

Nyt fra udbudsretten 2019

H.P. Rosenmeier

Der er nok at tage af

2

- Siden forrige generalforsamling har Klagenævnet for Udbud offentliggjort over 50 kendelser, og der er også kommet en del domme fra EU-domstolen.
- Det følgende angår tre udvalgte afgørelser.

Klagenævnet må ikke tage noget op ex officio

3

- Klagenævnets kendelse af 21/2-19, TC Anlæg mod Assens Spildevand:
- Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af et anlægsarbejde med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Klagen omfattede en række påstande om, at ordregiveren havde begået fejl ved tilbudsvurderingen. Klagenævnet tog ikke disse påstande med henvisning til ordregiverens skøn m.m.
- Klagen omfattede desuden en påstand om, at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt. Til at begynde med begrundede klageren denne påstand med, at den valgte tilbudsgivers projekt ville være umuligt at udføre inden for tidsplanen. Klagenævnet tilsluttede sig heller ikke dette.
- Men:

Klagenævnet må ikke tage noget op ex officio

4

- Klagenævnets kendelse af 21/2-19 fortsat:
- Mens sagen verserede for klagenævnet, kom klageren med et yderligere anbringende til støtte for påstanden om, at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt, nemlig at det valgte tilbud ikke opfyldte et krav om, at nogle bassiner skulle være udført af jernbeton.
- Klagenævnet tilsluttede sig heller ikke dette anbringende, da kravet ikke var et mindstekrav eller angik et grundlæggende element. Desuden henvist til § 10, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere end påstået og ikke kan tage hensyn til forhold, der ikke er gjort gældende.
- Med forbehold for misforståelser forstår jeg dette sådan: Hvis klageren havde nedlagt en subsidiær påstand om, at ordregiveren skulle have prissat forholdet, ville klageren have fået medhold i denne påstand. Og tildelingsbeslutningen var i så fald sandsynligvis blevet annulleret, da der var et meget tæt løb mellem klageren og den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet må ikke tage noget op ex officio

5

- Klagenævnets kendelse af 21/2-19 fortsat:
- Hvis dette er rigtigt, har vi her et eksempel på, at forbuddet mod klagenævnets ex officio-virksomhed fører til et forkert resultat.
- Det er sket før. Et markant eksempel er klagenævnets kendelse 12/1-17, Telenor mod Region Nordjylland.
- Forbuddet mod ex officio-virksomhed, altså § 10, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud, blev indført i 2011, tydeligvis for at standse en praksis hos klagenævnet om hele tiden at tage »spørgsmål« op ex officio. Denne praksis var utvivlsomt hensigtsmæssig i de første år, hvor klagenævnet byggede dansk udbudsret op, men havde meget muligt tabt sin relevans efterhånden.
- Men det synes uheldigt, at forbuddet kan føre til forkerte resultater, og jeg vil gerne hermed opfordre til, at dette problem bliver taget op. Jeg har skitseret en måde, som det måske kunne gøres på, i min kommentar til Telenor-kendelsen. Se også min kommentar til klagenævnets kendelse 25/1-17, Euro Group mod Roskilde Kommune.

Kendelse 5/4-19 Dansk Erhverv mod Holstebro mfl. kommuner

6

- Offentligt udbud fra nogle kommuner om drift af et hjælpemiddeldepot med tilknyttede ydelser. Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter ordregiverne annullerede udbuddet med begrundelse, at det havde vist sig økonomisk mest fordelagtigt at hjemtage opgaven i et kommunalt fællesskab. En klageberettiget organisation klagede senere til klagenævnet.
- Klage gik bl.a. ud på en klage over ordregiverens annullation af udbuddet. Klageren gjorde gældende, at den egentlige grund til annullation var et uberettiget ønske om at undgå tilbudsgiveren med laveste tilbudspris, fordi denne tilbudsgiver har ord for at kræve ekstrabetalinger hele tiden.
- Klagenævnet tog imidlertid ikke klagepunktet til følge, da klageren ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at annullation var usaglig, og for at den angivne begrundelse var forkert.

