

OVERGANG TIL UDBUD MED FORHANDLING

v/advokat Niels Rytter – DFFU 11. september 2024





OVERGANG TIL UDBUD MED FORHANDLING

- Potentiel redningskrans i strandede udbud
- Ofte **nemmere, hurtigere og mindre ressourcekrævende** end at skulle begynde forfra; det gælder både for ordregiver og tilbudsgiverne
- Men... reglernes **anvendelsesområde** giver på flere punkter anledning til fortolkningstvivl, ligesom **rammerne for forhandlingen** heller ikke er helt klare
- ... og vigtigst: **Hvordan griber man det an i praksis?**

OVERBLIK OVER RETSGRUNDLAGET

- Udbudsloven indeholder to bestemmelser, hvorefter ordregiver kan overgå til udbud med forhandling:
- § 61, stk. 1, nr. 2: ”Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives *ikkeforskriftsmæssige* eller *uacceptable* tilbud.”
 - Søsterbestemmelse i FSD art. 28, nr. 1, litra b, men ingen søsterbestemmelse i FVD.
- § 80, stk. 1: ”... når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud [...]”
 - 1) *ikke er modtaget* nogen ansøgninger eller tilbud eller
 - 2) *kun er modtaget ansøgninger eller tilbud, der er irrelevante* i forhold til kontrakten.”
 - Søsterbestemmelse i FSD art. 28, nr. 1, litra a, og i FVD art. 50, litra a.
- Uanset hvilken af de to bestemmelser, der anvendes, er det en betingelse, at alle tilbud (eller ansøgninger under § 80, stk. 1) er ikkeforskriftsmæssige / uacceptable / irrelevante.



NY UDBUDSBEKENDTGØRELSE?

- § 61, stk. 1, nr. 2:
- **Formelle udgangspunkt** er, at ordregiver skal "starte forfra" ved at indrykke ny udbudsbekendtgørelse
- Den væsentlige værdi ligger dog i **undtagelsen** i § 61, stk. 4: Ny udbudsbekendtgørelse kan undlades:
 - "... når proceduren omfatter *alle de tilbudsgivere, og kun dem*, der under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens **formelle krav** samt opfylder **kravene i § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3.**"
- Det vil sige, at tilbudsgiverne, der tages med videre i processen:
 - Ikke må være omfattet af en **udelukkelsesgrund**
 - Skal opfylde **egnethedskravene**
 - Skal "opfylde" **udvælgelseskriterierne** (UBD og FSD indeholder ikke denne betingelse)
 - Skal have afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens **formelle krav** (som ifølge forarbejderne f.eks. kan være krav om underskrift, antal eksemplarer, sidetal, stemping).
- § 80, stk. 1:
- Overgang til udbud med forhandling kræver aldrig ny udbudsbekendtgørelse
 - Ordregiver kan selv "vælge" sin(e) tilbudsgivere, jf. også "Razlog-dommen" (C-376/21) – den vender vi tilbage til.

DISSEKERING AF BESTEMMELSERNE

Regelsæt	Fra hvilke procedurer?	Resultat af "første" udbud	Deltagere i det "nye" udbud
UBD	Offentlige og begrænsede udbud	Ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud	Alle tilbudsgivere, der ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og opfylder egnethedskrav
UBD	Offentlige og begrænsede udbud	Ingen eller uegnede ansøgninger eller tilbud	Frit valg
UBL	Offentlige og begrænsede udbud	Ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud	Alle tilbudsgivere, der ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og opfylder egnethedskrav og udvælgelseskriterier
UBL	Offentlige og begrænsede udbud	Ingen eller irrelevante ansøgninger eller tilbud	Frit valg
FSD	Samtlige tilgængelige udbudsprocedurer	Ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud	Alle tilbudsgivere, der ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og opfylder egnethedskrav
FSD	Samtlige tilgængelige udbudsprocedurer	Ingen eller uegnede ansøgninger eller tilbud	Frit valg
FVD	Samtlige tilgængelige udbudsprocedurer	Ingen eller uegnede ansøgninger eller tilbud	Frit valg

BEGREBER

- "IKKEFORSKRIFTMÆSSIGE TILBUD"

