



# Udvælgelse af tilbudsgivere

v/Advokat, Associeret Partner Malene Roose Bagh



Kammeradvokaten  
Advokatfirmaet Poul Schmith



## Problemstilling:

- Sondringen mellem udvælgelses- og tildelingskriterier (underkriterier til det økonomisk mest fordelagtige tilbud)
- I praksis bruges f.eks. følgende formuleringer ofte som tildelingskriterier:

*"De tilbudte nøglemedarbejderes uddannelse og erfaring med tilsvarende ydelser"*

*" Ekspertens påviste erfaring med undersøgelser, som denne har gennem-ført inden for de seneste tre år"*

- Sag C-315/01, GAT, dom af 19. juni 2003



## Udbudsdirektivet

Om egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere

- Artikel 44, stk. 1, jf. betragtning 39:  
*"... en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3."*
- Artikel 48: Teknisk og/eller faglig formåen:  
*"E) Oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen [...] og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlige for udførelsen af tjenesteydelserne eller arbejdet."*



- Om fastsættelse af tildelingskriterier
  - Artikel 53, stk. 1, litra a):  
*"... økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid".*



## Sag C-532/06, Emm. G. Lianakis AE m.fl., dom af 24. januar 2008

Sagens baggrund:

- En græsk kommune gennemførte et udbud af *"udførelse af undersøgelsen af matrikelmåling, byplanlægning og gennemførelse heraf"* i en bydel.
- Udbuddet blev gennemført efter det dagældende tjenesteydelsesdirektiv (Rdir 92/50).
- Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.



*" I udbudsbekendtgørelsen var som kriterier for tildeling af ordren anført i prioriteret orden,*

*for det første, ekspertens påviste erfaring med undersøgelser, som denne har gennemført inden for de seneste tre år,*

*for det andet, konsulentfirmaets personale og udstyr og,*

*for det tredje, evnen til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid, sammenholdt med konsulentfirmaets indgåede forpligtelser og dets videnskabelige potentiale" (præmis 10).*

- Udbudskomiteén fastsatte "... vægtningskoefficienter og underkriterier for de kriterier for tildeling af ordren, der var anført i udbudsbekendtgørelsen" (præmis 12).



- Vægtningen blev fastsat til henholdsvis 60 %, 20 % og 20 %.
- Pointtildeling blev også fastsat.
- Lianakis fik ikke tildelt ordren – indgav klage.
- Det præjudicielle spørgsmål angik den efterfølgende fastsatte vægtning.
- Kommissionen rejste i sit skriftlige indlæg spørgsmålet om lovligheden af de anførte tildelingskriterier.



## Domstolen fastslog:

- Det fremgår af retspraksis, at selv om direktiv 92/50 ikke udelukker, at efterprøvningen af tilbudsgivernes kvalifikationer og tildelingen af kontrakten kan finde sted samtidig, er de to processer ikke desto mindre særskilte og omfattet af forskellige regler (præmis 26).
- Tildelingskriterierne er ikke udtømmende opregnet i artikel 36, stk. 1 i direktiv 92/50 [udbudsdir. art. 53, stk. 1], men de ordregivende myndigheder kan kun vælge kriterier, "*... som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud...*" (præmis 29).
- "*Derfor er de kriterier, der ikke har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ikke omfattet af "kriterier for tildeling af ordren", men er i stedet grundlæggende forbundet med bedømmelsen af tilbudsgivernes evne til at gennemføre den omhandlede kontrakt"* (præmis 30).





- *"I hovedsagen vedrører de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed som "kriterier for tildeling af ordren", imidlertid principielt den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt. Det drejer sig om kriterier, der vedrører tilbudsgivernes evne til at gennemføre denne kontrakt, og som derfor ikke kan kvalificeres som "kriterier for tildeling af ordren" i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 [udbudsdir. art. 53, stk. 1]" (præmis 31).*
- Det konkluderes, at tjenesteydelsesdirektivets bestemmelser er til hinder for, at den ordregivende myndighed *"....tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, ikke som "kriterier for kvalitativ udvælgelse", men som "kriterier for tildeling af ordren" (præmis 32).*



## Praksis fra Klagenævnet for Udbud

- **Kendelse af 23. februar 2001, Kæmpes Taxi og Nordfyns Busser mod Sønderød Kommune**
  - Udbud af kørsel af folkeskoleelever
  - Et af udvælgelseskriterierne var bl.a. *"Liste over de væsentligste leveringer, der er foretaget i de sidste 3 år, deres beløb og tidspunkter samt private eller offentlige aftagere."*
  - Et af tildelingskriterierne var bl.a. *"Reference fra lignende kørsel, herunder overholdelse af leverings- og afhentningstider."*



- Kendelsen:

*”Ved fastsættelsen af udvælgelseskriteriet »Liste over de væsentligste leveringer, der er foretaget i de sidste 3 år, deres beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private aftagere« har indklagede tilsigtet at sikre, at de virksomheder, der skulle have mulighed for at afgive tilbud, generelt har tilstrækkelige erfaringer vedrørende den pågældende tjenesteydelse.*

*Med underkriteriet »Referencer fra lignende kørsel, herunder overholdelse af leverings- og afhentningstider« har indklagede tilsigtet, at der ved valget af tilbudsgiver skal tages hensyn til oplysninger om forløbet af tilbudsgiverens tidligere virksomhed af den pågældende beskaffenhed.*



*Dette underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er således ikke indholdsmæssigt sammenfaldende med det anførte udvælgelseskriterium, og det er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte dette underkriterium.”*

- D.v.s., at der blev lagt vægt på tildelingskriteriets særlige indhold i forhold til identificeringen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.



