

Ændringer i udbudsmaterialet

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Rasmus Horskjær Nielsen, Dansk Forening for Udbudsret den 15. maj 2018

Ændringer af udbudsmaterialet

- Stor praktisk betydning, uklar retsstilling.



ONE DOES NOT SIMPLY

CHANGE THE PROCUREMENT DOCUMENTS

imgflip.com

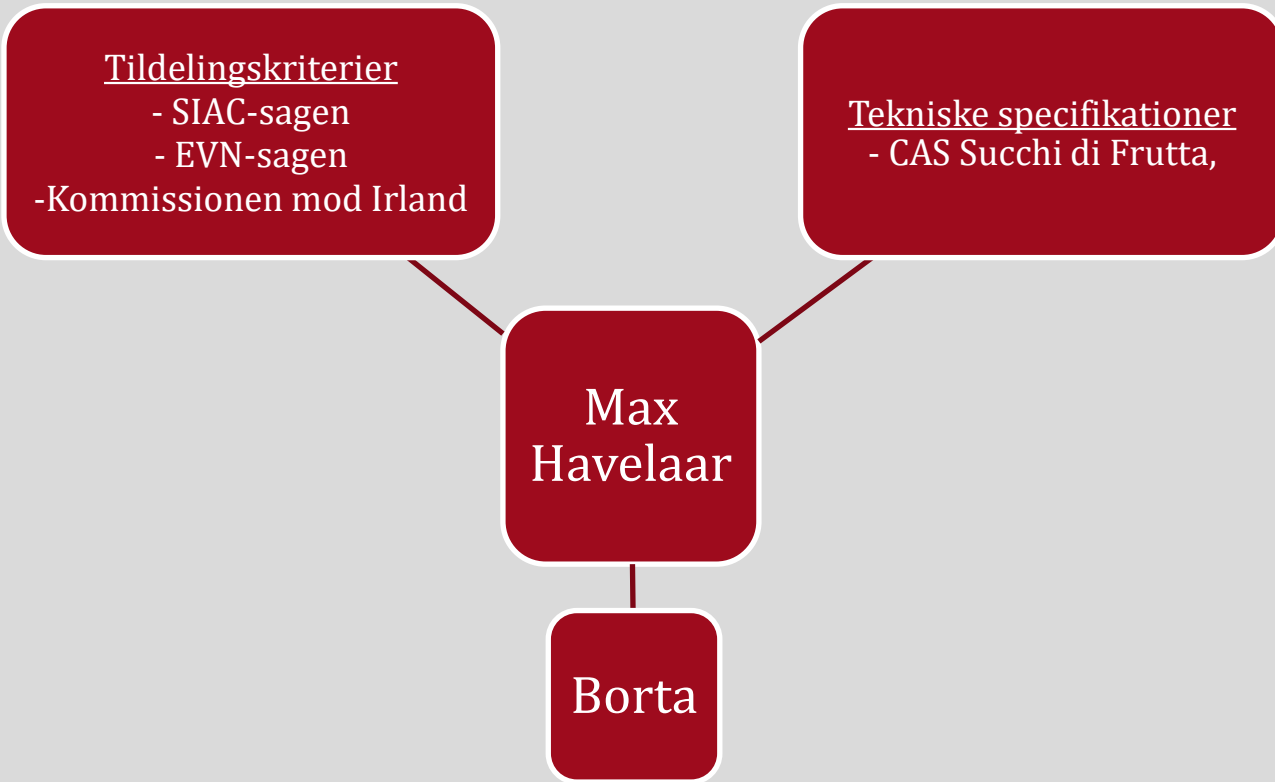


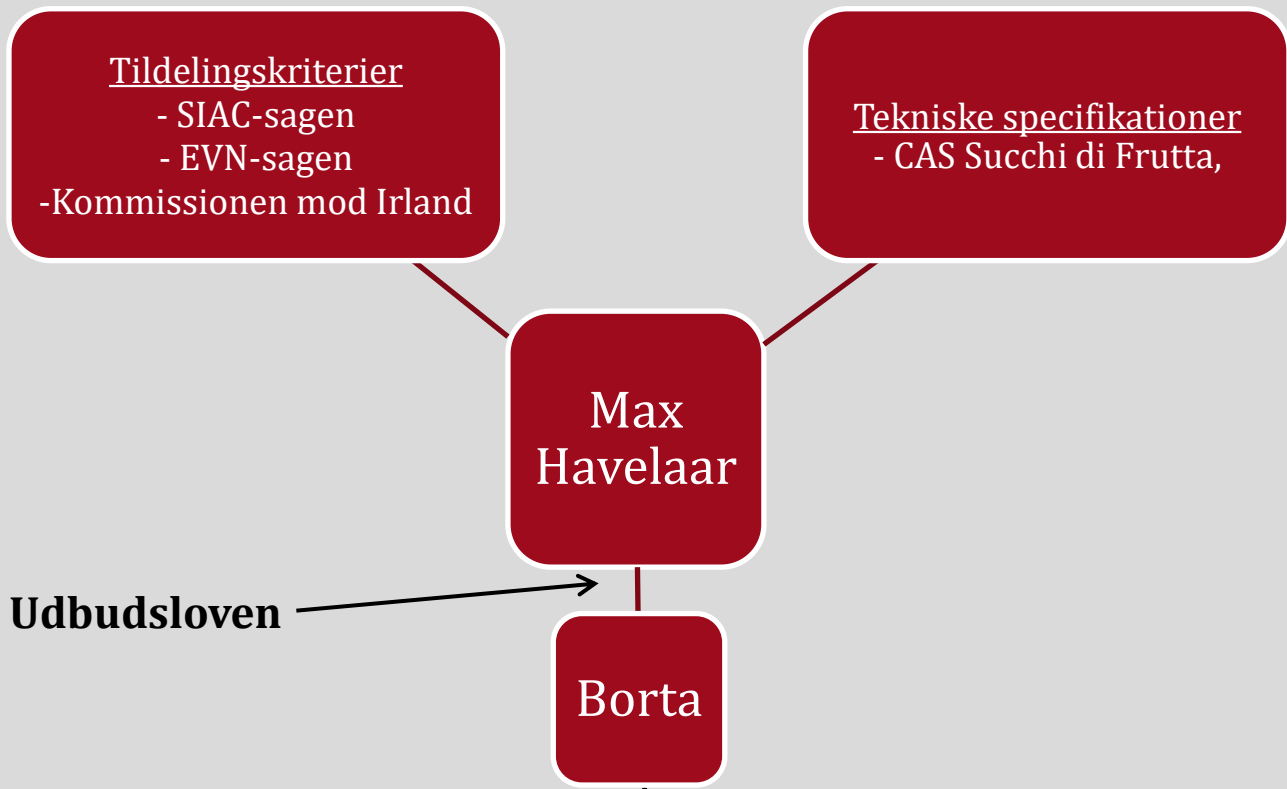
KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Ændringer af udbudsmaterialet

- Ingen eksplicit regulering i udbudsdirektivet.
- Før og efter udbudsloven og før og efter Borta-sagen.
- Forskellige procedurer.
- Niveauforskelle i ændringer.
- Før og efter modtagelse af tilbud.







Tildelingskriterier

- SIAC-sagen
- EVN-sagen
- Kommissionen mod Irland

Tekniske specifikationer

- CAS Succhi di Frutta,


Max
Havelaar

Udbudsloven

Borta



Ændringer af udbudsmaterialet

- Præcisering eller ændring
 - Pr. 55, Max Havelaar (C-368/10) – det er ved supplerende oplysninger ikke muligt at "*ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet*"
 - "Ændringer af grundlæggende elementer"  "væsentlige ændringer".