- Begrebet "ikkeforskriftsmæssige tilbud" omfatter *navnlig* fire situationer, jf. § 61, stk. 2:
 1. Tilbuddet lever ikke op til kravene i udbudsmaterialet
 2. Tilbuddet er modtaget for sent
 3. Der foreligger bevis for ulovlig samordning eller bestikkelse
 4. Ordregiver har konstateret, at tilbuddet er unormalt lavt



”IKKEFORSKRIFTSMÆSSIGE TILBUD”

- DE FIRE SITUATIONER

1. Tilbuddet lever ikke op til kravene i udbudsmaterialet
 - Den i praksis oftest forekommende grund; f.eks. forbehold, fejl og mangler
 - Særlige overvejelser ift. den videre proces, hvis der er tale om formelle fejl
2. Tilbuddet er modtaget for sent
 - Særlige overvejelser ift. den videre proces (”formelle krav”)
 - Særlige overvejelser ift. digital tilbudsafgivelse – er tilbuddet overhovedet ”modtaget”?



”IKKEFORSKRIFTSMÆSSIGE TILBUD”

- DE FIRE SITUATIONER

3. Der foreligger bevis for **ulovlig samordning eller bestikkelse**
 - Den ulovlige samordning (kartel) eller bestikkelse skal være knyttet til det pågældende tilbud
 - Særlige overvejelser ift. den videre proces (udelukkelse, herunder self cleaning)
4. Ordregiver har konstateret, at tilbuddet er **unormalt lavt**
 - Vurdering efter retningslinjerne i udbudslovens § 169





BEGREBER

- "UACCEPTABLE TILBUD"

- Begrebet "uacceptable tilbud" omfatter *navnlig* to situationer, jf. § 61, stk. 3:
 1. Tilbudsgiver lever ikke op til de fastsatte **minimumskrav til egnethed**
 - Særlige overvejelser ift. den videre proces
 - Vil muligvis også være *irrelevante*, jf. § 80, stk. 1, nr. 2 (det vender vi tilbage til).
 - Hvad med tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrunde?
 2. Tilbuddet overstiger ordregivers på forhånd fastsatte **budget**
 - Budgettet skal være fastsat (blot internt) inden indledning af udbudsproceduren
 - Vil muligvis også være "irrelevante", jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 16. juni 2022 i sag C-376/21, *Obshtina Razlog*, og KLFU's kendelse af 28. november 2023, *ABB A/S mod Udviklingselskabet By og Havn I/S* (det vender vi tilbage til).

BEGREBER

- INGEN ELLER "IRRELEVANTE" / "UEGNEDE" ANSØGNINGER ELLER TILBUD

- "Ikke modtaget nogen ansøgninger eller tilbud"
 - Hvad hvis man modtager ansøgninger/tilbud for sent?
 - Særlige overvejelser i relation til digital tilbudsafgivelse
- "Irrelevante i forhold til kontrakten"
 - En *ansøgning* er ifølge forarbejderne til udbudsloven irrelevant, når ansøgeren er omfattet af en **udelukkelsesgrund** eller **ikke opfylder egnethedskrav**
 - Et *tilbud* er ifølge forarbejderne til udbudsloven irrelevant, når det er **åbenbart, at det – ikke uden væsentlige ændringer – ikke kan opfylde ordregivers behov**, som angivet i udbudsmaterialet
 - Hvad med tilbud afgivet af virksomheder, som er omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke opfylder egnethedskrav?
 - Barren for, hvornår et tilbud er irrelevant, må være højere end for ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud.
 - Nyere praksis har dog gjort sondringen mellem de to regelinstuturter usikker (mere herom i det følgende).

