



Aktuel udbudsretlig praksis

Dansk Forening for Udbudsret | 22. september 2016

Aktuel udbudsretlig praksis | Udvalgte emner

- 1 Opsættende virkning
- 2 Udbudspligtige (tillægs-)kontrakter | Anvendelse af profylakse-bekendtgørelse
- 3 Forudgående offentliggørelse af bedømmelsesmetode

01. Opsættende virkning

Opsættende virkning

Ud af årets hidtil 27 offentliggjorte afgørelser fra Klagenævnet for Udbud i sager med påstande om opsættende virkning er der i **2 sager** truffet beslutning om opsættende virkning:

- (1) Kendelse af 28. juni 2016, Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd mod Thyborøn-Agger Færgeoverfart
- (2) Kendelse af 28. juli 2016, Ucplus mod Esbjerg Kommune m.fl.

De kumulative betingelser for opsættende virkning er:

- (1) **Fumus bonis juris**
- (2) **Uopsættelighed**
- (3) **Interesseafvejning**

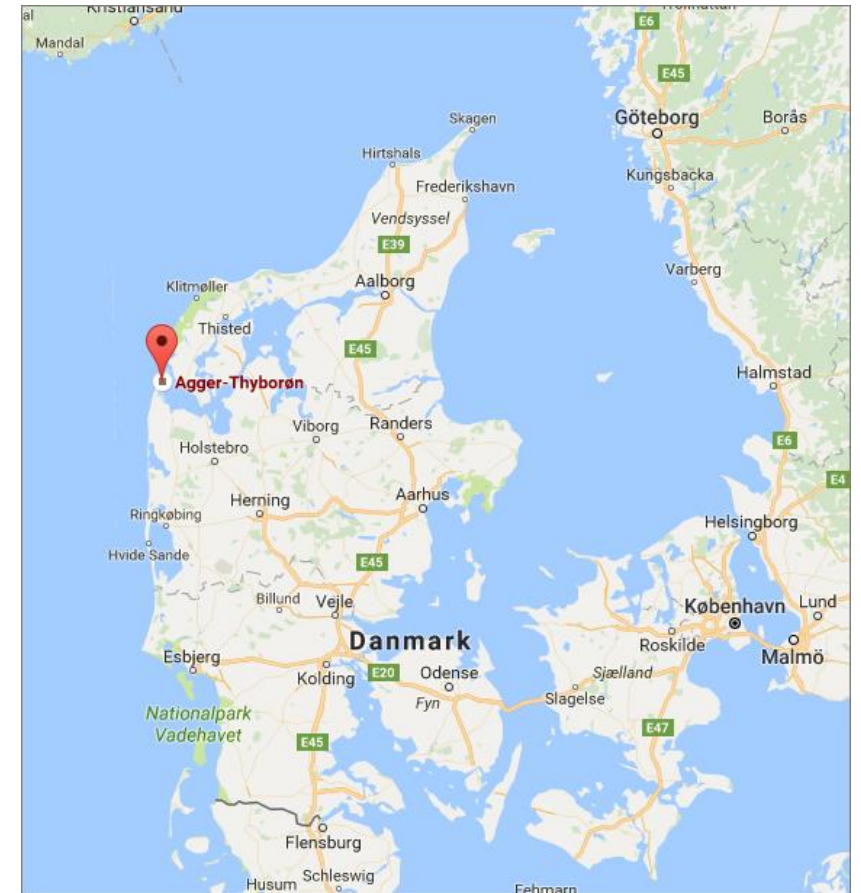
Thyborøn-Agger overfarten

Begrænset udbud om ny færge til Thyborøn-Agger overfarten

Konsortiet Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd blev ikke prækvalificeret

Konsortiet klagede til Klagenævnet for Udbud og anførte, at indklagede havde handlet i strid med principperne om **ligebehandling**, **ikke-forskelsbehandling** og **gennemsigtighed** ved ikke objektivt at bedømme konsortiets påberåbte referencer

Anmodning om **opsættende virkning**



Thyborøn-Agger overfarten | Opsættende virkning

Klagenævnets delafgørelse af 12. maj 2016

1) Fumus bonis juris

Ved evalueringen lagde ordregivers tekniske rådgiver bl.a. vægt på sit **hidtidige kendskab til ansøgerne**.

