

# Udbudsloven år 1 –

## udvalgte kendelser ang. udbudsloven

## Punktnedslag: 3 temaer, som går igen

- › Hvordan skal udbudsbekendtgørelser/udbudsreglerne fortolkes?
- › Hvordan skal kendskab til en tilbudsgivers tidligere forhold bedømmes?
- › Udbudslovens § 185, stk. 2 – gennemslag i klagenævnsspraksis ?

## Hvordan skal udbudsbekendtgørelser/udbudsregler fortolkes?

- › Generelle fortolkningsregler
- › Ordlyds- og formålsfortolkning
- › Hvad er relevant? – og hvornår?

## 21.12.2016 Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune (1/2)

- › Offentligt udbud efter udbudsloven af en rammeaftale – tilbud afvist som ukonditionsmæssigt
- › ”Fumus”-kendelse
- › Rammeaftale indgås for 5 år/3 år med mulighed for forlængelse i 2 år. Evaluering på 5-årig aftale
- › Begrundelse: *”Høje transaktionsomkostninger forbundet med udbud og evt. skift af leverandør”*
- › § 95, stk. 2: Rammeaftales løbetid højst 4 år, dog længere i *”ekstraordinære tilfælde”*
  
- › Spørgsmål 1: Frist regnes fra meddelelse af beslutning om *”tildeling af en kontrakt”*
- › Hvis kun meddelt, hvorfor tilbuddet er uantageligt og standstillperiodens udløb –
- › så løber standstillperioden ikke for tilbudsgiver med *”uantageligt tilbud”*
- › Opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, om *”særlige grunde”*
- › Ordlyds- og formålsfortolkning af *”tildeling af en kontrakt”*

## 21.12.2016 Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune (2/2)

- › Spørgsmål 2: Rammeaftalens varighed
- › Ordregiver: Begrundelse ”*ganske betragtelig og krævende administrativ proces*”, ”*praksis for offentlige udbud på forsikringsydelser*” og uden betydning for spørgsmålet om ukonditionsmæssighed
- › Klagenævnet: Ved ”*fumus*” prøves alle påstande – påstandene er relevante, selv om de ikke angår ukonditionsmæssighed
- › Angående varighed - ”*ikke påvist sådanne ekstraordinære omstændigheder*” –
- › overtrædelse ”*i almindelighed anses for at være af væsentlig betydning*”
- › ”*heller ikke erklæret, at optionerne om forlængelse ikke vil blive udnyttet fuldt ud*”
- › udsigt til medhold i, at udbuddet strider mod § 95, stk. 2
- › Ordlyds- og formålsfortolkning af ”*ekstraordinære tilfælde*”

## 20.12.2016 BF-OKS A/S mod Region Syddanmark

- › Offentligt udbud efter udbudsloven
- › Ordregiver: ”*Datablad leveres sammen med vareprøve i papirform med angivelse af positionsnummer*”
- › Krav i fødevarelovgivning om datablad for andet end mono produkter (rene kødstykker)
- › Klager: Påklæbde etiketter på vareprøverne
  
- › Klagenævnet: Krav om datablad i papirform ”*må forstås således, at der samtidig med afleveringen af vareprøven skulle afleveres et selvstændigt datablad i en papirudgave.*”
  
- › Ordlydsfortolkning - angivelser i udbudsmaterialet ved udbud omfattet af udbudsreglerne skal tages bogstaveligt og efter ordlyden – hér støttet af fødevarelovgivningens krav.

## 7.10.2016 Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S

– er hvid en farve?