EU-DOMSTOLENS DOM AF 16. JUNI 2022 I SAG C-376/21, OBSHTINA RAZLOG

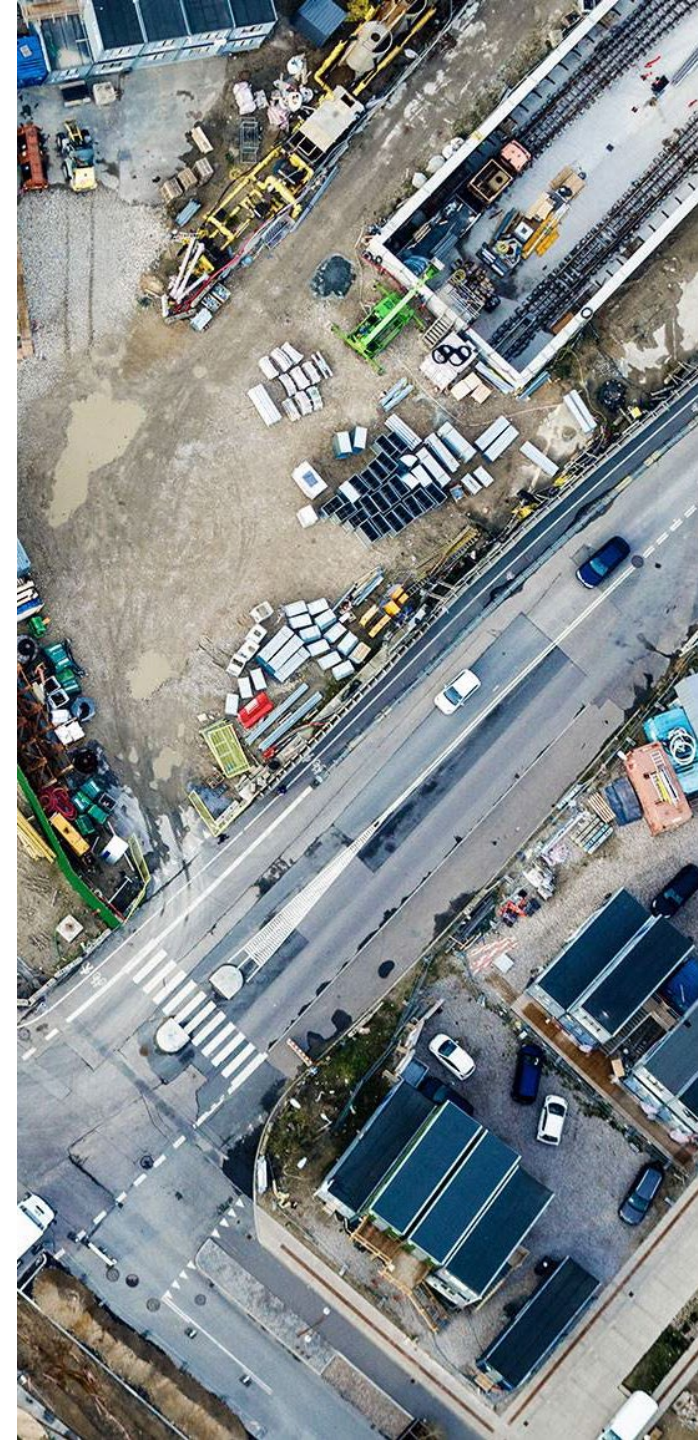
- I sagen var en ordregiver overgået til udbud med forhandling med den begrundelse, at der i det forudgående udbud kun var modtaget ét tilbud, som var mere end dobbelt så højt som kontraktens anslåede værdi. Tilbuddet var således ifølge ordregiver uegnet.
- EU-Domstolen udtalte sig på den baggrund om udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra a, (svarende til udbudslovens § 80, stk. 1):

”Et tilbud skal således anses for uegnet, når det er »uacceptabelt« som omhandlet i det nævnte direktivs artikel 26, stk. 4, [litra b] andet afsnit.. [Efter denne] bestemmelse anses tilbud fra tilbudsgivere, hvis pris overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastsat og dokumenteret forud for iværksættelsen af udbudsproceduren, som uacceptable.” (præmis 62)



KENDELSE AF 28. NOVEMBER 2023, ABB A/S MOD UDVIKLINGSSELSKABET BY OG HAVN I/S

- Offentligt udbud efter FVD
- Der indkom to tilbud, begge tilbudspriser oversteg By & Havns budget
- By & Havn I/S overgik til udbud med forhandling uden ny udbudsbekendtgørelse i medfør af FVD art. 50, litra a (om "uegnede tilbud"). Begge tilbudsgivere deltog.
- Klager gjorde bl.a. gældende, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var opfyldt.
- Hovedfokus i klagers anbringender var på, hvorvidt tilbuddene overskred det på forhånd fastsatte budget – ikke hvorvidt FVD art. 50, litra a, overhovedet kunne påberåbes i en sådan situation.



