

Nyt fra udbudsretten 2022

H.P. Rosenmeier

God dag igen

2

- Siden sidst har klagenævnet afsagt en hel del vægtige og interessante kendelser.
- Jeg har blot plukket tre emner fra i år ud.
- Og en enkelt fra forrige år, hvis jeg når det.

Simonsen & Weel-principperne i praksis

3

- EU-domstolens dom 17/6-21, C-23/20, Simonsen & Weel: Ved udbud af rammeaftaler skal der angives en anslået mængde eller værdi og en maksimal mængde eller værdi for trækkene på rammeaftalen. I hvert fald angivelsen om anslået mængde/værdi skal stå i udbudsbekendtgørelsen.
- Jeg kalder disse forpligtelser for Simonsen & Weel-principperne.
- Klagenævnet fulgte dommen op i sin kendelse i sagen, dvs. kendelse 9/11-21, Simonsen & Weel mod regioner, hvor klagenævnet konstaterede overtrædelse ved, at der ikke var angivelse om anslået mængde/værdi i udbudsbekendtgørelsen og ikke angivelse om maksimal mængde/værdi i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Annullation af tildelingsbeslutningen.

Simonsen & Weel-principperne i praksis

4

- Klagenævnets kendelse 5/5-22, Peab mod Øresundsbro Konsortiet:
- Her indeholdt udbudsbekendtgørelsen ikke angivelse om anslået mængde eller værdi og tilsyneladende heller ikke om maksimal mængde eller værdi. Udbudsbetingelserne indeholdt derimod angivelser om begge dele. Klagenævnet konstaterede, at den manglende angivelse af anslået mængde/værdi i udbudsbekendtgørelsen var en overtrædelse og annullerede tildelingsbeslutningen.
- På grundlag af en fortolkning af reglerne om udbudsbekendtgørelser konstateret, at selvom Simonsen & Weel-dommen kun angår udbud af varekøb, gælder Simonsen & Weel-principperne også for udbud af tjenesteydelser, hvad der var tale om.
- Dette er altså hermed fastslået, men der er ikke noget overraskende i det. Efter min vurdering er Simonsen & Weel-principperne generelle udbudsretlige principper, der gælder overalt i udbudsretten.

Simonsen & Weel-principperne i praksis

5

- Det bestyrkes også af klagenævnets kendelse af 22. februar 2022, Capiro mod region Midtjylland, der anvendte Simonsen & Weel-princippet om angivelse af anslået mængde/værdi på et udbud efter udbudslovens afsnit III (uden at konstatere overtrædelse). Desuden byggede Simonsen & Weel-dommen bl.a. på EU-domstolens berømte Autorità Garante-dom af 19/12-18, C-216/17, der netop angik et udbud om en tjenesteydelse.
- Og så lige to ting:
- 1. Ordregiveren har et skøn ved fastsættelsen. I Capiro-kendelsen udtalte klagenævnet således, at ordregiveren har et betydeligt skøn ved fastsættelsen af den maksimale mængde/værdi og kan indregne en sikkerhedsmargin, men at skønnet skal være sagligt.

Simonsen & Weel-principperne i praksis

6

- 2. Manglende angivelse i udbudsbekendtgørelsen af anslået mængde/værdi medfører annullation. Dette fremgår tydeligst af Peab-kendelsen.
- I Peab-kendelsen begrundede klagenævnet annullationen således: Ordregiveren havde ikke bevist, at den manglende angivelse i udbudsbekendtgørelsen af anslået mængde/værdi ikke havde afholdt potentielle tilbudsgivere fra at give tilbud. Simonsen & Weel-kendelsens begrundelse for annullationen var noget lignende.
- Disse begrundelser afspejler den reale grund til kravet om angivelse af anslået mængde/værdi i udbudsbekendtgørelsen, dvs. at denne angivelse er et centralt og nødvendigt led i beskrivelsen af det udbudte.
- Men realiteten må være, at manglende angivelse af anslået mængde/værdi udløser annullation – med de deraf følgende konsekvenser.

Sideordnede udbud - rent oversigtligt

7

- Klagenævnet 12/1-22, Norsk Luftambulance mod regionerne:
- Udbud af drift af lægehelikoptere. Udbuddet var et sideordnet udbud, idet tilbudsgiverne skulle give tilbud på fire forskellige løsningsmuligheder.
- Konstateret, at ordregiverne havde overtrådt nogle bestemmelser i udbudsloven ved, at ordregiverens valg mellem de sideordnede løsninger afhang af ordregiverens valg efter tilbuddenes åbning.
- Kendelsen indeholder nogle særdeles udførlige angivelser om valg af løsning ved sideordnede udbud. Det, som jeg har fået det til, kan sammenfattes således:
- Ved et sideordnet udbud skal det angives i udbudsmaterialet, hvordan ordregiveren vil vælge mellem de sideordnede løsninger. Heri ligger naturligvis også, at ordregiveren på udbuddets tidspunkt har gjort dette op med sig selv.

