

UDBUDSLOVEN § 159, STK. 5 OG 6



UDBUDSLOVEN § 159, STK. 5 OG 6

Udbudsloven § 159, stk. 5

Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

- Kan referencer suppleres eller udskiftes?

Udbudsloven § 159, stk. 6

Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.

- Kan stk. 5 ikke anvendes, når der er fastsat minimumskrav (mindstekrav) til egnethed?

UDBUDSLOVENS § 159, STK. 5 - RETTEN PÅ FREDERIKSBERGS DOM AF 30. JUNI 2022

Faktum

Offentligt udbud - egnethedskrav – 3 referencer tilsvarende opgave

En reference afvist – anmodet om at indsende nye referencer

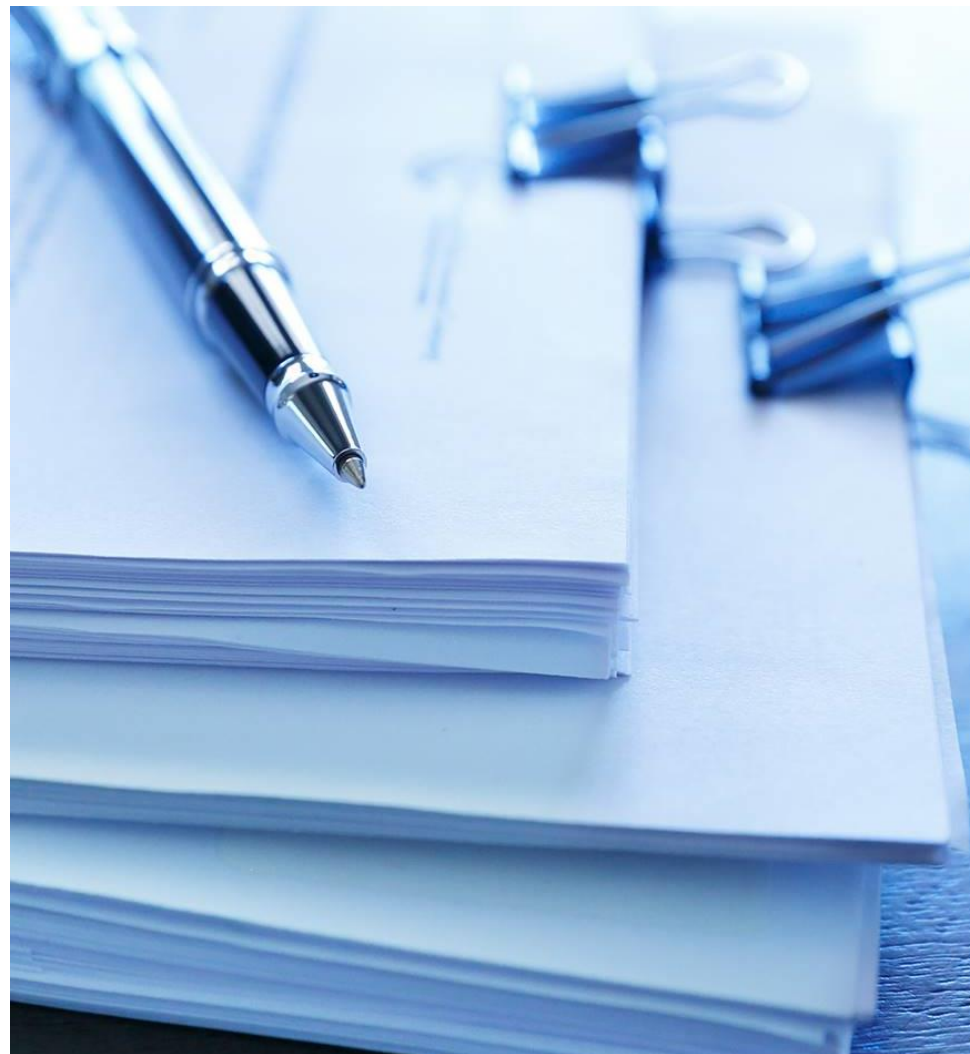
KLFU kendelse af 29. april 2020

Gengivelse af bestemmelsen og forarbejder samt ”*det er således efter bestemmelsen muligt for en tilbudsgiver at præcisere og supplere et afgivet tilbud og endda indlevere yderligere dokumenter.*”

Dom af 30. juni 2022

Retten finder, at Kruso A/S' indsendelse af nye referencer ikke indebar en sådan indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at der forelå et nyt tilbud, og at Gentofte Kommune derfor som udgangspunkt kunne anmode Kruso A/S om at fremsende nye referencer efter udbudslovens § 159, stk. 5.

Det bemærkes herved, at det efter bevisførelsen må lægges til grund som objektivt konstaterbart, at de nye referencer forelå, inden Kruso A/S indleverede sit tilbud, idet disse stammede fra Kruso A/S' casebibliotek, og at Kruso A/S ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb.



