



# UDBUDSRET LIGE HIGHLIGHTS 2022

Anders Birkelund Nielsen

Thomas Thorup Larsen

Martin Stæhr

**DANSK FORENING  
FOR UDBUDSRET**



## LIDT STATISTIK

- 62 offentliggjorte kendelser og delkendelser i 2022 pr. 6. december 2022.
- I 2021 61 kendelser i samme periode.
- I 2020 66 kendelser i samme periode.
  
- Ualmindeligt stabilt niveau for antallet af kendelser!
  
- 2 offentliggjorte afgørelser om aktindsigt i 2022.
- Inden da ikke offentliggjort afgørelser om aktindsigt siden juni 2020.
- I juni 2020 meddelte Klagenævnet i en nyhed, at man nu ville begynde at offentliggøre afgørelser om aktindsigt i større omfang end tidligere.

# TENDENSER/IAGTTAGELSER 2022

- Relativt stor andel af kendelser inden for forsvars- og sikkerhedsområdet.
- Relativt stor andel af kendelser, der angår klager indgivet af udenlandske virksomheder.
- Kun 13 ud af landets 98 kommuner har været ”ramt” af en kendelse i 2022.
- Ikke en eneste kendelse vedrørende SKI i 2022.
- Kun en enkelt kendelse vedrørende tilbudsloven.
- Første dissens i Klagenævnet siden 2015.

# JANUAR - UDBUD ELLER IKKE UDBUD?

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2022 - Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune**
- Udbud af en rammeaftale om diabeteshjælpemidler.
- Gennemført på baggrund af offentliggjort udbudsbekendtgørelse og med udbudsbetingelser, hvor der på helt sædvanlig vis blev henvist til bestemmelserne i udbudslovens afsnit II.
- Da der efter tildelingen blev indgivet klage til Klagenævnet for Udbud, vendte ordregiver på en tallerken og gjorde nu gældende, at den udbudte rammeaftale reelt slet ikke var omfattet af udbudslovens afsnit II, da der ikke var tale om en gensidig bebyrdende kontrakt.
- Ingen direkte økonomisk interesse – udbud alene iværksat med henblik på at få fastsat det støttebeløb, som kommunen skulle yde til den enkelte borger i henhold til servicelovens regler.

## JANUAR - UDBUD ELLER IKKE UDBUD?

- Klagenævnet tog ikke klagen til følge og anerkendte således kommunens synspunkt om, at kommunen ikke havde en direkte økonomisk interesse i den udbudte rammeaftale.
- Til støtte for resultatet henviser Klagenævnet (bl.a.) direkte til Klagenævnets kendelse af 10. januar 2017 (Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune).
- Den pågældende kendelse blev imidlertid ændret ved retten i Roskildes dom af 1. december 2017.
- Dommen fra retten i Roskilde nævnes slet ikke i Klagenævnets kendelse.
- **Så hvem ligger egentlig øverst i udbudshierarkiet – Klagenævnet for Udbud eller byretten?**

# JANUAR - KLAGENÆVNSTURBO – SIDEORDNEDE TILBUD

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. januar 2022 - Norsk Luftambulance AS mod de 5 regioner**
- Udbud af den landsdækkende akutlægehelikopterordning.
- Klage indgivet i standstill-perioden den 13. december 2021.
- Klagenævnet afsagde delkendelse på 91 sider med detaljeret fumus-tilkendegivelse den 12. januar 2021 (30 dage efter klagens indgivelse henover juleferien!).
- Dobbeltbemanding i Klagenævnet.
- Det er stærkt!
- **Findes der andre klageinstanser i Danmark, der kan træffe afgørelse så hurtigt?**

# JANUAR - KLAGENÆVNSTURBO – SIDEORDNEDE TILBUD

- Første kendelse fra Klagenævnet, der forholder sig til udbudslovens regulering af sideordnede tilbud (§ 53).
- Endeligt opgør med tidligere tiders meget fleksible tilgang til brugen af sideordnede udbud.
- Klagenævnet slår fast, at udbudsbetingelserne i en situation, hvor tilbudsgiverne skal afgive sideordnede tilbud, skal indeholde en klar og objektiv beskrivelse af den metode, der vil blive anvendt ved valget mellem de forskellige sideordnede tilbud.
- Ikke nok at angive den prioriterede løsning og så i øvrigt angive, at valget mellem de øvrige løsninger vil ske på baggrund af mere skønsprægede kriterier (hvilken løsning sikrer den bedst mulige patientbehandling).
- **Dødsstødet til sideordnede tilbud?**
- **Skal ordregiver altid evaluere samtlige sideordnede tilbud, hvilket kendelsen umiddelbart lægger op til?**





