvendt fusionerer sig større.

Det er da også de samme kriterier, EU-Domstolen inddrager i sin vurdering under begge sager.

EU-Domstolens analyse er klar og logisk og ikke overraskende og bekræfter, at det ikke strider mod udbudsreglerne, at en prækvalificeret tilbudsgiver under en udbudsproces opkøber en anden prækvalificeret tilbudsgiver og derved styrker sin materielle kapacitet, forudsat naturligvis at dette sker under overholdelse af fusionskontrolreglerne.

Link til dommen [her](#).

Ordregiver havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at have fraveget mindstekrav - Klagenævnet for Udbud lemper på betingelse om "uopsættelighed" pga. klar og alvorlig "fumus", dvs. væsentlig og grov overtrædelse af udbudsreglerne, og tillægger klage opsættende virkning

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. juli 2019, *Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden*

Kendelsen vedrører Region Hovedstadens (RH) udbud efter udbudslovens afsnit II om delkontrakter vedr. levering af anlæg til vask og desinfektion af hospitalsenge, såkaldte "senge-tunnelvaskere", til hospitaler. Klagenævnet for Udbuds kendelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning. RH har efterfølgende annulleret tildelingsbeslutningen, hvorefter klageren har tilbagekaldt klagen, og dermed er kendelsen Klagenævnet for Udbuds afgørelse af klagesagen.

Det fremgik bl.a. af udbudsbetingelserne, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet "*bedste forhold mellem pris og kvalitet*" efter følgende underkriterier:

- Den samlede økonomiske konsekvens (50 %)
- Kvalitet og funktionalitet (50 %)

I vurderingen af de enkelte tilbud ville RH benytte sig af en pointskala fra 0-100.

Det fremgik endvidere af udbudsbetingelserne, at krav angivet som "*A-krav*" var mindstekrav, som skulle opfyldes, for at et tilbud kunne komme i betragtning.

I kravspecifikationen fremgik blandt andet mindstekrav 3.5 i delaftale 1 og mindstekrav 3.4 i delaftale 2, hvorefter de tilbudte systemer skulle foretage en automatisk afbørstning af madrasser, før den egentlige desinfektionsproces blev påbegyndt. Under udbudsprocessen og på baggrund af spørgsmål fra en virksomhed valgte RH at lade mindstekravene 3.5 i delaftale 1 og 3.4 i delaftale 2 udgå af kravspecifikationen.

Kravspecifikationen indeholdt tillige mindstekrav om, at vaskeanlægget skulle kunne håndtere henholdsvis 24 og 48 senge/madrasser i timen, samt at vaskeanlægget skulle have en vasketemperatur på 90°.

RH traf tildelingsbeslutning vedrørende delkontrakt 1 og 2, hvorefter begge delkontrakter blev tildelt Weber Hospital Systems BV (herefter "*WHS*"). Efter den forbigåede tilbudsgiver, Semi-Stål A/S (herefter "*SS*") indgav klage, tilbagekaldte RH tildelingsbeslutningen og foretog efterfølgende en ny tildelingsbeslutning, hvorefter WHS på ny blev tildelt begge delkontrakter. Dette gav anledning til, at SS fremsendte nyt klageskrift vedrørende den nye tildelingsbeslutning.

Det var SS' synspunkt, at RH havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at tildele delkontrakt 1 og delkontrakt 2 til WHS, på trods af at WHS' tilbud var ukonditionsmæssigt (påstand 1), ved at have vurderet tilbuddet fra WHS i strid med udbudsbetingelserne i forhold til kriteriet "pris" (påstand 2), samt ved at have fraveget mindstekravene 3.5 og 3.4 og således ændret et grundlæggende element i udbuddet, jf. udbudslovens § 24, litra 37 (påstand 4), og at tildelingsbeslutningen dermed skulle annulleres (påstand 5).

