



# **ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT VED TILDELING AF KONTRAKT**

# Den regulatoriske baggrund

Udbudslovens Kapitel 13 indeholder bl.a. regler om verifikation af oplysninger og om kontrol af oplysninger

**Udbudslovens § 159, stk. 3:** *”Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet.”*

**Udbudslovens § 164, stk. 2, er reelt enslydende**

**Nyskabelser udløst af Udbudsdirektiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1, ”verificeret”, og artikel 67, stk. 4, nr. 3, ”tvivlstilfælde” ”effektiv kontrol”**

# Kontroldirektiverne

## Undersøgelsespligten må fastlægges i lyset af den fuldstændige beskyttelse af tilbudsgiver

### Kontroldirektivets præambel

*”de nuværende mekanismer på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af denne anvendelse gør det ikke altid muligt at føre tilsyn med overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør;*

*adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantiene for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, og for at der kan opnås en faktisk virkning er det vigtigt, at der findes effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller af de nationale regler, der omsætter denne ret.”*

# KontrolDirektiverne, fortsat

## Klagenævnslovens forarbejder

*”Hovedformålet med lovforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne....Regeringen ønsker med den del af ”konkurrencelovspakken”, der er rettet mod den offentlige sektor, at sikre, at reglerne for offentlige anskaffelser kan håndhæves mere effektivt. For at opnå det formål er det først og fremmest vigtigt, at klageinstanserne har de fornødne kompetencer til at sætte ind overfor overtrædelser af udbudsreglerne på en effektiv, proportional og ikke mindst præventiv måde. Dernæst er det vigtigt, at klagere har en let og effektiv adgang til at indgive klager over overtrædelser af udbudsreglerne.”*

*”Grundtanken bag reglerne om standstill er at sikre, at klage kan indgives til Klagenævnet, inden kontrakten underskrives således, at der kan rettes op på eventuelle fejl tidligt i processen, så det sikres, at udbudsprocessen får det korrekte udfald.”*

# Kontroldirektiverne, fortsat

**EF-Domstolens dom i sag C-81/91, Alcatel Austria**

**Den fuldstændige retsbeskyttelse af de øvrige tilbudsgivere taler for videregående undersøgelsespligt**

# Hvordan er retspraksis?

**UfR 2012.2952 H**

## **Klagenævnssafgørelser efter Udbudsloven:**

### **KFU 2017-02-10, Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgros I/S**

*”Det følger af fast klagenævnspraksis, at en ordregiver som alt overvejende udgangspunkt er både berettiget og forpligtet til at lægge de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver i deres tilbud, til grund uden nærmere prøvelse heraf.*

*Der foreligger ikke oplysninger, der giver grundlag for at antage, at oplysningerne fra Zimmer Biomet var så åbenbart forkerte, at Amgros I/S konkret var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse heraf. Allerede derfor og med bemærkning om, at der heller ikke i øvrigt foreligger oplysninger, der giver grundlag for at anse Zimmer Biomets tilbud for ukonditionsmæssigt, tages påstand 2 ikke til følge.”*

# Hvordan er retspraksis?, fortsat

## **KFU 2017-06-23, MultiLine A/S mod Furesø Kommune**

*”En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, og dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Hvis det ud fra tilbuddet er åbenbart, at nogle oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet.”*

# Hvordan er retspraksis?, fortsat

## **KfU 2017-08-07, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygning- og Boligministeriet**

*”Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for ordregiverens og kan således alene efterprøve, om de grænser, der gælder for en sådan beslutning, er overskredet.”*

Tilsvarende KFU 2017-05-18, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.

## **KfU 2017-10-27, Ing. Sumetzberger GmbH mod Region Midtjylland**

*”Der var ikke....et objektivt grundlag for tvivl.”*

## **KfU 2017-12-07, Maquet Danmark A/S mod Region Midtjylland**

*”Efter indholdet og karakteren af Maquet Danmark A/S’ henvendelser af 10. og 23. marts 2017 sammenholdt med Simonsen & Weel A/S’ udtrykkelige bekræftelse af opfyldelsen af det omstridte mindstekrav har Region Midtjylland ikke været forpligtet til at foranstalte yderligere undersøgelser af, hvorvidt mindstekravet var opfyldt.”*



# Hvordan er retspraksis?, fortsat

## **Ældre klagenævnspraksis:**

### **KfU 2007-03-28, Fujitsu Siemens Computers A/S mod Finansministeriet og SKI**

*”Det fremgår forudsætningsvis af Udbudsdirektivet, at en ordregivers kontrol af, at modtagne tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene med udbudsbetingelserne. I overensstemmelse med dette udgangspunkt er der snævre grænser for, hvilken kontakt en ordregiver må tage til tilbudsgiverne i tiden mellem ordregiverens modtagelse af tilbuddene og ordregiverens beslutning om, hvem der skal indgå kontrakt med. En ordregiver er således som udgangspunkt ikke blot berettiget men også forpligtet til at vurdere tilbuddenes opfyldelse af kravene i udbudsbetingelserne alene på grundlag af tilbuddenes indhold. Særlige omstændigheder må dog antages at kunne forpligte en ordregiver til at indhente yderligere oplysninger fra en tilbudsgiver i relation til det modtagne tilbud.”*

