

Nyt fra udbudsretten 2018

H.P. Rosenmeier

Der er nok at tage af

2

- Siden forrige generalforsamling har Klagenævnet for Udbud offentliggjort over 90 kendelser, og der er også kommet en del domme fra EU-domstolen og Retten i Første Instans.
- Den mest skelsættende afgørelse er måske Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrencestyrelsen mod Region Midtjylland, men den er der sagt så meget om.
- Og så også Roskilde rets dom af 1. december 2017, der omtales kort på næste slide.
- I øvrigt angår det følgende angår nogle få udvalgte afgørelser om enkelte emner.

Roskilde rets dom af 1. december 2017

3

- Kirstine Hardam mod Køge Kommune.
- Denne dom er ganske vist nok skelsættende, men dens effekt svækkes af, at den er en byretsdom, og der er efter sigende meget muligt andre lignende sager på vej.
- Dommen angår en kommunes aftale med en leverandør om levering af hjælpemidler til borgere mod kommunens betaling. Dommen går ud på, at en sådan aftale er udbudspligtig, også selvom det er borgeren selv, der bestiller hjælpemidlet, og borgeren selv, der bliver ejer af hjælpemidlet. Dette tilsidesætter en praksis hos klagenævnet om, at der ikke er udbudspligt i en sådan situation som følge af, at aftalen ikke er en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsreglernes forstand, fordi kommunen ikke har en *direkte* økonomisk interesse i aftalen.
- Jeg skal ikke gøre mere af dommen her. Den synes i øvrigt at have sat sig spor i kommunal praksis.

Kan en oplyst pointmodel ændres?

4

- Klagenævnets kendelser af 23. februar 2018, Sigmax mod Rejsekortet, og 18. april 2018, Julius Nielsen mod Forsvarsministeriet.
- Begge sager angik udbud med forhandling, og i begge sagen brugte udbyderen en anden pointmodel end den først oplyste ved vurderingen af de endelige tilbud.
- I Sigmax-sagen gik ændringen den kvalitative tilbudsvurdering og gik ud på, at en oplyst skala fra 20 til 100 blev ændret til at gå ud på kun at have positionerne 0 og 100. Udbyderen begrundede det med, at den oprindelige skala var uegnet, fordi der nu kun var to tilbud tilbage. Ændringen blev ikke oplyst for tilbudsgiverne.
- I Julius Nielsen-sagen angik ændringen priskriteriet og gik ud på, at en lineær pointmodel nu fik maksimum 10 point i stedet for 5. Formålet var at få samme pointskala som for de kvalitative underkriterier. Ændringen blev oplyst for tilbudsgiverne før tilbudsafgivelsen.
- I Sigmax-sagen tilsidesatte klagenævnet ændringen, men i Julius Nielsen godkendte klagenævnet den.

Kan en oplyst pointmodel ændres?

5

- De to kendelser kan give anledning til nogle generelle overvejelser.
- Det er klart, at bl.a. en oplyst evalueringsmetode normalt ikke må ændres under udbudsproceduren. Det skyldes navnlig, at udbudsreglerne beskytter *potentielle* tilbudsgivere.
- Men under visse betingelser kan en sådan ændring være tilladelig. Ifølge forarbejderne til udbudslovens § 160, stk. 1, kan det således ikke udelukkes, at konkrete ændringer af en oplyst evalueringsmetode kan gennemføres, hvis det kan godtgøres, at ændringen hverken kan have haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.
- Det følgende angår kun ændring af en oplyst *pointmodel*, ikke af evalueringsmetoden i øvrigt og heller ikke ændring af mindstekrav m.m. Om ændring af pointmodeller ville jeg mene følgende i relation til de nævnte betingelser i forarbejderne:

Kan en oplyst pointmodel ændres?

