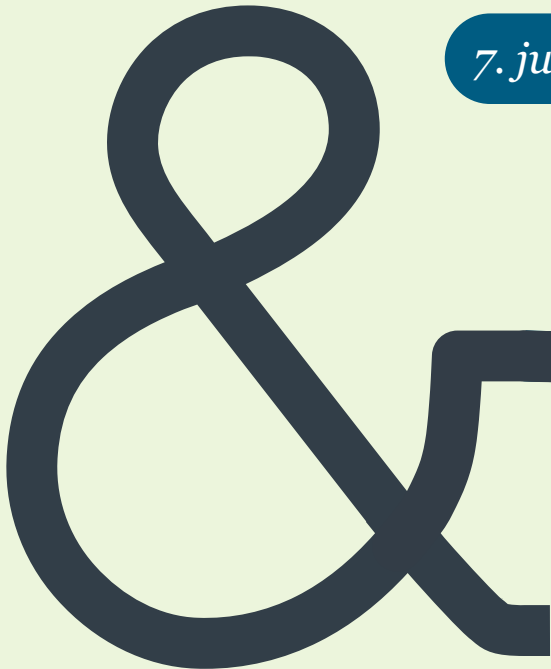


# Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2022

Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S  
og HRH EL A/S mod Albertslund Kommune

*7. juni 2022*



**Bird & Bird**

# Dagsorden

## *Hvad kommer vi til at tale om i dag?*

- 1) Sagens faktum
- 2) Gennemgang af flertallets og mindretallets argumenter
- 3) Vores efterprocedering og forskud på domstolsbehandlingen:
  - a. At reglerne om udbud med forhandling ikke er en undtagelsesbestemmelse
  - b. At ordregiver ikke på forhånd skal tage stilling til brugen af udbud med forhandling
  - c. Hvilken betydning (hvis nogen) det har, at der var tale om et udbud af en rammeaftale
  - d. Hvad betyder det, at udbud med forhandling ikke kan anvendes medmindre et udbud uden forhandling "med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat"
  - e. Indholdet af § 61, stk. 1, litra a) og d)

# Sagens faktum

## *Udbuddets genstand og udbudsform*

- Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af 5 delaftaler (rammeaftaler):
  - 1) VVS arbejde inkl. service
  - 2) Tømrerarbejde
  - 3) El-arbejde inkl. service
  - 4) Ventilationsarbejde inkl. service
  - 5) Kloakarbejde inkl. Service
- Der skulle prækvalificeres 3 ansøgere til hver delaftale (Klager blev ikke prækvalificeret til nogen af delaftalerne)
- Der skulle tildeles til to tilbudsgivere pr. delaftale.
- Tildelingskriteriet var *"bedste forhold mellem pris og kvalitet"* med underkriterierne:
  - "Pris" (vægt 30 %)
  - "Organisation" (vægt 35 %)
  - "Procesbeskrivelse" (vægt 35 %)

# Faktum (fortsat)

## *Klagens indhold*

- Klager indbragt over tre af delaftalerne (Tømrerarbejde, EI-arbejde og Ventilationsarbejde) over ikke at være blevet prækvalificeret af forskellige grunde, der alle blev afvist af nævnet.
- Klager nedlagde derudover følgende påstande:
  - (Påstand 2) Klagenævnet skal konstatere, at Albertslund Kommune har tilsidesat udbudslovens § 55, jf. § 61, stk. 1, ved at have gennemført et forhandlingsudbud i henhold til udbudslovens §§ 61-66, uden at betingelserne i udbudslovens § 61, stk. 1, var opfyldt.
  - (Påstand 3) Klagenævnet skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere samtlige Albertslund Kommunes tildelingsbeslutninger af 22. februar 2021 om tildeling af de 5 udbudte delaftaler om håndværksydelse.
- Der var tale om tre selvstændige klagesager, der blev behandlet samlet, og med enslydende påstand 2 og påstand 3.
- Klagen blev indgivet i "stand still" perioden.
- Nævnet afsagde delkendelse den 31. marts 2021

# Nævnets delkendelse

*Ingen opsættende virkning med henvisning til manglende uopsættelighed, men nævnet fandt, at:*

*"...Af bestemmelsen [om udbud med forhandling] fremgår bl.a., at en ordregiver ved udbud af varer- og tjenesteydelser kan anvende udbud med forhandling, når ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. (...)*