Ændringer af udbudsmaterialet

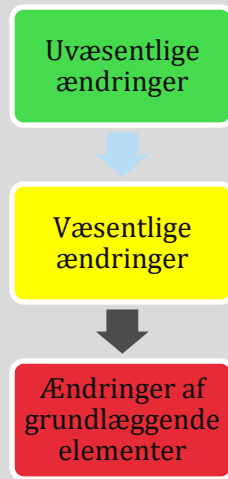
- Pr. 55 i Max Havelaar-sagen (C-368/10)

”... end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure.”



Ændringer af udbudsmaterialet

- De specielle bemærkninger til udbudslovens § 2



Ændringer af udbudsmaterialet

- De specielle bemærkninger til udbudslovens § 2

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.



Ændringer af udbudsmaterialet

- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening.
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. Juni 2014, GN ReSound Danmark A/S Amgros I/S.
- *”Den foretagne ændring af outputkravene har på den baggrund ikke ændret ved »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet« og kan ikke antages at have haft indflydelse på »interesserede erhvervs drivende[s]... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlende udbudsprocedure«*”.



Ændringer af udbudsmaterialet

- Borta-sagen (C-298/15)
 - Pr. 70: *”Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at den ordregivende enhed under udbudsproceduren i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure”*



Ændringer af udbudsmaterialet

- Borta-sagen (C-298/15) – pr. 74-76
 1. Ændringerne må ikke "være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville have været i stand til at fremsætte et tilbud."
 2. "Disse ændringer offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt."
 3. "..disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud.... [og]...fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges,"



Ændringer af udbudsmaterialet

- Seneste kendelser vedr. grundlæggende elementer.
 - (Kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland)
 - Kendelse af 12. januar 2018, Mobilex A/S mod Aalborg Kommune
 - Kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia (FVD)
 - Kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod SKI
 - Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse



Ændringer af udbudsmaterialet

- Kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland
 - *Klagenævnet har lægt vægt på, at det ikke er sandsynliggjort, at ændringen, som alene findes at indebære en præcisering af kravene til rulleburets sider, i sig selv har kunnet påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere.*



Ændringer af udbudsmaterialet

- 12. januar 2018, Mobilex A/S mod Aalborg Kommune
 - *”Det påhviler Aalborg Kommune at løfte bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet i punkt 7.1 ikke har været egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet og ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere, således at der – uanset det klare udgangspunkt – ikke er tale om ændring af et grundlæggende element”*



Ændringer af udbudsmaterialet

- Øvrige kendelser hvor bevisbyrden påhviler ordregiveren:
 - I kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia angik ændringen et finansieringsvilkår, der ikke var et mindstekrav.
 - I kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, påviste SKI, at der ikke var tale om ændring af et grundlæggende element.



Ændringer af udbudsmaterialet

- Offentliggørelse af ændring – hvor?
 - I kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod SKI:
Ændringen blev offentliggjort som et spørgsmål/svar. Der løbende *”blev gjort tilgængelige for alle tilbudsgivere.”*
 - Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse
”Ændringen i udbudsbetingelserne blev således offentliggjort for alle 3 tilbudsgivere”



Ændringer af udbudsmaterialet

- Kan man ikke bare forlænge tilbudsfristen?
- Kan man indføre nye mindstekrav?



Ændringer af udbudsmaterialet

- En "kerne", der skal være stabil - stabilitetskrav
 1. *"offentlige kontraktens genstand samt kriterierne for deres tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne"* (pr. 56, Max Havelaar C-368/10 – gentages i Borta, C-298/15 pr. 69).
 2. *"ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet"* (pr. 55, Max Havelaar C-368/10).



Ændringer af udbudsmaterialet

- Ændringer efter aflevering af tilbud.
 - C-298/15. Borta – pr. 76: ”..disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud.... [og]...fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges,”
- C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions, pr. 27 og 29.
 - Før Borta
 - Viderefører restriktive retspraksis fra Max Havelaar.



Ændringer af udbudsmaterialet

- Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog





KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN