

Klagenævnet for Udbuds kompetence efter udbudsloven

Landsdommer Kirsten Thorup, næstformand
Landsdommer, ph.d., Michael Ellehauge, formand
Klagenævnet for Udbud
Dansk Forening for Udbudsret 27. januar 2016

Klagenævnet for Udbud

- Om nævnets kompetence
- Efterprøvelse af evalueringsmetoder - § 160, stk. 2

Om nævnets kompetence

- Hele udbudsloven
- Undtagelse 1: § 1 (lovens formålsbestemmelse)
- Undtagelse 2: § 193 (indkøb af varer og tjenesteydelser uden klar grænseoverskridende interesse)
- Jf. udbudslovens § 195, stk. 2, jf. § 11, og klagenævnslovens § 1, stk. 4

Klagenævnet for Udbud

- Afgrænsning § 191 og § 193 (indkøb under tærskelværdierne med/uden klar grænseoverskridende interesse):
- Eksempel 1 - påstand om, at § 191-192 er overtrådt: Kompetent
- Eksempel 2 - påstand om, at § 193 er overtrådt: Ikke kompetent

Klagenævnet for Udbud

- Eksempel 3 - Påstand om, at § 191 er overtrådt, idet ordregiveren fejlagtigt ikke er gået frem efter §§ 191f., men har anvendt § 193 - ordregiveren antog fejlagtigt, at indkøbet var uden klar grænseoverskridende interesse.
- Afgørelse om klar grænseoverskridende interesse: Medhold
- Afgørelse om ikke klar grænseoverskridende interesse: Klagen tages ikke til følge (men ikke afvisning)
- Sml. m. KfU 16/12-2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, og KfU 6/3-2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark, jf. M. Ellehauge i UfR2013B.241, afsnit 4 med note 23.

Klagenævnet for Udbud

- Kompetence i øvrigt:
- Klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 2 og 3:
- EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter
- Kontrakter inden for forsyningsvirksomhed
- = Øvrige direktiver implementeret ved bekendtgørelse (koncession, forsvar, forsyning)
- Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Efterprøvelse af evalueringsmetoder

- Oplyse på forhånd ...
- § 160, stk. 1:
- *”En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringemetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.”*

Tilsidesætte evalueringsmetode?

- § 160, stk. 2:
- ”En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.”

Anvendelsesområdet

- ”Evalueringsmetode” ctr. pointmodel ?
- ”Evalueringsmetode” ctr. den foretagne evaluering ?
- Hvilket detaljeringsniveau ? – Myndighedens prisforventninger fx ”target price” (MET4 mod Metroselskabet I/S)
- Større eller mindre konkurrence? Billigere eller dyrere indkøb?
- Klagenævnet efterprøver reelt ikke metoder/modeller, men den konkrete evaluering (fx MET 4, RenoNorden, Ansaldo)

Metoden kan ikke tilsidesættes, hvis ...

- Betingelser:
- Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet skal være overholdt
- Hvad med legalitetsprincippet?

Med henvisning til andre bestemmelser ...

- Lovbemærkningerne:
- ”... ikke en endelighedsbestemmelse ...” (s. 185)
- Tilsidesættelse kan ske ”*med henvisning til andre bestemmelser, hvis dette vurderes relevant ... alene et udtryk for, at det primært vil være gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som vil medføre, at en evalueringsmetode tilsidesættes, og hvis en evalueringsmetode er i overensstemmelse med disse principper, vil der sjældent være grundlag for at tilsidesætte*” (s. 185)

Med henvisning til andre bestemmelser ...

- Betyder dette, at
- der også kan tilsidesættes, hvis metoden strider mod udbudsloven i øvrigt, fx proportionalitetsprincippet i § 2 eller § 162 om lovlige tildelingskriterier?

Delkendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet

- *”Den model, som [ordregiveren] fastsatte i udbudsbetingelserne, indebærer, at tilbudte priser under det fastsatte prisspænd fra 28 mio. kr. til 38 mio. kr. ville få maksimum point, uanset hvor meget lavere end 28 mio. kr. de var. ...*
- *Tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver blev i overensstemmelse med den anførte model tildelt stort set lige så mange point som Q-Free ASA’s tilbud, selv om prisforskellen mellem tilbuddene var på mere end 2 mio. kr. og dermed mere end 20 procent af det på forhånd fastsatte interval. Da modellen således ikke har været i stand til at afspejle en betydelig forskel i prisen på de to tilbud, har den ikke været egnet til at bidrage til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.*

Klagenævnet for Udbud

- *”Det forhold, at evalueringsmodellen var fastsat i udbudsbetingelserne, og at Øresundsbro Konsortiet på det foreløbigt foreliggende grundlag derfor ikke ville have været berettiget til at anvende en anden evalueringsmodel i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, og således var afskåret fra at træffe en lovlige tildelingsbeslutning på grundlag af det iværksatte udbud, kan under de ovenfor anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.”*
- Klagen blev tillagt opsættende virkning

Klagenævnet for Udbud

- Sammenlign med udbudslovens § 162:
- *”En ordregiver skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af følgende tildelingskriterier:*
- *1) Pris,*
- *2) omkostninger eller*
- *3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.”*
- Forskellen på mere end 2 mio. blev ikke tillagt betydning ved evalueringen i sagen

Klart for en rimeligt oplyst ...

- *”Når evalueringsmetoden er beskrevet i udbudsmaterialet på en klar og gennemsigtig måde, vil der heller ikke være grundlag for at tilsidesætte modellen, fordi den ikke afspejler spredningen i de indkomne bud, eller fordi ikke hele karakter- eller pointskalaen kommer i anvendelse, ... (fortsættes)*

Klagenævnet for Udbud

- *... da der ikke er noget udbudsretligt krav om, at en model skal afspejle en bestemt spredning, eller at hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse, så længe det blot har været klart for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer. (s. 185)*
- En bonus pater tilbudsgiver – ham må vi have fundet!

Det sidste ord?