

Nyt fra udbudsretten 2024

H.P. Rosenmeier

God dag igen

2

- Ifølge programmet angår dette indlæg de væsentligste afgørelser siden sidst.
- Denne overskrift er dog nok ikke helt dækkende. Men som sædvanligt har jeg plukket nogle afgørelser/emner ud, der har optaget mig selv.
- Hvis der er spørgsmål eller bemærkninger, så kom med dem undervejs.

Unormalt lave tilbud

3

- Klagenævnets kendelse 19. december 2023, Mediq mod SKI.
- Udbud af en rammeaftale om levering af medico-produkter. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver. Den gik bl.a. ud på, at ordregiveren skulle have indhentet en udtalelse fra den vindende tilbudsgiver om tilbuddets sammensætning i medfør af udbudslovens § 169, stk. 1, fordi tilbuddet fremstod som unormalt lavt. Jeg vender senere tilbage til denne bestemmelse.
- Klagenævnet tog ikke dette klagepunkt til følge. Klagenævnet har truffet tilsvarende afgørelser før, så der er ikke noget nyt i det.
- Men sagen har fremkaldt nogle refleksioner hos mig.

Unormalt lave tilbud

- Hvad er et unormalt lavt tilbud i det hele taget?
- Det er ikke direkte defineret nogen steder. Punkt 103 i udbudsdirektivets præambel taler om tilbud, der forekommer unormalt lave i forhold til ydelserne, og at sådanne tilbud kan være baseret på uforsvarlige antagelser eller praksis.
- Det tidligere udbudsdirektiv indeholdt i artikel 55 en opregning, der viste en slags indirekte beskrivelse af, hvad unormalt lave tilbud er. Udbudslovens § 169, stk. 2, og forarbejderne til udbudslovens § 169 indeholder lignende beskrivelser.
- Men jeg forstår det sådan: Unormalt lave tilbud er tilbud med en useriøs lav tilbudspris, dvs. en tilbudspris, der er *for lav til at dække tilbudsgiverens omkostninger* ved at levere den tilbudte ydelse. Denne type unormalt lave tilbud er hovedtypen, i det følgende kaldet type 1. Den har tilsyneladende været hos os altid.

Unormalt lave tilbud

- Men efterhånden har udbudsreglerne blandet nogle andre typer tilbud ind i begrebet unormalt lave tilbud. Det er:
- Type 2. Tilbud, hvis lave tilbudspris skyldes ulovlig statsstøtte, udbudslovens § 169, stk. 4 og 5, og udbudsdirektivets artikel 69, stk. 4. Så vidt jeg kan se, kom disse tilbud ind i udbudsreglerne ved det forrige udbudsdirektiv og det forrige forsyningsvirksomhedsdirektiv.
- Type 3.»Social dumping«, dvs. tilbud, hvis lave tilbudspris skyldes tilsidesættelse af miljø, social- og arbejdsretlige forpligtelser, udbudslovens § 169, stk. 3, og udbudsdirektivets artikel 69, stk. 2, litra d. Disse tilbud kom ind i det gældende udbudsdirektiv og det gældende forsyningsvirksomhedsdirektivet og var ikke med i de forrige direktiver.
- Der er altså blevet til tre typer unormalt lave tilbud.

Unormalt lave tilbud

6

To spørgsmål er centrale i relation til hver af de tre typer: 1. Har ordregiveren pligt til at afvise et unormalt tilbud? Hvis nej, har ordregiveren så ret til at afvise et unormalt lavt tilbud?

De to spørgsmål for hovedtypen, type 1 (prisen dækker ikke omkostningerne):

1. Har ordregiveren pligt til at afvise: Nej. Dette er fastslået i klagenævnets kendelse af 3. oktober 2028, Efkon mod Fjordforbindelsen.
2. Har ordregiveren ret til at afvise: Ja. Dette må være den helt centrale regel om unormalt lave tilbud. Det står i punkt 103 i udbudsdirektivets præambel, men det står kun indirekte i udbudslovens § 169 og den underliggende bestemmelse i udbudsdirektivets 69.

Unormalt lave tilbud

7

De to spørgsmål for type 2 (ulovlig statsstøtte)

1. Har ordregiveren pligt til at afvise: Nej, reglerne kan kun forstås sådan. Jeg ved ikke, om reglerne om statsstøtte kan medføre en sådan pligt, men udbudsreglerne gør det i hvert fald ikke.

2. Har ordregiveren ret til at afvise: Ja, fremgår forudsætningsvis af udbudslovens § 169, stk. 4 og 5, og udbudsdirektivets artikel 69, stk. 4 og 5.

