

Nyt fra udbudsretten 2021

H.P. Rosenmeier

God dag igen

2

- Det er over to år siden sidst!
- Jeg har blot plukket nogle få afgørelse fra den seneste tid ud – og en enkelt fra forrige år.
- Men der kunne have været nævnt mange andre afgørelser.

EU-domstolens dom af 17. juni 2021, Simonsen & Weel

3

- Sag C-23/20.
- Dommens tilkendegivelser:
- Ved udbud af rammeaftaler efter udbudsdirektivet skal der angives både en anslået mængde eller værdi og en maksimal mængde eller værdi. Med hensyn til maksimal mængde/værdi er dette blot en cementering af en tilkendegivelse i Autorita Garante-dommen af 19. december 2018 (C-216/17).
- Når den maksimale mængde eller værdi er nået, har rammeaftalen udtømt sine virkninger.
- Hvis flere ordregivere kan trække på rammeaftalen, kan de omtalte angivelser gives særskilt for hver af dem. (Dommen skal tilsyneladende forstås således).
- Manglende overholdelse af pligten til at give de omtalte angivelser kan ikke føre til, at rammeaftalen erklæres for uden virkning.

EU-domstolens dom af 17. juni 2021, Simonsen & Weel

4

- Manglende overholdelse af pligten til at give de omtalte angivelser må kunne føre til annullation af tildelingsbeslutningen, i hvert fald principielt.
- Men hvad gør man i praksis?
- Angivelserne skal naturligvis være saglige.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 13. november 2019 om Autorita Garante-dommen omtaler reglerne om efterfølgende kontraktændringer som en mulighed. Den aktuelle dom er også inde på dette. Vejledningen nævner også mulighed for at angive optioner.
- Men hvad gør indkøbscentraler som fx SKI? Kan det indbygges i SKI's it-systemer?

Vestre Landsrets dom af 21. juni 2021

5

- Nordjyllands Trafikselskab mod Jørns Rutetrafik, sag BS-45637/2020-VLR (13. afdeling)
- Offentligt udbud fra et trafikselskab om buskørsel i et stort antal ruter. Trafikselskabet lægger stor vægt på buskørslernes kvalitet og har et udbygget system til sikring af kvaliteten med omfattende kvalitetsmålinger og kvalitetspriser. De deraf følgende erfaringer med de enkelte vognmænd indgik i den kvalitative tilbudsvurdering. Bl.a. fik tilbudsgivere, der havde fået kvalitetsprisen inden for de seneste to år, og som opfyldte nogle andre krav, maksimumpoint for et kvalitativt delkriterium om erfaringer med tilbudsgiverne.
- Sagen angik nogle af busruterne, som ordregiveren havde tildelt en bestemt tilbudsgiver. Afgørende herfor var, at denne tilbudsgiver opfyldte kravet om at have ordregiverens kvalitetspris (for en anden rute end dem, der var tale om).

Vestre Landsrets dom af 21. juni 2021

6

- En anden vognmand, der havde givet tilbud på disse ruter, klagede til klagenævnet over tildelingsbeslutningen for dem. Ved en kendelse af 18. december 2019 gav klagenævnet klageren medhold og annullerede tildelingsbeslutningen.
- Klagenævnets begrundelse herfor kan ganske kort sammenfattes således: Det følger af praksis, at en ordregiver ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne, hvis der ikke er konkret grundlag for det i tilbuddet.
- Ordregiveren indbragte afgørelsen for domstolene, og dommen af 21. juni 2021 er landsrettens afgørelse som 1. instans.
- Dommen opretholder klagenævnets afgørelse, men med en begrundelse, der kort gengivet går ud på følgende: Ordregiverens læggen vægt på, at en tilbudsgiver havde kvalitetsprisen, kunne føre til forkerte resultater.

Vestre Landsrets dom af 21. juni 2021

7

- Jeg tror imidlertid ikke, at der skal lægges noget særligt i landsrettens begrundelse, og at den blot skal ses som en allerede fordibegrundelse, der ikke havde anledning til at tage stilling til det principielle spørgsmål, om der må lægges vægt på erfaringer.
- Jeg tror derfor, at klagenævnets begrundelse stadig er udtryk for gældende ret. Min fornemmelse er desuden, at den simpelthen betyder følgende:
 - Der må ikke lægges på erfaringer med en økonomisk aktør.
 - Hvad er egentlig den reale begrundelse for dette? Er nok lettest at formulere med hensyn til positive erfaringer.
 - Men:

Vestre Landsrets dom af 21. juni 2021

8

Jeg har et problem med det her. Jeg må erkende, at dette er en af mine kæpheste.