6

- Må ikke medføre forvridning af konkurrencen, dvs. mellem de faktiske tilbudsgivere: Det gør ændringen utvivlsomt, hvis den ikke er oplyst for tilbudsgiverne før afgivelsen af de tilbud, som ændringen finder anvendelse på. Men hvis den er oplyst for tilbudsgiverne, kan jeg ikke se, at den medfører konkurrenceforvridning. Heller ikke selvom den ændrede model fører til valg af et andet tilbud, end den oprindelige model ville have gjort.
- Må ikke have betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, dvs. må ikke være relevant for potentielle tilbudsgivere: Det virker meget teoretisk, at en *pointmodel* skulle betyde noget for en virksomheds beslutning om at afgive tilbud eller ej.
- Min konklusion – der kan være forkert – er nærmest: En oplyst pointmodel kan formentlig normalt ændres under udbudsproceduren, hvis der er en saglig grund til ændringen, og ændringen er oplyst på forhånd for de aktuelle tilbudsgivere. Men bemærk, at dette kun angår pointmodeller, ikke evalueringsmetoden i øvrigt og ikke mindstekrav m.m.

Relativ kvalitativ tilbudsvurdering?

7

- Julius Nielsen-kendelsen af 18. april 2018 angår også et andet spørgsmål.
- Udbyderen vurderede tilbuddene i forhold til hinanden efter priskriteriet og i forhold til udbudsbetingelserne efter de kvalitative underkriterier.
- Klageren klage over dette og gjorde følgende gældende: Fremgangsmåde forrykkede underkriteriernes vægtning, En udbyder kan efter udbudslovens § 160 vælge mellem en absolut eller relativ tilbudsvurdering, men valget skal være ens for alle underkriterierne.
- Der er muligvis en vis rimelighed i dette synspunkt, men det er op ad bakke. Det strider mod en fast udbudspraksis, og der er heller ikke støtte for det i udbudsloven eller lovens forarbejder. Klageren fik da heller ikke medhold i synspunkt.
- Men interessant er, at klagenævnet i sin begrundelse herfor bl.a. udtalte følgende: En ordregiver kan frit vælge, at tilbud ved kvalitativ tilbudsvurdering skal vurderes relativt i forhold til hinanden.

Relativ kvalitativ tilbudsvurdering?

8

- Denne udtalelse strider mod klagenævnets praksis før udbudsloven. Den er derimod i overensstemmelse med forarbejderne til udbudslovens § 160, stk. 1, som den i øvrigt reelt er et citat af.
- Udtalelsen er blevet opfattet som udtryk for, at klagenævnet har aflivet »Dansk Høreteknik-doktrinen« om, at tilbuddene ikke må vurderes i forhold til hinanden ved den kvalitative tilbudsvurdering.
- Men det er måske ikke *helt* sikkert, at man kan lægge dette i kendelsen. Udtalelsen er som sagt blot et citat af udbudslovens forarbejder, og kendelsen indeholder ikke en stillingtagen til spørgsmålet, da der netop ikke var foretaget en relativ kvalitativ tilbudsvurdering i sagen.

Udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse

9

- Udbudslovens § 61 indeholder nogle regler om, at der kan gennemføres et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse, hvis alle tilbud ved et offentligt eller begrænset udbud er ukonditionsmæssige m.m. Udbyderen skal i så fald forhandle med alle tilbudsgiverne (og kun dem). Disse regler bygger på udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b.
- Der løber ikke nogen standstill-periode efter tildelingsbeslutningen ved et sådant udbud med forhandling, jf. § 3, stk. 2, nr. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter der ikke er nogen standstill-periode, når en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse.
- Denne regel stammer fra kontroldirektiverne (artikel 2b, litra a, i begge direktiver). Den er naturlig nok ved visse udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse (således efter udbudslovens § 80-83), men det forekommer ubegribeligt, at den også gælder ved den omtalte type udbud.

Udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse

10

- Klagenævnets kendelse af 12. april 2018, Lekolar mod Fællesudbud Sjælland:
- Sortimentudbud efter udbudslovens afsnit II. Udbuddet startede som et udbud med forhandling. På et tidspunkt tilkendegav udbyderen, at man overgik til et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse efter udbudslovens § 61, fordi alle tilbud var ukonditionsmæssige. Udbyderen indgik desuden kontrakten på grundlag af udbuddet med forhandling uden at overholde en standstill-periode.
- Det er oplagt, at dette var uberettiget, da den relevante regel i udbudslovens § 61 kun gælder, hvis der har været et forudgående offentligt eller begrænset udbud. Klagenævnet erklærede da også kontrakten uden virkning, fordi den var indgået i standstill-perioden.
- Men hvad nu, hvis udbuddet havde været omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet?

Udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse

11

- Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder også en regel om, at der kan gås over til et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse, når alle tilbud er ukonditionsmæssige m.m. Den står i artikel 50.
- Men denne regel stiller ikke krav om, at de ukonditionsmæssige tilbud skal være afgivet ved et forudgående offentligt eller begrænset udbud. De kan øjensynligt også godt være afgivet ved et forudgående udbud med forhandling – hvad der må være det sædvanlige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- Altså: Et udbud med forhandling *med* udbudsbekendtgørelse overgår til at blive til et udbud med forhandling *uden* udbudsbekendtgørelse. Der synes ikke som i udbudsloven/udbudsdirektivet at være krav om, at forhandlingerne skal ske med de oprindelige tilbudsgivere. Ordregiveren kan tilsyneladende henvende sig til en hvilken som helst virksomhed og bede om et tilbud.
- Og der gælder stadig ingen standstill-periode efter tildelingsbeslutningen, men her er dette også mere rimeligt.

Udbudspligt forudsætter valg mellem tilbud

12

- EU-domstolens dom af 1. marts 2018, C-9/17, Tirkkonen:
- Angik en finsk ordning, hvorefter alle interesserede kunne blive landbrugskonsulenter, øjensynligt betalt af det offentlige, efter at have bestået en egnethedsprøve. Ordningen bygger på EU-støtte, og i reglerne om denne støtte er angivet, at udvælgelsen af landbrugskonsulenterne er underlagt reglerne om offentlige kontrakter.
- Sagen angik en landbrugskonsulent, der ikke kunne blive tilmeldt ordningen som følge af en formel fejl ved sin tilmelding. Den ansvarlige myndighed tillod ikke rettelse af fejlen med begrundelse, at dette efter reglerne om offentlige kontrakter ikke kunne ske. Der var heller ikke mulighed for efterfølgende tilmelding.
- Men efter finsk ret havde landbrugskonsulenten tilsyneladende adgang til at rette fejlen, hvis ordningen ikke var omfattet af reglerne om offentlige kontrakter. Spørgsmålet i sagen var derfor, om ordningen var omfattet af disse regler.

Udbudspligt kræver valg mellem tilbud

13

- EU-domstolen sagde (kort gengivet): Det kan ikke være meningen, at en sådan ordning skal være omfattet af reglerne om offentlige kontrakter i alle enkeltheder, og en ordning som i sagen angår ikke en offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand, da der ikke skal ske et valg mellem tilbud. Det fremgår, at det var uden betydning, at de tilmeldte skulle opfylde egnethedskrav, og at der ikke var mulighed for efterfølgende tilmelding. EU-domstolen sagde reelt det samme i dom af 2. juni 2016, C-410/14, Falk Pharma.
- Udbudspligt forudsætter altså, at der skal ske *et valg mellem tilbud*.
- Så vidt jeg kan se, betyder dette, at en afgørelse i klagenævnets kendelse af 2. september 2015, Flex Cap mfl. mod Nordjyllands Trafikselskab, er uholdbar. Efter denne afgørelse var det i strid med det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, at alle egnede tilbudsgivere ved et udbud fik tildelt nogle rammeaftaler om kørsler, uden at der var fastsat et tildelingskriterium. (Udbyderen havde dog erkendt, at det var en overtrædelse).

Tak for
opmærksomheden