PRISUDVIKLINGEN

	Oprindelige tilbud (i offentligt udbud)	Nye tilbud (i udbud med forhandling)	Afvigelse ift. budget - Oprindelige tilbud	Afvigelse ift. budget - Nye tilbud	Afvigelse ift. anslået værdi - Oprindelige tilbud	Afvigelse ift. anslået værdi - Nye tilbud
ABB	252 mio. kr.	236 mio. kr.	18-31 %	10-23 %	80 %	69 %
PowerCon	243 mio.kr.	226 mio. kr.	14-27 %	6-18%	74 %	61 %

Budget drøftet med teknisk rådgiver på omkring 192-214 mio. kr. forud for offentliggørelse af off. udbud.

I udbudsbekendtgørelsen anført: **Forventet samlet værdi 140 mio. kr.**

KLAGENÆVNETS AFGØRELSE

- *"Det fremgår, at By og Havn inden offentliggørelse af genudbuddet i maj 2023 drøftede budgettet for anskaffelsen af landstrømsanlægget med sin tekniske rådgiver. Der var forskellige versioner med varierende budgetter fra 192 mio. kr. til 214 mio. kr."*
- *"Klagenævnet lægger herefter til grund, at budgettet var fastlagt, inden udbudsproceduren blev indledt. By og Havn konstaterede ved modtagelsen af tilbuddene, at de tilbudte priser overskred det fastsatte budget."*
- *"Klagenævnet finder, at By og Havn på det foreløbige foreliggende grundlag herefter var berettiget til at overgå til udbud med forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a."*
- *"Da betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse på det tidspunkt var opfyldt, er det uden betydning, at de senere tilbudte priser under forhandlingsudbuddet også overskred det tidligere fastsatte budget."*
- *Sammenhold med Razlog, præmis 69: "[Ordregiver skal kunne] bevise, at den pris, som den har aftalt med tilbudsgiveren, svarer til markedsprisen, og at den ikke overstiger den anslåede værdi af udbuddet."*