*De udbudte håndværkerydelser er i udbudsbekendtgørelsen (...) beskrevet som "almindeligt forekommende" arbejder, og Albertslund Kommune har også erkendt, at de udbudte grundlæggende tjenesteydelser selvstændigt har karakter af generiske ydelser.*

*Albertslund Kommune har oplyst, at formålet med forhandlingsudbuddet var, at tilbudsgiverne fik adgang til at optimere deres tilbud, at sikre, at tilbudsgiverne afgav konditions-mæssige tilbud og at få præciseret ydelsesbeskrivelsen. Kommunen har dog ikke oplyst eller i øvrigt godtgjort, efter hvilke(n) af de beskrevne situationer i udbudslovens § 61, stk. 1, der konkret hjemlede adgang til at gennemføre et forhandlingsudbud.*

*Der er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge. Det kan ikke umiddelbart føre til et andet resultat, at Albertslund Kommune ved udbudsbetingelsernes pkt. 10 gav tilbudsgiverne adgang til at komme med forbedringsforslag, og at forhandlingerne resulterede i ændrede kontraktgrundlag i form af ændrede ydelsesbeskrivelser, ændret kompetencematrix og ændrede tilbud fra tilbudsgiverne.*

*Da klagenævnet på det foreliggende foreløbige grundlag vil tage klagerens påstand 2 til følge, er der efter karakteren af overtrædelsen udsigt til, at klagenævnet vil annullere Albertslund Kommunes tildelingsbeslutninger i forhold til delaftale 2, 3 og 4, som Albertslund Tømrer og Snedker, VVS & Varmeteknik og HRH EL har retlig interesse i.*

*Betingelse nr. 1 om "fumus boni juris" er derfor opfyldt." (vores understregninger)*

# Nævnets Kendelse

*7. Marts 2022*

- Fire dommere – stort nævn, klagenævnslovens § 10, stk. 4
- Nævnet giver ikke medhold i påstandene om uretmæssig tildeling på grund af ændringer af udbudsmaterialet, tilføjelser af yderligere ydelser og opgavetyper.
- Til gengæld finder nævnet, med dissens, at Albertslund Kommune ikke havde været berettiget til at anvende udbudsformen "udbud med forhandling".
- Flertallet mener ikke, at det er godtgjort, at udbuddet kunne gennemføres med hjemmel i enten § 61, stk. 1, litra a eller litra d. Mindretallet finder, at udbud med forhandling kunne gennemføres med hjemmel i såvel litra a som litra d.

# Flertallets ræsonnement

*1. Pointe – § 61 om udbud med forhandling er en undtagelsesbestemmelse, og skal derfor fortolkes indskrænkende.*

- *"I udbudslovens § 55 er det fastsat, at udbud skal gennemføres ved anvendelse af en af de deri anførte udbudsformer. Ved en umiddelbar læsning fremstår udbud med forhandling – som anført af Albertslund Kommune – på linje med de øvrige udbudsformer. I modsætning til udbudsformerne offentligt udbud og begrænset udbud er det imidlertid i udbudslovens § 61 stk. 1, udtømmende fastsat, i hvilke tilfælde en ordregiver kan anvende udbudsformen udbud med forhandling. Af bestemmelsen fremgår bl.a., at en ordregiver ved udbud af varer- og tjenesteydelser kan anvende udbud med forhandling, når ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger.*
- *Dette svarer til den bagvedliggende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 26, stk. 2, og stk. 4. Udbud med forhandling må således anses for **en (relativ bred) undtagelsesmulighed** til de almindelige udbudsformer, offentligt og begrænset udbud. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at **undtagelsesbestemmelser skal fortolkes indskrænkende**"*

# Flertallets ræsonnement

*2. Pointe – det skal tillægges bevismæssig betydning, at ordregiver ikke på forhånd har godtgjort, at betingelserne for anvendelse af udbud med forhandling er opfyldte.*

- *"Det følger endvidere af, at udbud med forhandling udgør en undtagelsesmulighed til de almindelige udbudsformer, at det påhviler den ordregiver, der gennemfører et udbud som et forhandlingsudbud at godtgøre, at betingelserne herfor er opfyldt. Uanset at der som nævnt ovenfor ikke består en forpligtelse til på forhånd at angive begrundelsen for at anvende udbud med forhandling, kan det således **i tilfælde af en klagesag tillægges bevismæssig betydning, hvis ordregiveren først under klagesagen oplyser og begrunder**, med hvilken hjemmel denne fremgangsmåde er fundet anvendelig."*



# Flertallets ræsonnement

## *3. Pointe – udbud med forhandling kan ikke anvendes, medmindre et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat*

- *"Vi lægger til grund, at det med det gældende udbudsdirektiv har været hensigten, at ordregiverne i højere grad end ved tidligere udbudsdirektiver skal kunne anvende udbudsformen udbud med forhandling. Denne udvidelse er i dansk ret kommet til udtryk ved udbudslovens §§ 61-66, som ligeledes fastsætter (en relativ bred) adgang til at anvende denne udbudsform. Ved fortolkningen af kravene til, hvornår udbud med forhandling kan anvendes, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, må det imidlertid – henset til de bagvedliggende direktivbestemmelser og de dertilhørende fortolkningsbidrag i direktivets præambelbetragtninger – fastslås, at også bestemmelserne i § 61, stk. 1, må fortolkes indskrænkende. Vi finder på den baggrund, at undtagelsesbestemmelserne i § 61, stk. 1, nr. 1, litra a og d, i lyset af udbudsdirektivets artikel 26 og under hensyn til direktivets 42. præambelbetragtning må fortolkes således, **at forhandlingsudbud ikke kan anvendes, medmindre et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat...**"*

# Flertallets ræsonnement

*4. Pointe – udbud med forhandling kan ikke anvendes i forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet.*

- *"...Bestemmelsen må endvidere fortolkes i lyset af udbudsdirektivets 43. betragtning, således at udbud med forhandling ikke kan anvendes i forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet. I det omfang udbud med forhandling lovligt kan anvendes, tilkommer der i øvrigt ordregiveren et skøn med hensyn til, hvilken udbudsform der vælges."*

# Flertallets ræsonnement

*5. Pointe – udbud af en rammeaftale med forhandling underlægges en hårdere bevisvurdering end hvis det havde været en anden type aftale.*

- *"Det påhviler (...) ordregiveren at godtgøre, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling er opfyldt. Da udbuddet vedrører **en rammeaftale** og dermed ikke er knyttet til udførelsen af en konkret opgave, bliver bevisbyrden for, at betingelserne for at gennemføre udbuddet som et udbud med forhandling er opfyldt, **vanskeligere at løfte, end hvis udbuddet f.eks. vedrørte et konkret it- eller byggeprojekt.**"*

# Flertallets ræsonnement

## *Konklusionen fra flertallet*

- *"Det er således ikke godtgjort, at et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 42. Dertil kommer, at de udbudte håndværkerydelser i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4 for delaftale 3 og 4 og i pkt. II.2.9 for alle delaftalerne er beskrevet som "almindeligt forekommende" arbejder, og at Albertslund Kommune har erkendt, at de udbudte tjenesteydelser har karakter af generiske ydelser. Der er således tale om standardtjenesteydelser, som kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 43. Det følger af det anførte, at Albertslund Kommune ikke havde hjemmel til at anvende udbudsformen udbud med forhandling."*

# Mindretallets ræsonnement

*1. Pointe – der er måske nok tale om en form for undtagelsesbestemmelse, men den skal ikke fortolkes indskrænkende*

- *"Udbud med forhandling er en udbudsform på linje med de øvrige udbudsformer, jf. udbudslovens § 55. Udbudslovens § 61, stk. 1, indeholder kriterierne for, hvornår udbud med forhandling kan anvendes, men navnlig under hensyn til, at det med det gældende udbudsdirektiv og udbudsloven har været hensigten, at ordregiverne i væsentligt højere grad end ved tidligere udbudsdirektiver skal kunne anvende udbudsformen udbud med forhandling, **finder jeg ikke grundlag for at fortolke kriterierne indskrænkende.***
- *Jeg finder på den baggrund, at undtagelsesbestemmelserne i § 61, stk. 1, nr. 1, litra a og d, i lyset af udbudsdirektivets artikel 26 og under hensyn til direktivets 42. præambelbetragtning må fortolkes således, at forhandlingsudbud kan anvendes, hvis ordregiveren godtgør, at et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat. **Bestemmelsen må endvidere fortolkes i lyset af udbudsdirektivets 43. betragtning, således at udbud med forhandling kan anvendes, når der ikke er tale om standard-tjenesteydelser eller -varer, der kan specificeres ved en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference.**"*

