

Nyt fra udbudsretten

H.P. Rosenmeier

Sortimentsudbud

- Klagenævnets kendelse af 10. januar 2017, Bent Brandt mod KomUdbud.
- Sortimentsudbud om udstyr til storkøkkener. Konstateret, at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi udbyderen efter tilbuddet måtte lægge til grund, at nogle tilbudte køle- og fryseskabe ikke opfyldte kravene.
- (Realiteten var tilsyneladende, at skabene opfyldte kravene, og at tilbudsgiveren blot havde givet nogle forkerte kataloghenvisninger m.m. i tilbudslisten).
- Sagen gav mig anledning til følgende »filosofi« i kommentaren: Det er formentlig umuligt at undgå fejl i tilbuddene ved sortimentsudbud. Måske skulle der anlægges en relativt smidig og pragmatisk holdning til sådanne fejl, men fokus på, om de har medført tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller fare for det.

Sortimentsudbud

3

- Nogen tid efter fik jeg følgende henvendelse fra en kommunal udbudsjurist:
- Han var enig i, at det er umuligt at undgå fejl ved sortimentsudbud.
- Han stod foran at deltage i gennemførelsen af et sortimentsudbud, og han havde tænkt sig, at kommunen kunne gøre følgende:
- Efter tildelingen af kontrakten rekvirere et produktkatalog fra den valgte tilbudsgiver og gennemgå tilbuddet og produktkataloget omhyggeligt med henblik på at finde eventuelle fejl i tilbuddet. Derefter give tilbudsgiveren lejlighed til at udskifte eventuelle ukonditionsmæssige varer i tilbudslisten med konditionsmæssige varer til samme pris.
- Hvad mente jeg om dette?

Sortimentsudbud

- Jeg svarede følgende – uden garanti eller erstatningsansvar !
- Hvis det skal holde i klagenævnet, skal det vel gøres for alle tilbudsgivere og kun i begrænset omfang. Men det lyder fornuftigt, og hvis det er ens for alle tilbudsgivere, er risikoen for klager vel beskeden. (Nu bagefter kan jeg se, at jeg svarede ved siden af).
- Ikke længe efter kom klagenævnets kendelse af 3. marts 2017, Mediq mod Aalborg Kommune:
- Sortimentsudbud om medico-udstyr. Før tildelingsbeslutningen tillod udbyderen nogle tilbudsgivere at slette poster i tilbudslisten, der ikke var udfyldt i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav (om enhedsstørrelse m.m.). Klagenævnet fandt, at dette ikke var en overtrædelse og udtalte bl.a. (sådan må det forstås), at der var tale om en teknisk afklaring med henblik på at afklare, hvilke positioner der skulle udgå, og at tilbudsgiverne havde ikke fået mulighed for at forbedre deres tilbud.

Sortimentsudbud

5

- Denne afgørelse er vel udtryk for velvillighed over for fejlrettelser ved sortimentsudbud, måske netop udtryk for den pragmatiske og smidige holdning, jeg foreslog.
- Men den accepterer ganske vist kun sletning af forkert udfyldte poster i tilbudslisten, ikke rettelse af dem til at opfylde udbudsbetingelsernes krav.
- Og hvad skal man mene om idéen om kun at gennemgå det valgte tilbud for fejl i tilbudslisten og tillade tilbudsgiveren at rette dem?
- Jeg må tilstå, at jeg har en snigende sympati for det. Det hænger sammen med umuligheden af at undgå fejl og må ses som led i kontraktforhandlinger med det saglige formål at undgå konflikter og diskussioner under kontraktens udførelse.
- Men *hvis* det er acceptabelt, kan det givetvis kun ske i begrænset omfang. Og så bliver det vel heller aldrig opdaget?