# Hvordan er retspraksis?, fortsat

## **KfU 2011-09-26, TDC mod Økonomistyrelsen**

*” Den efterfølgende konstaterede manglende overholdelse af minimumskravene var ikke så åbenbar, at der er grundlag for, at indklagede skulle have haft pligt til at foretage en kontrol af oplysningerne.”*

## **KfU 2014-11-03, Smart Home ApS mod Københavns Kommune**

*”Erklæringen fra Teknologisk Institut og klagerens argumentation om, at det Welltech A/S har tilbudt, ikke lever op til bygningsreglementet, giver ikke grundlag for at fastslå, at der er rejst begrundet tvivl om, hvorvidt tilbuddet fra Welltech A/S var konditionsmæssigt.”*

## **KfU 2015-05-27, Annelise Küseler mod Morsø Kommune**

*”Morsø Kommune har som udgangspunkt ikke haft pligt til at kontrollere oplysningerne. i de to tilbud. Da Morsø Kommune imidlertid umiddelbart efter, at tilbudsgiverne havde fået meddelelse om tildelingsbeslutningen, og inden kontraktindgåelsen ved mailen af 5. marts 2015 fra Annelise Küseler modtog oplysning om, at Marianne Mortensen ikke længere var ansat hos Søren Povlsen, var kommunen på det grundlag forpligtet til dels at foretage undersøgelser, dels om nødvendigt ændre sin tildelingsbeslutning.”*

**Anvendelse af praksis fra før udbudsloven må ske med varsomhed og kritisk sans**

# Hvornår foreligger der tvivlstilfælde?

- Må som retlig standard fastlægges konkret
- Henvendelse fra andre tilbudsgivere – formodning om tvivl?
- Udbuddets størrelse og betydning
- Marginen må være mindst, når 'tvivlen' angår overholdelsen af mindstekrav og forhold af betydning for tildelingskriteriet
- Afgørelsen om tvivl beror på ordregivers skøn

# Hvad er effektiv kontrol?

- Er der tungtvejende hensyn til ordregiver, når der er tvivl om tilbuddet? Til tilbudsgiver?
- Ordregiver må gennemføre handlinger, der er egnede til at afdække urigtige oplysninger
- Ordregiver må stille spørgsmål til tilbudsgiver
- Ordregiver må efter omstændighederne gennemføre egne undersøgelser, herunder indhente relevante oplysninger



# DFFU

**Er ordregivers kontrol med leverancerne i kontraktperioden udbudsretligt relevant?**

# Udbudsgrundlaget – ikke krav om dokumentation

▪ 18. januar  
2018

▪ s. 14

- Eksempler på mindstekrav
  - Udledning af giftige stoffer under et vist niveau
  - Opretholdelse af bestemt varmekapacitet
  - Levering af bestemte produkter mv.
  - Levering inden bestemt tidspunkt
- Ordregiver kræver ikke dokumentation
  - Tilbudsgiver skal bekræfte at alle mindstekrav er opfyldt

## Tilbuddet – ingen dokumentation

- 18. januar 2018
- s. 15

- Tilbudsgiver
  - "Alle mindstekrav er opfyldt"
  - Tilbuddet er dermed konditionsmæssigt
  - Ordregiver skal alene foretage sig yderligere hvis 1) "åbenbart", eller 2) "særlig anledning"
- Risiko for reel forskelsbehandling af tilbudsgiverne ved tildelingen
  - Den, som lover opfyldelse af bestemte krav (evt. mod bedre vidende), får ordren
  - Ordregiver kontrollerer ikke ved tildelingen af kontrakten, om der er hold i løfterne



## Kontraktperioden – kontrakten bliver ikke opfyldt

▪ 18. januar  
2018

▪ s. 16

- Leverandøren leverer ikke/ kan ikke levere den aftalte ydelse
  - Kontraktbrud!
  - Ordregiver ser igennem fingrene hermed – køber af anden leverandør – håndhæver ikke kontrakten
- Leverandøren lever noget andet end den aftalte ydelse
  - Kontraktbrud!
  - Ikke kontrol af udførelsen – accept af mangelfulde eller forsinkede ydelse – håndhæver ikke kontrakten
- Risiko for reel forskelsbehandling af tilbudsgiverne i kontraktperioden
  - Ingen konsekvens af tomme løfter – eller direkte svig
  - Ingen konsekvens af at levere ikke-kontraktmæssig ydelse – eller direkte snyd