For læggen på erfaringer er en helt grundlæggende menneskelig adfærd. Det gør vi jo alle sammen hele tiden.

Nogle eksempler.

Det kan være svært for en ordregiver at slippe med en leverandør, men er utilfreds med. Klagenævnets kendelser 17/12-20, Forenede Dampvaskerier mod Ringkøbing-Skjern Kommune, og 30/7-21, El-Tech mod AAB Vejle. Se også min lille artikel på Udbudsportalen »Mere om klagenævnets kendelse af 17. december 2020« (Nyheder/Se alle).

Og for at være lidt af en konspirationsteoretiker: Jeg forestiller mig, at det derfor foregår hele tiden også ved gennemførelsen af udbud omfattet af udbudsreglerne.

I den aktuelle sag skete det dog åbent og fremme i lyset. Jeg må tilstå, at jeg ikke kan få øje på noget odiøst ved det.

Vestre Landsrets dom af 21. juni 2021

9

Jeg mener faktisk, at det er et centralt udbudsretligt problem, at udbudsreglerne er til hinder for (eller i hvert fald vanskeliggør) læggen vægt på erfaringer med økonomiske aktører.

Men det er jo let nok at sige, og jeg skal ikke kunne anvise nogen løsning på problemet.

Det norske klagenævn KOFA har opstillet nogle generelle principper for, hvornår der må lægges vægt på negative erfaringer med en økonomisk aktør. Så vidt jeg kan se efter en gennemgang af KOFA's praksis er disse principper imidlertid reelt indholdsløse. Realiteten synes at være, at der efter KOFA's praksis ikke må lægges vægt på negative erfaringer (og heller ikke positive erfaringer).

Men det absolut sidste ord er ikke sagt i den aktuelle sag, da landsrettens dom mig bekendt er indbragt for Højesteret.

Klagenævnet 16/7 2021, Fineman mod Region Hovedst.

10

- Offentligt udbud om levering af mundbind. Tilbudsgiverne skulle have haft en gennemsnitomsætning på 10 mio. kr. de seneste tre regnskabsår. En virksomhed oplyste over for ordregiveren, at den som nystartet ikke kunne opfylde kravet, og spurgte, om den alligevel kunne give tilbud.
- Ordregiveren svarede, at kravet skulle reduceres forholdsæssigt for nystartede virksomheder, og at en virksomhed, der kun havde eksisteret i et halvt år, derfor kun skulle have haft en omsætning på 5 mio. kr. Virksomheden afgav ikke tilbud.
- På grundlag af en klage, der var indgivet af en anden tilbudsgiver, konstaterede klagenævnet, at ordregiverens lempelse for nystartede virksomheder af omsætningskravet var en utilladelig ændring af et grundlæggende element.
- Dette er også oplagt. Men:

Klagenævnet 16/7 2021, Fineman mod Region Hovedst.

11

- I sammenhængen må nævnes udbudslovens § 154, stk. 2, der er en implementering af udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, andet afsnit:
- § 154, stk. 2: »En ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger.«
- Ifølge forarbejderne er det netop en »gyldig grund«, at en virksomhed er nystartet.
- Jeg forstår det sådan: Hvis en ansøger om prækvalifikation eller en tilbudsgiver ikke kan opfylde et udbudskrav til økonomisk og finansiell formåen, fordi den er nystartet: Så må ordregiveren ikke afvise ansøgningen/tilbuddet uden videre, men skal foretage en konkret vurdering af, om virksomhedens økonomiske og finansielle situation er »passende«.

Klagenævnet 16/7 2021, Fineman mod Region Hovedst.

12

§ 154, stk. 2, lægger altså op til en konkret, skønsmæssig vurdering.

Klagenævnet har haft en enkelt sag om bestemmelsen, kendelse 23. juli 2019, Urbaser mod Ringkøbing-Skjern Kommune. (Men det var et særegent tilfælde uden egentlig generel interesse).

Men kan ordregiveren i stedet formulere bestemte, lempede krav til nystartede virksomheder, sådan som ordregiveren i sagen gjorde det? Måske ikke, da det kan være en utilladelig sætten skøn under regel. Men i hvert fald må sådanne bestemte lempede krav skulle fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

Men så kan man komme i konflikt med ligebehandlingsprincippet, jf klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus mod Esbjerg Kommune: Almindeligt krav årsomsætning 40 mio. kr. Krav til nystartede virksomheder erfaring + bankgaranti 10 mio. kr. Denne forskel var i strid med ligebehandlingsprincippet til skade for ikke-nystartede.