# Mindretallets ræsonnement

*2. Pointe – det har ikke relevans for vurderingen af lovligheden af brugen af udbud med forhandling, at der er tale om en rammeaftale*

- *"Jeg er enig med flertallet i, at det er ordregiveren, der skal bevise, at betingelserne for at gennemføre udbuddet som udbud med forhandling er opfyldt. Jeg er også enig med flertallet i, at der ikke er grundlag for at fastslå, at annullationen af kommunens udbud i 2015 og 2018 af tilsvarende ydelser sandsynliggør, at et udbud uden forhandling ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat. **Den omstændighed, at udbuddet vedrører en rammeaftale og ikke gennemførelsen af en konkret opgave, gør derimod ikke bevisbyrden vanskeligere at løfte for Albertslund Kommune...**"*

# Mindretallets ræsonnement

*3. Pointe – tilpasning af en udbudt opgave kan både vedrøre selve opgavens indhold og måden hvorpå opgaven løses – altså både hvad der skal løses og hvordan, det kan/skal løses*

- *"... Tilpasning af en udbudt opgave kan både vedrøre selve opgavens beskrivelse (indhold) og måden (herunder processer og arbejdsgange), hvorpå opgaven løses, og jeg finder, at Albertslund Kommune **har godtgjort, at der på tidspunktet for udbuddet ikke fandtes en eksisterende rammeaftaleløsning, som passede til kommunens behov.**"*

# Mindretallets ræsonnement

*4. Pointe – ordregiver skal ikke på forhånd begrunde sit valg af udbudsform, og det skal derfor ikke tillægges bevismæssig betydning under klagesagen, at det ikke har været oplyst tidligere.*

- *"Albertslund Kommune var som anført ikke forpligtet til at begrunde valget af udbudsformen, da udbuddet af rammeaftalerne blev iværksat, og **det skal derfor ikke tillægges bevismæssig betydning, at kommunen først under klagesagen har oplyst**, med hvilken hjemmel udbudsformen er anvendt."*



# Mindretallets ræsonnement

*5. Pointe – "almindeligt forekommende arbejder", der kan leveres af mange forskellige aktører, er ikke ensbetydende med, at der findes en standard for udførelse af opgaven*

- *"I forhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra d, udelukker det faktum, at de udbudte tjenesteydelser er beskrevet i udbudsmaterialet som "almindeligt forekommende" arbejder ikke, at opgaven (herunder indhold og/eller processer og arbejdsgange) gennem forhandling skulle beskrives nærmere. **Det faktum, at opgaven kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 43, er ikke ensbetydende med, at der findes en standard for udførelse af opgaven** (f.eks. omfatter rammeaftalen om tømrerydelser mere end 10 forskellige ydelser inklusive nybyggeri og renovering). **Jeg finder, at Albertslund Kommune har godtgjort, at der ikke findes en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference for så forskelligartede håndværksydelser, som de udbudte rammeaftaler omfatter, og at kommunen i det konkrete udbud derfor har haft behov for at tilpasse opgaven gennem forhandling.**"*

# Mindretallets ræsonnement

## *Konklusionen fra mindretallet*

- *"Udbudslovens § 61, stk. 1, nr. litra a, stiller ikke krav til omfanget eller størrelsen af tilpasninger af tilgængelige løsninger, og jeg finder, at Albertslund Kommunes ændrede ydelsesbeskrivelse efter forhandlingerne dokumenterer, at der er foretaget tilpasninger. De udbudte rammeaftaler svarer således ikke til udbud af f.eks. et færdigprojekteret byggeri, hvor der ikke er mulighed for tilpasninger af nogen art. Det kræver derimod tilpasning af de enkelte ydelser ved kommunens senere træk på rammeaftalerne. Albertslund Kommune har med de ændrede ydelsesbeskrivelser i det konkrete udbud løftet denne bevisbyrde, og det kan ikke føre til en andet resultat, at Albertslund Kommunen ikke i højere grad har dokumenteret forhandlingerne med tilbudsgiverne.*
- (...)
- *Efter det anførte finder jeg, at Albertslund Kommune har løftet bevisbyrden for, at betingelserne for at gennemføre udbuddet som udbud med forhandling er opfyldt, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, litra a og d."*