Som angivet havde SS anmodet om, at Klagenævnet for Udbud tillagde klagen opsættende virkning, og Klagenævnet for Udbud skulle således tage stilling til, om betingelserne herfor var til stede. Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter Klagenævnet for Udbuds praksis (sammenhængt gengivet) som følger:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("fumus boni juris").
2. Der skal foreligge uopsættelighed.
3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning.

Ad betingelse nr. 1 om "fumus boni juris" fandt Klagenævnet for Udbud, vedr. SS' påstand 1, at der i WHS' tilbud var taget et klart forbehold for mindstekravene til blandt andet vasketemperatur på 90°, og at tilbuddet derfor var ukonditionsræssigt. Dette gjaldt, selvom det andetsteds i tilbuddet var bekræftet, at mindstekravene var overholdt. Der var dermed udsigt til, at påstand 1 ville blive taget til følge.

Klagenævnet fandt tillige, at tilbudslisten fra WHS ikke kunne danne grundlag for evalueringen efter de fastsatte kriterier, og at der således var udsigt til, at påstand 2 ville blive taget til følge.

Vedr. påstand 4 henviste Klagenævnet for Udbud til lovbemærkninger til udbudslovens § 2 og til § 24, nr. 37. Klagenævnet for Udbud angav endvidere, at det efter oplysningerne i sagen måtte lægges til grund, at mindstekravene 3.5 og 3.4 om automatisk afbørstning af madrasser var egnet til at udelukke virksomheder fra at afgive tilbud, samt at ændringen af kravet, således at kravet bortfaldt, bevirkede, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt blev udvidet. Ændringen skete med det formål at give WHS mulighed for at afgive tilbud, således som det også efterfølgende skete. Der var herefter udsigt til, at påstand 4 ville blive taget til følge.

Dermed fandt Klagenævnet for Udbud efter en foreløbig vurdering, at der var udsigt til, at annullationspåstanden (påstand 5) ville blive taget til følge.

Ad betingelse nr. 2 om at der skal foreligge uopsættelighed, angav Klagenævnet for Udbud, at SS med henvisning til det, der er anført ovenfor, havde godtgjort, at der forelå en sådan særlig alvorlig "fumus boni juris", at uopsættelighedsbetingelsen også var opfyldt.

Klagenævnet for Udbud fandt endvidere, at en afvejning af parternes interesser førte til, at klagen burde tillægges opsættende virkning

Betingelserne for opsættende virkning var derfor opfyldt, og Klagenævnet for Udbud tillagde derfor klagen opsættende virkning.

Kommentar

Kendelsen er et forholdsvist sjældent eksempel på, at Klagenævnet for Udbud anvender sin mulighed for at lempe på betingelse 2 for at tillægge en klage opsættende virkning (betingelsen om "uopsættelighed"), hvilket er relevant, især når der er udsigt til, at der vil blive givet medhold i en påstand om annullation af

tildelingsbeslutningen, hvor konsekvensen er, at ordregiveren som udgangspunkt efter en sådan afgørelse skal ophæve den indgåede kontrakt, jf. udbudslovens § 185, stk.2.

Kendelsen viser, at det har alvorlige konsekvenser for ordregivere, hvis der ændres på mindstekrav undervejs i en udbudsproces, og at ordregivere derfor bør udvise stor omhu i forbindelse med udarbejdelse af udbudsbetingelserne og ikke bør fastsætte flere mindstekrav end højst nødvendigt, idet disse krav vil være låst fast under hele udbudsprocessen, også selvom eksempelvis "spørgsmål/svar" afdækker, at disse mindstekrav er uhensigtsmæssige og måske vil føre til dyrere tilbud, eller helt kan afskære visse tilbudsgivere fra at afgive tilbud.

Link til kendelsen [her](#).

