



# UDBUDSRET HIGHLIGHTS 2023

Anders Birkelund Nielsen

Thomas Thorup Larsen

Martin Stæhr

**DANSK FORENING  
FOR UDBUDSRET**



# LIDT STATISTIK

- 56 offentliggjorte kendelser og delkendelser i 2023 pr. 1. december 2023.
- I 2022 63 kendelser i samme periode.
- I 2021 61 kendelser i samme periode.
  
- Fortsat stabilt niveau for antallet af kendelser!
  
- Kun 1 erstatningskendelse i år!
  
- 8 offentliggjorte afgørelser om aktindsigt i 2023.
- Kun 2 i samme periode i 2022.

# TENDENSER/IAGTTAGELSER 2023

- I 10 af de 56 kendelser udenlandske klagere - 11 i 2022.
- 1 kendelse med SKI som indklaget i 2023 – 0 i 2022.
- Dissens i 3 kendelser – højeste antal i mange år!
- 1 kendelse vedrørende udbud/udbudspligt efter light-regimet (afsnit III i udbudsloven).
- 0 kendelser vedrørende udbudslovens afsnit IV.
- 10 kendelser vedrørende forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- 1 kendelse vedrørende koncessionsdirektivet.
- 1 kendelse vedrørende tilbudsloven.

# JANUAR – DEN NYE ENHED FOR PÅLIDELIGHEDSVURDERING

- Den 1. januar 2023 trådte den nye bestemmelse i udbudsloven om pligt til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Enhed for pålidelighedsvurdering” i kraft:
- *§ 138. En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137. **Til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed skal ordregiveren indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.***
- Fra forarbejderne: *”Formålet (...) er, at samle den nødvendige viden og erfaring, og dermed sikre et bedre kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderinger af dokumentation af pålidelighed”*

# JANUAR – DEN NYE ENHED FOR PÅLIDELIGHEDSVURDERING

- Medlemsmøde i DFFU den 26. januar med indlæg fra kontorchef i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen Kenneth Skov Jensen og advokat Rasmus Holm Hansen.
- **Fungerer systemet?**
- **Hvor mange gange er enheden blevet sat på arbejde?**
- **Følger ordregiverne enhedens vejledende udtalelser?**
- **Har systemet fået ordregivere til at fravælge de frivillige udelukkelsesgrunde?**

# JANUAR – VAREKURV OG EN ELLER FLERE RAMMEAFTALER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2023 - Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune**
- Klagenævnets accepterer brug af den såkaldte varekurvsmodel i forbindelse med et sortimentsudbud (klinisk ernæring og utensilier).
- Klagenævnet fandt ex officio anledning til at fremhæve, at en ordregiver ikke er forpligtet til at offentliggøre varekurvsmodellen på forhånd som en del af udbudsmaterialet (henvist til lovforarbejderne).
- Klagenævnet gav medhold i en påstand om, at udbudsmaterialet var uklart i forhold til, om det var én eller fire rammeaftaler, der ville blive indgået på baggrund af udbuddet.
- Tildelingsbeslutningen annulleret.
- Indbragt for domstolene!
- **One to remember – ikke altid klarhed over om én eller flere rammeaftaler!**

# FEBRUAR – UDBUDSRET VS. KONTRAKTHÅNDTERING

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2022 - DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S**
- *Påstand 1: Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 178, ved at undlade at håndhæve kontrakten og hertil hørende mindstekrav for den udbudte ydelse, hvorved AffaldPlus har ændret et grundlæggende element i kontrakten, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure.*
- Den indklagede ordregiver nedlagde påstand om afvisning.
- Klagenævnet udtalte:
- *”Påstand 1 angår overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 178, og påstand 2 og 3 omhandler de udbudsretlige følger, dersom påstand 1 tages til følge.*
- *Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, at klagenævnet træffer afgørelse om, hvorvidt der er sket overtrædelse af udbudsloven.*
- *Påstanden om afvisning tages derfor ikke til følge.”*

# FEBRUAR – UDBUDSRET VS. KONTRAKTHÅNDTERING

- **Klagenævnet udtalte herefter bl.a. følgende i forhold til den nedlagte påstand 1:**
- *”Reglerne om, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, finder alene anvendelse i relation til udbudspligtige kontrakter, som er indgået i strid med standstill-reglerne, eller i den periode hvor en klage har opsættende virkning, eller er indgået uden udbud. Efter praksis finder reglerne også anvendelse på kontrakter, som er ændret i strid med udbudsreglerne på en sådan måde, at det må sidestilles med direkte tildeling uden udbud. Reglerne ændrer ikke i øvrigt på balancen mellem udbudsretten og de øvrige retsområder, som regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål.”*
- Ikke medhold i, at der var sket frafaldelse af krav i kontrakten med den konsekvens, at der var sket en grundlæggende ændring af den udbudte kontrakt!
- **Formuleringen af påstandene er alfa omega for, om en sag som denne kan behandles af Klagenævnet. Her havde klager formuleret påstandene rigtigt!**



# MARTS – EN SJÆLDEN DISSENS!

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2023 - Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden**
- Et sjældent eksempel på, at det sagkyndige medlem af Klagenævnet går imod den juriske dommers vurdering af klagen.
- Også dissens i kendelse af 7. marts 2022 (Albertslund Kommune), men før da 6 ½ år uden dissens.
- *”Da formandens stemme er udslagsgivende ved stemmelighed, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.”*
- To yderligere dissenser i 2023!
- **Kan vi bruge dissenserne til noget?**
- **Bør der ændres noget i systemet med de sagkyndige?**
- **Allerede inddragelse ved kendelserne om opsættende virkning?**

## APRIL – DE SJÆLDNE KLAGER OVER LICITATIONER!

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. april 2023 - Toft Entreprise mod Kerteminde Kommune**
- Årets eneste kendelse relateret til tilbudsloven! Klagenævnet udtalte:
- *”Aarsleff havde i sit tilbud i tilbudslistens position 02.05, ”Råjordsarbejder, forurenede klasse 1-2 byjord” med en angivet teoretisk mængde på 700 m<sup>3</sup>, taget forbehold, idet tilbuddet som angivet i det vedlagte tilbuds-brev var baseret udelukkende på klasse 1 jord. **Et sådant forbehold vedrører ikke et grundlæggende element, og Kerteminde Kommune har derfor haft ret, men ikke pligt til at tage Aarsleffs tilbud i betragtning, dersom forbeholdet kunne prissættes på en sådan måde, at den fordel, som Aarsleff måtte have ved forbeholdet, med sikkerhed var elimineret.** Efter oplysningerne om de tilbudte priser i de øvrige tilbud finder klagenævnet, at den kapitalisering af forbeholdet, som Kerteminde Kommune har foretaget ved at tillægge 100 kr. pr. m<sup>3</sup> jord, i alt 70.000 kr., til Aarsleffs tilbud, er sagligt begrundet og dækkende for formålet med kapitaliseringen. Toft Entreprises henvisning til beregninger, som virksomheden har foretaget, kan ikke heroverfor tillægges betydning, navnlig under hensyn til, at Toft Entreprises eget tilbud på tilbudslistens position 02.05. lød på 365 kr. pr. m<sup>3</sup>.”*
- **”Comeback” til forbeholdslæren (tak Kirsten!) – hvad er der blevet af tilbudsloven?**

# APRIL – DET SVENSKE KLAGESYSTEM

- Studietur til Stockholm i april 2023
- Spændende indlæg fra forskellige aktører
- Universitetsprofessor, advokater, Konkurrencesverket
- Markant anderledes klagesystem i Sverige end i DK:
- Mange flere klagesager
- Konkurrencemyndigheder der handler ex officio
- Anderledes præklusionsregler



# MAJ – LIGHT-USBUD OG USBUDSPLIGT

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. maj 2023 - Intervare A/S mod Køge Kommune**
- Årets eneste kendelse, der vedrører udbudslovens afsnit III ("light-regimet")
- Samtidig en af de blot tre af årets kendelser, der vedrører en klage gående på, at en ordregiver havde undladt at udbyde noget, der ifølge klager skulle udbydes!
- Kontrakter erklæret for uden virkning under henvisning til mangelfuld opgørelse af kontraktværdi. De var over og ikke under tærskelværdien.
  
