



NP ADVOKATER

STEEN TREUMERS SPECIALEPRIS 2023

Berigtigelse af referencer i relation til
egnethedskrav



NP ADVOKATER

KORT INTRODUKTION TIL EMNET

Hvad vil det sige at berigtige?

- Berigtigelsesbegrebet
- De overordnende vurderinger

Hvorfor berigtigelse som emne?

- Relevant
- Aktuelt
- Usikkerhed?

Hvad er hovedreglen?

- Koncipistreglen
- Berigtigelse er en undtagelse til hovedreglen

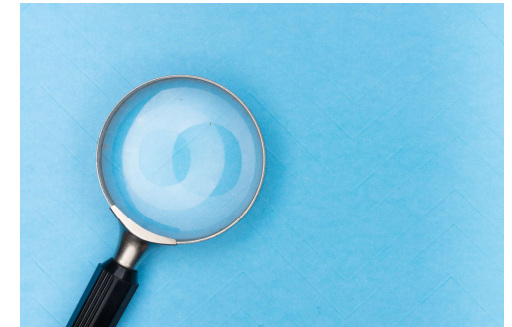




NP ADVOKATER

PROBLEMFORMULERING OG METODE

- Problemformulering:
 - Afhandlingens sigte er at analysere i hvilket omfang, ordregiver efter udbudsloven har ret til at anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at berigtige deres ansøgninger eller tilbud. Derudover skal afhandlingen analysere og vurdere, hvorvidt ordregiver har mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer i relation til minimumskrav til egnethed.
- Retskilder:
 - Udbudsdirektivet og præambelbetragtninger
 - Retspraksis fra EU-Domstolen
 - Udbudsloven
 - Fortolkningsbidrag:
 - KFST vejledninger og analyser
 - Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning (2014)
 - Juridisk litteratur
- Fortolkningsmetode:
 - Både objektiv (ordlyd) og subjektiv (forarbejder)





NP ADVOKATER

ORDREGIVERS ADGANG TIL AT ANMODE OM BERIGTIGELSE

- Ordregivers berigtigelsesmulighed er i dansk ret reguleret i UBL § 159, stk. 5, der er udtryk for en kodificering af Slovensko-sagen og Manova-sagen samt implementering af UD art. 56 (3).
- UBL § 159, stk. 5, har følgende ordlyd:

”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”





NP ADVOKATER

HVORNÅR ER ORDREGIVER AFSKÅRET FRA AT GØRE BRUG AF BERIGTIGELSESMULIGHEDEN?

Udbudslovens § 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"*
- Kodificering af EU-Domstolens afgørelse i Manova-sagen, hvor EU-Domstolen udtalte, at ordregiveren ikke kunne anmode om berigtigelse, hvis " [...] udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet".
- EU-Domstolen fastslog ligeledes, at baggrunden herfor er, at det påhviler ordregiveren strengt at overholde de kriterier, som den selv har fastsat.
- National bestemmelse





NP ADVOKATER

EKSPONENT APS MOD GENTOFTE KOMMUNE

Faktum

- Sagen angik et offentligt udbud vedrørende en kontrakt om levering af ny hjemmeside.
- Offentligt udbud - egnethedskrav –3 referencer af tilsvarende opgave
- En reference afvist – tilbudsgiver anmodet om at indsende nye referencer
 - KLFU kendelse af 29. april 2020
 - Byretsdom af 30. juni 2022
 - Landsretsdom af 10. oktober 2023





NP ADVOKATER

EKSPONENT APS MOD GENTOFTE KOMMUNE

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.
-



EKSPONENT – ÉN SAG TO FORSKELLIGE UDFALD

KLFU kendelse af 29. april 2020

- Henvisning til Manova og forarbejderne til § 159, stk. 6.
 - 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.
 - Krusos indeholdt ikke tre referencer, som alle opfyldte de mindstekrav, Gentofte Kommune havde fastsat. Gentofte Kommune handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anmode Kruso om at indlevere nye referencer og ved at tildele kontrakten til Kruso.
- Afgørende var, at kravene, som referencerne relaterede sig til, var fastsat som mindstekrav.
- Foretager ikke en vurdering af adgangen efter § 159, stk. 5.

Byrettens dom af 30. juni 2022

- Berigtigelsen var indenfor rækkevidden af UBL § 159, stk. 5, idet den vindende tilbudsgiver i øvrigt ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb.
 - Vedrørende UBL § 159, stk. 6, henviste retten til, at det fremgik af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav alene som udgangspunkt ville medføre, at tilbuddet ikke ville blive medtaget i evalueringen, og at det således ikke udtrykkeligt fremgik, at manglende overholdelse ville medføre afvisning.
 - Retten anførte yderligere, at kommunen i øvrigt udtrykkeligt havde forbeholdt sig retten til at anvende UBL § 159, stk. 5.
 - Retten fandt herefter, at ordregiver var berettiget til at indhente nye referencer fra den vindende tilbudsgiver.
 - 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.
-



NP ADVOKATER

KONKLUSION

- Vi må afvente landsrettens afgørelse ...
- Det skal imidlertid konkluderes, at referencer, der relaterer sig til egnethedskrav, i lyset af Manova-sagen, som hovedregel bør kunne berigtiges, såfremt ordregiver ikke ved udformningen af udbudsmaterialet har afskåret sig fra denne mulighed.
- Og hvad betyder det så?





