

DOMMANN

REU

KLAGENÆVNET FOR UDBUD

DÅRLIG ERFARING VAR IKKE NOK TIL AT UDELUKKE TILBUDSGIVER

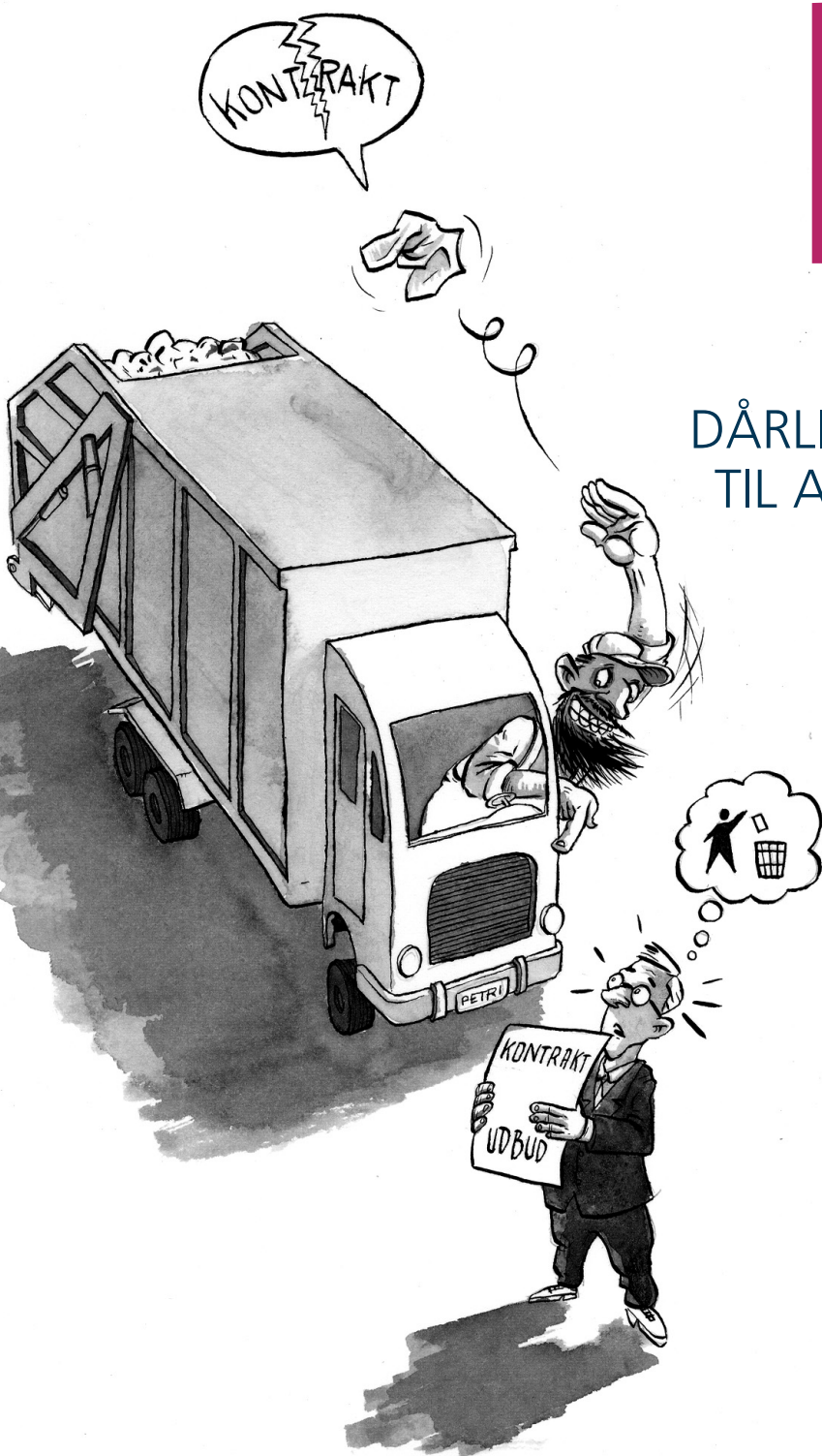
- Klagenævnets kendelse af 19. oktober 2009,
DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding

Af advokatfuldmægtig Mads Christensen

I/S Vestforbrænding kunne ikke udelukke DSV Transport A/S som tilbudsgiver med den begrundelse, at DSV uberettiget havde ophævet en anden kontrakt mellem parterne.