Det er nok bedst at nøjes med at følge udbudslovens § 154, stk. 2.

Klagenævnet 7/4-21, Babcock mod regionerne

13

- Udbud med prækvalifikation efter udbudslovens afsnit II om udførelse af lægehelikoptertjenester. Ansøgerne om prækvalifikation skulle opfylde nogle krav til økonomisk og finansiell formåen (egenkapital mindst 7 mio. euro, overskud før skat i de seneste tre år og en nærmere angivet solvensgrad). Det var videre angivet, at ansøgerne ikke kunne støtte deres økonomiske og finansielle formåen på andre enheder.
- Ordregiverne annullerede udbuddet på grund af manglende konkurrence og iværksatte et nyt udbud. Sagen angår det nye udbud.
- Ved det nye udbud var kravene til ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet de samme som ved det annullerede udbud, men ansøgerne kunne nu støtte denne kapacitet på andre enheder. Det var imidlertid angivet, at en støtteerklæring skulle gå ud på et tilsagn om kapitaltilførsel, sådan at den vindende tilbudsgiver selv opfyldte kravene til egenkapital og kapitaltilførsel.

Klagenævnet 7/4-21, Babcock mod regionerne

14

- Klagen var indgivet af en ansøger om prækvalifikation, hvis tilbud ordregiverne havde afvist med begrundelse, at en støtteerklæring fra en anden enhed med hensyn til økonomisk og finansiel kapacitet var ufyldstgørende. Af nærmere angivne grunde konstaterede klagenævnet, at afvisningen var uberettiget.
- Denne afgørelse er en konkret afgørelse og skal ikke omtales nærmere. Mere interessant er en subsidiær påstand, som klagenævnet ikke havde anledning til at tage stilling til, og som (kort gengivet) gik ud på følgende:
- Ordregiverne havde overtrådt reglerne om adgang til at støtte sig på andre enheders økonomiske og finansielle kapacitet ved kravet om, at en støtte fra en anden enhed skulle gå ud på at bringe den vindende tilbudsgiver til se/v at opfylde krav til økonomisk og finansiel kapacitet.

Klagenævnet 7/4-21, Babcock mod regionerne

15

- Hvad skal man mene om dette? Der synes at være tendenser til at stille et sådant krav, og der opleves åbenbart et behov for det.
- Men er det tilladeligt? Den relevante bestemmelse i udbudsloven er § 144, stk. 2, der lyder sådan»:
- Stk. 2: »Baserer en ansøger eller en tilbudsgiver sig på andre enheder i henhold til stk. 1, skal ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægge støtteerklæringer eller anden dokumentation, der godtgør, at ansøgeren eller tilbudsgiveren faktisk råder over den nødvendige økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen. Støtteerklæringen eller dokumentationen skal godtgøre, at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren eller tilbudsgiveren.«
- Og stk. 6: «Hvis en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, kan ordregiveren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse«.

Klagenævnet 7/4-21, Babcock mod regionerne

16

- Disse bestemmelser, der implementer nogle regler i udbudsdirektivets artikel 63, synes ikke at tage udtrykkelig stilling til spørgsmålet, men synes dog nærmest at forudsætte, at der ikke kan stilles et sådant krav.
- Det samme gælder forarbejderne til udbudslovens § 144, der indeholder følgende bemærkninger:
- »En ansøger eller en tilbudsgiver kan i henhold til stk. 1 basere sig på andre enheders formåen, uanset den retlige karakter af forbindelserne mellem dem. Som følge heraf er det ikke nødvendigt, at ansøgeren eller tilbudsgiveren selv er i besiddelse af den krævede formåen, men ansøgeren eller tilbudsgiveren skal kunne dokumentere, at denne råder over den nødvendige formåen...«
- Jeg er selv tilbøjelig til at mene, at der ikke kan stilles et krav som omtalt, men jeg ved, at andre mener noget andet.
- Spørgsmålet må derfor anses for åbent, indtil klagenævnet har taget stilling til det.