Sortimentsudbud

6

- Klagenævnets kendelse 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.
- Landsdækkende sortimentsudbud om levering af møbler. Alle krav var mindstekrav, og tilbudsgiverne skulle erklære udtrykkeligt, at alle mindstekrav var opfyldt. Tilbudsgiverne skulle ikke give oplysning om de tilbudte produkter, men de valgte tilbudsgivere skulle efterfølgende indsende produktkataloger m.m. til brug for udbyderens overordnede kontrol af, om mindstekravene var opfyldt.
- Ifølge udbyderen var udbuddet tilrettelagt således, fordi et dokumentationskrav ville medføre uforholdsmæssige ressourcetræk og transaktionsomkostninger.
- Man får en fornemmelse af følgende: Meningen var, at der skulle findes en praktisk løsning på de fejl og ukonditions-mæssigheder, der utvivlsomt vil blive opdaget ved den efterfølgende kontrol, fx ved at udbyderen accepterer mindre ukonditions-mæssigheder, eller at tilbudsgiverne får lejlighed til at ændre deres tilbud i mindre omfang.

Sortimentsudbud

7

- Klagenævnets kendelse 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.
- Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver og gik bl.a. ud på følgende: Udbyderens tilrettelæggelse af udbuddet var i strid med udbudsreglerne og effektivitetsprincippet, fordi tilrettelæggelsen medførte dels, at udbyderen ikke under udbuddet kunne kontrollere konditionsmæssigheden af tilbuddene, dels at de forbigåede tilbudsgivere ikke havde noget grundlag for at klage over tildelingsbeslutningen.
- Klagenævnet tog imidlertid ikke klagen til følge med henvisning til forskellige forhold, bl.a. at det som udgangspunkt er et kontraktretligt spørgsmål, om mindstekrav overholdes. (Mere om dette emne senere).

Sortimentsudbud

- Klagenævnets kendelse 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.
- Klagenævnet har altså godkendt, at et sortimentsudbud i hvert fald i visse tilfælde kan tilrettelægges på denne måde.
- En sådan tilrettelæggelse synes at være en praktisk løsning på problemerne med, at fejl i tilbuddene ved sortimentsudbud ikke kan undgås.
- Men prisen synes at være, at de forbigåede tilbudsgivere reelt bliver afskåret fra at klage over tildelingsbeslutningen.
- Hvad skal man mene om dette, og gad vidst, hvad EU-domstolen ville sige til det?
- Bedre var måske at nå frem til et princip om tilladelige fejlrettelser ol. ved sortimentsudbud, men uden reel afskæring af klageadgang.

Uopsættelighed

- Som bekendt gælder de følgende tre betingelser for opsættende virkning: Der skal foreligge fumus boni juris, dvs. at klagen skal have noget på sig, der skal foreligge uopsættelighed, og en interesseafvejning må ikke tale mod opsættende virkning.
- De tre betingelser bruges af EU-domstolen og Retten i Første Instans generelt. Betingelserne om fumus og uopsættelighed følger af nogle bestemmelser i procesreglementerne for EU-domstolen og Retten, mens betingelsen om en interesseafvejning er udviklet i praksis. De tre betingelser er overført til dansk ret med hensyn til klager over offentlige kontrakter.
- I betingelsen om uopsættelighed ligger efter fast praksis, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved ikke at få opsættende virkning. Men ved klager over et udbud fra forbigåede tilbudsgivere vil forudsætningen om, at tabet skal være uopretteligt, reelt aldrig være opfyldt, fordi klageren altid kan kompenseres ved erstatning. (Dette gør sig ikke gældende ved klager over direkte tildeling m.m.).