- › Offentligt udbud efter udbudsloven
- › Mindstekrav: ”*knoglecementen er farvet*” – men ikke krav om en bestemt farve
- › Det vindende tilbuds knoglecement var hvid
- › Klager: hvid er ikke en farve
- › Ordregiver: I produktblad sondres mellem ”*ufarvet*” og ”*hvid*”
- › Formålet med farven - at kunne skelne cement fra knogle ved revisionskirurgi
- › Klagenævnet:
  - › ”*Henset til formuleringen af kravet og formålet hermed er der herefter ikke grundlag for at fastslå, at Stryker Danmarks tilbud ikke opfyldte mindstekravet.*”
- › Ordlyds- og formålsfortolkning

## 23.11.2016 Dominus A/S mod Region Midtjylland

- › Begrænset udbud efter udbudsloven – laveste pris
  
- › Ordregiver: To rettelsesblade med revision af tilbudslisten samt ændring af løsning, som medførte fradrag i tilbudsprisen (fratrasket automatisk ved udfyldelse)
- › Meget tæt priskonkurrence
- › Klager: De to tilføjede fradrag må ikke medtages i vurderingen, da det ikke står skrevet, hvilken betydning de måtte have for konkurrencegrundlaget
  
- › Klagenævnet: Klart beskrevet, at tilbud evalueres på samlet pris i tilbudslisten – ændringer i rettelsesblade indgår – uanset brug af ordet ”*såfremt*” om ændringerne
  
- › Ordlydsfortolkning



Hvordan skal kendskab til en tilbudsgivers tidligere forhold bedømmes?

## 2.9.2016 Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

- › Udbud med forhandling efter udbudsloven – vedr. prækvalifikation
- › Prækvalifikation på referencer – ” *vurderet i forhold til indholdet og relevansen af referencerne*”
- › Klager var en velkendt (god) leverandør, indholdet af referencerne var ikke beskrevet
- › Klager antog, at ordregiver kendte klagers kvalifikationer fra et andet udbud
  
- › Ordregiver lagde ikke vægt på tidligere erfaringer med tilbudsgiver, som ikke var nævnt i referencerne, og bad ikke i ESPD'en om oplysninger, som der ikke kunne kræves (yderligere) dokumentation for
- › Klagen blev ikke taget til følge
- › Anerkendelsespåstand ”*tilpligte FMI at anerkende at Fayard er prækvalificeret*” afvist af Klagenævnet
- › Ordregiver må ikke inddrage anden kendskab/viden

## 20.4.2016 Backbone Aviation A/S mod Danmarks Meteorologiske Institut

- › Offentligt udbud efter udbudsloven – chartring af fly til isovervågning
- › Klager var hidtidig leverandør, og indgav en klage efter ikke at have fået kontrakten
- › Tildelingsbeslutning tilbagekaldt, men påstand angik annullation af udbuddet –
- › påstand om opsættende virkning forstås som påbud mod ny tildelingsbeslutning
- › Klager: DMI burde have lagt vægt på sine erfaringer med hidtidig udførelse af opgaven
- › Klagenævnet udtalte:
  - › ”skal ske på grundlag af de eventuelle fordele, en hidtidig samarbejdspartner måtte have som følge af det hidtidige samarbejde, skal søges udlignet, således at eventuelle konkurrencefordele, en hidtidig samhandelspartner har, minimeres mest muligt. Det er en *konsekvens heraf og af det almindelige ligebehandlingsprincip, at en ordregiver ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne tilbudsgiver, hvis ikke der er konkret grundlag herfor i det indleverede tilbud.*”

## 13.7.2016 B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen (1)

- › Begrænset udbud efter udbudsloven – spørgsmål om udelukkelse
- › Ordregiver tilvalgt frivillig udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 5, i udbudsbekendtgørelsen
- › ”ordregiver kan påvise, at .. væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt”
- › Ordregiver: Klager har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt og skal derfor udelukkes
- › Klager: Misligholdelse er bestridt og ikke fastslået
- › Samme parter i den tidligere kontrakt. Voldgiftssagen verserer
- › Ordregiver ophævede kontrakten 9.10.2015, voldgiftssag verserer
- › Klagenævnet: Ordregiver har et vist skøn, der indebærer, at ordregiver ikke altid og ubetinget egentligt skal bevise, at tilbudsgiver tidligere har misligholdt, men nærmere have et sagligt grundlag for sine antagelser

