

Nyt fra udbudsretten

H.P. Rosenmeier

Indledning

- I den begrænsede tid, jeg har fået, har jeg tænkt mig at omtale følgende afgørelser – i prioriteret rækkefølge:
- 1. Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen
- 2. EU-domstolens dom af 24. maj 2016, MT Højgaard og Züblin
- 3. Klagenævnets kendelse af 4. november 2015, Q-Free mod Øresundsbro Konsortiet.

Og bare for at få det med: Klagenævnet for Udbud har indtil nu afsagt to (offentliggjorte) kendelser om anskaffelser, der var eller kunne være omfattet af af udbudsloven, begge om opsættende virkning, dvs. kendelse af 20. april 2016, Backbone mod DMI, og kendelse af 24. maj 2016, Danske Care mod Egedal Kommune (om henholdsvis den skønsmæssige del af tilbudsvurderingen m.m., og om værdien af en anskaffelse nåede op på tærskelværdien efter light-regimet). Disse kendelser skal ikke omtales nærmere her.

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

3

- Angår en tillægskontrakt til en kontrakt om en it-ydelse. Den oprindelige kontrakt var indgået efter et udbud. Tillægskontrakten blev indgået uden udbud, men efter en forudgående profylakse-bekendtgørelse, der var begrundet med, at tillægskontrakten ikke var udbudspligtig, fordi den var dækket af nogle angivelser i den oprindelige kontrakt om mulighed for ændringer. Klagen var indgivet efter standstill-perioden.
- Klagenævnet konstaterede, at tillægskontrakten var udbudspligtig, da den ikke var dækket af nogen ændringsklausul i den oprindelige kontrakt, og da det ingen steder i udbudsmaterialet for den oprindelige kontrakt var beskrevet, at kontrakten kunne blive udvidet til også at omfatte den ydelse, som tillægskontrakten angik. Herved henvist til, at ændringsklausuler klart skal beskrive den mulige ændring, så den har været forudsigelig for tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere. Også henvist til udbudslovens § 179 (der går ud på, at ændringsklausuler skal fremgå af udbudsmaterialet, være klare, præcise og entydige og ikke må ændre kontraktens overordnede karakter).

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

4

- Klagenævnet erklærede desuden tillægskontrakten for uden virkning trods profylakse-bekendtgørelsen. Herved henvist til, at ordregiveren ikke havde udvist fornøden omhu ved sin vurdering af, at tillægskontrakten ikke var udbudspligtig, og at ordregiverens vurdering herom tværtimod var åbenbart urigtig.
- Denne kendelse er interessant på to punkter:
- 1. Kendelsen viser, at klagenævnet nu efterprøver ordregivernes vurdering af tilladeligheden af en profylakse-bekendtgørelse.
- Dette er en ændring af klagenævnets praksis, idet klagenævnet flere gange tidligere har tilkendegivet, at klagenævnet ikke har hjemmel til en sådan efterprøvelse. Men denne holdning hos klagenævnet er altså hermed forladt. Det fremgår, at årsagen er EU-domstolens dom af 11. september 2014, sag C-19/13, Fastweb.

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

5

- 2. Kendelsens rækkevidde:
- En profylakse-bekendtgørelse er altså ikke en guldrandet sikring mod at få en kontrakt erklæret for uden virkning. Men *hvornår* medfører en profylakse-bekendtgørelse så en sådan sikring?
- Det synes at være et svært overskueligt emne. Her følger nogle spredte bemærkninger.
- Ifølge kendelsen skal ordregiveren have udvist »fornøden omhu« ved sin vurdering af kontrakten som ikke-udbudspligtig. Dette er hentet fra Fastweb-dommen, men siger vel egentlig ikke noget i sig selv. I dommen udtalte EU-domstolen også, at ordregiveren skal »kunne vurdere«, at kontrakten ikke er udbudspligtig. Denne formulering giver måske et bedre fingerpeg.

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

6

- På den anden side må der stadig skulle være en realitet i systemet med profylakse-bekendtgørelser. Fremtiden skal vise, hvor stor denne realitet er, men det er måske forsvarligt at forsøge følgende sammenfatning:
- En profylakse-bekendtgørelse fritager kun for at få kontrakten for erklæret for uden virkning, hvis en saglig, kompetent vurdering i det mindste fører til, at det er tvivlsomt, om kontrakten er udbudspligtig, fordi der faktisk kan anføres saglige relevante grunde for, at den ikke er det. En profylakse-bekendtgørelse fritager derimod ikke for at få kontrakten erklæret for uden virkning, hvis det ud fra en saglig, kompetent vurdering er oplagt, at kontrakten er udbudspligtig.
- Eller en mulig sammenfatning: Profylakse-bekendtgørelser fritager kun for sanktionen uden virkning i *grænsetilfældene*.
- Nærmere er jeg ikke i stand til at komme det uden flere afgørelser.

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

7

- Man må endvidere kunne sige følgende: At en tillægskontrakt om en ydelse, og da ikke mindst en it-ydelse, er naturlig og nærliggende, fritager ikke i sig selv for udbudspligt. Udbudslovens § 178-184 indeholder nogle regler om, hvornår ændring af en kontrakt kan finde sted uden udbud, og man kan ikke regne med at komme uden om disse regler bare ved at indrykke en profylakse-bekendtgørelse.
- Hvis fritagelse for udbudspligt som i sagen støttes på en ændringsklausul i en oprindelig kontrakt, skal ændringsklausulen og udbudsmaterialet ved den oprindelige kontrakt *klart, præcist og entydigt* give mulighed for den pågældende ændring, jf. § 179.
- Denne forudsætning var ikke opfyldt i den konkrete sag, tværtimod. Udbudsmaterialet ved det oprindelige udbud indeholdt blot nogle generelt formulerede bemærkninger om mulige ændringer. Desuden var det udtrykkeligt angivet, at udbuddet ikke omfattede den ydelse, som den senere tillægskontrakt angik.