# FEBRUAR - RAMMEAFTALER OG MAKSIMALVÆRDI/-MÆNGDER

- Klage til Klagenævnet for Udbud over forskellige forhold forbundet med udbuddet. Blandt andet påstand om, at maksimalmængden var sat usagligt højt:
- Klagenævnet udtalte om dette forhold:
- *”...betydeligt skøn ved fastsættelsen af en rammeaftales maksimale mængde/værdi, men skønnet skal være sagligt begrundet.”*
- *”.... må ikke kunstigt forhøje rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi i forhold til sit behov.”*
- *”... inden for ordregiverens skøn at tillægge det forventede behov en sikkerhedsmargin.”*
- *”ikke grundlag for at konstatere, at maksimummet er fastsat usagligt, eller at det overskrider den sikkerhedsmargin, som regionen er berettiget til at inddrage ved udøvelsen af sit skøn.”*
- **Kan ordregiver i det hele taget strække sit skøn for vidt i forhold til fastlæggelsen af maksimalbeløbet?**

## FEBRUAR - LIGHT-USBUD OG MAKSIMALVÆRDI

- ...og så et måske lidt overset element i Capio-kendelsen:
- Klagenævnet fastslog, at det ikke var i strid med udbudslovens § 2 (og § 160), at ordregiver ikke havde beskrevet evalueringsmodellen på forhånd i udbudsmaterialet.
- Udbudslovens § 160 altså ikke ”universel” virkning.
- Kravet i udbudslovens § 160 om beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne udspringer ikke af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvilket også retfærdiggør Klagenævnets praksis fra før udbudslovens ikrafttrædelse.
- **Hvad mener vi om det?**

# MARTS - UDBUD MED FORHANDLING IHT UDBUDSLOVEN

- **Klagenævnet for Udbud kendelse af 7. marts 2022 - Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S mod Albertslund Kommune**
- Først mere end 6 år efter udbudslovens ikrafttrædelse fik vi en kendelse, der omhandler betingelserne for at kunne gennemføre udbud med forhandling efter udbudsloven!
- Klagenævnet nåede frem til, at en kommunal rammeaftale om almindeligt forekommende håndværkerarbejder ikke kunne udbydes som udbud med forhandling.
- Klagenævnet udtalte bl.a.: *”Udbud med forhandling må således anses for en (relativ bred) **undtagelsesmulighed** til de almindelige udbudsformer, offentligt og begrænset udbud.”*
- Dissens i Klagenævnet for første gang i mere end 6 år.
- **Er det sidste punktum sat i den sag? Vil byretten/landsretten nå frem til et andet resultat?**
- **Har kendelsen påvirket brugen af udbud med forhandling efter udbudsloven?**

# MARTS – KFST OG PRISSTIGNINGER

- **Notat fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 22. marts 2022**
- Udbudsretlige problemstillinger vedrørende ændring af kontrakter og rammeaftaler, som følge af konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine.
- *”Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine efter en konkret vurdering kan danne grundlag for anvendelse af § 183, hvis ændringen overholder betingelserne i § 183 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.”*
- **Måske Danmarkshistoriens mest læste (og misforståede?) KFST-notat på leverandørsiden til dato.**
- **Er det værste ovre eller er problemstillingen stadig relevant?**

# MARTS - STØTTENDE ENHEDER OG ESPD

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. marts 2022 - Iveco Danmarks A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S**
- Udbud af kontrakt om køb af 18 komprimatorkøretøjer til affaldsindsamling.
- En tilbudsgiver, der i første omgang havde fået tildelt kontrakten, havde anvendt en reference, som ikke var udført af virksomheden selv, men af et koncernforbundet selskab.
- Det koncernforbundne selskab var ikke støttende enhed ved udbuddet – intet ESPD.
- Tilbud afvist, da referencen var afgørende for opfyldelsen af mindstekravet til referencer.
- Klage til Klagenævnet for Udbud.
- Klagers synspunkt: Ordregiver havde været forpligtet til at give klager mulighed for at berigtige forholdet vedrørende referencen – proportionalitetsbetragtninger.