- Klagenævnets kompetence
  - Ulovlige direkte anskaffelser
  - Væsentlige ændringer af eksisterende kontrakt, som ikke er omfattet af udbudslovens §§ 179-183
- Ordregivers manglende kontrol i kontraktperioden, eller ordregivers accept af ændringer
  - Køb af anden leverandør -> kan være direkte køb som ikke er udbudt
    - -> kontrakten kan være uden virkning og eventuelt økonomisk sanktion
  - Køb af andre produkter end aftalt -> kan være en væsentlig ændring og direkte køb som ikke er udbudt
    - -> kontrakten kan være uden virkning og eventuelt økonomisk sanktion
- Klagenævnet for Udbuds praksis
  - Levering senere end fastsat tidspunkt (mindstekrav)
    - KLFU 13/10 2010 Norpharma mod Amgros, påstand 6 – ”bagatelagtig forsinkelse”
  - Det leverede produkt overholdt ikke kravspecifikationen
    - KLFU 16/3 2017 Holbech Lys mod DSB – ikke omfattet af klagenævnets kompetence

- **Mindstekrav**
  - Krav om leverandør biler EURO standard 5 (forurening og støj)
  
- **Udførelsen i kontraktperioden**
  - Leverandør udførte opgaven med biler EURO standard 3 (forurener og støjer mere)
  - Konkurrent påtalte dette flere gange over for kommunen, der imidlertid intet gjorde
  
- **KOFA**
  - Kommunen havde haft klar anledning til at afdække om levering skete i henhold til kontrakten
  - Kommunen kunne uden store anstrengelser have konstateret udbredt brug af kontraktstridige biler
  - Den manglende håndhævelse af kontrakten udgjorde en væsentlig ændring og ulovlig direkte anskaffelse

# Eksempel – levering af varmemhandsker til ældre og svagelige

▪ 18. januar  
2018

▪ s. 19

- Mindstekrav (afgørende at brugerne har varme hænder i ”vintervejr”)
  - Handsken skal have integrerede varmetråde
  - Udskiftelig energikilde pr handske fx batteri – driftstid på minimum 1,5 time
- Tildeling
  - Pluspoint hvis batteriet er ”lille og let”
  - Vindende tilbud – lille og let men svagt batteri, klager – stort og tungt men stærkt batteri
- Klager (konkurrent)
  - 2015 klager påtalte at det vindende tilbuds batteri var for svagt – kontrakten blev dog tildelt alligevel
  - 2016 klager fik udarbejdet testrapport -> det vindende tilbuds batteri var for svagt -> sendt til ordregiver
  - 2017 vindende tilbudsgiver udskiftede batteriet med et stort, tungt men stærkt batteri, da det blev erkendt, at batteriet i det vindende tilbud var for svagt
- Væsentlig ændring?

- Ordregiver får ikke det som er krævet/ lovet, men er egentlig godt tilfreds med leverancen
  - Miljøkrav (mindstekrav) bliver ikke overholdt (fx certificeret træ fra bæredygtige plantager)
  - Farven på de leverede biler er grå og ikke blå som fastsat (mindstekrav)
  - Rengøringsmidlet bliver leveret i 10 liters dunke og ikke i 5 liters dunke som fastsat (mindstekrav)
- Leverancen sker senere end fastsat, men ordregiver accepterer dette
  - Levering inden et bestemt tidspunkt (mindstekrav)
- Det leverede produkt opfylder ikke mindstekravene, men leverandøren ændrer produktet
  - Batteriet viser sig at have utilstrækkelig levetid (mindstekrav)
  - Tavlen viser sig at afgive skadelige stoffer over grænseværdierne (mindstekrav)
  - Uddannelsessystemet viser sig ikke at kunne leveres som en public cloud løsning (mindstekrav)

- Foreligger der en ændring af en igangværende kontrakt?
  - Ordregiver påtaler ikke misligholdelsen = de facto aftale om ændring af kontrakten (stiltiende ændring)
  - Ordregiver og leverandøren aftaler ændring af leverancen (eksplicit ændring)
  
- Hvad vedrører ændringen?
  - Tidsplanen – hvis der var budt ind med den ændrede tidsplan – enten afvist eller dårligere score ved evalueringen
  - Mindstekrav – hvis der var budt ind med det nu ændrede produkt – enten afvist eller dårligere score ved evalueringen
  - Tildelingskriterium – Hvis der var budt ind med det nu ændrede produkt, kunne evalueringen være blevet (afgørende) påvirket
  
- Er ændringen væsentlig = ulovlig direkte anskaffelse?
  - Kunne andre leverandører være interesseret, kunne andre tilbud være indkommet, kunne tildelingen være påvirket, er den økonomiske balance ændret til fordel for leverandøren?
  - Finder udbudslovens § 180 om værdimæssigt mindre ændringer anvendelse i denne situation?
    - KLFU 9/12 2016 TL Byg A/S mod Region Midtjylland, påstand 6, accepterer dette
    - Efter min vurdering kan § 180 ikke ubetinget anvendes – kan f.eks. ukonditionsmæssighed prissættes?

# SPØRGSMÅL?