UDBUDSLOVENS § 159, STK. 5 - KAN REFERENCER SUPPLERES ELLER UDSKIFTES?

Forarbejder til bestemmelsen

- Henvisning til Manova-dom og implementeringsbekendtgørelsen
- Efterfølgende beskrivelse afspejler meget bred adgang
- Ikke kun supplerende af oplysninger (*selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation*) – f.eks. kan manglende ESPD kan indsendes
- Ikke nyt tilbud, hvis oplysninger forelå på tidspunkt for tilbud – *ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb*

KLFU 13. November 2018 Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S

Ansøgerne skal opfylde følgende mindstekrav:

- Ansøger skal have udført mindst tre halmfyringsanlæg inden for de seneste fem år (regnet fra tidspunkt for afgivelse af prækvalifikationsansøgning). Anlæggene skal ligge indenfor 4-20 MW.

Klagenævnet;

- Ved bedømmelsen af om det nævnte mindstekrav var opfyldt, kan ordregiveren ikke lægge vægt på oplysninger, som ordregiveren i øvrigt måtte være i besiddelse af fra anden side, men SK Varme kunne have benyttet sig af fremgangsmåden i forsyningsdirektivets § 76, stk. 4 (næsten tilsvarende bestemmelse som § 159, stk. 5)
- Bestemmelsen er i overensstemmelse med den praksis, der har været fulgt af EU-Domstolen, jf. domstolens dom i den såkaldte Manova sag (C- 336/12).

FORARBEJDER TIL UDBUDSLOVEN § 159, STK. 5

Bestemmelsens stk. 5 er en kodificering af blandt andet EU-Domstolens retspraksis, herunder afgørelse af 10. oktober 2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12. Endvidere findes en lignende bestemmelse i § 12, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, udstedt i medfør af § 1 og § 2, stk. 1, i lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 600 af 30. juni 1992.

Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor de relevante oplysninger eller den dokumentation, som en ansøger eller tilbudsgiver indsender i sin ansøgning eller sit tilbud er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Dokumentationen kan være specifikke dokumenter, der skal dokumentere specifikke forhold. Hvis en ansøgning eller et tilbud er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan ordregiveren i henhold til denne bestemmelse anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. **Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgning- eller tilbudsfristens udløb.**

Anmodning om relevante oplysninger og dokumentation kan fremsættes efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen.

Såfremt en ansøgning eller et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Dog kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at ordregiveren fremsætter en anmodning, hvis der er tale om fejl eller mangler.

En anmodning om relevante oplysninger og dokumentation skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

FORARBEJDER TIL UDBUDSLOVEN § 159, STK. 5 - FORTSAT

Ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, **selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation.** Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation, men kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet. Eksempelvis kan ordregiveren anmode om at få fremsendt en manglende årsrapport.

S

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. **Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.**

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.

FORARBEJDER TIL UDBUDSLOVEN § 159, STK. 5 - FORTSAT

Ordregiver kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at genfremsende et dokument med den manglende datering, såfremt de relevante dele af ansøgningen eller tilbuddet kan anses for bindende, uden den manglende underskrift eller datering. Endvidere vil det være muligt for ordregiveren at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl, såsom for at få indsendte eksemplarer eller indsendelse i et forkert format.

Det fælles europæiske udbudsdokument er et foreløbigt bevis for den dokumentation, ordregiveren som minimum skal kræve fra den vindende tilbudsgiver i henhold til § 151. I det fælles europæiske udbudsdokument anfører ansøgeren eller tilbudsgiveren, at denne kan fremsende bestemt dokumentation til ordregiveren inden udløbet af en passende tidsfrist, som ordregiveren har fastsat i henhold til § 151, stk. 1. Idet der er tale om et foreløbigt bevis for efterfølgende fremsendelse af dokumentation, opnår ansøgeren eller tilbudsgiveren som udgangspunkt ikke længere tid til at fremskaffe dokumenter eller længere tid til at udarbejde dokumentationen.

Endvidere er der som udgangspunkt ikke en væsentlig byrde for ansøgerne eller tilbudsgiverne forbundet med udarbejdelsen af det fælles europæiske udbudsdokument. Som følge heraf kan ordregiveren som udgangspunkt uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i det fælles europæiske udbudsdokument. Dette finder også anvendelse i den situation, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har fremsendt det fælles europæiske udbudsdokument til ordregiveren. I denne situation kan ordregiveren som udgangspunkt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

UDBUDSLOVENS § 159, STK. 5 - KAN REFERENCER SUPPLERES ELLER UDSKIFTES?