Som det ses, besvares de to spørgsmål ens for type 1 og type 2.

(Det fremgår i øvrigt af de nævnte regler, at ordregiveren ikke må afvise et tilbud som unormalt lavt på grund af ulovlig statsstøtte uden forinden at have indhentet en særlig redegørelse fra tilbudsgiveren. Dette er uinteressant i sammenhængen her).

Unormalt lave tilbud

De to spørgsmål for unormalt lave tilbud af type 3 (social dumpint):

1. Har ordregiveren pligt til at afvise: Ja, står udtrykkeligt i udbudslovens § 169, stk. 3, og i udbudsdirektivets artikel 69. stk. 3, 2. afsnit.
2. Har ordregiveren ret til at afvise: Spørgsmålet bortfalder som følge af svaret på spørgsmål 1.

For denne type unormalt lave tilbud gælder altså noget andet end for de to andre typer ved, at ordregiveren har pligt til at afvise dem.

Unormalt lave tilbud

Udbudslovens § 169, stk. 1, der implementerer udbudsdirektivets artikel 69, stk. 1: Hvis et tilbud forekommer unormalt lavt, skal ordregiveren anmode tilbudsgiveren om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet.

Denne regels formål er tydeligvis at beskytte en tilbudsgiver mod at få sit tilbud afvist som unormalt lavt, uden at tilbudsgiveren har haft lejlighed til at forsvare sig. Men efter de unormale tilbud af type 3 (social dumping) er kommet med, er formålet vel også at få identificeret dem.

Klagenævnet har haft nogle klager over, at en ordregiver ikke indhentedede en sådan redegørelse, men har ikke taget nogen af dem til følge. Henvist til, at ordregiveren har et skøn med hensyn til, om et tilbud »forekommer« unormalt lavt. I kendelsen af 19. december 2023 også henvist til, at reglens formål er at sikre en tilbudsgiver mod at få sit tilbud afvist som unormalt lavt på et uoplyst grundlag.

Unormalt lave tilbud

Udbudslovens § 169, stk. 1, fortsat.

Formålet med bestemmelsen er altså ikke at beskytte de andre tilbudsgivere. Tværtimod er (hoved)formålet, at beskytte tilbudsgiveren med et muligt unormalt lavt tilbud. Så sagt lidt firkantet:

Hvis ordregiveren ikke har anset et tilbud for at forekomme unormalt lavt og derfor ikke har indhentet en redegørelse fra tilbudsgiveren, er tilbudsgiveren jo netop beskyttet mod at få sit tilbud afvist som unormalt lavt. Så hvorfor skulle klagenævnet så tilsidesætte ordregiverens vurdering af, at der ikke skulle indhentes en redegørelse fra tilbudsgiveren?

Man kunne næsten sige: I relation til unormalt lave tilbud af type 1 og også type 2 betyder § 169, stk. 1, og den underliggende direktivbestemmelse noget andet end det der står, nemlig bare, at ordregiveren ikke må afvise tilbuddet uden at have indhentet en redegørelse fra tilbudsgiveren først.

Unormalt lave tilbud

Konklusion:

Bortset fra hensyn til unormalt lave tilbud af type 3 (social dumping) nytter det ikke at klage over, at det vindende tilbud er unormalt lavt. Det nytter heller ikke at klage over, at ordregiveren ikke har indhentet en redegørelse fra tilbudsgiveren. Eksempel:

En virksomhed oplever, at en konkurrent vinder alle udbud med tilbudspriser, der næppe dækker konkurrentens omkostninger og i hvert fald ikke giver konkurrenten tilstrækkelig fortjeneste. Virksomheden føler sig stærkt forurettet og beder sin advokat klage over konkurrentens vindertilbud ved det seneste udbud.

Men nu er det advokatens opgave at få virksomheden til at forstå, at en sådan klage ikke kan nytte.

Beskrivelse af det udbudte

12

- Klagenævnets kendelse af 31. januar 2024, Jensen mod Region Sjælland.
- Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II om udførelse i totalentreprise af et maskinanlæg til et sygehusvaskeri. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af et underkriterium Pris og to kvalitative underkriterier om funktionel og teknisk værdi m.m. henholdsvis organisation og kompetencer.
- Ved kendelsen konstaterede klagenævnet forskellige overtrædelser på grundlag af ordregiverens erkendelse, herunder at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at have opstillet krav til og retningslinjer for håndteringen af sideordnede tilbud.
- Da denne konstatering skete på grundlag af ordregiverens erkendelse, kan det ikke ses, hvad overtrædelserne nærmere gik ud på. Men dette punkt i sagen er værd at se nærmere på.