# MARTS - STØTTENDE ENHEDER OG ESPD

- Klagenævnet udtalte:
- *”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.”*
- Altså ingen pligt til berigtigelse!
- *”Det tilføjes, at der ved indlevering af sådanne supplerende oplysninger til tilbuddet i den foreliggende situation ville være tale om afgivelse af et nyt 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 klagens klagens klagens kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.”*
- Og altså heller ingen ret til berigtigelse!
- **Hvor ofte sker det, at virksomheder smykker sig med referencer, der ikke er udført af virksomhederne selv – eksempelvis søsterselskabers referencer?**

## JUNI – REFERENCER OG REPARATION

- **Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 – Gentofte Kommune mod Eksponent ApS**
- Omgørelse af Klagenævnets kendelser af henholdsvis af 29. april 2020 og 10. februar 2021.
- I modsætning til Klagenævnet for Udbud mente Retten på Frederiksberg, at det var i overensstemmelse med udbudsreglerne, at Gentofte Kommune havde givet en virksomhed mulighed for at fremsende en helt ny reference efter tilbudsfristen, da det stod klart, at en af de referencer, som virksomheden havde påberåbt sig i forbindelse med udbuddet, og som var afgørende for opfyldelse af et mindstekrav, ikke var gyldig.
- *”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...”*
- *”...ordregiver er således ikke i alle tilfælde, hvor der foreligger manglende dokumentation eller lignende vedrørende mindstekrav, afskåret fra at anvende udbudslovens § 159, stk. 5.”*
- **Anket til landsretten - og hvad gør man så, indtil der er (endelig) afklaring om 1-2 år?**

## JUNI – PROFYLAKSER OG DEN GODE TRO

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. juni 2022 – Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek**
- Mindre kontrakt på ca. 1 mio. kr. om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next – første element i et projektforsøg, hvor der efterfølgende ville blive udbudt en række delkontrakter.
- Kontrakt ikke udbudt, men tildelt direkte til virksomheden Reload.
- Begrundelse: Kun én mulig leverandør, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.
- Offentliggjort profylaksebekendtgørelse og afventet en 10 dages ”standstill-periode”.
- Ingen klage indenfor 10 dages perioden og derefter indgået kontrakt.
- Efterfølgende – inden for 30 dages klagefristen – indgivet klage til Klagenævnet for Udbud.



## JUNI – PROFYLAKSER OG DEN GODE TRO

- Klagenævnet nåede frem til, at DDF ikke havde været berettiget til at indgå kontrakt uden udbud, men udtalte vedrørende spørgsmålet om uden virkning:
- *”Klagenævnet finder, at DDF henset til kontraktens genstand, herunder kompleksiteten i den tjenesteydelse, der indgås kontrakt om, og navnlig kontraktens mindre værdi, har foretaget de tilstrækkelige undersøgelser til at vurdere, om betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, var opfyldt.*
- ....
- *Klagenævnet finder efter en samlet vurdering, at DDF var berettiget til at anvende denne fremgangsmåde, og at DDF i sin vurdering **har udvist fornøden omhu**. Det forhold, at det nu er fastslået, at DDF’s vurdering var forkert, og at betingelserne for at foretage en direkte tildeling herefter ikke var opfyldt, medfører ikke i sig selv, at DDF ikke kan anses for at have udvist fornøden omhu.”*
- **Profylakseinstrumentet lever, men ville resultatet have været det samme, hvis kontrakten havde haft en værdi på 50 mio. kr.?**