Vurdering af om det indebærer en sådan indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at der foreligger et nyt tilbud

- Afskåret, hvis det ændrer tilbudsgiver-konstellation – dvs. hvis tilbudsgiver skal basere sig på reference fra støtteenhed, EU-domstolens dom 4. maj 2017 i C-387/14 Esaprojekt samt KLFU 23. marts 2022, *Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S*
- Ikke ny tilbud, hvis det er objektivt konstaterbart, at oplysninger forelå på tidspunktet for afgivelse af tilbud og ikke konkurrencemæssig fordel
- Almindelig bevisbedømmelse, jf. dom af 30. juni 2022 fra Retten på Frederiksberg, *Gentofte Kommune mod Eksponent ApS*
- Tidmæssig fordel udgør ikke i sig selv en overtrædelse af udbudsreglerne, jf. f.eks. KLFU af 5. februar 2015, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark* (vedrørte dog økonomisk kapacitet)
- Forskel på offentligt og begrænset udbud?



UDBUDSLOVENS § 159, STK. 6

Kan stk. 5 ikke anvendes, når der er fastsat minimumskrav (mindstekrav) til egnethed?

Udbudslov § 159, stk. 6

Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.



FORARBEJDER TIL UDBUDSLOVEN § 159, STK. 6

Bestemmelsens stk. 6 er en kodificering af EU-Domstolens afgørelse af 10. oktober 2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12. Endvidere fremgår bestemmelsen også af § 12, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.

EU-DOMSTOLENS DOM C-336/12 MANOVA

Udbudsmaterialet

Under punktet »Kriterier for kvalitativ udvælgelse« var følgende angivet i udbudsannoncen:

Tilbudsgivere, som ønsker at komme i betragtning, skal som grundlag for en vurdering af deres økonomiske og faglige kvalifikationer afgive følgende oplysninger og opfylde de nævnte mindstekrav:

[...]

2) *[f]remlæggelse af ansøgers seneste balance såfremt ansøgeren er forpligtet til at udarbejde balance*

3) *[r]eferenceliste [...]*

4) *[o]plysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tilbudsgiveren. [...]*

Såfremt [ministeriet] modtager flere end 3 ansøgninger til hvert enkelt af de 7 områder, der alle opfylder ovenstående betingelser, vil udvælgelse af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud og deltage i det efterfølgende forhandlingsforløb, ske ved udvælgelse af de ansøgere, som dokumenterer de bedste og mest relevante erfaringer set i forhold til de udbudte ydelser. Referencer (3) vægtes således over oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer (4).

EU-DOMSTOLENS DOM C-336/12 MANOVA

39 Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

40 Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).

41 I det foreliggende tilfælde synes betingelserne nævnt i denne doms præmis 39 og 40 at være opfyldt. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i denne henseende.

42 Henset til ovenstående bemærkninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.

EU-DOMSTOLENS DOM C-336/12 MANOVA

39 Accordingly, a contracting authority may request the correction or amplification of details of such an application, on a limited and specific basis, so long as that request relates to particulars or information, such as a published balance sheet, which can be objectively shown to pre-date the deadline for applying to take part in the tendering procedure concerned.

40 However, it should be explained that this would not be the case if the contract documents required provision of the missing particulars or information, on pain of exclusion. It falls to the contracting authority to comply strictly with the criteria which it has itself laid down (see, to that effect, Case C-496/99 P Commission v CAS Succhi di Frutta [2004] ECR I-3801, paragraph 115).

41 In the present case, it appears that the conditions mentioned in paragraphs 39 and 40 above have been respected. Nevertheless, it is for the referring court to carry out the necessary assessments in that regard.

42 In the light of the foregoing, the answer to the question referred is that the principle of equal treatment must be interpreted as not precluding a contracting authority from asking a candidate, after the deadline for applying to take part in a tendering procedure, to provide documents describing that candidate's situation – such as a copy of its published balance sheet – which can be objectively shown to pre-date that deadline, so long as it was not expressly laid down in the contract documents that, unless such documents were provided, the application would be rejected. That request must not unduly favour or disadvantage the candidate or candidates to which it is addressed.

Costs

Udbudsbekendtgørelse pkt. III.1.3:

Tilbudsgiver skal anføre de op til tre (3) referencer, som alene eller samlet opfylder mindstekravene jf. sidste bullet i denne boks.

.....

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Mindstekrav:

- Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgave. Ved 'tilsvarende' forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en www.indsætkundensnavn.dk

- Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).