Beskrivelse af det udbudte

13

- Klagenævnets kendelse af 31. januar 2024, Jensen mod Region Sjælland.
- I udbudsbetingelserne stod:
- »Alternative tilbud accepteres ikke.
Det tillades de bydende at aflevere sideordnede tilbud, Eventuelle sideordnede tilbud bedømmes hver især efter bestemmelserne i.... [dvs. udbudsbetingelsernes angivelser om tilbudsvurderingen]«
- Jamen sideordnede tilbud er tilbud på forskellige løsninger, som *er beskrevet i udbudsmaterialet*. Men udbudsmaterialet indeholdt ikke en sådan beskrivelse. Desuden skal det ved udbud med sideordnede tilbud angives i udbudsmaterialet, hvordan ordregiveren vil vælge, hvilken af løsningerne der skal udføres. Dette følger bl.a. af klagenævnets kendelse af 22. januar 2022, Norsk Luftambulance mod regionerne. Det stod der heller ikke noget om.

Beskrivelse af det udbudte

14

- Klagenævnets kendelse af 31. januar 2024, Jensen mod Region Sjælland.
- Så i virkeligheden gik udbuddet ud på at tillade alternative tilbud, dvs. tilbud på løsninger, der *ikke* er beskrevet i udbudsmaterialet. Men der stod jo direkte, at alternative tilbud ikke var tilladt. Og hvis alternative tilbud er tilladt, skal det bl.a. angives, hvilke mindstekrav de skal opfylde, jf. udbudslovens § 51, stk. 1, nr. 1, jf. udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, tilsvarende forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 64, stk. 1. Det stod der heller ikke noget om.
- Man kan tilsyneladende konstatere, at koncipisterne af udbudsbetingelserne havde misforstået begreberne sideordnede tilbud og alternative tilbud. Sådan som udbuddet var udformet, kunne det se ud til, at det var ganske uklart, hvad der egentlig var udbudt.
- Men hvad var ordregiverens behov egentlig?

Beskrivelse af det udbudte

Det kunne vel se ud til følgende:

Ordregiveren var usikker på, hvad der egentlig var af løsningsmuligheder på markedet. Ordregiveren holdt derfor muligheden åben for enhver løsning og nøjedes med at angive forskellige forskellige ønsker til det udbudte anlæg.

Hvad skal en ordregiver med en sådan usikkerhed gøre? Det sædvanlige er vel en markedsdialog før udbuddet, men det er måske ikke så relevant eller traditionelt inden for bygge- og anlægsområdet.

Men kan ordregiveren ikke bare beskrive det ønskede i rent overordnede vendinger og så se, hvad der sker? Et udbud af denne type kaldes vist et funktionsudbud.

Beskrivelse af det udbudte

Jo, et funktionsudbud er vel vejen frem i situationen.

Men på den anden side må der være grænser for, *hvor* generelt og overordnet det udbudte ved et udbud kan beskrives. Der må bl.a. skulle være visse egentlige krav, som skal opfyldes.

Ellers bliver det for uklart, hvad der er udbudt, hvilket strider mod gennemsigtighedsprincippet og også princippet om, at ordregiveren ikke må have frit valg mellem tilbuddene.

Det er utvivlsomt også derfor, at der skal angives mindstekrav til alternative tilbud. Så vidt jeg har sporet det, har reglen herom været i udbudsreglerne fra begyndelsen.

Er det ovenstående et reelt praktisk problem?

Støtte til borger med funktionsnedsættelse

17

Den sociale servicelov, kaldet serviceloven, nu lovbekendtgørelse nr. 67 af 22. januar 2024, indeholder i § 112 nogle regler om, at kommunernes pligt til at yde støtte til borgere med funktionsnedsættelse.

Bestemmelsens stk. 3 anviser to forskellige måder at gennemføre støtten på, dels gennem en leverandøraftale mellem kommunen og en leverandør, stk. 3, 2. pkt., dels uden en leverandøraftale, stk. 2, sidste pkt.

(Jeg ser her væk fra nogle supplerende regler om borgernes frie valg af leverandør. De er uden relevans i sammenhængen).