- **Hvorfor så få klagesager vedrørende light-udbud?**
- **Hvorfor så få klagesager vedrørende manglende udbud?**

# MAJ – GENERALFORSAMLING OG MEDLEMSMØDE I DFFU

- Generalforsamling i DFFU den 10. maj efterfulgt af medlemsmøde.
- H.P. Rosenmeier – nyt fra udbudsretten 2023.
- Oplæg om dynamiske indkøbssystemer ved advokaterne Morten Wahl Liljenbøl og Fahad Anjum samt Jacob Nistrup Berg.
- **Er dynamiske indkøbssystemer ved at overtage for rammeaftaler?**
- **3 kendelser i 2023 om miniudbud på dynamiske indkøbssystemer!**

# JUNI – KRAV, MINDSTEKRAV, KONKURRENCEKRAV ETC.

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. juni 2023 - HB Care A/S mod Esbjerg Kommune**
- Påstand 3 om uklart udbudsgrundlag for så vidt angår kravs karakter:
- ***”Udbudsloven indeholder ikke bestemmelser om, at krav til den udbudte ydelse skal defineres i udbudsmaterialet som krav, mindstekrav, konkurrencekrav e.l.***
- *Om et krav defineres som krav, mindstekrav eller konkurrencekrav er ikke afgørende for, hvordan en manglende opfyldelse af kravet skal håndteres, idet dette kan bero på såvel angivelserne i udbudsmaterialet i øvrigt som på kravets betydning for potentielle og aktuelle tilbudsgivere.*
- *At det ikke udtrykkeligt er angivet, hvilken type krav der er tale om, gør derfor ikke i sig selv udbudsbetingelserne uklare.*
- *Det er ikke gjort gældende, at kravenes materielle indhold var uklart.”*
- **Behøver vi så overhovedet af anvende mindstekrav med de begrænsninger det giver?**

# JULI – DEN STILLE SOMMERMÅNED

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. juli 2023 - Oluf Brønnum & Co. A/S mod Region Hovedstaden**
- Eneste afsagte kendelse i juli måned.
- Tildelingsbeslutning annulleret sfa. uklar beskrivelse af evalueringsmodellen:
- H.P. Rosenmeier på hpros.dk:
- *”Udbudsbetingelsernes angivelser om tilbudsvurderingen var noget usædvanligt affattet og virker umiddelbart næsten mystificerende bl.a. ved, at summerne af nogle angivne vægtningsprocenter ikke var 100. Se nærmere kendelsens s. 4 og følgende. Disse forhold gav da også anledning til et klagepunkt, der dog ikke blev taget til følge (et led i klagerens påstand 1). Denne del af klagen var utvivlsomt blevet undgået ved en mere traditionel affattelse af udbudsbetingelsernes angivelser om tilbudsvurderingen. **Som også fremhævet i tidligere kommentarer bør man ved affattelsen af udbudsbetingelser altid spørge sig selv, om det, man skriver, kan forstås anderledes end meningen med det. For hvis noget kan misforstås, vil det med garanti også blive misforstået.**”*

## JULI – AKTINDSIGT

- **Tre offentliggjorte afgørelser om aktindsigt den 13. juli 2023!**
- **Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune (aktindsigt i andre taberes tilbud – klageberettiget eller ej)**
- **Plandent A/S mod Middelfart Kommune (aktindsigt hvis forestående genudbud)**
- **Johan Mellerup mod Rudersdal Kommune (klageberettigelse)**
- **Virkelig brugbart med de offentliggjorte afgørelser, når der skal navigeres i forhold til aktindsigtsanmodninger rundt omkring i Udbudsdanmark.**
- **Tak!**



# AUGUST – UNORMALT LAVE TILBUD

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. august 2023 - Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland**
- Offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om levering af præanalytisk og analytisk udstyr og en tilhørende rammeaftale om levering af analysesvar i relation til udstyret.
- Evalueringstekniske tilbudssummer.
  - Abbott: 236.261.076,14 kr.
  - Roche: 397.393.732 kr.
  - Siemens: 422.341.679,90 kr.
- Klage: Ordregiver forpligtet til at håndtere tilbuddet fra Abbott som unormalt lavt.
- *Den omstændighed, at Abbotts tilbudspris, der var summen af en række delpriser, var ca. 41 % lavere end Roches pris, og ca. 44 % lavere end Siemens' pris, **giver som følge af udbuddets karakter og Region Sjællands markedskendskab** ikke i sig selv klagenævnet grundlag for at tilsidesætte regionens skøn over, at prisen ikke forekom unormal lav, og at regionen derfor skulle have anmodet Abbott om at redegøre for sine priser og omkostninger.*
- **Kan en ordregiver overhovedet overskride sit skøn ift hvornår et bud er unormalt lavt?**

# SEPTEMBER – MEDLEMSMØDE I DFFU

- **Medlemsmøde i DFFU med to hovedtemaer:**

- Advokat Henrik Holtse:

- Hvornår kan man afvise et strategisk tilbud som ”unormalt lavt”?