Ordregivers afklaring af om tilbudsgivers tilbud var i overensstemmelse med krav i udbudsmaterialet samt ordregivers møder med den vindende tilbudsgiver efter afgivelse af endelige tilbud, men inden meddelelse om tildelingsbeslutning, var ulovlig, også selvom der var tale om et udbud med forhandling

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. september 2019, *e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*

Kendelsen vedrører Digitaliseringsstyrelsens udbud med forhandling efter udbudsloven af en kontrakt om udvikling, herunder konvertering, drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af Digital Post (det nuværende e-Boks). Tildelingskriteriet var "bedste forhold mellem pris og kvalitet", idet der ville blive evalueret på følgende underkriterier: 1) Pris (25 %), 2) Løsningens kvalitet (35 %), 3) Metoder, processer og værktøjer (25 %) og 4) Leveringssikkerhed (15 %).

Følgende fremgik af udbudsmaterialet vedr. angivelse af krav som "Krav (k)":

4.3 Krav (k)

"Ved krav (k) forstås et krav, som kan indgå i forhandlingerne med tilbudsgiver, og dermed ændres under forhandlingerne, og som skal være opfyldt i det endelige tilbud. Krav (k) indgår således ikke i tilbudsevalueringen. Det er i udbudsmaterialet angivet, hvilke krav der er krav (k)."

Det fremgik af udbudsmaterialets udkast til kontrakt, at kontrakten i sin helhed var et Krav (k), jf. udbudsbetingelserne."

Om forbehold i det endelige tilbud fremgik endvidere følgende af udbudsmaterialet:

6.2 Om forbehold i det endelige tilbud

[...]

Ved afgivelsen af det endelige tilbud skal tilbudsgiverne tillige opfylde alle krav (k). Endelige tilbud, der indeholder forbehold over for krav (k), vil blive afvist som ukonditionsmæssige.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde blandt andre e-Boks A/S ("e-Boks") og Netcompany IT and Business Consulting A/S ("Netcompany") anmodet om prækvalifikation. Disse to selskaber blev sammen med et tredje selskab prækvalificeret.

e-Boks og Netcompany indgav indledende tilbud, hvorefter Digitaliseringsstyrelsen gennemførte forhandlinger med de to tilbudsgivere.

Begge tilbudsgivere afgav tillige tilbud ved udløbet af fristen for at afgive endelige tilbud den 10. august 2018.

Digitaliseringsstyrelsen henvendte sig herefter til Netcompany med en anmodning om at præcisere og bekræfte, at et forhold i Netcompanys tilbud ikke skulle forstås som et forbehold. Dette bekræftede Netcompany samme dag.

Digitaliseringsstyrelsen og Netcompany havde endvidere afholdt møder om kontrakten efter afgivelse af endelig tilbud, men inden tildelingsbeslutningen blev truffet.

Den 13. november 2018 besluttede Digitaliseringsstyrelsen at indgå kontrakt med Netcompany.

e-Boks indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud over Digitaliseringsstyrelsen, idet e-Boks bl.a. mente, at Digitaliseringsstyrelsen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at holde møder med Netcompany om kontraktens opfyldelse og dermed den udbudte løsning i perioden efter afgivelse af endeligt tilbud og før meddelelse om tildeling (påstand 1), at Digitaliseringsstyrelsen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 5, ved efter tidspunktet for endelig tilbudsafgivelse at have bedt Netcompany om at "præcisere" indholdet af tilbuddet fra virksomheden (påstand 2 sammentrængt gengivet), samt at Digitaliseringsstyrelsen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 2 [5], ved at tildele Netcompany kontrakten, da tilbuddet fra virksomheden var ukonditionsmæssigt (påstand 3 sammentrængt gengivet).

e-Boks fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet for Udbud skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Digitaliseringsstyrelsen annullerede herefter udbuddet og påstod klagen afvist. Klagenævnet for Udbud tog ikke afvisningspåstanden til følge, men behandlede klagepunkterne.