UDBUDSLOVENS § 159, STK. 5 - RETTEN PÅ FREDERIKSBERGS DOM AF 30. JUNI 2022

Udbudsbetingelser

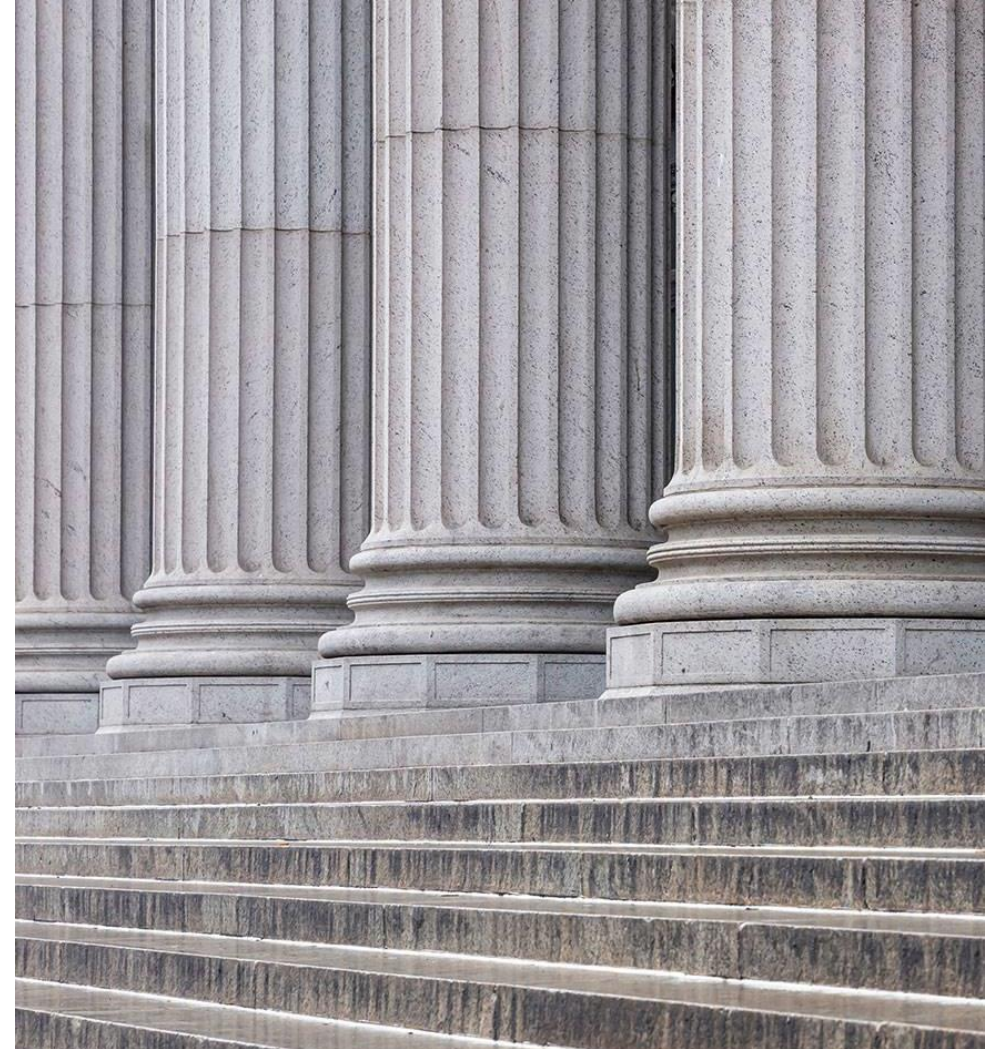
3.1. Vurdering af konditionsmæssighed

Ordregiver konstaterer indledningsvist om tilbuddet er konditionsmæssigt, herunder at følgende punkter er opfyldt:

- *Tilbuddet er indkommet rettidigt i Systemet*
- *Tilbuddet indeholder den efterspurgte dokumentation og information*
- *Der er ikke taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet*
- *Tilbuddet overholder samtlige mindstekrav*

Er et eller flere af ovenstående punkter ikke opfyldt, vil tilbuddet som udgangspunkt ikke blive medtaget i evalueringen.

Ordregiver er berettiget, men ikke forpligtet, til at anmode en Tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, såfremt dette kan ske i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