- Bl.a. fokus på kendelse af 20. juni 2023 - Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S – to medarbejderkategorier tilbudt til 1 kr. i timen.

- Advokat Rasmus Horskjær Nielsen og advokat Malene Roose Bagh:

- Hvad er konsekvenserne, når en tildelingsbeslutning vedrørende en allerede indgået rammeaftale annulleres som følge af en klagesag?

- **Livlig diskussion i salen.....**

# SEPTEMBER – SERVICELOVEN OG UDBUDSPLIGT

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. september 2023 - Konsortiet Abena A/S og Coloplast A/S mod Esbjerg Kommune mfl.**
- Faktum umiddelbart ren *copy paste* af Klagenævnets kendelse af 6. januar 2022 - Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.
- Men udfaldet blev ikke det samme i Klagenævnet:
- *”Leverandøraftaler efter servicelovens § 112, stk. 2, er gensidigt bebyrdende aftaler og dermed udbudspligtige, hvis de angår en udbudspligtig ydelse og har en værdi, der overstiger tærskelværdien for udbud.” ...*
- *”Efter det anførte har kommunerne ikke løftet bevisbyrden for, at udbuddet er iværksat i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum. Der er derimod tale om et udbud af en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, der er gensidigt bebyrdende og dermed udbudspligtig.”*
- **Leverandøraftaler, jf. § 112, stk. 2, vs. pris aftaler, jf. § 112, stk. 3, sidste pkt. – hvor går grænsen?**

# OKTOBER – EKSPONENT-SAGAEN SLUT!

- **Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023 - Eksponent ApS mod Gentofte Kommune**
- Stadfæstelse af dom af 30. juni 2022 fra Retten på Frederiksberg.
- *”Landsretten finder derfor ligesom byretten, at Kruso A/S ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at indgive de supplerende referencer efter tilbudsfristen. Da referencerne i øvrigt ikke skulle evalueres, og de supplerende referencer forelå, før kommunen indgik kontrakt med Kruso A/S, kan tidspunktet for indgivelsen af de supplerende referencer ikke føre til et andet resultat.”*
- **Hvad mangler vi svar på?**
- **Er reparation totalt udelukket, hvis der relaterer sig til noget, der indgår i grundlaget for begrænsningen af det antal ansøgere, der skal prækvalificeres?**
- **Hvad hvis det er en enkeltstående oplysning, der mangler – eksempelvis tidspunkt for udførelsen af referencen?**
- **2 ud af 2 domme i år, hvor domstolene ændrer Klagenævnets afgørelser (også V.L.-dom i Horsens Kommune mod Brdr. Thybo)**

# NOVEMBER – MEDLEMSMØDE I DFFU

- Medlemsmøde i DFFU den 9. november med oplæg af:
  - Medlemmer af Klagenævnets formandskab Kirsten Thorup og Jakob O. Ebbensgaard
  - ”Klagenævnet for udbud – gennem 20 år”
  - Advokat Martin Stæhr
  - ”Klagenævnet for udbud – fra et advokatperspektiv”
- En nostalgisk ”afsked” med Kirsten Thorup, der snart udtræder af Klagenævnets formandskab – står pr. d.d. bag 264 offentliggjorte kendelser og delkendelser (suveræn nr. 1).

# NOVEMBER – ÆNDRING AF GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2023 - Assemble A/S mod Hørsholm Kommune**
- Klage over, at kommunen havde ændret to mindstekrav i forbindelse med et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II:
- *”...Hørsholm Kommune ikke har løftet bevisbyrden for, at ændringerne ikke var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsprocessen og ikke har godtgjort, at ændringerne, som skete på foranledning af KMD, ikke var egnede til at fordreje konkurrencen mellem Assemble og KMD.”*
- H.P. Rosenmeier i sin kommentar på hpros.dk:
- *”Som også nævnt i en tidligere kommentar er den praktiske hovedregel: En ændring af et mindstekrav kræver nyt udbud. Bl.a. som følge heraf er det efter kommentatorens opfattelse absolut en overvejelse værd at nøjes med »krav« i stedet for »mindstekrav«.”*
- **I sandhed ren visdom fra Bogense!**

PÅ GENSYN I 2024!

- ***Årets første medlemsmøde den 18. marts 2024 kl. 16.00 hos DLA Piper med oplæg om nødkontrakter og Eksponentdommen.***
- ***Plus uddeling af Steen Treumers specialepris***