I relation til e-Boks' påstand 1 lagde Klagenævnet for Udbud til grund, at Digitaliseringsstyrelsen havde afholdt møde med Netcompany i perioden efter, at tilbudsgiverne havde afgivet endeligt tilbud, og før tildelingsbeslutningen blev truffet. Klagenævnet for Udbud lagde endvidere til grund, at Netcompany herved havde haft mulighed for at forklare, uddybe og tilpasse det allerede afgivne endelige tilbud. Klagenævnet for Udbud fandt, at forløbet havde haft karakter af forhandling mellem Digitaliseringsstyrelsen og Netcompany.

Klagenævnet for Udbud fandt endvidere, at Netcompany – i modsætning til e-Boks – reelt havde haft mulighed for at forbedre sit tilbud, inden tildelingsbeslutningen blev truffet, idet det ikke kunne udeluk-

kes, at Digitaliseringsstyrelsen ville have ændret sin evaluering, hvis Digitaliseringsstyrelsen ikke havde afholdt møde med Netcompany eller på anden måde haft kontakt til Netcompany. Digitaliseringsstyrelsen havde på den baggrund tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, og Klagenævnet for Udbud tog herefter påstand 1 til følge.

I relation til påstand 2 og 3 gengav Klagenævnet for Udbud indledningsvist ordlyden af udbudslovens § 159, stk. 5 samt relevante uddrag af præmisserne fra EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova. Herefter henviste Klagenævnet for Udbud bl.a. til udbudsmaterialets pkt. 6.2 som givet ovenfor, hvorefter endelige tilbud, der indeholder forbehold over for krav (K), ville blive afvist som ukonditionsmæssige, samt til at det af udbudsmaterialets udkast til kontrakt fremgik, at kontrakten i sin helhed var et krav (k).

Klagenævnet for Udbud fandt således, at Digitaliseringsstyrelsen ikke havde været berettiget til – efter at have modtaget endelig tilbud – at give Netcompany mulighed for at præcisere sit tilbud med henblik på at sikre tilbuddets overensstemmelse med kontrakten. Allerede fordi Netcompanys tilbud gav Digitaliseringsstyrelsen anledning til en sådan tvivl om, hvorvidt samtlige krav (k) var opfyldt i Netcompanys endelige tilbud, at Digitaliseringsstyrelsen fandt det nødvendigt at anmode Netcompany om at præcisere forholdet, burde Digitaliseringsstyrelsen have afvist Netcompanys tilbud som ukonditionsmæssigt. Ved herefter at tildele kontrakten til Netcompany, havde styrelsen handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, og Klagenævnet for Udbud tog herefter påstand 2 og 3 til følge.

Idet Digitaliseringsstyrelsen havde annulleret udbuddet, var der ikke grundlag for at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning.

Kommentar

Det er afgørende, at ordregivere så vidt muligt holder sig fra at have kontakt med tilbudsgiverne i perioden mellem tilbudsafgivelse indtil tildelingsbeslutning er truffet, med mindre der fx er tale om, at en tilbudsgiver har indsendt oplysninger eller dokumenter, der er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller der mangler specifikke dokumenter, jf. ordlyden af udbudslovens § 159, stk. 5.

Ordregiver skal som det alt overvejende udgangspunkt afholde sig fra at søge uklarheder om de endelige tilbuds overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet klarlagt. Sådanne uklarheder er tilbudsgivernes risiko, og eventuelle forbehold må i bedste fald prissættes, hvis dette er muligt, og i modsat fald må tilbuddet afvises som ukonditionsmæssigt for ikke at give tilbudsgiveren en uberettiget fordel. Udbudslovens § 159, stk. 5 kan ikke anvendes til at afklare sådanne forhold i de endelige tilbud.

Link til kendelsen [her](#).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udgivet nye og opdaterede vejledninger vedr. henholdsvis "Evalueringsmodeller – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere" og notatet "Gennemgang af reglerne om dokumentation", så de følger ny lovgivning samt den seneste retspraksis.