#1 - MINIMUMSKRAV KONTRA MINDSTEKRAV

- Sondring mellem i) mindstekrav til anskaffelsen og ii) minimumskrav til de økonomiske aktørers virksomhed (egnethedskrav).
 - Begreberne har det til fælles, at de begge statuerer et af ordregiver fastsat minimumsniveau, som ansøgeren eller tilbudsgiveren ved deltagelse i udbuddet skal opfylde.
 - Mindstekrav er ikke defineret i UBL, men det fremgår af de specielle bemærkninger til UBL § 2, at ”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”.
 - Minimumskrav er tilsvarende ikke yderligere defineret i UBL, men det kan bl.a. på baggrund af ordlyden i UBL § 140, stk. 2, udledes, at disse henviser til kravene til virksomhedernes egnethed.
 - Dette kan ligeledes udledes af de specielle bemærkninger til UBL § 2, hvor lovgiver foretager en direkte sammenkobling mellem minimumskrav og egnethed – ”minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen”.
-



#1 - MINIMUMSKRAV KONTRA MINDSTEKRAV (FORTSAT)

- En sammensmeltning af to forskellige begreber.
 - Se bl.a. udbudsbekendtgørelserne (standardformularerne) – her er krav til egnethed forhåndsindsat som ”mindstekrav”
 - Se Ekspont-sagen, hvor ordregiver havde kopieret teksten om krav til egnethed fra udbudsbekendtgørelsen og indsat i udbudsbetingelserne, hvorefter kravene til egnethed blev anset som mindstekrav.
 - Også hos KLFU:
 - I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juni 2022, Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune, havde ordregiver fastsat konkrete krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen – kravene var fastsat som minimumskrav.
 - Klagenævnet udtalte imidlertid, som et konkret eksempel på sammensmeltningen af begreberne ”minimumskrav” og ”mindstekrav”, at ”[...] ordregiveren i en situation som den foreliggende, hvor det krav, der ikke er opfyldt, er fastsat som et mindstekrav”.
 - Klagenævnet fandt herefter, at ordregiver ikke var berettiget til at gøre brug af berigtigelsesmuligheden med henvisning til, at der var tale om et mindstekrav.
 - Mindstekrav og minimumskrav er ikke det samme – men vil det have betydning for muligheden for at berigtige?
-



#2 – FØRER BERIGTIGELSEN TIL NYT TILBUD?

- Berigtigelser kan alene ske, hvor de ikke fører til fremsendelsen af ny ansøgning eller nyt tilbud, jf. UBL §159, stk. 5.
 - Det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at der vil være tale om en konkret vurdering i forhold til, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud.
 - Hertil er det anført, at ordregiver kan anmode om efterindsendelse af oplysninger, som det objektivt kan konstateres forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, hvilket i øvrigt også stammer fra Manova-sagen.
 - Det fremgår yderligere, at det ikke er et krav, at selve dokumentet forelå, men at oplysningerne forelå på tidspunktet.
 - Det klare udgangspunkt er, at der vil være tale om et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.
 - Hvad betyder det for berigtigelse af referencer i relation til egnethed set i lyset af rettens afgørelse?
 - Skal beskrivelsen foreligge før fristen eller blot det faktum, at referencen eksisterer før fristen?
 - Kan man opnå en konkurrencefordel ved berigtigelse af referencer i relation til egnethed?
-



NP ADVOKATER

#2 – FØRER BERIGTIGELSEN TIL NYT TILBUD? (FORTSAT)

- Fokus bør være på vurderingen af en eventuel konkurrencefordel – ikke alene om oplysningen/dokumentet objektivt konstaterbart forelå forud for fristen.
- Arrowsmith anfører, at *"correction is allowed whenever there is no significant advantage to be gained by late submission"*.
- Se i øvrigt Manova-dommen pr. 39:
" [...] for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres, forelå forud (min understregning) for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud" (pr. 39)





NP ADVOKATER

#3 – MINIMUMSKRAV TIL EGNETHED KONTRA DOKUMENTATION

- Referencer udgør efter UBL § 155, nr. 1 og 2, dokumentation for opfyldelse af det fastsatte niveau til den tekniske og faglige formåen.
- Niveauet til egnethed skal i medfør af UBL § 140, stk. 2, altid fastsættes som et minimumskrav.
- Vigtigt for ordregivers berigtigelsesmulighed at sondre mellem opfyldelse af minimumskravet til egnethed og dokumentation for opfyldelse af minimumskravet.
- Manglende overholdelse af det førstnævnte vil ubestridt føre til afvisning, jf. UBL § 159, stk. 2, nr. 2, og det vil ikke være omfattet af berigtigelsesmuligheden.
- Sidstnævnte vil alene føre til afvisning, hvor det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at manglende dokumentation for opfyldelse vil føre til afvisning.





NP ADVOKATER

SPØRGSMÅL OG TAK FOR JERES TID