Vi har vurderet alle ansøgere så objektivt som muligt, dels ud fra det modtagne materiale, og dels ud fra det kendskab vi har til de enkelte ansøgere.

Dette blev anset for i strid med kravet om, at ”en ordregivers evaluering af de modtagne ansøgninger skal ske på grundlag af de enkelte ansøgningers indhold”.

2) Uopsættelighed

Klager kunne ikke få negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse.

3) Interesseafvejning

Det var ikke oplyst, at eventuel forsinkelse med levering af færgen ville få væsentlig betydning for ordregiver.

Materiel afgørelse: Kendelse af 28. juni 2016 – beslutningen om prækvalifikation blev annulleret.

02. Udbudspligtige (tillægs-)kontrakter | Profylakse bekendtgørelse

Udbudspligtige (tillægs-)kontrakter | Baggrund

EU-udbudsretten anerkender ændringsklausuler, såfremt klausulen beskriver, **hvornår** og **hvordan** ændringen kan finde sted. Dette skaber den fornødne **gennemsigtighed** for tilbudsgiver om mulige ændringer. En tilstrækkelig klar ændringsklausul sikrer, at en ændring sker ”**i medfør af kontrakten**”.

Ved ændringer af kontrakten (og ikke i medfør af den), er det afgørende, **om ændringen er væsentlig** eller uvæsentlig (svarende til udbudslovens § 179):

- Væsentlig ændring: Nyt udbud påkrævet
- Uvæsentlig ændring: Kan gennemføres uden nyt udbud

CGI Danmark mod Moderniseringsstyrelsen

Klagenævnets kendelse af 4. maj 2016

Tillægskontrakt om IT-ydelser indgået uden udbud mellem Moderniseringsstyrelsen og CSC Danmark A/S.

CGI Danmark A/S klagede til Klagenævnet for Udbud.

2009: Ordregiver indgik efter udbud kontrakt med CGI om HR-Løn

2012: Ordregiver indgik efter udbud kontrakt med CSC om Statens Lønssystem (SLS)

2015: Ordregiver indgik **uden udbud** tillægskontrakt med CSC om implementering af HR-Løn i SLS. Forinden havde ordregiver offentliggjort en **profylakse-bekendtgørelse** herom.

CGI klagede til Klagenævnet med henvisning til, at tillægskontrakten ikke kunne indgås uden udbud. CGI nedlagde bl.a. påstand om, at tillægskontrakten skulle erklæres for "uden virkning".

Uberettiget indgåelse af kontrakt uden udbud

Først behandlede Klagenævnet, om ændringen var sket i medfør af kontrakten:

- Tillægskontrakten vedrørte HR-løn, som ikke var en del af udbuddet af SLS eller en del af den indgåede SLS-kontrakt.
- Klagenævnet konstaterede, at tillægskontrakten ikke var en ændring ”som følge af klare, præcise og entydige klausuler, der fremgik af udbudsmaterialet”.

Derefter undersøgte Klagenævnet, om ændringen var væsentlig eller uvæsentlig:

- Ordregiver havde ikke gjort gældende, at ændringen var uvæsentlig. Kontraktværdien var omtrent 29 mio. kr.
- Klagenævnet konstaterede, at **ændringen var væsentlig**, hvorfor tillægskontrakten skulle have været konkurrenceudsat ved fornyet udbud.

Profylakse-bekendtgørelse

Tillægsaftalen blev erklæret uden virkning på trods af den offentliggjorte profylakse-bekendtgørelse.

En ordregiver kan sikre sig mod, at en kontrakt, der er indgået uden udbud, bliver erklæret uden virkning, hvis:

- (1) Ordregiveren forinden har indrykket profylakse-bekendtgørelse,
- (2) Ordregiveren har overholdt 10 dages stand-still perioden, og
- (3) Ordregiveren har fundet, at kontrakten ikke er udbudspligtig.

Betingelse nr. 1 og 2 var opfyldt i sagen.

Profylakse-bekendtgørelse | ”Fornøden omhu”?

