

LETT

Nyheder på udbudsområdet

14. september 2009

Advokat René Offersen, LETT

Effektiviteten

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke Health Care ApS ctr. Region Hovedstaden:

"En retstilstand, hvorefter en ordregiver i stedet for at annullere udbuddet har den mulighed at træffe en ny beslutning, hvorefter kontrakt på grundlag af udbuddet alligevel ikke skal indgås med den valgte tilbudsgiver, men derimod skal indgås med en anden tilbudsgiver, vil stride mod gennemsigthedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2."

"En sådan praksis vil indebære en latent risiko for en usaglig påvirkning af ordregiveren i strid med EU-udbudsrettens formelle regelsæt, og en sådan praksis vil derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2."

(optaget af egen drift)

Effektiviteten - fortsat

Kontroldirektivets præambel:

"..det er derfor vigtigt, at Kommissionen, når den finder, at der under en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt er begået en klar og åbenbar overtrædelse, kan gribe ind over for medlemsstatens kompetence myndigheder og den pågældende ordregivende myndighed, således at der kan træffes passende foranstaltninger med henblik på hurtigt at bringe enhver påstået overtrædelse til ophør;"

Effektiviteten - fortsat

Kontroldirektivets artikel 2, stk. 6 og stk. 7:

"6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret."

"7. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt."

Effektiviteten - fortsat

- **Kontroldirektivets formål**
- **Stand still-reglerne**
- **Bevisovervejelser**

Underkriterie om jura

Klagenævnet for udbuds kendelse af 14. juli 2009, Updata Danmark A/S ctr. Lyngby-Taarbæk Kommune:

”Indklagede har pligt til at afvise tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer. Dette gælder, uanset at indklagede under dette udbud har opfordret tilbudsgiverne til at angive, hvilke forbehold de tager, og derved – som på anden vis – tilkendegivet, at indklagede vil tage tilbud med forbehold i betragtning. Dersom der ikke er tale om forbehold for grundlæggende elementer, skal indklagede i overensstemmelse med sædvanlig praksis dernæst prissætte forbeholdet. Herved påvirkes de underkriterier, der vedrører »pris« Underkriteriet »15. Forbehold overfor kontrakt« er således ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

Hvad er galt?

Underkriterie om jura - fortsat

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. november 1996, European Metro Group ctr. Ørestadsselskabet om udbud efter forhandling efter forsyningsdirektivet udtales, at tilbudsgiver:

"kan tage forbehold over for alle bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at sådanne forbehold kan være genstand for eventuelle efterfølgende forhandlinger", samt at udbyderen er "ikke som ved offentligt udbud og begrænset udbud forpligtet til at afvise tilbud, som ikke opfylder grundlæggende udbudsbetingelser og heller ikke berettiget hertil." Stadfæstet af Højesteret i UfR 2005.1799H.

Tvivi efter Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. maj 2008, Translift mod DSB (indbragt for domstolene).

Opsættende virkning

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S ctr. Odense Vandselskab A/S:

" Det må i sammenhæng hermed antages, at der generelt er knyttet tungtvejende samfundsmæssige interesser til gennemførelsen af de kontrakter, der udbydes af forsyningsvirksomheder, og som vedrører sådanne virksomheders drift."

Opsættende virkning - fortsat

Klagenævnnsloven (415/2000) § 6, stk. 2:

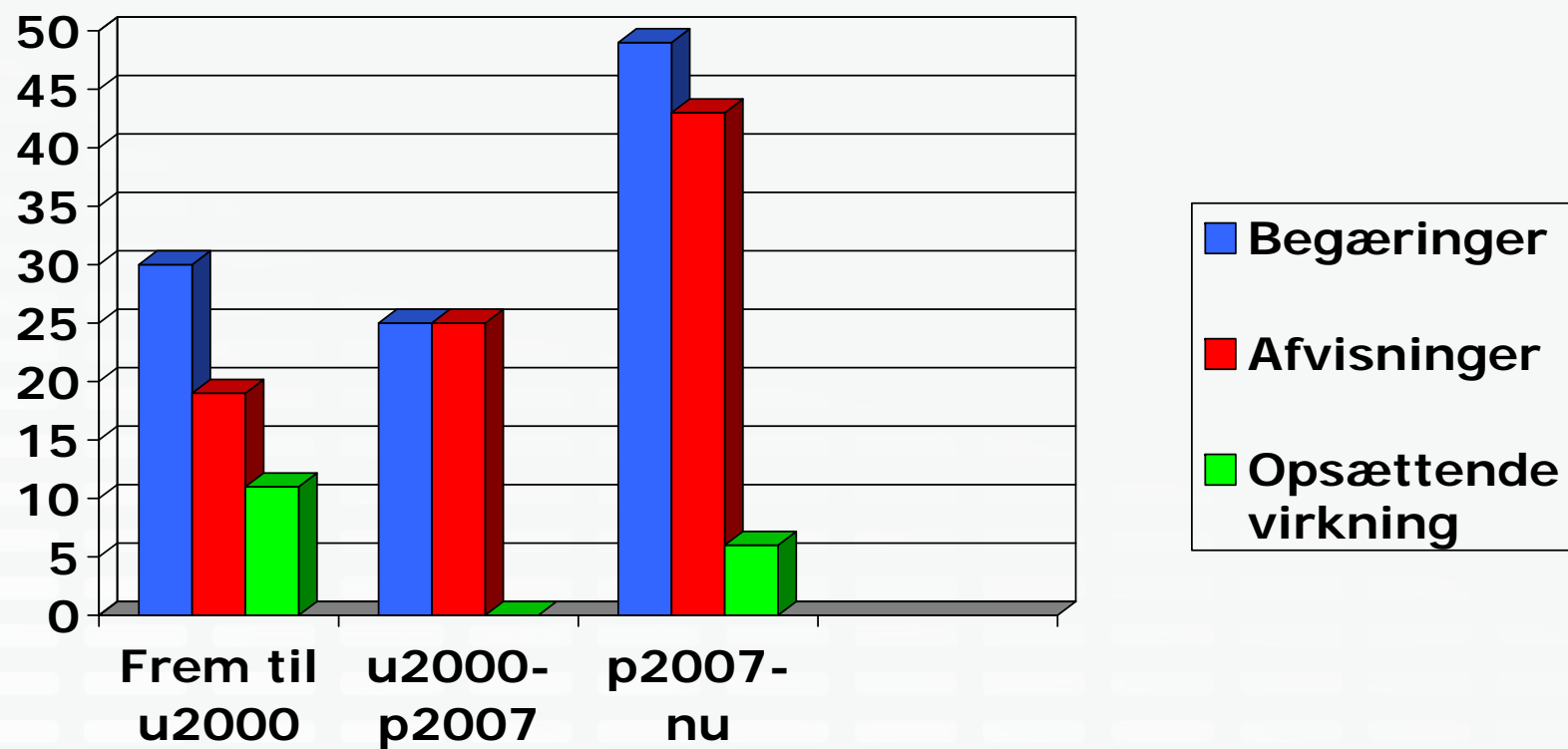
"En klage har kun opsættende virkning, i det omfang dette er fastsat i lovgivningen. Hvor særlige grunde taler derfor, kan nævnet eller formanden på nævnets vegne dog tillægge klagen opsættende virkning."

Forarbejderne til Klagenævnnsloven (FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, sp. 1979:

- Klagenævnet skal "*tage hensyn til overtrædelsens grovhed og følgevirkning*".
- Der skal foretages en "*afvejning af alle de interesse, der er knyttet til sagen samt hensynet til almenvellet*".

Opsættende virkning - fortsat

Klagenævnets brug af opsættende virkning (pr. 14. september 2009):



Opsættende virkning - fortsat

Kendelser, hvor opsættende virkning er tillagt:

- Kendelse af 20. februar 2007, Bangs Gård mod Esbjerg Kommune (ingen begrundelse offentliggjort); annulation
- **Kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune; annulation**
- Kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. (ingen begrundelse offentliggjort); annulation
- Kendelse af 10. april 2008 MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen m.fl. (ingen begrundelse offentliggjort); ikke annulation
- Kendelse af 26. november 2008, NCC mod Vejdirektoratet (ingen begrundelse offentliggjort); annulation
- Kendelse af 10. juli 2009, NCC Constructions Danmark A/S mod Billund Kommune (ingen begrundelse offentliggjort); annulation.

Opsættende virkning - fortsat

Kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg:

"Klagenævnet skal derfor [...] på det foreliggende, foreløbige grundlag vurdere, om

*1. »klagen har noget på sig« eller umiddelbart synes håbløs for klageren [...],
og*

*2. om der foreligger uopsættelighed, det vil sige, om det er nødvendigt at
tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for
klageren.*

3. Desuden skal Klagenævnet foretage en interesseafvejning.

*Såfremt én af de 3 betingelser svigter, vil der ikke skulle træffes bestemmelse
om opsættende virkning."*

LETT