Klagenævnet 4. maj 2016, CGI mod Moderniseringsstyrelsen

8

- Jeg har en fornemmelse af, at der er tradition for statslige tillægskontrakter om it-ydelser uden udbud på grundlag af profylaksebekendtgørelser. Hvis dette er rigtigt, kunne det se ud til, at denne tradition ikke kan fortsætte uændret.
- I virkeligheden er dette måske også i ordregivernes egen interesse. Jeg har set Andreas Christensen refereret for følgende, der da lyder rigtigt nok:
- Hvis en tillægskontrakt indgås uden udbud, er der ingen konkurrence, og den eksisterende leverandør kan suverænt fastsætte prisen på egen hånd. Hvis der derimod iværksættes et udbud om tillægskontrakten, kommer der pludselig konkurrence om prisen m.m.

EU-domstolens dom af 24. maj 2016

9

- Sag C-396/14, MT Højgaard og Züblin.
- Denne dom har næppe den store generelle udbudsretlige interesse. Jeg har imidlertid medtaget den, fordi den angår en dansk sag, der stadig verserer for Klagenævnet for Udbud, og fordi det er klagenævnet, der har forelagt sagen for EU-domstolen.
- Sagen angår et begrænset udbud med forhandling efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv vedrørende et anlægsarbejde. En af de prækvalificerede var et interessentskab bestående af virksomhederne Pihl og Aarsleff. Efter prækvalifikationen og interessentskabets stiftelse gik Pihl konkurs, men interessentskabet afgav alligevel et indledende tilbud.
- Senere tillod udbyderen, at Aarsleff indtrådte som tilbudsgiver i stedet for interessentskabet, uden at Aarsleff som sådan var prækvalificeret. Forelæggelsen for EU-domstolen angår, om dette forhold var i strid med ligebehandlingsprincippet.

EU-domstolens dom af 24. maj 2016

10

- EU-domstolens udtalelser kan efter min vurdering sammenfattes således:
- 1) Der kan ske en ændring som den, der var tale om, hvis ændringen ikke forringer de andre tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling (og hvis den nye tilbudsgiver opfylder betingelserne for prækvalificering).
- 2) På den anden side udtalt, at klagenævnet skulle efterprøve betydningen af nogle omstændigheder i den konkrete sag, dvs. at det indledende tilbud fra interessentskabet ikke var underskrevet af kuratoren i Pihls konkursbo, og at Aarsleff efter Pihls konkurs havde overtaget nogle nøglemedarbejdere fra Pihl.
- Tilkendegivelsen under punkt 1 synes at være i god overensstemmelse med udbudslovens § 147 om ændringer i ansøgers og tilbudsgiveres identitet.
- Det er ikke muligt at vurdere, hvad den efterprøvelse, der omtales under punkt 2, vil føre til. Det er klagenævnet, der skal foretage den, og man må afvente klagenævnets afgørelse herom.

Klagenævnet 4. november 2015, Q-Free mod Øres. Kons.

11

- Udbud efter udbudsdirektivet 2004/18 vedrørende et byggearbejde med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbyderens evalueringsmodel for det økonomiske underkriterium (vægt 35 %) var oplyst i udbudsbetingelserne og gik ud på følgende:
- Tilbuddene fik point efter en lineær skala, sådan at tilbud med tilbudspris 28 mio. kr. fik maksimumpoint og tilbud med tilbudspris 38 mio. kr. fik minimumpoint.
- Højeste tilbudspris var lidt over 29 mio. kr. og laveste tilbudspris lidt under 26 mio. kr. Udbyderen gav tilbuddet med laveste pris maksimum for det økonomiske underkriterium og valgte en anden tilbudsgiver.
- Tilbudsgiveren med laveste tilbudspris klagede til klagenævnet, der tilsidesatte modellen, fordi den ikke tog højde for, at klagerens tilbudspris var lavere end den pris, der gav maksimumpoint, og fordi modellen ikke var egnet til at afspejle den betydelige forskel i tilbudspriserne.

Klagenævnet 4. november 2015, Q-Free mod Øres. Kons.

12

- Efter min fornemmelse ville sagen nok være blevet afgjort på samme måde, hvis den havde været omfattet af udbudsloven.
- Meningen med lovens § 160, stk. 2, over for ordlyden.
- I den berømte RenoNorden-kendelse af 9/1-12 blev anvendt en såkaldt ikke lineær pointmodel, og ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nye vejledning om evalueringsmodeller har en sådan model en tendens til at pege på højere priser, dvs. til at lægge for lidt vægt på lave tilbudspriser.
- Men spørgsmålet er, om danske udbydere ikke burde overveje at gå væk fra pointmodellerne og i stedet gå over til prismodeller, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen reelt også anbefaler. Dette kunne måske afspænde hele emnet evalueringsmodeller. Efter hvad jeg forstår, kan en prismodel også have den fordel, at man slipper for at offentliggøre en alternativ evalueringsmetode på forhånd.

Tak for
opmærksomheden