Klagenævnet fandt, at betingelse nr. 3 ikke var opfyldt. Tillægskontrakten kunne ikke indeholdes i SLS-kontrakten. Det centrale spørgsmål var, om ordregiver havde udvist **fornøden omhu** ved sin vurdering af udbudspligten.

Ordregiver havde modtaget et notat fra sin eksterne advokat. Af fremlagte uddrag heraf fremgår:

”På baggrund af de ovenfor fremhævede forhold vil det umiddelbart være nærliggende, at en videreudvikling af SLS-systemet, således at funktionaliteten fra HR-løn implementeres heri, må anses for at være en ændring i medfør af SLS-kontrakten.”

Klagenævnet fandt, at udtalelsen **indeholdt forbehold**, som medførte, at ordregiver ikke var bestyrket i en antagelse om, at tillægskontrakten kunne indgås uden udbud. Ordregiver havde ikke udvist ”den fornødne omhu”, og ordregivers vurdering blev betegnet som **”åbenbar urigtig”**.

Tillægskontrakten blev erklæret uden virkning med virkning for fremtiden.

Endvidere blev en **økonomisk sanktion** på 250.000 kr. pålagt ordregiver.

C-19/13, Fastweb ændrede praksis

Tidligere praksis tyder på, at Klagenævnet ikke fandt at have hjemmel til at **tilsidesætte ordregivers vurdering** af, om kontrakter er udbudspligtige.

CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen ændrer en sådan praksis.

C-19/13, Fastweb

Præjudicielt spørgsmål om betingelserne for kontrakter indgået uden udbud, der berettiger uden virkning sanktionen. EU-domstolen udtalte i dom af 11. september 2014 (præmis 50):

”Den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, er i forbindelse med sin kontrol forpligtet til [...] at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu ...”

Herefter indgår der i den tredje betingelse om ordregivers vurdering en pligt for ordregiver til at udvise fornøden omhu – hvilket Klagenævnet kan (og skal) efterprøve.

03. Offentliggørelse af bedømmelsesmetode

C-6/15, TNS Dimarso

EU-domstolens dom af 14. juli 2016

EU-udbud om en undersøgelse af boliger m.v. i den belgiske region Flandern med tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige bud.

Ordregiver var regionen Flandern. TNS Dimarso NV var en forbigået tilbudsgiver.

TNS Dimarso klagede til de belgiske myndigheder, der forelagde et **præjudicielt spørgsmål** til EU-domstolen om, hvorvidt bedømmelsesmetoden ved udbud med tildelingskriteriet ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” skal offentliggøres på forhånd, eller kun såfremt denne er usædvanlig og ikke kan forudses.

EU-domstolen udtalte, at det tidligere udbudsdirektiv (2004/18) og EU-domstolens praksis **ikke** pålægger pligt til at offentliggøre bedømmelsesmetode på forhånd. Dette er begrundet i en række praktiske hensyn, hvorefter ordregiver skal kunne tilpasse sin bedømmelsesmetode i forhold til den enkelte sags omstændigheder.

C-6/15, TNS Dimarso | Betydning i dansk ret

Den danske **udbudslovs § 160** bestemmer, at ordregiver i udbudsmaterialet skal ”beskrive evalueringsmetoden”. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udtalt sig om forholdet mellem dansk ret og TNS Dimarso-dommen:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 21. juli 2016:

- Styrelsen har tidligere vurderet, at udbudslovens § 160 finder analog anvendelse på tilbudslovens bestemmelser om **licitationer**. Efter dommen finder Styrelsen, at dette ikke er tilfældet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 4. august 2016:

- Indkøb efter **udbudslovens afsnit III og IV** skal ikke ledsages af beskrivelse af bedømmelsesmetode (dvs. udbud under light-regimet og udbud under tærskelværdierne men med klar grænseoverskridende interesse).

Spørgsmål?

Kontakt os



Erik Kjær-Hansen

Partner | EU- & Konkurrenceret
ekh@gorrissenfederspiel.com

D (+45) 33 41 41 36

M (+45) 30 18 87 27

www.gorrissenfederspiel.com