I/S Vestforbrænding udbød i marts 2009 en kontrakt om transport- og tømningssydeler på Høje Taastrup Kommunes genbrugsstation. DSV Transport A/S afgav efterfølgende tilbud, som blev afvist, idet Vestforbrænding ikke mente, at DSV opfyldte egnethedskravet i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d.

Vestforbrænding begrundede dette med, at DSV havde begået alvorlige fejl i forbindelse med udøvelsen af dets erhverv. En voldgiftskendelse fra marts 2009 fastslog således, at DSV uberettiget havde ophævet en lignende kontrakt mellem parterne.





DSV tog sagen til klagenævnet

Under sagen ved klagenævnet argumenterede DSV bl.a. for, at artikel 45, stk. 2, litra d, kun finder anvendelse, når en virksomhed har begået alvorlige fejl i forbindelse med den egentlige drift af virksomheden. En ophævelse af en kontrakt faldt ifølge DSV udenfor begrebet egentlig drift af en virksomhed.

Omvendt var Vestforbrænding af den opfattelse, at også særligt kvalificeret, uprofessionel adfærd i kontraktforhold kunne udelukke en virksomhed efter reglen. En uberettiget ophævelse vil de facto have samme effekt som en mangel eller forsinkelse, hvilket bringer forholdet ind under virksomhedens egentlige drift.

Bestemmelsen kunne ikke anvendes

Klagenævnet udtalte, at en ordregiver kan afvise en tilbudsgiver efter artikel 45, stk. 2, litra d, hvis den fejl virksomheden har begået,

1. vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv
2. er af en vis betydelig grovhed
3. efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart

Efter en samlet vurdering af omstændighederne i sagen, hvor klagenævnet bl.a. lagde vægt på, at DSV havde betalt den erstatning, som voldgiftsretten fastsatte, samt at der igennem en årrække havde været et velfungerende samarbejde mellem parterne vedrørende flere andre lignende kontraktforhold, fandt klagenævnet, at betingelserne 2) og 3) ikke var opfyldte. Klagenævnet var dog - uden nærmere begrundelse herfor - af den opfattelse, at en uberet-

tiget ophævelse af en kontrakt vedrører udøvelsen af en virksomheds erhverv, hvorfor betingelse 1) var opfyldt.

Samlet var Vestforbrænding dermed ikke berettiget til at anvende bestemmelsen, hvorfor artikel 45, stk. 2, litra d, det EU-retlige proportionalitetsprincip, samt ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 var tilsidesat.

Hvad er så "alvorlige fejl"?

I klagenævnets tidligere kendelse fra 23. marts 2004 (Tolkeservice mod Viborg Amt) udtalte Klagenævnet, at det er sagligt at lægge vægt på dårlige erfaringer med en tilbudsgiver i forbindelse med en prækvalifikation. Dette kan umiddelbart synes at stride imod nærværende kendelse, idet Vestforbrænding også lagde vægt på dårlige erfaringer med en tilbudsgiver. Den tidligere praksis er imidlertid ikke ændret med den nye kendelse, idet denne handler om en direktiv-hjemlet udelukkelsesgrund og ikke blot et moment ved afgørelsen af, om en tilbudsgiver kan prækvalificeres.

Det må herefter antages, at en tilbudsgiver kun kan udelukkes efter artikel 45, stk. 2, litra d, hvis fejlen vedrører tilbudsgiverens erhverv, og der er tale om en grov fejl, der specifikt bevirker, at tilbudsgiveren ikke er egnet til at afgive tilbud. Dette kan for eksempel være deciderede ulovligheder fra tilbudsgivers side. Men man kan også forestille sig, at gentagne, mindre fejl kan bevirke, at en tilbudsgiver kan udelukkes efter bestemmelsen.

[Læs kendelsen](#)



TØNDER KOMMUNE KOM PÅ GLATIS VED INDKØB AF VEJSALT

- Klagenævnets kendelse af 5. oktober 2009.
Akso Nobels Industrial Chemicals B.V. mod Tønder
Kommune

Af advokatfuldmægtig Nina Petri

*Klagenævnet annullerede Tønder Kommunes
beslutning om tildeling af kontrakt om strøsalt, da
kommunen skulle have iværksat et EU-udbud.*

Tønder Kommune iværksatte efter tilbudsloven en offentlig licitation vedrørende vejsalt til glatførebekæmpelse.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at tilbud kunne afgives for strøsalt og vakuumsalt hver for sig eller samlet. Det fremgik desuden, at de samlede mængder kunne variere svarende til en fordobling henholdsvis en halvering af den udbudte mængde.

Kommunen tildelte på baggrund af de 3 indkomne tilbud strøsaltleverancen til Brøste A/S, som den forgangne vintersæson havde leveret samme saltprodukt.