## 13.7.2016 B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen (2)

### Klagenævnet:

*”Efter forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, kan Bygningsstyrelsen løfte sin bevisbyrde for, at BNS er omfattet af denne udelukkelsesgrund, hvis der foreligger en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Imidlertid kan ”dokumentation fra egne eller andres erfaringer” efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen...*

*”... Bygningsstyrelsen har påvist, at kontrakten er ophævet på grund af forhold, som efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse ...”*

*endvidere ikke grundlag for at konstatere, at Bygningsstyrelsen ved at udelukke BNS fra udbudsproceduren på grundlag af styrelsens erfaring fra forløbet med ophævelsen af entrepris kontrakten vedrørende KUA 3 har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet”*

Samt forudgående høring uden dokumentation for self cleaning

Udbudslovens § 185, stk. 2 – gennemslag i klagenævnspraksis ?

## 3 Motus-sager

### 4.7.2016

Begrænset udbud efter udbudsdirektiv 2004/18 af en rammeaftale med flere aktører

Prækvalifikation – angiv producent og leverandør (mellemliggende led) af servere - kontrolformål

Motus oplyste IBM – men tilbød Fujitsu

Klart krav om overensstemmelse mellem det oplyste og det tilbudte – nyt krav – ikke forudsigeligt

Kun indgive én ansøgning, men afvisning kun efter konkret vurdering af risiko for konkurrencefordrejning

Klagenævnet:

*”efter prækvalifikation stiller sådanne væsentlige og specifikke krav til producenterne, at en så væsentlig aktør på markedet som IBM som producent ikke kan løfte opgaven”* - har ordregiver ikke givet tilstrækkelige oplysninger i prækvalifikationsfasen

Tildelingsbeslutningen annulleres

## 3 Motus-sager

**14.9.2016**

- › Ordregivers brev af 7.9.2016: De obligatoriske kunder kan stadig trække på rammeaftalen
- › Klager nedlage påstande på ny: Ordregivere må ikke trække på rammeaftalerne som følge af den annullerede tildelingsbeslutning. Klager fremsætter på ny påstande, herunder
  - › - rammeaftaler med de tre valgte leverandører skal bringes til ophør efter **§ 185, stk. 2**
  - › - påbud om at lovliggøre meddelelse om, at rammeaftalerne fortsat kan anvendes
  - › - rammeaftalerne ”uden virkning”, idet grundlæggende ændringer, jf. § 178, stk. 1

Klagenævnet:

Påstandene ikke anbringer til støtte for påstande i første sag og angår ikke erstatning. Udbuddet er afsluttet ved rammeaftalernes indgåelse, og brevet er en efterfølgende begivenhed

På den baggrund afvises klagen, idet de nye påstande forudsætter en ny klage

**31.10.2016** - skønsmæssigt udmålt erstatning



## UfR 2016B.403 Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu en gang

- › Af landsdommer, LL.M. Katja Høegh, Østre Landsret, og landsdommer Kirsten Thorup, Vestre Landsret, næstformænd i Klagenævnet for Udbud
  
- › *”Det har således været en ikke ualmindelig antagelse hos ordregivere, at en annullation af tildelingsbeslutningen, hvis den ikke medførte, at den ordregivende myndighed blev pålagt at betale erstatning, heller ikke i øvrigt havde noget retligt indhold.*
- › *Med udbudsloven er der imidlertid indført en ny regel i udbudslovens § 185, stk. 2, om, at kontrakter som udgangspunkt skal ophæves, når der foreligger en endelig afgørelse fra klagenævnet eller domstolene om annullation af den tildelingsbeslutning, der ligger til grund for kontrakten.*
- › *Den forpligtelse, som påhviler en ordregiver, hvis tildelingsbeslutning er annulleret som ulovlig, er hermed klargjort og lovfæstet.”*
- › For udbud, der er iværksat efter 1. januar 2016, jf. udbudslovens § 196, stk. 2