



HORTEN

**Oplæg i Dansk Forening for Udbudsret
24. januar 2008**

Klagenævnets praksis i 2007

4 hovedtemaer

- **Erstatning**
- **Evalueringsmodeller**
- **Opsættende virkning**
- **Klagenævnets kompetence**

Erstatning

- ▶ **KLFU - 21. februar 2007.**
MT Højgaard A/S og Skanska Danmark A/S mod Fonden for Frederiksborgcentret–Hillerød
- ▶ **Udløber af KLFU - 3. oktober 2006:**
Fonden for Frederiksborgcentret-Hillerød handlet i strid med bygge- og anlægsdirektivet ved at tildele kontrakt uden EU-udbud.
- ▶ ***Fonden for Frederiksvorgcentret-Hillerød ikke erstatningsansvarlig. Tilbudsgivere ved den begrænsede licitation var som professionelle entreprenørfirmaer med ekspertise på udbudsområdet fuldt ud bekendt med, at licitationen ikke blev afviklet som et EU-udbud, men valgte alligevel at afgive tilbud.***

Erstatning

- ▶ **KLFU - 12. juli 2007**
Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune
- ▶ **Udløber af KLFU – 12. februar 2007:**
Annulation af kommunens beslutning om at indgå kontrakt med Phonic Ear A/S.
- ▶ ***Indklagede havde saglig grund til at annullere det udbud, som sagen angår, idet indklagedes krav til de ønskede produkter ikke var beskrevet tilstrækkeligt i udbudsbetingelserne. Efter tilbuddenes modtagelse kunne eller skulle indklagede således have annulleret udbuddet og iværksat et nyt udbud med udtrykkelig angivelse af indklagedes krav til produkterne. Klagenævnet har ikke grundlag for at gå ud fra, at et tilbud fra klageren under et sådant nyt udbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige bud.***
- ▶ ***Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at pålægge indklagede at betale erstatning til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.***
- ▶ **Københavns Kommune havde ikke valgt at annullere udbuddet!**

Erstatning

- ▶ **KLFU - 20. August 2007**
Dansk Industri, ISS Facility Services m.fl. mod Silkeborg Kommune
- ▶ ***Kommunen havde handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have annulleret udbuddet ud fra formodninger om, at den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ikke ville opfylde krav mht. rengøringens standard samt arbejdsmiljømæssige forhold.***
- ▶ ***Da Kommunen havde haft mulighed for lovligt at annullere udbuddet, var der ikke grundlag for at tildele klagerne hverken negativ kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse.***

Erstatning

- ▶ **KLFU – 4.december 2007**
Magnus Informatik mod SKAT
- ▶ **Udløber af KLFU – 13. juli 2007:**
Annulation af SKAT's beslutning om at indgå kontrakt med Thomson.
- ▶ **2 dommere:**
Positiv opfyldelsesinteresse, da SKAT valgte at indgå kontrakt med Thomson, uanset at SKAT ved en professionel og kvalificeret vurdering af Thomsons tilbud ville have konstateret, at dette ikke levede op til funktionskravene i udbudsbetingelserne.
- ▶ **1 dommer:**
Kun negativ kontraktinteresse, da SKAT efter en professionel og kvalificeret vurdering af tilbudene ville have haft en saglig grund til at annullere udbudet. Klager har således ikke ført bevis for, at der er påført klageren et tab opgjort til klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Evalueringsmodeller

- ▶ **KLFU – 12. februar 2007**
Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune
- ▶ ***Tildeling af points for tilbuddenes opfyldelse af i hvert fald de kvalitative underkriterier skal ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden. Klagenævnet har ikke i denne sag anledning til at tage stilling til, om dette også gælder for underkriteriet pris.***
- ▶ ***Overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip uanset om overtrædelsen havde indflydelse på tildelingsbeslutningen.***

Relative Pointsystemer – 1. eksempel

Tilbud	Pris (50%)	Kvalitet (30%)	Leverings- sikkerhed (20%)	Totalpoints	Rang- orden
A	450 = 10 (5)	7 (2,1)	7 (1,4)	8,5	3
B	500 = 9 (4,5)	10 (3)	9 (1,8)	9,3	1
C	550 = 8,18 (4,09)	10 (3)	10 (2)	9,09	2

Relative Pointsystemer – 2. eksempel

Tilbud	Pris (50%)	Kvalitet (30%)	Leverings- sikkerhed (20%)	Totalpoints	Rang- orden
A	200 = 10 (5) p	3 (0,9) p	3 (0,6) p	6,5 p	3
B	500 = 4 (2) p	10 (3)	9 (1,8) p	6,8 p	2
C	550 = 3,3636 (1,8181) p	10 (3)	10 (2)	6,8181 p	1

Evalueringsmodeller

- ▶ **KLFU – 29. august 2007**
Sectra A/S mod Region Syddanmark
- ▶ **Rangordning af tilbuddene, således at bedste tilbud havde fået 5 points, næstbedste 4 points osv.**
- ▶ ***Region Syddanmark overtrådt udbudsdirektivets art. 2 ved at have tildelt tilbuddene points udelukkende på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.***

Evalueringsmodeller

- ▶ **KLFU – 7. november 2007**
SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbane og færge
- ▶ **Den anvendte evalueringsmodel indebærer, at tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden, for så vidt angår underkriteriet pris.**
- ▶ ***En sådan model kan under mere ekstreme forudsætninger føre til resultater, som muligt objektivt er uhensigtsmæssige, og som i hvert fald virker uigennemsigtige for tilbudsgiverne.***
- ▶ ***På baggrund af oplysningerne om den vurdering af tilbuddene, som indklagede foretog under det aktuelle udbud, er det Klagenævnets vurdering, at vurderingsmodellen vedrørende underkriteriet »A. Pris« ikke under det aktuelle udbud gav problemer med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der kan således ikke fastslås nogen overtrædelse af de fællesskabsretlige regler vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.***
- ▶ **Overensstemmelse med kendelsen i Dansk Høreteknik?**

Opsættende virkning

- ▶ **KLFU - 20. februar 2007**
**Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård mod Esbjerg
Kommune**
- ▶ **Indklagede havde undladt at gennemføre EU-udbud, selv
om værdien af kontrakten oversteg tærskelværdien**
- ▶ **Klage tillagt opsættende virkning!**

Opsættende virkning

- ▶ **KLFU – 16. oktober 2007**
Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune
- ▶ **Flere overtrædelser af udbudsreglerne**
- ▶ **Klage tillagt opsættende virkning**
- ▶ **KLFU om betingelserne for at tillægge klage opsættende virkning:**
 - ▶ **1: Har Klagen *noget på sig* eller synes den *umiddelbart håbløs for klageren* (»*Fumus boni juris*«).**
 - ▶ **2: Foreligger der *uopsættelighed*, det vil sige, er det *nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for klageren.***
 - ▶ **3: *Klagenævnet skal foretage en interesseafvejning.***

Klagenævnets kompetence

- ▶ **KLFU – 22. februar 2007**

Platech Arkitekter mod Rødding Kommune

- ▶ **2 dommere:**

Offentlige ordregivere er, selv om udbudsdirektivet ikke finder anvendelse på grund af reglerne om tærskelværdier, forpligtet til at overholde principper og retsakter, der afledes af EF-traktaten, og Klagenævnet har kompetence til at prøve sådanne spørgsmål

Da der herefter ikke er spørgsmål om, at indklagede har overtrådt EF-traktaten og retsakter udstedt i medfør heraf, har klagenævnet ikke kompetence i sagen.

- ▶ **1 dommer:**

Klagenævnet er kompetent til at behandle sager om overtrædelse af fællesskabsretten, herunder overtrædelser af traktatens overordnede principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

Indklagede har ikke truffet sin afgørelse efter en tilstrækkelig gennemsigtig procedure.