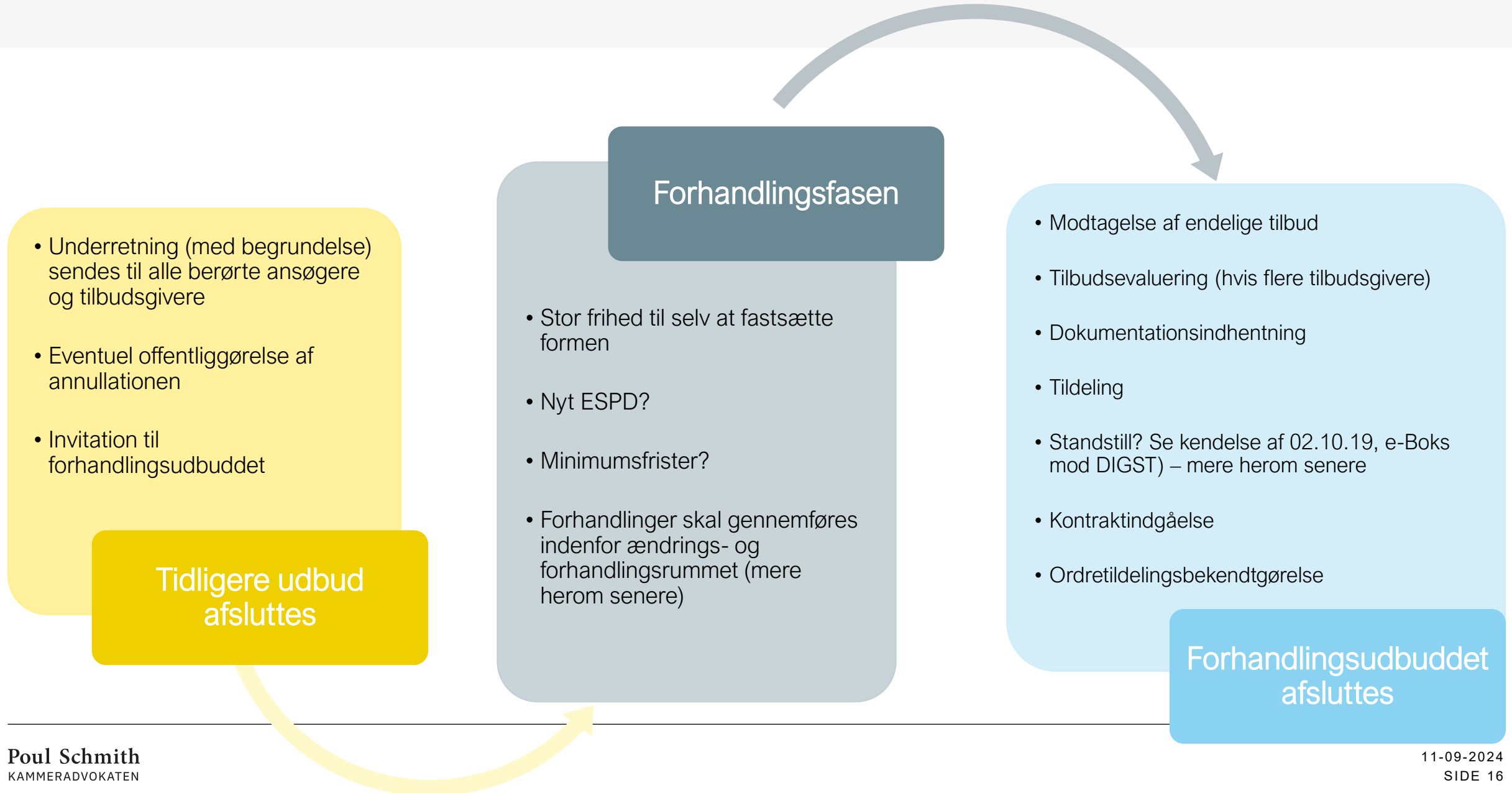


DEN PRAKTISKE GENNEMFØRELSE

Proces og ændringer

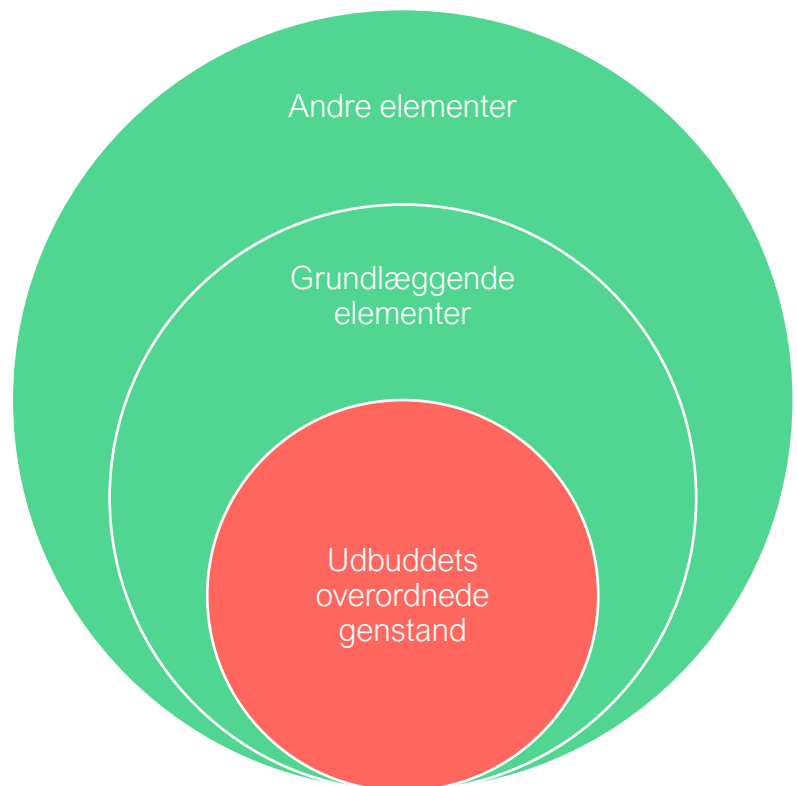


PROCESSEN (UDEN NY UDBUDSBEKENDTGØRELSE) - UDBUDSLOVEN

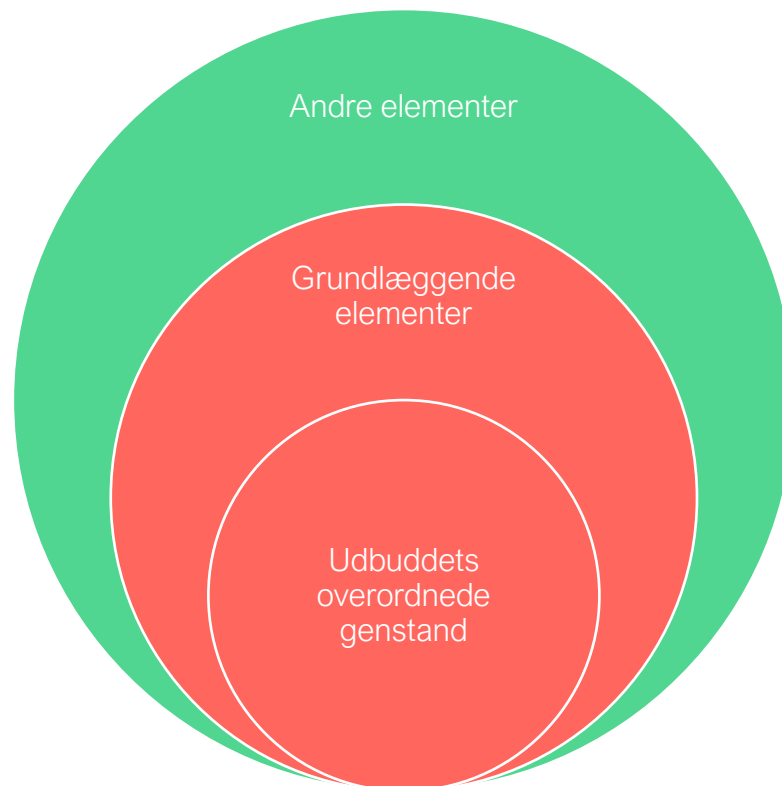


RAMMERNE FOR ÆNDRINGER OG FORHANDLING

Med ny udbudsbekendtgørelse
(udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2)



Uden ny udbudsbekendtgørelse
(udbudslovens §§ 61, stk. 4 og 80, stk. 1,
FSD art. 28, nr. 1, og FVD art. 50, litra a)



PRAKSIS OM ÆNDRINGER

- Om ændring af mindstekrav
 - 9. februar 2018, *Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S*
 - 30. november 2023, *Assemble A/S mod Hørsholm Kommune*
 - 1. februar 2018, *ABB A/S mod Trafikselskabet Movia*
 - 11. juli 2017, *Inventarland ApS mod Region Sjælland*
 - 12. juli 2019, *Semi-Staal A/S mod Region Hovedstaden*
- Om ændringer tildelingskriterier
 - 11. november 2020, *Niras A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen*
 - 22. februar 2023, *Konsortiet HEMS Denmark mod Region Midtjylland m.fl.*
- Om ændringer af evalueringsmetode/-model
 - 6. december 2017, *Imatis A/S mod Region Hovedstaden*
 - 18. april 2018, *A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse*
 - 23. februar 2018, *Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S*





SANKTIONER

- Hvad er konsekvenserne af, at ordregiver uberettiget er overgået til udbud med forhandling?