Uopsættelighed

10

- Det har ganske vist i mange år ligget i luften, at betingelsen om uopsættelighed kan eller skal lempes, hvis der foreligger en særligt stærk fumus.
- Dette kom markant til udtryk i EU-domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P(R). To centrale præmisser i denne kendelse:
- Præmis 30:
- ... »det [er] ikke er foreneligt med... direktiv 89/665... at anvende en selv fast retspraksis ukritisk, som reelt gør det umuligt for en forbigået tilbudsgiver at få udsat gennemførelsen af en ... beslutning om tildeling af en kontrakt, fordi den skade, som tilbudsgiveren vil kunne lide, er af økonomisk karakter og dermed ikke uoprettelig.«

Uopsættelighed

11

- (Vanbreda-kendelsen fortsat). Præmis 41:
- ...»når en udelukket tilbudsgiver formår at godtgøre, at der foreligger et tilfælde af særligt alvorlig fumus boni juris, kan det ikke kræves, at den pågældende godtgør, at den manglende imødekommelse af begæringen om foreløbige forholdsregler vil indebære, at vedkommende vil lide en uoprettelig skade. I modsat fald ville dette indebære et urimeligt og ubegrundet indgreb i den nævnte tilbudsgivers ret til en effektiv retsbeskyttelse, som han er sikret i henhold til chartrets artikel 47.«
- I sagen blev der dog ikke givet opsættende virkning, da klagen var indgivet efter standstill-perioden og kontraktens indgåelse, hvorfor lempelsen ikke fandt anvendelse.
- Katja Høegh og Kirsten Thorup skriver i en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen 2016 B s. 403, at klagenævnet som følge af kendelsen altid skal tage stilling til, om der foreligger en særlig stærk fumus, hvis klagen er indgivet i standstill-perioden.

Uopsættelighed

12

- Retten i Første Instans' kendelse af 21/4-17, sag T-158/17 R, Post Telecom mod EIB:
- Begrundet lempelse af betingelsen om uopsættelighed med, at et krav om et uopretteligt tab gør det praktisk taget umuligt for en forbigået tilbudsgiver at få opsættende virkning, og at dette strider mod princippet om effektiv retsbeskyttelse.
- Dog ikke opsættende virkning af klagen i sagen, da klageren alene havde henvist til den omtalte lempelse og ikke havde angivet konkrete grunde til, at klageren ville lide et alvorligt tab ved ikke at få opsættende virkning.
- Altså: Lempelsen af betingelsen om uopsættelighed ved særligt alvorlig fumus betyder, at tabet ikke længere skal være *uopretteligt*. Men der skal stadig være tale om et *alvorligt* tab, og klageren skal påvise dette.

Uopsættelighed

13

- Tilbage for mig står følgende tvivlsspørgsmål:
- Hvad betyder »særligt alvorlig fumus« egentlig? Det skal vel i hvert fald se ud til, at der foreligger en overtrædelse af betydning for udbuddets udfald, med deraf følgende udsigt til annullation af tildelingsbeslutningen. Men kræves der mere?
- Og hvis der kræves mere, hvorfor gælder lempelsen så kun ved særligt alvorlig fumus? Hensynet til effektiv retsbeskyttelse gælder vel ved enhver fumus af betydning for udbuddets udfald (?).
- Men der er måske tale om forsigtighed som følge af, at lempelsen vel i virkeligheden er et begyndende indhug i selve betingelsen om uopsættelighed, sådan som den følger af fast praksis.
- Lempelsen har hidtil ikke spillet nogen egentlig rolle i dansk praksis, og det er svært at vurdere, hvilken betydning den vil få i fremtiden. Se i øvrigt om opsættende virkning den omtalte artikel af Katja Høegh og Kirsten Thorups i Ugeskrift for Retsvæsen 2016 B s. 403.