# Efter procedering - oversigt

*Sagen er indbragt for domstolene, da Albertslund Kommune (heller) ikke er enige i afgørelsen*

Flertallets pointer:

1. § 61 om udbud med forhandling er en undtagelsesbestemmelse, og skal derfor fortolkes indskrænkende.
2. Det tillægges bevismæssig betydning, at ordregiver ikke på forhånd har godtgjort, at betingelserne for anvendelse af udbud med forhandling er opfyldte.
3. Udbud med forhandling kan ikke anvendes, medmindre et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat
4. Udbud med forhandling kan ikke anvendes i forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet.
5. Udbud af en rammeaftale med forhandling underlægges en hårdere bevisvurdering end hvis det havde været en anden type aftale.

Mindretallets pointer (tilpasset så de "passer" numerisk til flertallets):

1. Der er måske nok tale om en form for undtagelsesbestemmelse, men den skal ikke fortolkes indskrænkende
2. Ordregiver skal ikke på forhånd begrunde sit valg af udbudsform, og det skal derfor ikke tillægges bevismæssig betydning under klagesagen, at det ikke har været oplyst tidligere.
3. Tilpasning af en udbudt opgave kan både vedrøre selve opgavens indhold og måden hvorpå opgaven løses – altså både hvad der skal løses og hvordan, det kan/skal løses
4. "Almindeligt forekommende arbejder", der kan leveres af mange forskellige aktører, er ikke ensbetydende med, at der findes en standard for udførelse af opgaven
5. Det har ikke relevans for vurderingen af lovligheden af brugen af udbud med forhandling, at der er tale om en rammeaftale

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Udbudslovens § 55*

"Udbud skal gennemføres efter en af følgende procedurer:

- 1) Offentligt udbud, jf. §§ 56 og 57,
- 2) begrænset udbud, jf. §§ 58-60,
- 3) udbud med forhandling, jf. §§ 61-66,
- 4) konkurrencepræget dialog, jf. §§ 67-72,
- 5) innovationspartnerskaber, jf. §§ 73-79,
- 6) udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. §§ 80-83, eller
- 7) projektkonkurrencer, jf. §§ 84-92"

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Udbudslovens § 61*

"En ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde:

1. Ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der opfylder et eller flere af følgende kriterier:
  - a) Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,
  - b) kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,
  - c) kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke tildeles uden forudgående forhandling, eller
  - d) ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65).
2. Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller unacceptable tilbud, jf. stk. 2 og 3.
3. (...)"

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## Udbudslovens § 80

"En ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud af bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter

- 1) ikke er modtaget nogen ansøgninger eller tilbud eller
- 2) kun er modtaget ansøgninger eller tilbud, der er irrelevante i forhold til kontrakten (...)"

Det fremgår af bemærkninger til denne bestemmelse (side 116 i lovforslaget som fremsat), at:

"§ 80 gennemfører direktivets artikel 32, stk. 2, og er en videreførelse af gældende ret. Udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er en undtagelse i forhold til de øvrige udbudsformer og må derfor kun anvendes under ganske særlige omstændigheder." (vores understregninger)

Præambelbetragtning 50:

"I betragtning af de negative konsekvenser for konkurrencen bør udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder. Denne undtagelse bør begrænses til tilfælde, hvor offentliggørelse enten ikke er mulig af tvungne grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed, eller hvor det fra begyndelsen er klart, at offentliggørelse ikke vil udløse mere konkurrence eller give bedre indkøbsresultater, ikke mindst fordi der objektivt kun er én økonomisk aktør, der kan udføre kontrakten. Dette gælder for kunstværker, hvor kunstnerens identitet i sig selv bestemmer selve kunstværkets unikke karakter og værdi. Der kan også være andre grunde til eksklusivitet, men kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure.