- Annullation?
 - Ja!
- Uden virkning?
 - Der er jo ikke offentliggjort en (ny) udbudsbekendtgørelse:
 - Klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1:
*”En kontrakt (...) kan erklæres for uden virkning, hvis:
1) en ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4”*

KENDELSE AF 16. MAJ 2024, NUUDAY A/S MOD STATEN- OG KOMMUNERNES INDKØBSSERVICE A/S

- *”På den anførte baggrund og i lyset af proportionalitetsprincippet som anført i præambelbetragtning nr. 13 i direktiv 2007/66/EF finder klagenævnet, at artikel 2d, stk. 1, litra a, i direktiv 2007/66/EF og § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud ikke finder anvendelse i den foreliggende situation. Dette er en ændring af klagenævnets praksis, således som den kom til udtryk ved klagenævnets kendelse af 11. marts 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen.”*
- Uberettiget overgang til udbud med forhandling kan således ikke føre til *uden virkning*, da der under det forudgående offentlige/begrænsede udbud er offentliggjort en udbudsbekendtgørelse.
- Hvordan harmonerer det med e-Boks-kendelsen om standstill (kendelse af 02.10.19)?
 - Klagenævnslovens § 3, stk. 3, nr. 1: Ingen pligt til afholdelse af standstill, når *”... en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse,”*



SPØRGSMÅL



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.