Klagenævnet 3/1-20, A-Sport mod Københavns Kommune

17

- Angår begrebet varekurv ved sortimentsudbud.
- Udbudslovens § 45, der er en rent national dansk bestemmelse:
- »§ 45. En ordregiver kan henvise til produktkategorier i udbudsmaterialet, når henvisningen gør det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen.
- *Stk. 2.* En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.«

Klagenævnet 3/1-20, A-Sport mod Københavns Kommune

18

- § 45, stk. 1 betyder: Ved sortimentsudbud kan ordregiveren indhente tilbud på produktkategorier, når det er klart, hvad vedkommende kategori omfatter. Forarbejderne: En kategori »Kuglepenne« er tilladt. En kategori »Kontorartikler« er for bred.
- § 45, stk. 2, er reglen om en varekurv. Reglen betyder, at tilbudsvurderingen ved sortimentsudbud kan indskrænkes til at angå et repræsentativt udpluk af produkter (i tilfælde, hvor ordregiveren har gjort brug af produktkategorier).
- Ifølge forarbejderne til ændringen af udbudslovens § 160 pr. 1. juli 2019 har ordregiveren ikke pligt til at oplyse på forhånd, hvilke varer der indgår i varekurven. Men det kræves efter disse forarbejder, »at ordregiveren entydigt og klart har beskrevet, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven, således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af denne fremgangsmåde.«

Klagenævnet 3/1-20, A-Sport mod Københavns Kommune

19

- Sagen angik udbud af en rammeaftale om levering af sportsudstyr m.m. med tildelingskriteriet Pris. Udbuddet angav ikke enkelte varer, men 110 produktgrupper, fx »Fodboldmål« og »Trampolin«. Følgende var videre angivet:
- Tilbudsgiverne skulle give tilbud på alle deres varer under mindst 100 af produktgrupperne. Tilbudsvurderingen ville blive foretaget på grundlag af et fiktivt standardindkøb af varer i en varekurv, der var repræsentativ for ordregiverens indkøbsmønster. Ordregiveren ville plukke ca. 200 sammenlignelige varer fra hver tilbudsgivers sortiment under forudsætning af, at der kunne findes mindst 150 sammenlignelige varer, og hvis mindst en tilbudsgiver ikke tilbød en vare, ville den udgå af varekurven. Det fiktive standardindkøb ville svare til ordregiverens historiske indkøb i en periode.
- Ordregiverens indkøbsmønster var belyst ved opstilling af ordregiverens repræsentative indkøb i et foregående år med angivelse af produktnavn og mængde.

Klagenævnet 3/1-20, A-Sport mod Københavns Kommune

20

- Klagenævnet tilsidesatte denne fremgangsmåde. Klagenævnets begrundelse herfor kan ikke gengives kort. I min kommentar har jeg forsøgt følgende sammenfatning af den:
- Ordregiveren skal oplyse på forhånd, efter hvilke principper varekurven vil blive sammensat, og denne sammensætning må ikke uden videre afhænge af tilbuddenes indhold. Det skal oplyses på forhånd, hvad ordregiveren forstår ved »sammenlignelige« produkter, og en sådan oplysning kan ikke gives ved henvisning til bestemte fabrikater. Generelt skal forhåndsoplysningerne give tilbudsgiverne et rimeligt grundlag for at indrette deres tilbud. Desuden skal tilbudsvurderingen på grundlag af varekurven være repræsentativ for de forventede anskaffelser.
- Jeg må tilstå, at jeg ikke er i stand til at anvise, hvordan en varekurv skal fastlægges. Et særligt spørgsmål i sammenhængen:

Klagenævnet 3/1-20, A-Sport mod Københavns Kommune

21

- Af klagenævnets praksis følger: Ved sortimentsudbud skal der oplyses et skønnet indkøbsbehov eller en vægtning for hver vare. (Den ledende afgørelse er kendelse af 22/4-15, Mediq mod KomUdbud).
- Gælder dette også ved anvendelse af en varekurv? Umiddelbart skulle man tro, at det ikke gælder. Men klagenævnet henviser til det i kendelsen af 3/1-20.
- Det norske klagenævn KOFA's afgørelse af 31/8-21, Aktiv Veidrift mod Viken Fylkeskommune (ikke i min materialesamling): Udbud af rammeaftaler om vejarbejder med tildelingskriteriet Pris. Tilbudsgiverne skulle angive priser for forskellige typer arbejder. Tilbudsvurderingen skete på grundlag af et ikke oplyst såkaldt fiktivt prøveprojekt. Der var tilsyneladende ikke oplyst noget om det forventede omfang af de enkelte arbejder. Godkendt denne fremgangsmåde.
- Konklusion: Jeg kan ikke anvise, hvordan en varekurv skal udformes. Men det bruges vist med held i et eller andet omfang.

Tak for
opmærksomheden