Ordregivende myndigheder, som gør brug af denne undtagelse, bør angive grundene til, at der ikke er rimelige alternativer eller erstatninger såsom anvendelsen af alternative distributionskanaler, herunder uden for den ordregivende myndigheds medlemsstat, eller muligheden for funktionelt sammenlignelige bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser. (...)" (vores understregninger)

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Undtagelsesbestemmelser?*

§ 53 om sideordnede tilbud:

*"En ordregiver kan acceptere eller kræve, at der afgives sideordnede tilbud, jf. dog stk. 2. Dette skal i givet fald fremgå af enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.*

*Stk. 2. En ordregiver skal fastsætte det krævede antal sideordnede tilbud under hensyntagen til proportionalitetsprincippet, herunder ordregiverens behov og tilbudsgivernes omkostninger forbundet med udarbejdelse af tilbud. Ordregiveren kan uden begrundelse stille krav om op til otte sideordnede tilbud. Vil ordregiveren stille krav om mere end otte sideordnede tilbud, skal ordregiveren i udbudsmaterialet begrunde dette. (...)" (vores understregning)*

§ 164 om kriterier for tildeling:

*"En ordregiver skal fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Kriterierne skal sikre mulighed for effektiv konkurrence om kontrakten og skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling." (vores understregning)*

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Udbudslovsudvalgets rapport side 575*

”Det er således en nyskabelse, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er blevet harmoniseret. Ordregiver er altså frit stillet med hensyn til, om den vil anvende den ene eller anden udbudsprocedure, såfremt anskaffelsen falder ind under en af de opregnede tilfældegrupper. Harmoniseringen skaber dog også en uklarhed om, hvad forskellen på de to udbudsprocedurer reelt er.

Om baggrunden for de foreslåede bestemmelser anføres det i direktivets betragtning 42, at der er et stort behov for at give ordregivere yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der fastsætter bestemmelser om forhandlinger. (...)

Det er altså et af hovedformålene med de foreslåede bestemmelser i højere grad at give ordregiver adgang til at benytte sig af de to udbudsprocedurer. Ordregiver kan anvende de to udbudsprocedurer under de betingelser, som artikel 26, stk. 4, opstiller.

(...)

Artikel 26, stk. 4, litra a), i) fastslår, at ordregiver kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, når ordregivers behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger.

Bestemmelsen er ny og blev indsat under forhandlingerne, og der foreligger ikke i forarbejderne nærmere fortolkningsbidrag til bestemmelsen. Det brede anvendelsesområde, som bestemmelsen lægger op til, gør, at de øvrige tilfældegrupper synes at have begrænset praksis relevans.

(...)

Artikel 26, stk. 4, litra a), iv) fastslår, at ordregiver kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist med henvisning til en standard, europæisk teknisk vurdering, fælles teknisk specifikation eller teknisk reference.

Bestemmelsen synes delvis at være en videreførelse af det gældende direktivs artikel 29, stk. 1, jf. art 1, stk. 11, litra a) (første pind) om konkurrencepræget dialog. Bestemmelsen indeholder dog ikke en betingelse om, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt. Bestemmelsen henviser til punkt 2-5 i direktivets bilag VII, der indeholder en definition af de begreber, som bestemmelsen benytter sig af afslutningsvis. Formålet hermed må formodes at være at gøre det lettere for ordregiver at vurdere, om betingelserne for anvendelsen af udbudsprocedurerne er til stede.” (vores understregninger)



# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Udbudslovsudvalgets rapport punkt 4.3.2*

*”Direktivet og lovforslaget indebærer, at ordregiveren altid kan anvende udbudsprocedurerne offentligt og begrænset udbud. Direktivet udvider adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling, hvis visse betingelser er opfyldt. (...)*

*Lovforslaget giver mulighed for mere dialog og samarbejde mellem det offentlige og det private, da adgangen til at anvende proceduren konkurrencepræget dialog bliver udvidet. Derudover vil proceduren udbud med forhandling kunne anvendes i højere grad. Herudover tydeliggøres det, at der er adgang til at forhandle om alle tilbudselementer med undtagelse af elementer, der kan karakteriseres som grundlæggende elementer, herunder mindstekrav samt kriterier for tildeling (...)”  
(vores understregninger)*

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

## *Europa-Parlamentets behandling af udbudsdirektivet - A7-0007/2013, side 152*

*“The rapporteur therefore considers it essential for all the procedures laid down in the directive to be transposed in the Member States: each contracting authority should have at its disposal a toolbox to enable it to choose the procedure best suited to its needs. The rapporteur considers it desirable that greater use should be made in future of the negotiated procedure.”*

Og på side 274, der indeholder begrundelsen for et forslag til ændring af (dengang) præambel betragtning 15, om den påtænkte brug af ”udbud med forhandling”, hvorefter brugen af ”udbud med forhandling” skulle udvides betydeligt i forhold til det dagældende udbudsdirektiv:

*“In reference to the Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy (COM(2011) 15 final), and the European Parliament's report on modernisation of public procurement (2011/2048(INI)), negotiated procedures should be used without limitation in order to achieve the contract which is best suited to the specific needs of the contracting authority, as well as to achieve the best value for money. In order to achieve the highest possible level of transparency, adequate guarantees to counter market distortion - as a result of the application of this procedure - need to be elaborated.” (vores understregning)*

# Der er ikke tale om en undtagelsesbestemmelse

*Lovforslag 2015/1 LSF 19, fremsat den 7. oktober 2015 – side 101,  
bemærkningerne til § 61*

*”(...) Ordregiveren kan anvende udbudsproceduren i de tilfælde, hvor ordregiveren f.eks. har behov for nogle nye funktioner til en allerede tilgængelig løsning eller f.eks. i de tilfælde, hvor ordregiveren ikke er i stand til at fastlægge de krav, der kan opfylde ordregiverens behov m.v. Omvendt kan ordregiveren ikke anvende proceduren, hvis ordregiveren i udbudsmaterialet præcist har defineret det påtænkte indkøb. Det kan f.eks. være, hvis ordregiveren udbyder et færdigt projekteret byggeri, dvs. et projekt, hvor der ikke er mulighed for tilpasninger af nogen art (...).”*

# Betydningen af at det er en rammeaftale, der udbydes.

- En rammeaftale med åbning af konkurrencen, hvor løsningen først fastlægges i forbindelse med mini-udbuddet?
- En rammeaftale, hvor der i mini-udbuddet konkurreres på timepriser og CV'er?
- En rammeaftale, hvor der i mini-udbuddet udelukkende konkurreres på priser?
- En rammeaftale, hvor der ikke er indeholdt mini-udbud?

# Hvornår skal brugen af udbud med forhandling godtgøres

Udbudsloven § 174

*"En ordregiver skal efter afslutningen af et udbud og i løbet af et dynamisk indkøbssystem udarbejde en skriftlig rapport, der skal omfatte følgende oplysninger:*

1) (...)

5) Ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog de omstændigheder, der er nævnt i §§ 61 og 67, og som begrundet anvendelsen af disse procedurer.

6) Ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse de omstændigheder i §§ 80-83, der har begrundet anvendelse af denne fremgangsmåde.

7) (...)" (vores understregning)

# Udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat

Præambel-betragtning 42:

*"Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger. En større anvendelse af disse procedurer vil formentlig også øge den grænseoverskridende handel, eftersom evalueringen har vist, at kontrakter indgået ved udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse er særligt succesfulde i forbindelse med grænseoverskridende tilbud. Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat (...)" (vores understregning)*

"Et tilfredsstillende resultat"?

# Udbudslovens § 61

"En ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde:

1. Ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der opfylder et eller flere af følgende kriterier:
  - a) **Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,**
  - b) kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,
  - c) kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke tildeles uden forudgående forhandling, eller
  - d) **ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65).**
2. Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller unacceptable tilbud, jf. stk. 2 og 3.
3. (...)" (vores fremhævninger)

# Udbudslovens § 61, stk. 1, litra a) og "Standardtjenesteydelser eller –varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet"

- § 61, stk. 1, litra a) "Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger"

Som eksempler på "tilpasning af allerede tilgængelige løsninger" nævner lovbemærkningerne

*"...it-løsninger, der skal tilpasses ordregiverens tekniske platforme, konvertering af data, integration med øvrige IT-systemer mv. eller teknisk udstyr og medicinsk udstyr, der skal tilpasses ordregiverens behov for uddannelse af personale samt driftsrelaterede logistiske ydelser."*

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsreglerne side 55 anføres:

*"En anskaffelse, der forudsætter tilpasning af allerede tilgængelige løsninger, kan eksempelvis være en tilgængelig IT-løsning, der forudsætter en tilpasning til ordregivers tekniske platforme, konvertering af data, integration med øvrige IT-systemer m.v. eller avanceret teknisk udstyr samt medicinsk udstyr, der skal tilpasses ordregivers behov for uddannelse af personale, samt driftsrelaterede logistiske ydelser (...)"*

**Er det ikke almindeligt forekommende tjenesteydelser, der henvises til?**



# Udbudslovens § 61, stk. 1, litra d) og tekniske specifikationer og standarder

Udbudslovens § 61, stk. 1 litra d) *"ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65)."*

Udbudsdirektivets bilag VII

I dette direktiv forstås ved:

[...]