Støtte til borger med funktionsnedsættelse

18

Egentlige leverandøraftaler angår mig bekendt typisk produkter, der løbende leveres til borgere, der er visiterede til det, fx medico-produkter som stomiposer, insulinkanyler osv. Det sædvanlige er følgende: Borgeren bestiller de ønskede produkter hos den leverandør, som kommunen har indgået en leverandøraftale med. Leverandøren sender det bestilte til borgeren og sender regningen for det til kommunen, der betaler den direkte til leverandøren. Alle kommuner har formentlig sådanne leverandøraftaler (eller gør måske brug af leverandøraftaler indgået af SKI).

Støtte uden leverandøraftaler angår vist typisk engangsl levering af et enkelt hjælpemiddel, fx et høreapparat eller en bil. Der er forskellige måder at gennemføre en sådan støtte på. Med hensyn til høreapparater er det mig bekendt almindeligt, at borgeren selv køber høreapparatet hos en leverandør efter eget valg og betaler for det, men med fradrag af et bestemt beløb, som er fastsat af kommunen på forhånd, og som kommunen betaler til leverandøren efter opkrævning fra leverandøren..

Støtte til borger med funktionsnedsættelse

19

Det udbudsretlige spørgsmål i sammenhængen er: Medfører kommunens støtte til borgere med funktionsnedsættelse udbudspligt?

Det må vel være oplagt, at der ikke er udbudspligt for den form for støtte, der gennemføres uden leverandøraftaler i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt. (altså om høreapparat, bil ol.).

Men hvad med leverandøraftalerne efter servicelovens § 112, stk. 3, 2. pkt. (altså om stomiprodukter og insulinkanyler osv.)?

Klagenævnet har haft en del sager om det, og den almindelige forståelse af klagenævnets praksis har mig bekendt været: Der er *ikke* udbudspligt for sådanne leverandøraftaler, fordi de ikke er gensidigt bebyrdende, da kommunerne ikke har en direkte økonomisk interesse i dem.

Jeg vil ikke gå nærmere ind i dette, dels fordi det er velkendt, dels fordi jeg vil frem til følgende:

Støtte til borger med funktionsnedsættelse

20

Klagenævnets kendelse af 26. september 2023, Abena og Coloplast mod Esbjerg Kommune.

Denne kendelse angik en fælleskommunal leverandøraftale om levering af stomiprodukter, og kendelsen udtalte, at leverandøraftalen var udbudspligtig, men at kommunal støtte uden leverandøraftale ikke er det. Dette har vakt opsigt, men også usikkerhed om, hvordan det skal forstås. Kendelsens præmisser er udførlige, og jeg skal ikke fortabe mig i et referat af dem, men følgende er min vurdering:

Kendelsens præmisser fremtræder nærmest som en præcisering af retstilstanden derhen, at leverandøraftaler efter servicelovens § 112, stk. 2, er udbudspligtige, og at det, der efter klagenævnets praksis ikke er udbudspligtigt, er støtten efter bestemmelsens sidste punktum.

Men efter min vurdering er kendelsen en egentlig praksisændring, der går ud på, at leverandøraftalerne er udbudspligtige.

En dom fra Retten i Glostrup

21

Dvs. dom af 29. december 2023, Albertslund Kommune mod Albertslund Tømrer og Snedker A/S.

Sagen angik et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af rammeaftaler om håndværkerydelser. I en kendelse af 7. marts 2022 i sagen tilkendegav klagenævnet, at kommunen havde været uberettiget til at anvende udbudsformen udbud med forhandling. Afgørelsen blev truffet af et udvidet klagenævn og endda med dissens og vakte betydelig opsigt.

Men kommunen indbragte kendelsen for domstolene ved et sagsanlæg mod klageren, og Glostrup rets dom er domstolenes afgørelse i sagen. Dommen tilsidesætter fuldstændig klagenævnets kendelse.

Så er dommen vel interessant og principiel, og så har klagenævnets kendelse vel ingen betydning?

En dom fra Retten i Glostrup

22

Glostrup rets dom af 29. december 2023, Albertslund Kommune mod Albertslund Tømrer og Snedker A/S fortsat.

Nej, dommen er ikke interessant og principiel, for den bygger ikke på rettens egen vurdering af sagen, men kun på, at klageren tog bekræftende til genmæle under retssagen, dvs. erkendte søgsmålets rigtighed.

Dommen betyder naturligvis, at klagenævnets konkrete afgørelser om det konkrete udbud i sagen er faldet væk. Men de generelle tilkendegivelser, der fremgår af klagenævnets kendelse, gælder stadig.

Dette illustrerer visse besynderligheder, måske ligefrem retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, ved systemet.

Tak for
opmærksomheden