# JULI – ÆNDRING AF UDBUDSLOVEN MV.

- De ændrede udbudsregler trådt i kraft per 1. juli 2022 efter meget lang forberedelsestid.
- Ændringer af udbudsloven, tilbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud samt div. bekendtgørelser.
- Temaer for lovændringerne: Styrkelse af samfundskontrakten, styrkelse af SMV'ers muligheder for at levere til den offentlige sektor, sikre mere effektive regler og styrkede rammer samt styrkelse af innovationen og grønne indkøb.
- **Hvad har de nye udbudsregler reelt ændret i udbudslandskabet?**
- **Aktindsigt?**
- **Udbud med forhandling?**
- **Udelukkelse og self-cleaning?**
- **Personer under oplæring?**
- **Slut med tilbud fra Samoa og Guam?**

# JULI – BRUGERTEST I FORBINDELSE MED UDBUD

- **Klagenævnet for Udbuds delkendelse af 6. juli 2022 - Assemble A/S mod Herning Kommune og Holstebro Kommune**
- Offentligt udbud efter udbudsloven af en kontrakt om levering af et pladsanvisningssystem til kommunernes Børn og Unge forvaltninger.
- Klage over, at kommunen havde gjort brug af en brugertest ifbm. evalueringen. Brugertesten favoriserede ifølge klageren kommunens eksisterende leverandør.
- Klagenævnet gav ikke medhold i klagen (ingen opsættende virkning) og udtalte:
- *”En brugertest må, som anført af kommunerne, antages at medvirke til at eliminere en eventuel konkurrencefordel for en hidtidig leverandør, idet et for evalueringsteamet ukendt system dermed kan visualiseres umiddelbart.”*
- **Tilsyneladende en del rådgivere, der tidligere har afvist, at der kan gøres brug af brugertest i forbindelse med udbud. Frygten manet til jorden?**

# AUGUST – OPTIONER VS. SIDEORDNEDE UDBUD

- **Klagenævnet for Udbuds delkendelse af 6. september 2022 - Remondis A/S mod I/S AffaldPlus**
- Offentligt udbud efter udbudsloven af en kontrakt om kontrakt om indsamling af husholdningsaffald.
- Udover at skulle give priser på en traditionel løsning med anvendelse af diesel som drivmiddel og 1-holdsdrift, skulle der som en obligatorisk option gives priser på en løsning med drivmiddel baseret på vedvarende energi.
- Endvidere skulle der gives priser på en option på 2-holdsdrift.
- De forskellige løsningsmodeller indgik med forskellig vægtning ved opgørelsen af den laveste pris (35 %, 35 %, 15 %, 15 %).
- Klage over, at der reelt var tale om et sideordnet udbud, og at ordregiver derfor havde været forpligtet til at fastlægge en model for valget mellem de flere sideordnede udbud.

## AUGUST – OPTIONER VS. SIDEORDNEDE UDBUD

- Klagenævnet gav medhold i klagen (fumus-tilkendegivelse).
- *”En option er en mulighed for tilkøb af en ydelse, som udgangspunkt efter kontrakten er indgået, mens sideordnede tilbud er tilbud på en ydelse udført på forskellig måde eller med forskellige materialer.*
- ....
- *”Efter karakteren af ”optionerne” vil ingen af delkontrakterne omfatte alle 4 kombinationsmuligheder. Udnyttelse af muligheden for brug af vedvarende energi som drivmiddel udelukker således, at der samtidig på samme rute bruges traditionelt drivmiddel, ligesom udnyttelse af muligheden for 2-holdsskift udelukker, at der kun kan anvendes 1-holdsskift. Der er derfor ikke tale om tilkøb af en ydelse, men derimod om valg mellem forskellige ydelser. Klagenævnet lægger derfor på det foreløbigt foreliggende til grund, at der er tale om sideordnede tilbud omfattet af udbudslovens § 53.”*
- **Hvordan knækker vi den nød? Ok at håndtere det som optioner, hvis ordregiver ønsker at kunne vælge mellem løsningerne i løbet af kontraktperioden?**