- **Kendelse af 3. januar 2002, AC-Trafik v/Anders Bødker Christiansen mod Frederiksborg Amt**
  - Udbud af siddende persontransport
  - Et af tildelingskriterierne var bl.a. "*Erfaring med tilsvarende opgaver*"
  - Kendelsen:  
*"Efter den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed er underkriteriet (4) »erfaring med tilsvarende opgaver« egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte dette underkriterium".*
  - D.v.s. ikke nærmere specificeret, at tildelingskriteriet havde et særligt indhold.



- **Kendelse af 11. oktober 2004, Iver C. Weilbach og Co. A/S mod Kort- og Matrikelstyrelsen**
  - Udbud af lagerføring, distribution og salg af søkort m.v.
  - Et af underkriterierne var bl.a. "*Erfaring med markedet for de omhandlede produkter samt distribution af disse.*"
  - Kendelsen:  
*"Det er ikke efter EU-udbudsreglerne udelukket, at et forhold, som i udbudsbekendtgørelsen er fastsat som en kvalifikationsbetingelse ved prækvalifikationen, efter sin beskaffenhed både kan fungere som en minimumsbetingelse, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan prækvalificeres, og tillige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbeting-*



*elserne kan fastsættes som et af flere underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, således at det efterfølgende lovligt kan anvendes som underkriterium ved beslutningen om, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. [...]”*

*Betingelsen er imidlertid, at det pågældende forhold efter sit indhold - ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres - på grund af beskaffenheden af den tjenesteydelse, der udbydes, tillige er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.*

*Den foreliggende sag vedrører udbud af en tjenesteydelse, som skal præsteres over en flerårig periode, og hvor en erfaren medkontrahent vil have stor værdi for indklagede.*



*Tjenesteyderens pålidelighed har således særlig betydning for opgavens udførelse, herunder af hensyn til søfartssikkerheden. Som et blandt flere andre relevante underkriterier kan derfor i den konkrete sag indgå hensynet til, hvor megen relevant erfaring en tilbudsgiver har, uanset at det pågældende underkriterium i almindelighed fremtræder som et udvælgelseskræterium.*

- På den baggrund anerkendte Klagenævnet kriteriet som tildelingskræterium.





- **Kendelse af 13. september 2005, Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen**
  - Udbud af administration af *"Det Sociale Indeks"* (måleværktøj)
  - Et af tildelingskriterierne var bl.a. *"CV'er for så vidt angår tilbudte medarbejderes konkrete erfaring med tilsvarende eller lignende opgaver"*.
  - Kendelsen:
    - Indledningsvis gentages passus om, at det ikke er udelukket, at et udvælgelseskriterium tillige kan anvendes som tildelingskriterium, hvis det også er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (der henvises til kendelse af 2. maj 2000 Uniqsoft 1998 ApS der vedrørte vareindkøb).



*" Den citerede kendelse vedrørte Indkøbsdirektivet, og synspunktet gør sig med desto større styrke gældende i forbindelse med udbud af tjenesteydelser, hvor ydelsen i nogen grad kan relatere sig til medarbejdernes formåen, og hvor kvaliteten af udførelsen af opgaven i visse tilfælde er baseret på, hvilke personer der udfører opgaven.*

*Den udbudte tjenesteydelse er efter sin særlige beskaffenhed netop afhængig af, at de medarbejdere, der konkret skal arbejde med opgaven, har erfaring med tilsvarende eller lignende opgaver, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med udbudsreglerne ved at fastsætte delkriterier om »CV'er for så vidt angår tilbudte medarbej- deres konkrete erfaring med tilsvarende eller lignende opgaver».*



## Hvad betyder dommen?

- EF-Domstolen underkender:
  - *"Ekspertens påviste erfaring med undersøgelser, som denne har gennemført inden for de seneste tre år"*
  - *("... den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt")*
- Klagenævnet har tidligere anerkendt (baseret på GAT-dommen):
  - *"Reference fra lignende kørsel, herunder overholdelse af leverings- og afhentningstider."*
  - *"Erfaring med tilsvarende opgaver."*



- *"Erfaring med markedet for de omhandlede produkter samt distribution af disse."*
- *"CV'er for så vidt angår tilbudte medarbejderes konkrete erfaring med tilsvarende eller lignende opgaver."*



## Særlige forhold ved Lianakis-dommen

- Faktum er sparsomt beskrevet (f.eks. ydelsens karakter, udbuddets tilrettelæggelse, herunder udvælgelseskriterierne).
- Alle underkriterierne er "på grænsen" (pris indgik ikke).
- Formuleringen af kriteriet om erfaring (måske ikke tilførsel af "noget mere" i forhold til udvælgelsen ? Faktum uoplyst).



## Håndtering i den praktiske udbudsverden

- Måske udvise nogen tilbageholdenhed med at anvende "erfaring" som tildelingskriterium ?
  - *"De tilbudte nøglemedarbejderes uddannelse og erfaring med tilsvarende ydelser"*
  - *"Ekspertens påviste erfaring med undersøgelser, som denne har gennemført inden for de seneste tre år"*
- Overvej om formuleringen af et "erfaringskriterium" kan målrettes mere i forhold til selve ydelsen, således at der tilføres bedømmelsen noget mere udover de oplysninger, der kan kræves som led i egnethedsvurderingen.....