2) **"Standard"**: *en teknisk specifikation, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk, og som er en af følgende kategorier*

a) *international standard: en standard, der er vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig*

b) *europæisk standard: en standard, der er vedtaget af en europæisk standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig*

c) *national standard: en standard, der er vedtaget af en national standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig*

3) **"europæisk teknisk vurdering"**: *den dokumenterede vurdering af en byggevarers ydeevne med hensyn til dens væsentlige egenskaber i overensstemmelse med det respektive europæiske vurderingsdokument som defineret i artikel 2, nr. 12), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 305/2011 (1)*

4) **"fælles teknisk specifikation"**: *en teknisk specifikation på IKT-området, der er udarbejdet i henhold til artikel 13 og 14 i forordning (EU) 1025/2012*

5) **"teknisk reference"**: *enhver leverance fra europæiske standardiseringsorganer, bortset fra europæiske standarder, som er frembragt efter procedurer, der er indført med henblik på udvikling af markedsbehovene."*

# Udbudslovens § 61, stk. 1, litra d) og tekniske specifikationer og standarder

Kommentaren i rapport fra 2014 høringsforslaget til udbudsloven anfører, at dette synes en "*delvis videreførelse af det gældende direktivs artikel 29, stk. 1, jf. art 1, stk. 11, litra a) (første pind) om konkurrencepræget dialog*" dog "*uden en betingelse om, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt*".

*Bestemmelsen henviser til punkt 2-5 i direktivets bilag VII, der indeholder en definition af de begreber, som bestemmelsen benytter sig af afslutningsvis. Formålet hermed må formodes at være at gøre det lettere for ordregiver at vurdere, om betingelserne for anvendelsen af udbudsprocedurerne er til stede.*

Høringsforslag siger intet i kommentaren og gentager alene teksten fra § 61, stk. 1, litra d)

I noten i Karnov anføres, at bestemmelsen "*i betydelig grad svarer til art. 30, stk. 1, litra e i det tidligere udbudsdirektiv*" (her menes nok litra c), "*men har dog formentlig et noget større anvendelsesområde.*"

## Udbudsdirektiv 2004, art 30, stk. 1, litra c)

"i det omfang, hvor den tjenesteydelse, der skal præsteres, især hvis det drejer sig om tjenesteydelser i kategori 6 i bilag II A og intellektuelle tjenesteydelser, som for eksempel tjenesteydelser vedrørende projektering af arbejder, er af en sådan art, at kontrakten ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud"

## Udbudslov 2016, § 61, stk. 1, litra d)

"ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII..."

# Spørgsmål og bemærkninger





*Thomas Thorup Larsen*

Advokat & Partner

Thomas.larsen@twobirds.com



*Mikkel Taanum*

Advokat & Counsel

Mikkel.taanum@twobirds.com



# Tak

twobirds.com

Abu Dhabi • Amsterdam • Beijing • Bratislava • Bruxelles • Budapest • Casablanca • København • Dubai • Düsseldorf  
• Frankfurt • Haag • Hamborg • Helsinki • Hong Kong • London • Luxembourg • Lyon • Madrid • Milano • München  
• Paris • Prag • Rom • San Francisco • Shanghai • Singapore • Stockholm • Sydney • Warszawa

Enhver information i dette dokument af teknisk, juridisk eller professionel karakter er udelukkende vejledende og udgør ikke juridisk rådgivning. Kontakt altid en kvalificeret advokat vedrørende et specifikt juridisk problem eller emne. Bird & Bird påtager sig intet ansvar for de informationer, som dokumentet indeholder, og frasiger sig ethvert ansvar i forhold til informationerne.

Dette dokument er fortroligt. Medmindre andet er angivet, ejer Bird & Bird ophavsretten til dette dokument og dets indhold. Ingen dele af dokumentet må derfor benyttes i helhed eller uddrag

Bird & Bird er et internationalt advokatfirma, bestående af Bird & Bird LLP og filialer og associerede selskaber, hvilket inkluderer Bird & Bird Advokatpartnerselskab.

Bird & Bird Advokatpartnerselskab er et registreret selskab under CVR nr. 35 14 45 01.