Udbudsret kontra kontraktret

14

- Kendelse 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB: Angår et udbud af lysarmaturer. Flere år efter udbuddets afslutning klagede en underleverandør til den valgte tilbudsgiver til klagenævnet over, at den valgte tilbudsgiver ikke overholdt udbudsbetingelsernes krav ved sine leverancer (og også over, at det valgte tilbud havde været ukonditionsmæssigt fra begyndelsen).
- Klagen skyldtes tilsyneladende utilfredshed med, at tilbudsgiveren ikke ville betale klageren for et udviklingsarbejde i forbindelse med leverancen.
- Klagenævnet afviste klagen med begrundelse, at den angik et kontraktretligt spørgsmål, der ikke er omfattet af klagenævnets kompetence. Dette sigter tydeligvis til det kontraktretlige forhold mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver, bl.a. fordi kendelsen henviser til klagenævnets kendelse af 22. juni 2011, Ecolab mod Region Sjælland..
- Måtte det være mig tilladt undtagelsesvis at udtrykke min egen vurdering af en afgørelse:

Udbudsret kontra kontraktret

15

- Resultatet er rigtigt, men begrundelsen er tvivlsom.
- Resultatet er rigtigt, fordi klagen tilsyneladende reelt angik det kontraktretlige spørgsmål mellem klageren og den valgte tilbudsgiver. Dette spørgsmål havde intet med udbudsreglerne at gøre.
- Men begrundelsen er tvivlsom, fordi den sigter til det kontraktretlige forhold mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver. Det er ganske vist klart, at dette forhold er et kontraktretligt spørgsmål mellem udbyderen og tilbudsgiveren, og at kontraktretlige spørgsmål ikke er omfattet af klagenævnets kompetence.
- Men efter min opfattelse angår et sådant forhold også et *udbudsretligt* spørgsmål, allerede fordi der kan være tale om reel ændring af kontrakten i strid med reglerne om efterfølgende kontraktændringer.
- Jeg har gjort udførligt rede for dette synspunkt i en artikel i bogen Festskrift til Jens Fejø (DJØF 2012).

Udbudsret kontra kontraktret

16

- Jeg står da heller ikke alene med dette synspunkt.
- Således klagenævnets kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard mfl. mod Billund Kommune: Klage over, at en leverandør af biler havde leveret nogle biler af en farve i strid med et krav ved et forudgående udbud. Klagen ikke taget til følge, da der ikke var tale om en væsentlig kontraktændring og ikke var sket forrykkelse af konkurrencen.
- Endnu bedre set fra min side er det norske klagenævn KOFA's afgørelse af 30. juni 2015, Reno Norden mod Skedsmo Kommune: Den valgte tilbudsgiver ved et udbud om indsamling af renovation udførte indsamlingen med køretøjer i strid med kontraktens og udbudsbetingelsernes miljøkrav. Ordregiverens manglende reaktion herpå var i strid med EU-reglerne om efterfølgende kontraktændringer – og var en ulovlig direkte tildeling.

Udbudsret kontra kontraktret

17

- Så hvis man overvejer at indgive en klage over, at den valgte tilbudsgiver ved et udbud ikke overholder udbudsbetingelsernes krav ved sine leverancer, må påstandene skulle udformes i stil med følgende:
- Udbyderens (eventuelt stiltiende) accept af forholdet er udtryk for en reel kontraktændring i strid med reglerne om efterfølgende kontraktændringer.
- Klagenævnet skal erklære den således ændrede kontrakt for uden virkning, da den er indgået uden udbud.
- Og man kan altså påberåbe sig min artikel og de to afgørelser, der er nævnt på forrige slide.

Udbudslovens § 185, stk. 2

18

- Klagenævnets kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring mod Nyborg Kommune.
- Udbud efter udbudslovens afsnit II af forsikringsydelser. Konstateret, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage det valgte tilbud i betragtning, selvom det var ukonditionsmæssigt. Annullation af tildelingsbeslutningen.
- Afgørelsen er ikke særligt interessant i sig selv, men kendelsen er interessant ved at være den første kendelse, hvor klagenævnet har annulleret tildelingsbeslutningen ved et udbud efter udbudslovens afsnit II.
- Kendelsen er derfor den første, der udløser udbyderens principielle pligt efter § 185, stk. 2, til at bringe kontrakten til ophør.
- Med de deraf følgende konsekvenser.

Tak for
opmærksomheden