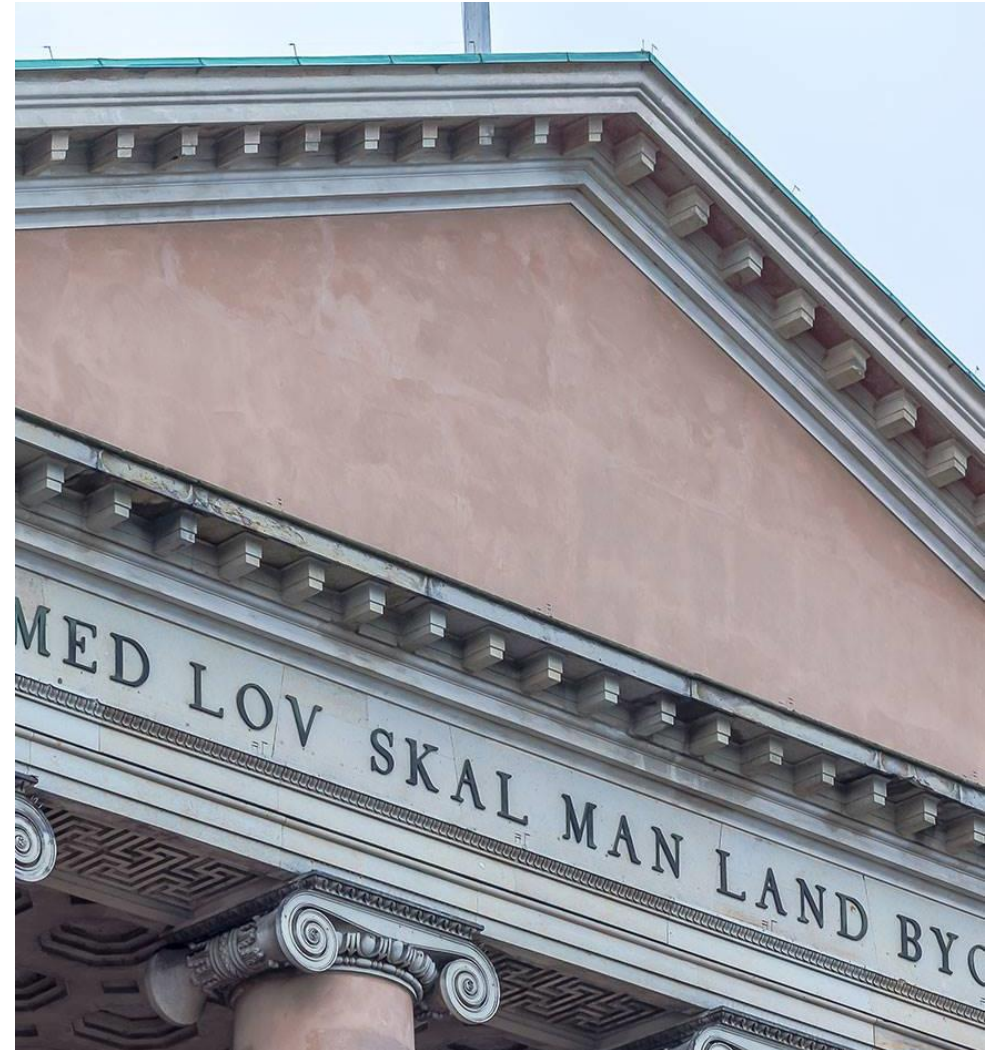


UDBUDSLOVENS § 159, STK. 6 - RETTEN PÅ FREDERIKSBERGS DOM AF 30. JUNI 2022

Dom

Det er på ovennævnte baggrund afgørende for vurderingen af, hvorvidt Gentofte Kommune var afskåret fra at indhente nye referencer fra Kruso A/S, jf. udbudslovens § 159, stk. 6, når kommunen havde fastsat indsendelse af referencerne som et mindstekrav, om det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.

En ordregiver er således ikke i alle tilfælde, hvor der foreligger manglende dokumentation eller lignende vedrørende mindstekrav, afskåret fra at anvende udbudslovens § 159, stk. 5. Herefter, og da det fremgår af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav alene som udgangspunkt vil medføre, at tilbuddet ikke vil blive medtaget i evalueringen, og at Gentofte Kommune i relation hertil udtrykkeligt har forbeholdt sig retten til at anvende udbudslovens § 159, stk. 5, finder retten, at Gentofte Kommune var berettiget til at indhente nye referencer fra Kruso A/S.



KLAGENÆVNETS PRAKSIS – FØR EKSPONENT KENDELSEN

- Brug af terminologi ”mindstekrav” til egnethed udelukker ikke i sig selv anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5
- Brug af ”mindstekrav” udelukker kun anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, hvis det fremgår, at manglende opfyldelse af mindstekrav vil føre til, at tilbud ikke kan tages i betragtning
- I overensstemmelse med forarbejder og Manova-dom

KLFU 5. februar 2017, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*

KLFU 6. december 2017 *Imatis mod region H Kommune*

KLFU 27. august 2018, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*

KLFU 2. november 2015, *Albrect Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*

KLFU 13. November 2018, *Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S*

KLAGENÆVNETS PRAKSIS

KLFU 5. februar 2017, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*

Berigtigelse af oplysninger om økonomisk kapacitet (påstand 13)

Samme terminologi som GK, dvs. brugt betegnelsen "mindstekrav" om det indholdsmæssige krav til egnethed

Klagenævnet fandt ordregivers anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, for berettiget

Klagenævnet:

Oplysninger, der objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

Den omstændighed, at Responce og BIOS dermed fik en vis tidsmæssig fordel, er en følge af den af EU-Domstolen fastlagte adgang til inden for nærmere rammer at indhente supplerende oplysninger. Den tidsmæssige fordel udgør dermed ikke i sig selv en overtrædelse af udbudsreglerne som subsidiært anført af Falck. Det bemærkes i den forbindelse, at Falck så vidt ses ikke på noget tidspunkt under udbudsprocessen har anført ikke at have fornøden tid til at udarbejde tilbud og anmodet om ekstra tid, og der er ikke nedlagt påstand eller fremført anbringender herom under denne klagesag.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 6. DECEMBER 2017 IMATIS MOD REGION H KOMMUNE

Offentligt udbud - kun modtaget ukonditionsmæssige tilbud

Overgår til udbud med forhandling iht artikel 30, stk. 1, litra a, i det tidligere udbudsdirektiv

Påstand 2.

Udbyderen havde været uberettiget til at lade den senere valgte tilbudsgiver afgive tilbud ved udbuddet med forhandling, fordi tilbudsgiveren ikke opfyldte mindstekravene til egnethed ved det forudgående offentlige udbud.

Region Hovedstaden gjorde gældende, at implementeringsbekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 1, gav regionen hjemmel til at lægge sin viden om Ascoms referencer til grund for egnethedsvurderingen, og at fremgangsmåden var i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse af 10. oktober 2013, sag C-336/12, Manova.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 6. DECEMBER 2017 IMATIS MOD REGION H KOMMUNE

Ved EU-domstolens dom af 10. oktober 2013, sag C-336/12, Manova, er det fastslået, at hvis en ordregiver har stillet krav om, at et tilbud skal vedlægges en bestemt dokumentation for tilbudsgiverens egnethed, men tilbudsgiveren ikke har vedlagt dokumentationen, kan ordregiveren efterfølgende – under overholdelse af ligebehandlingsprincippet – indhente dokumentationen hos tilbudsgiveren. Ordregiveren kan dog ikke gøre dette, hvis ordregiveren på forhånd udtrykkeligt har tilkendegivet, at manglende opfyldelse af kravet om dokumentationen vil føre til, at tilbuddet afvises.

Region Hovedstaden fastsatte som anført krav om, at tilbudsgiverne skulle indlevere referencer, og regionen fastsatte som mindstekrav, at tilbudsgiverne blandt referencerne for hver tilbudt delaftale kunne påvise mindst 2 referencer for lignende leverancer, inden for de seneste 3 år frem mod tidspunktet for afgivelse af tilbuddet. Følgende fremgår i øvrigt af udbudsbetingelsernes pkt. 19:

”Såfremt tilbudsgiver ikke afgiver nedenstående oplysninger, kan dette føre til afvisning af tilbuddet.

Såfremt de afgivne oplysninger viser at tilbudsgiver ikke opfylder Ordregivers eventuelle mindstekrav for egnethed som angivet i udbudsbekendtgørelsen vil Ordregiver ikke kunne tage tilbuddet i betragtning.”

Som fastslået ved Manova-dommen og tilsvarende i implementeringsbekendtgørelsens § 12, stk. 4, var Region Hovedstaden forpligtet til at overholde de kriterier, herunder kravet om, at tilbudsgiverne skulle indlevere mindst 2 referencer for lignende leverancer inden for de seneste 3 år frem mod tidspunktet for afgivelse af tilbuddet, som regionen selv havde fastlagt.

Regionen var dermed ikke berettiget til at anmode Ascom om at indlevere de manglende referencer og i endnu mindre grad til selv at udarbejde disse. Regionen skulle derimod, som fastsat i både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, have undladt at tage Ascoms tilbud i betragtning.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - MINDSTEKRAV

KLFU 27. august 2018, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.*

Klage over tildeling, manglende/ufuldstændig dokumentation for at tilbud opfyldte mindstekrav

Da det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud, som var i fuld overensstemmelse med "all Mandatory Requirements and Key Requirements", og at der ved afgivelsen af endeligt tilbud (BAFO) ikke måtte være afvigelser herfra, samt at en eventuel afvigelse ville føre til, at tilbuddet ville blive afvist, har FMI ikke haft mulighed for i medfør af princippet i udbudsloven § 159, stk. 5, at give MS lejlighed til at berigtige deres tilbud i forhold til den fejlbehæftede specifikation AS.84.11.11.04, herunder da indleveringen af dokumentation/beskrivelse i forhold til kravets opfyldelse i sig selv var gjort til et mindstekrav, jf. herved også princippet i udbudslovens § 159, stk. 6.

KLFU 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Afviste tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at en fremsendt vareprøve ikke opfyldte et mindstekrav

Det fremgår udtrykkeligt af "Instruction to Tenderers" punkt 5.2 og "Appendix C.1.2 Leverandørbesvarelse – Medaljer" punkt 1.4 og punkt 4, at der er tale om et mindstekrav, samt at manglende opfyldelse af mindstekrav vil føre til afvisning af tilbuddet.

Allerede derfor har Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse været uberettiget til at søge manglen udbedret, jf. bl.a. EU-domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, og så meget desto mere været uberettiget til at bortse fra manglen.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 13. NOVEMBER 2018 JUSTSEN ENERGITEKNIK A/S MOD SK VARME A/S

Udbudsbekendtgørelse:

Ansøgerne skal opfylde følgende mindstekrav:

(1) Ansøger skal have udført mindst tre halmfyringsanlæg inden for de seneste fem år (regnet fra tidspunkt for afgivelse af prækvalifikationsansøgning). Anlæggene skal ligge indenfor 4-20 MW.

Klagenævnet:

Ved bedømmelsen af om det nævnte mindstekrav var opfyldt, kan ordregiveren ikke lægge vægt på oplysninger, som ordregiveren i øvrigt måtte være i besiddelse af fra anden side, men SK Varme kunne have benyttet sig af fremgangsmåden i forsyningsdirektivets § 76, stk. 4, hvori det hedder:

”Stk. 4. Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan ordregivende enheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.”

Bestemmelsen er i overensstemmelse med den praksis, der har været fulgt af EU-Domstolen, jf. Domstolens dom i den såkaldte Manova sag (C- 336/12).

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 29. APRIL 2020 EKSPONENT APS MOD GENTOFTE KOMMUNE

En ordregivers mulighed for at indhente oplysninger i forhold til et afgivet tilbud er dog yderligere reguleret af udbudslovens § 159, stk. 6. Efter § 159, stk. 6, skal en ordregiver uanset stk. 5 afvise et tilbud, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.

Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår bl.a.:

”... Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

§ 159, stk. 6, er en kodificering af EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Manova A/S. En anmodning om præcisering kan således ikke afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, der ifølge udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS – EFTER EKSPONENT KENDELSEN

- Brug af terminologi ”mindstekrav” vedrørende egnethed udelukker i sig selv anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5
- Brug af terminologi ”minimumskrav” vedrørende egnethed udelukker i sig selv anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5
- Hverken i overensstemmelse med forarbejder og Manova-dom
- Udelukker enhver berigtigelse af minimumskrav til egnethed – som Manova-dommen netop tillod
- Er minimumskrav i øvrigt det samme som mindstekrav?

KLFU 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a

KLFU 23. marts 2022 Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S

KLFU 3. juni 2022 Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns kommune

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 30. NOVEMBER 2021, HOLBØLL A/S MOD NÆSTVED FJERNVARME A.M.B.A

Udbudsbekendtgørelse pkt. III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet:

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Ordregiver stiller følgende mindstekrav til ansøgers tekniske og faglige kapacitet:

at ansøger som minimum har udført og afsluttet 2 sammenlignelige projekter i løbet af de seneste fem år, Ved sammenlignelige projekter forstås projekter, der opfylder alle følgende kriterier:

Klager over at vindende tilbud ikke opfyldte krav (at opgaven var udført i hovedentreprise – afgivet beskrivelse af referencer vedrørende rammeaftale og totalentreprise). Ved mail efter indgivelse af klage beskrev den vindende tilbudsgiver, at referencer med angivelse af rammeaftaler er udført i hovedentreprise.

Klagenævnet:

Ansøgeren bærer risikoen for uklarheder i ansøgningen, og Wicotec Kirkebjerg A/S' mail af 27. oktober 2021 ændrer ikke herpå, jf. herved også EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, præmis 40.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 23. MARTS 2022 IVECO DANMARK A/S MOD FÆLLES AFFALDSINDSAMLING A/S

Af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3 fremgår følgende mindstekrav til tilbudsgiverens tekniske og faglige kapacitet:

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver inden for de sidste 3 år har leveret minimum 10 indsamlingskøretøjer pr. år af tilsvarende karakter. Ved tilsvarende karakter forstås indsamlingskøretøjer, uanset størrelse, med udstyr som i dette udbud eller tilsvarende.

Iveco Danmark A/S afgav tilbud – oplyste reference, der viste sig at være udført af koncernforbundet selskab.

Klagen handlede om, hvorvidt Iveco skulle have haft adgang til berigtigelse, hvilket ville indebære:

- Ændring af nej til støttende enhed fra "nej" til "ja" i Iveco's ESPD
- Indlevering af ESPD og støtteerklæring fra det koncernforbundne selskab
 - Dvs. reelt en ændring af tilbudsgiver-konstellation

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 23. MARTS 2022 IVECO DANMARK A/S MOD FÆLLES AFFALDSINDSAMLING A/S

Klagenævnet:

Som nævnt oplyste Iveco Danmark A/S udtrykkeligt i tilbuddet, at virksomheden ikke baserede sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne. Tilbuddet var heller ikke ledsaget af et ESPD fra en støttende enhed.