Klagenævnets kompetence

- ▶ **KLFU – 4. juli 2007**
Dansk Taxi Råd mod Nordjyllands Trafikselskab
- ▶ ***Klagenævnet har efter lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af fællesskabsretten begået i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, herunder overtrædelse af Udbudsdirektivet, men Klagenævnet har hverken kompetence til at tage stilling til indholdet af de kontrakter, der indgås på grundlag af EU-udbudene, eller kompetence til at tage stilling til tvister mellem offentlige ordregivere og deres kontraktsparter om indholdet af de indgåede kontrakter eller om de offentlige ordregiveres måde at administrere de indgåede kontrakter på.***
- ▶ ***Da klageren ved sin klage ønsker Klagenævnets stillingtagen til indholdet af kontrakt A, og til en tvist mellem indklagede og kontaktparterne om, hvilke forpligtelser der efter de indgåede kontrakter A i kontraksperioden påhviler indklagede, afviser Klagenævnet klagen.***

Klagenævnets kompetence

- ▶ **KLFU – 18. september 2007**

P.Kortegaards Planteskole A/S mod Kolding Kommune

- ▶ *Tilbudsloven finder alene anvendelse på bygge- og anlægsarbejder, og hverken en privat eller – som i dette tilfælde – en offentlig udbyder kan udstrække loven, så den finder anvendelse uden for dette område med den følge, at Klagenævnets kompetence derved udvides til at omfatte andet end bygge- og anlægsarbejder omfattet af loven. Da den omhandlede licitation vedrører en vareleverance, kan Klagenævnets kompetence ikke udledes af Tilbudsloven.*

- ▶ *Det fremgår af fast retspraksis, jf. senest EF-domstolens dom af 14. juni 2007 i sag C-6/05, Medipac-Kazantzakis, at fælleskabsrettens almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed også gælder udbud, hvis værdi ligger under Udbudsdirektivets tærskelværdier.*

Klagenævnet har således kompetence til at tage stilling til konkrete påstande om, at disse principper er overtrådt i forbindelse med »indgåelse af offentlige kontrakter«, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, litra 1, jf. stk. 2.

Klagenævnet har ligeledes kompetence til at besvare spørgsmål 8, der vedrører overholdelse af traktatens bestemmelser om varernes frie bevægelighed under licitationen.

Klagenævnets kompetence

- ▶ **KLFU – 17. oktober 2007**

Triolab A/S mod Region Hovedstaden

- ▶ ***Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver indklagede mulighed for et vist skøn inden for de fastsatte underkriterier. Klagenævnet har ikke grundlag for generelt at tilsidesætte dette skøn og erstatte det med sit eget. Dette gælder, uanset at kun 2 tilbud blev betragtet som konditionsmæssige.***

Klagenævnet tager derfor ikke stilling til påstanden.

Klagenævnets kompetence

- ▶ **KLFU – 14. januar 2008**
LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S
- ▶ ***Det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om indklagede har handlet i strid med bestemmelserne i Forvaltningslovens kapitel 2 om speciel inhabilitet.***

Det ligger derimod inden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip er overtrådt.

Der kan imidlertid ikke af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip udledes detaljerede forskrifter for, hvornår der hos ordregivere foreligger EU-udbudsretlig »speciel inhabilitet«. En tilbudsgivers mulighed for at få Klagenævnets vurdering i relation til speciel inhabilitet hos en ordregiver skal således ske ved, at tilbudsgiveren anmoder Klagenævnet om på baggrund af de foreliggende oplysninger om forhold, der karakteriseres som speciel inhabilitet hos ordregiveren, at vurdere, om den beslutning om prækvalifikation eller den beslutning om at indgå kontrakt, der er truffet, på grund af disse forhold hos ordregiveren i forhold til klageren og/eller andre tilbudsgivere indebærer en tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

- fortsættes

Klagenævnets kompetence

- ▶ ***Ved påstand 1 – 4 har klageren alene anmodet Klagenævnet om at tage stilling til tilrettelæggelsen af arbejdet hos indklagede i forbindelse med gennemførelsen af det aktuelle udbud. En stillingtagen til disse påstande, uden at Klagenævnet samtidig skal foretage en vurdering af, hvilken betydning de påberåbte forhold har haft på indklagedes materielle beslutninger, og i fortsættelse heraf en vurdering af, om de påberåbte forhold skal medføre, at beslutningerne skal annulleres, ligger imidlertid uden for den kontrol med overholdelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingprincip i relation til speciel inhabilitet hos ordregivere, som det påhviler Klagenævnet at foretage. Klagenævnet afviser derfor påstand 1- 4.***

Afslutning

Advokat Andreas Christensen

Advokatfirmaet Horten

Direkte telefonnummer: 77 30 42 26

E-mail: ac@horten.dk