## SEPTEMBER – UDBUD MED FORHANDLING

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. september 2022 - Safety Solutions Denmark A/S mod Rigspolitiet**
- Udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af en rammeaftale om et system til automatisk nummerpladegenkendelse.
- Klage over, at Rigspolitiet havde tildelt rammeaftalen på baggrund af et indikativt tilbud nr. 3 (INDO3) uden på forhånd at have gjort det klart, at INDO3 reelt kunne ende med at have karakter af endelige tilbud.
- Klagenævnet gav ikke medhold i klagen og udtalte bl.a.:
- *”Tilbudsgiverne har således ikke kunnet være i tvivl om, at tildeling, forudsat at tilbudsgiverne blev behandlet lige, ville kunne ske på et hvilket som helst tidspunkt under udbudsprocessen på grundlag af de indkomne indledende tilbud, sådan som det også er sædvanlig praksis.”*
- **Sædvanlig praksis? Mener Klagenævnet dermed, at det også ved udbud efter udbudsloven vil være lovligt ikke at skabe klarhed omkring afgivelse af endelig tilbud?**

# OKTOBER – KLAGEBERETTIGELSE

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. oktober 2022 - KN Rengøring mod Herlev Kommune**
- Udbud efter udbudsloven af to delkontrakter om rengøringservice og vinduespolering.
- En virksomhed, der tidligere havde udført de pågældende serviceydelser, men med hvilken kommunen havde afsluttet samarbejdet (ophævelse af kontrakt), klagede over, at kommunen ikke havde givet oplysninger om den anslåede værdi af kontakten i udbudsbekendtgørelsen.
- Klagenævnet afviste klagen og udtalte:
- *”Da KN Rengøring hverken er ansøger eller tilbudsgiver, og Herlev Kommune derfor ikke har haft anledning til at udelukke virksomheden med henvisning til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu stk. 4), finder reglerne om self-cleaning ikke anvendelse, jf. modsætningsvis klagenævnets kendelse af 12. marts 2019, Edgemo A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.*
- *Herlev Kommunes påstand om afvisning tages derfor til følge.”*
- **KN Rengøring potentiel tilbudsgiver, men altså ikke klageberettiget?**

# OKTOBER – KLAGEBERETTIGELSE

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2022 - KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune**
- Begrænset udbud efter udbudsloven af kontrakter om rengøring i Frederiksberg Kommune.
- Frederiksberg Kommunen konstaterede, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden vedr. tidligere misligholdelse og ophævelse af en offentlig kontrakt.
- Frederiksberg Kommune gav KN Rengøring mulighed for self-cleaning.
- KN Rengøring meddelte i den forbindelse, at man til hver en tid ville være klar til at betale erstatning i anledning af den ophævede kontrakt, hvis voldgiftsretten ville nå frem til, at der var en pligt til dette. Endvidere fremsendt et ”Driftsformat for den offentlige sektor” med virksomhedens *”generelle og gennemgribende opstramninger på alle forhold af betydning for leveringen af offentlige rengøringsydelser.”*
- Frederiksberg Kommune fastslog, at KN Rengøring ikke opfyldte betingelserne for self-cleaning og udelukkede virksomheden fra udbuddet.



## OKTOBER – KLAGEBERETTIGELSE

- Klagenævnet udtalte bl.a.:
- *”Frederiksberg Kommune skal som ordregiver ved sin afgørelse af, om Herlev Kommunes erfaring med KN Rengøring kan begrunde en udelukkelse af KN Rengøring fra udbudsprocessen i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, foretage en selvstændig vurdering af, om kontraktforholdet mellem Herlev Kommune og KN Rengøring er væsentligt misligholdt, således at det har kunnet begrunde en ophævelse af kontrakten. Frederiksberg Kommune skal ved sin vurdering i den forbindelse sikre sig, at beslutningsgrundlaget er tilstrækkeligt til, at kommunen kan træffe en forsvarlig afgørelse herom. ....*
- *Ved vurderingen af, om Frederiksberg Kommune som ordregiver skal acceptere, at der er truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger”, har Frederiksberg Kommune et betydeligt skøn. Dette skøn kan alene tilsidesættes af klagenævnet, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering, eller hvis Frederiksberg Kommune har skønnet åbenbart forkert.”*
- **Hvis ordregiver har et ”betydeligt skøn”, hvilken betydning får de kommende vejledende udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/self-cleaning enheden så?**

PÅ GENSYN I 2023!

**– Årets første medlemsmøde den 26. januar kl. 16.00 om udelukkelsesgrundene og den nye self-cleaning enhed!**