Klagenævnet finder, at tilbuddet fra Iveco Danmark A/S ikke for Fælles Affaldsindsamling A/S fremstod som indeholdende en åbenlys fejl, der nemt kunne berigtiges, med hensyn til spørgsmålet om støtte på en anden enheds kapacitet. Fælles Affaldsindsamling A/S har på denne baggrund ikke overtrådt udbudsreglerne ved ikke at give Iveco Danmark A/S mulighed for at fremkomme med yderligere oplysninger om den anførte reference og om en støttende enhed.

Det tilføjes, at der ved indlevering af sådanne supplerende oplysninger til tilbuddet i den foreliggende situation ville være tale om afgivelse af et nyt tilbud fra Iveco Danmarks A/S' side. Det ville være i strid med udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, at tage et sådant nyt tilbud i betragtning, jf. også Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt, navnlig præmis 41-42, og klagenævnets kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 23. MARTS 2022 IVECO DANMARK A/S MOD FÆLLES AFFALDSINDSAMLING A/S

Udbudsbekendtgørelse pkt. III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

Tilbudsgiver skal opfylde følgende minimumskrav for økonomisk, teknisk og faglig formåen.

1)

Udbudsbetingelser pkt. 7.2 Dokumentation angående udelukkelse og egnethed

Før Ordregivers underretning om tildeling af kontrakt ... skal den tilbudsgiver, som Ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægge dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, og for at minimumskravene til egnethed er opfyldt.

Det er således ikke et krav, at dokumentationen vedlægges tilbuddet, men dette kan dog gøres for at fremme udbudsprocessen, eksempelvis hvis tilbudsgiver allerede besidder dokumentationen.

Ordregiver vil udelukke tilbudsgiveren, såfremt denne ikke opfylder minimumskravene til egnethed og fremlægger den ønskede dokumentation.

- ...
- 7.2.3 Teknisk og faglig formåen
- *Tilbudsgiver skal dokumentere sin tekniske og faglige formåen ved [...] at udfylde ESPD'ens DEL IV, afsnit C: teknisk og faglig formåen.*

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 3. JUNI 2022 ECOLOG DEUTSCHLAND GMBH MOD KØBENHAVNS KOMMUNE

Københavns Kommune:

Københavns Kommune har gjort gældende bl.a., at det fremgår utvetydigt af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver i ESPD'et skulle afgive oplysninger vedrørende opfyldelsen af mindstekravet til teknisk og faglig formåen. Tilbudsgivers beskrivelse af referencerne i ESPD'et udgjorde den endelige dokumentation, jf. udbudsbetingelserne afsnit 7.2.3, og det var derfor nødvendigt, at beskrivelsen i ESPD'et entydigt satte Københavns Kommune i stand til at kunne vurdere, om mindstekravet til teknisk og faglig formåen var opfyldt.

Klagenævnet:

Ordregiveren skal dog uanset stk. 5 afvise et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

Som det fremgår af de nævnte bestemmelser i udbudsloven, der udgør en kodificering af EU-Domstolens afgørelse i C-336/12, Manova A/S, er ordregiveren i en situation som den foreliggende, hvor det krav, der ikke er opfyldt, er fastsat som et mindstekrav, hverken forpligtet eller berettiget til at anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS - KLFU 3. JUNI 2022 ECOLOG DEUTSCHLAND GMBH MOD KØBENHAVNS KOMMUNE

Udbudsbekendtgørelse pkt. III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

Tilbudsgiver skal opfylde følgende minimumskrav for økonomisk, teknisk og faglig formåen.

1)

Udbudsbetingelser pkt. 7.2 Dokumentation angående udelukkelse og egnethed

Før Ordregivers underretning om tildeling af kontrakt ... skal den tilbudsgiver, som Ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægge dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, og for at minimumskravene til egnethed er opfyldt.

Det er således ikke et krav, at dokumentationen vedlægges tilbuddet, men dette kan dog gøres for at fremme udbudsprocessen, eksempelvis hvis tilbudsgiver allerede besidder dokumentationen.

Ordregiver vil udelukke tilbudsgiveren, såfremt denne ikke opfylder minimumskravene til egnethed og fremlægger den ønskede dokumentation.

- ...
- 7.2.3 Teknisk og faglig formåen
- *Tilbudsgiver skal dokumentere sin tekniske og faglige formåen ved [...] at udfylde ESPD'ens DEL IV, afsnit C: teknisk og faglig formåen.*

ER MINIMUMSKRAV DET SAMME SOM MINDSTEKRAV?

Uddrag – forarbejder udbudsloven § 2 – om adgang til ændringer

*Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis **minimumskrav til egnethed** vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der indføres betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Det kan også være tilfældet, hvis den udbudte kontrakts eller rammeaftales økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for. Endeligt kan det være tilfældet, hvis en ændring af udbudsmaterialet medføre en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.*

***Mindstekrav** er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.*

TAK FOR I DAG

Poul Schmith har indgået aftale med VISDA, som omfatter billederne i denne præsentation.

Præsentationen og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug for modtageren og må ikke viderespredes.