Kendelse 5/4-19 Dansk Erhverv mod Holstebro mfl. kommuner

7

- Men hvad nu, hvis annullationen af udbuddet *havde* skyldtes et ønske om at undgå tilbudsgiveren med laveste tilbudspris? Udelukkes kan det næppe, at annullationen i så fald var blevet anset for berettiget. Klagenævnets kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro mod Vejdirektoratet, belyser emnet.
- Og mere generelt: Hvordan undgår man en tilbudsgiver, som man selv (eller andre) har dårlige erfaringer med?
- Det norske klagenævn KOFA har formuleret følgende princip, se bl.a. KOFA's afgørelse af 1/11- 2016, Roy Michaelsen mod Kommunal- og moderniseringsdepartementet: Der kan efter omstændighederne ved den kvalitative tilbudsvurdering lægges vægt på ordregiverens eller en anden ordregivers (vist kun dårlige) erfaringer med en tilbudsgiver, når det er angivet i udbudsbetingelserne, at dette vil ske, og erfaringerne er objektivt konstaterbare.
- Retstilstanden i Danmark synes usikker, se oplystningen i min kommentar til KOFA's omtalte afgørelse.

EU-domstolens dom 19/12-18

8

- Sag C-216/17, Autorità Garante
- Angår en italiensk ordregivende myndighed, der koblede sig på en rammeaftale om affaldsindhentning, der var indgået af en anden ordregivende myndighed efter et udbud. Sagen angår, om dette var berettiget.
- EU-domstolens svar kan ganske kort gengives sådan: 1) En ordregivende myndighed kan koble sig på en rammeaftale, der er indgået af en anden ordregivende myndighed, hvis det ved udbuddet af rammeaftalen er angivet, at dette kan ske. 2) Desuden skal der ved udbuddet af rammeaftalen være oplyst en forhåndsværdi for trækkene på rammeaftalen fra den ordregiver, der kobler sig på den.
- Disse udtalelser forekommer rimelige nok, og i hvert fald punkt 1 er ikke udtryk for noget nyt. Dommens begrundelse for punkt 2 indeholder imidlertid forskellige bemærkelsesværdige udtalelser, ikke mindst følgende:

EU-domstolens dom 19/12-18

9

- Sag C-216/17, Autorità Garante fortsat
- Præmis 61:
- »For det andet bestemmes i artikel 32, stk. 3, i direktiv 2004/18, at når en rammeaftale indgås med en enkelt økonomisk aktør, indgås kontrakter baseret på denne rammeaftale på de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, *inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger.*«
- Rækkevidden af denne udtalelse har givet anledning til mange spekulationer. Min egen opfattelse er, at det er yderst usikkert, hvad udtalelsen egentlig sigter til.

EU-domstolens dom 19/12-18

10

- Sag C-216/17, Autorità Garante fortsat
- Udtalelsen kan forstås sådan, at den værdi af en rammeaftale, der er anslået ved udbudsbekendtgørelsen af den, ikke må overskrides. Men en sådan forståelse ville stride mod begrebet anslået værdi.
- I stedet kan udtalelsen forstås sådan, at der skal angives en maksimumværdi i udbudsbekendtgørelsen af en rammeaftale. Men det er der ingen rubrik for i formularen for udbudsbekendtgørelse.
- Udtalelsen kan også forstås sådan, at der skal angives en maksimumværdi i udbudsbetingelserne for en rammeaftale. Men så melder sig nogle spørgsmål:
- Hvorfor, og hvad er den reale grund til det?
- Og hvorfor skal det tilsyneladende kun gælde for rammeaftaler?
- Dommen synes ikke at belyse disse spørgsmål.
- Udtalelsen kan også forstås sådan, at den har reference til omstændighederne i den konkrete sag og ikke har generel rækkevidde.

EU-domstolens dom 19/12-18

11

- Sag C-216/17, Autorità Garante fortsat
- Er det forsvarligt at ignorere udtalelsen?
- Dommen er netop blevet omtalt i en interessant norsk artikel på www.anbud365.no, hvor det gøres gældende, at udtalelsen har karakter af et obiter dictum, dvs. en udtalelse, der er unødvendig for resultatet, og som ikke har samme retskildeværdi som andre udtalelser.
- I artiklen påpeges også noget, der ligeledes har slået mig, nemlig at EU-domstolen i sagen kun var bemandet af tre dommere.
- Konklusion:
- Don't ask me.

Tak for
opmærksomheden