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen (KFST) har d. 1. juli 2019 udgivet en opdateret udgave af sin vejledning om "Evalueringsmodeller – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere", som følge af ændringen af udbudslovens § 160 vedrørende krav til beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne (for en gennemgang af lovændringen se evt. vores nyhedsbrev fra maj 2019 [her](#)).

Fremover skal ordregivere fastlægge og beskrive alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, herunder de værktøjer, de benytter til at sammenligne tilbud. Ifølge KFST betyder dette i praksis, at det ikke er lovligt at anvende dele af en evalueringsmodel, hvis delene ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet på forhånd, hvilket således har givet anledning til at opdatere vejledningen. I forbindelse med opdatering af vejledningen er prosamodeller udtaget, da modellen, efter KFSTs viden, ikke benyttes, og da de nye lovbemærkninger til udbudslovens § 160, stk. 1, ikke nævner denne model.

Foruden en opdatering af vejledningen om "Evalueringsmodeller – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere", har KFST d. 28. august 2019 udgivet en opdateret version af sit notat vedr. "Gennemgang af reglerne om dokumentation". Med udgangspunkt i udbudslovens regler om dokumentation gennemgår notatet, hvilken endelig dokumentation ordregivere skal kræve, hvornår dokumentationen skal afleveres samt frister og gyldighedsperiode for dokumentationen og andre problemstillinger relateret til fremlæggelse af dokumentation.

Den hidtidige version af notatet var fra 30. juni 2017. Den nye version af 28. august 2019 indeholder blandt andet:

- Tilføjelser om hvordan ordregiveren kan løfte bevisbyrden for, at der er grundlag for udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde.
- Tilføjelse under gennemgangen af de enkelte dokumentationsformer om dokumentation for teknisk og faglig formåen.
- Tilføjelser om ordregivers undersøgelsespligt
- Opdateringer som følge af ny retspraksis i perioden fra den 30. juli 2017 til og med april 2019, som blandt andet navnlig har haft betydning for spørgsmål om dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde fra enheder, som ansøgere eller tilbudsgivere baserer sig på, dokumentation for self-cleaning samt hvem der skal kræves dokumentation fra vedrørende egnethed.

Link til vejledningen om "Evalueringsmodeller – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere" [her](#).

Link til notat vedr. "Gennemgang af reglerne om dokumentation" [her](#).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggør notat med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) har d. 20. august 2019 på sin hjemmeside offentliggjort et notat med KFST's vurdering af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), m.fl.* og med KFST's vurdering af, hvilke konsekvenser dommen har for offentlige ordregivere.

Dommen omhandler en sag om en rammeaftale om renovation, indsamling og bortskaffelse af affald. EU-Domstolen skulle tage stilling til, om det gamle udbudsdirektiv (2004/18) skulle fortolkes således, at det tillader indgåelse af en rammeaftale, hvor

- 1) en ordregivende myndighed handler i eget navn og på vegne af andre specifikt angivne ordregivende myndigheder, der imidlertid ikke er direkte parter i denne rammeaftale, og
- 2) mængden af de ydelser, som de ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, kan bestille ved deres indgåelse af efterfølgende kontrakter baseret på denne rammeaftale, ikke er fastlagt eller er fastlagt gennem en henvisning til deres sædvanlige behov.

I relation til spørgsmål 1) konkluderede EU-Domstolen (sammentrængt gengivet), at der ikke er krav om, at en sekundær ordregivende myndighed har deltaget i rammeaftalens undertegnelse for efterfølgende at kunne indgå en kontrakt. Det er tilstrækkeligt, at en sådan ordregivende myndighed fremgår som værende en potentiel part i den udbudte rammeaftale ved at være specifikt anført i udbudsdokumenterne, herunder enten i selve rammeaftalen eller i et andet dokument såsom en udvidelsesklausul i udbudsbetingelserne, dog såfremt kravene om offentliggørelse og retssikkerhed og følgelig gennemsigtighed er overholdt.

I relation til spørgsmål 2) konkluderede EU-Domstolen, at de ordregivende myndigheder, der ikke konkret underskriver rammeaftalen, skal fastlægge og oplyse mængden af de ydelser, der kan bestilles, når de indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen. En sådan fastlæggelse kan ikke ske via en henvisning til deres sædvanlige behov.

I sine præmisser til besvarelsen af spørgsmål 2), udtaler EU-Domstolen endvidere, at det følger af direktivets art. 32, stk. 3, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger.

Se link til dommen [her](#), som vi også har gennemgået i vores nyhedsbrev af januar 2019, som kan læses [her](#).

I notatet starter KFST med at vurdere, om dommen, som vedrører fortolkning af det gamle udbudsdirektiv (2014/18), har relevans for fortolkning af det "nye" udbudsdirektiv (2014/24).

Det er KFST's vurdering, at dommen også er relevant for fortolkning af udbudslovens regler om rammeaftaler, samt at dommen også er relevant under forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

KFST giver herefter sin vurdering af, hvad dommen betyder for ordregiveres tiltræden af rammeaftaler indgået af andre ordregivere. Ifølge KFST's vurdering medfører dommen, at når ordregivere tiltræder en rammeaftale med en enkelt økonomisk aktør, som er indgået af andre ordregivere, skal rammeaftalen fastlægge den maksimale mængde af de ydelser, som de tiltrædende ordregivere kan bestille. Angivelse af mængden kan ikke ske blot ved en henvisning til den tiltrædende ordregivers sædvanlige behov. I den forbindelse tilføjer KFST, at det efter KFST's vurdering endvidere vil være tilstrækkeligt for ordregivere at fastsætte den maksimale mængde for de af rammeaftalens omfattede ydelser ved at angive en maksimal samlet værdi af rammeaftalen – det vil også sige, at der ikke er krav om, at angive en separat mængde pr. ordregiver. Det afgørende er, om angivelsen af rammeaftalens samlede forventede værdi sammenholdt med øvrige oplysninger i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt gennemsigtig til, at tilbudsgiverne kan vurdere rammeaftalens indhold og relevans.

I relation til dommens rækkevidde, herunder om dommen har nogen betydning for indgåelse af rammeaftaler generelt, konkluderer KFST, at dommen har betydning for indgåelse og anvendelse af rammeaftaler generelt, herunder både for rammeaftaler med én og med flere økonomiske aktører, både med direkte tildeling og med genåbning af konkurrencen, og at det betyder, at ordregivere skal angive den samlede maksimale mængde/værdi af de af rammeaftalens omfattede ydelser. Når den pågældende mængde/værdi er nået, vil rammeaftalen som udgangspunkt have udtømt sine virkninger. Yderligere træk på rammeaftalen skal derfor betragtes som nye – som udgangspunkt udbudspligtige (i det omfang, de overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi) – kontrakter, medmindre de kan gennemføres ved en lovlig ændring af rammeaftalen.

Angivelse af påtænkte mængder/værdi kan være forbundet med en betydelig usikkerhed. Dog er proportionalitets- og gennemsigthedsprincipperne til hinder for, at ordregiver kunstigt forhøjer rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi i forhold til ordregiverens behov, og ordregiver skal derfor basere den samlede maksimale mængde/værdi på sine konkrete behov for anskaffelser i rammeaftalens løbetid. KFST angiver dog, at de konkrete behov kan tage højde for, hvad ordregiveren forventer at anskaffe (fx baseret på ordregiverens tidligere anskaffelser af lignende ydelser, justeret for forventningerne til fremtiden), tillagt en "usikkerhedsmargin" for uforudsete behov for udvidelser - evt. i form af optioner. Denne "usikkerhedsmargin" må dog ikke være så stor, at det er usandsynligt, at ordregiveren får brug for den i rammeaftalens løbetid.

KFST angiver endvidere i denne forbindelse, at ordregivere også har mulighed for at benytte sig af ændringsklausuler, som giver mulighed for at forhøje rammeaftalens værdi i nogle nærmere angivne situationer. Udbudsreglerne tillader, at en rammeaftale ændres som følge af klare, præcise og entydige klausuler, som er forudset i udbudsmaterialet. Sådanne klausuler må dog ikke ændre rammeaftalens overordnede karakter.

Kommentar

Dommen fra EU-Domstolen understreger, at der ikke er frit slag til blot løbende at udvide en rammeaftales anvendelsesområde i dens løbetid, når blot genstanden for rammeaftalen er den samme. I praksis har en del ordregivere fortolket dette meget lempeligt. Med EU-Domstolens dom er der – som det illustreres ved KFST's notat - sat fokus på, at dette ikke er lovligt og i praksis vil kunne føre til, at der indgås ulovlige kontrakter baseret på rammeaftalerne. Dette svarer til indgåelse af en kontrakt uden forudgående udbud, og sanktionerne for en sådan adfærd vil være den samme, nemlig uden virkning og bøder.

Link til KFST's notat findes [her](#).

Nyt lovforslag om ændring af udbudsloven, herunder udbudslovens bestemmelser om self-cleaning

Erhvervsministeren har d. 3. oktober 2019 fremsat forslag til lov om ændring af udbudsloven i Folketinget.

Forslaget til ændring af udbudsloven er en følge af, at EU-kommissionen har sendt åbningskrivelser til en række lande i EU, herunder til Danmark den 25. januar 2019, om mangelfuld implementering af udbudsdirektivet (2014/24/EU).

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

Dog er der også ændringer, der reelt medfører ændringer i forhold til den nuværende retstilstand. Det foreslås blandt andet som nyt stykke 4 i udbudslovens § 138 at indføre en begrænsning i ansøgere og tilbudsgiveres adgang til at dokumentere deres pålidelighed efter reglerne om self-cleaning. Begrænsningen består i, at adgangen til at gennemføre self-cleaning i medfør af udbudslovens § 138, stk. 1-3 fjernes for ansøgere eller tilbudsgivere, der ved endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer. Adgangen til at dokumentere sin pålidelighed fjernes i den udelukkelsesperiode, der følger af dommen, og adgangen fjernes kun i de medlemsstater, hvor dommen har virkning. I bemærkningerne fremgår det, at en ansøger eller tilbudsgiver, der eksempelvis ved endelig dom er udelukket fra deltagelsen i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer i en periode på to år, i denne toårige periode dermed ikke vil have adgang til at foretage self-cleaning. Når den toårige periode er udløbet, vil den pågældende ansøger eller tilbudsgiver skulle dokumentere sin pålidelighed ved at foretage self-cleaning efter bestemmelserne i § 138, stk. 1-3 for at kunne komme i betragtning til tildeling af en offentlig kontrakt indtil udelukkelsesperioden i § 138, stk. 6, på fire år er udløbet.

Endvidere foreslås det at præcisere udbudslovens § 138, stk. 5 og stk. 6 (som bliver til henholdsvis stk. 6 og stk. 7 som konsekvens af det nye stk. 4 gennemgået lige ovenfor), således at udelukkelsesperioderne på henholdsvis 4 år og 2 år for ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan være længere, hvis dette er fastsat ved endelig dom.

Som forslaget er udformet, vil loven træde i kraft den 1. januar 2020, hvis loven vedtages.

Link til lovforslaget findes [her](#).



LOTTE HUMMELSHØJ
ADVOKAT (L)
LH@NNLAW.DK



SEBASTIAN PEDERSEN
ADVOKAT
SAP@NNLAW.DK

Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på www.nnlaw.dk

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.