Sideordnede udbud - rent oversigtligt

8

- Men hvordan kan eller skal ordregiveren så vælge mellem de sideordnede løsninger?
- Kendelsen indeholder som sagt udførlige udtalelser om det, og der står også noget om det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsloven.
- Men den eneste fremgangsmåde, som jeg hidtil har været i stand til at forstå, er: 1) valget sker efter et bestemt kriterium, og 2) dette kriterium går ud på følgende:
- Ordregiveren vil foretrække en bestemt af de mulige løsninger og vil vælge denne løsning, hvis udgiften til den kan holdes inden for ordregiverens økonomiske ramme. Det var også sådan ordregiverne valgte løsning i den konkrete sag (men uden at oplyse det på forhånd).
- Men denne fremgangsmåde giver anledning til følgende refleksioner:

Sideordnede udbud - rent oversigtligt

9

- Så må det vel også skulle oplyses på forhånd, hvad den økonomiske ramme er.
- Og også oplyses, hvad ordregiveren forstår ved, at udgiften kan holdes inden for rammen.
- Desuden må det skulle oplyses, hvordan ordregiveren vil vælge løsning, hvis den foretrukne løsning ikke kan holdes inden for rammen.
- Kan ordregiveren nøjes med i første omgang at vurdere tilbuddene på den foretrukne løsning og så bare vælge den, hvis udgiften til den kan holdes inden for rammen?
- Man skulle tro det, men det forekommer usikkert.
- Konklusion: Emnet sideordnede udbud trænger til en nærmere analyse.

Krav om overenskomstmæssig løn

10

- Kendelse 28/2-22 Julius Nielsen mod Københavns Kommune:
- Udbud af en rammeaftale med flere leverandører om tømrerarbejder med tildelingskriteriet Pris. Tilbudsgiverne skulle i en tilbudsliste oplyse timepriser for svend og lærling i og uden for normal arbejdstid. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver og gik ud på følgende: I hvert fald nogle af de vindende tilbud var ukonditionsmæssige, fordi deres timepriser for svend i en af formerne for ikke normal arbejdstid lå under overenskomstens timeløn.
- Klagenævnet tog ikke klagen til følge, bl.a. fordi udbudsmaterialet måtte forstås sådan, at timepriserne for hver medarbejderkategori sammenlagt skulle svare til overenskomsten. De vindende tilbud opfyldte dette.
- Ingen kommentarer til afgørelsen, men sagen har fremkaldt nogle spekulationer hos mig.

Krav om overenskomstmæssig løn

11

Et krav om, at en leverandør skal give overenskomstmæssig løn for sine medarbejders udførelse af en udbudt ydelse, må være en tilladt særlig kontraktbetingelse som hjemlet i udbudslovens § 176. Man kunne vel tænke sig en stigende anvendelse af et sådant krav, navnlig ved udbud fra kommuner.

Men hvad betyder et sådant krav i et udbud, hvor tilbudsgiverne skal oplyse timepriser, der skal indgå i tilbudsvurderingen, dvs. hvilken betydning har kravet for de tilbudte timepriser?

Så vidt jeg kan se, er dette noget, som ordregiveren kan bestemme suverænt.

Man kunne fx tænke sig et krav om, at samtlige timepriser skal svare til den overenskomstmæssige løn for vedkommende arbejde. Men dette er vel ikke så smart, for så tilbyder alle tilbudsgiverne vel de samme timepriser (hvis det ellers ligger klart, hvilken overenskomst der er tale om). I Julius Nielsen-sagen, hvor tildelingskriteriet var Pris, ville der så ikke have været nogen konkurrence

Krav om overenskomstmæssig løn

12

Ordregiveren må også kunne acceptere, at der ikke er nogen sammenhæng mellem de tilbudte timepriser og den overenskomstmæssige løn. Timepriser er ikke det samme som timelønninger, og i så fald bliver der i hvert fald åbnet for priskonkurrence. Man kunne vel også tænke sig forskellige mellemløsninger.

For mig at se er konklusionen:

Hvis der ved et udbud, hvor der skal oplyses timepriser, stilles krav om aflønning med overenskomstmæssig løn ved udførelsen af den udbudte ydelse...

Så skal det angives klart, udtrykkeligt og utvetydigt i udbudsmaterialet, hvordan dette krav forholder sig til de timepriser, som tilbudsgiverne skal opgive. Hvis dette var sket i Julius Nielsen-sagen, var klagen blevet undgået.

Støtteenheder for økonomisk formåen

13

- Klagenævnet 7/4-21, Babcock mod regionerne.
- Udbud med prækvalifikation efter udbudslovens afsnit II om udførelse af lægehelikoptertjenester. Ansøgerne om prækvalifikation skulle opfylde nogle krav til økonomisk og finansiel 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 kunne støtte deres økonomiske og finansielle formåen på andre enheder, men således: En støtteerklæring skulle gå ud på et tilsagn om kapitaltilførsel, sådan at den vindende tilbudsgiver selv opfyldte kravene til økonomisk og finansiel formåen.
- 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 ufyldestgørende. Af nærmere angivne grunde konstaterede klagenævnet, at afvisningen var uberettiget.

Støtteenheder for økonomisk formåen

14

- 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 finansiell kapacitet.
- 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«:

Støtteenheder for økonomisk formåen

15

- 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«.

Støtteenheder for økonomisk formåen

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.

Tak for
opmærksomheden