Den ene af de i alt 3 tilbudsgivere, Akso Nobels Industrial Chemicals B.V., som i øvrigt fik tildelt leverancen af vakuumsalt, indgav klage til klagenævnet. Klagen vedrørte kommunens manglende iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt manglende opfyldelse af reglerne om EU-udbud.

Klagenævnet annullerede udbuddet

Vedrørende Tønder Kommunes pligt til at gennemføre et EU-udbud udtalte klagenævnet, at tærskelværdien for den pågældende periode var afgørende for, om kommunen skulle have udbudt ordren efter reglerne i Udbudsdirektivet i stedet for tilbudsloven.

Det følger af Udbudsdirektivets art. 9, stk. 1, at ordregivende myndigheder skal tage hensyn til enhver form for optioner, når denne anslår det samlede beløb, som skal betales for den udbudte ydelse.

Da kommunen imidlertid havde opgjort ordrens samlede værdi uden en option på mulighed for at udvide ordren med 100% til 1.467.200 kr., og eftersom tærskelværdien udgjorde 1.535.844 kr., havde kommunen ikke med rimelighed kunne anslå værdien til at ligge under Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Klagenævnet udtalte herefter, at kommunen ved sin tildeling af ordren havde handlet i strid med Udbudsdirektivet, da der ikke forinden var gennemført et udbud. Klagenævnet annullerede på dette grundlag kommunens beslutning om at tildele den udbudte strøsaltleverance til Brøste A/S.

Som følge af annullationen af Tønder Kommunes tildelingsbeslutning afstod klagenævnet fra at tage stilling til Akso Nobels Industrial Chemicals B.V.'s øvrige klagepunkter, herunder om kommunen havde tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

[Læs kendelsen](#)

LUKNINGSENTREPRISE MANGLEDE KVALITET

-Klagenævnets kendelse af 14. oktober 2009, Frederik Pedersen Alu-Glas A/S mod Viborg Kommune

Af advokatfuldmægtig Jacob Ølgaard

Viborg Kommune havde overtrådt udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at henvise til så mange referenceprodukter, at der reelt ikke kunne konkurreres på tildelingskriteriet kvalitet.

Viborg Kommune udbød i januar 2009 som et EU-udbud lukningsentreprisen for opførelsen af kommunens nye rådhus. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud, og kommunen havde som underkriterier hertil valgt at lægge vægt på pris (60 %) og kvalitet (40 %).

Fire virksomheder kom gennem prækvalifikationsrunden og afgav tilbud på entreprisen. Kommunen valgte efterfølgende at indgå kontrakt med den ene af disse virksomheder, mens en af de øvrige virksomheder, Frederik Pedersen Alu-Glas A/S ("Alu-Glas"), i stedet indgav en klage til Klagenævnet for Udbud.

Henvisning til referenceprodukter

Under klagesagen blev der for det første nedlagt påstand om, at kommunen havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne at have foreskrevet anvendelsen af bestemte fabrikater uden i den forbindelse at have anvendt udtrykket "eller tilsvarende". En helt klassisk overtrædelse af udbudsreglerne.

Kommunen erkendte overtrædelsen, men mente i øvrigt ikke at have givet den opfattelse, at der ikke kunne anvendes andre fabrikater end de anførte referenceprodukter – dette selv om kommunen

ganske vist ikke alle steder i udbudsbetingelserne havde benyttet sig af "eller tilsvarende"-termen. Klagenævnet afviste kommunens argumentation og udtalte, at udbuddet vedrørte så sædvanlige bygningsdele, at artikel 23, stk. 8, var til hinder for, at der overhovedet kunne henvises til referenceprodukter – uanset dette skete med tilføjelsen "eller tilsvarende" eller ej.

Tildelingskriterier og tilbudsevaluering

Klagesagens andet stridspunkt vedrørte de angivne tildelingskriterier og kommunens evaluering i relation til underkriteriet "kvalitet". Alu-Glas var således af den opfattelse, at kommunen havde stillet så mange krav med hensyn til materialer, at det eneste reelle underkriterium var tilbudsgivernes pris. Kontraktens genstand var med andre ord beskrevet så detaljeret og med så mange kvalitative mindstekrav, at det reelt kun var muligt for kommunen at evaluere på grundlag af tilbudspriserne, hvilket var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 og gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet gav Alu-Glas medhold og udtalte, at kommunen havde benyttet sig af angivelser af referenceprodukter i så betydeligt omfang, at den reelle konkurrence mellem tilbudsgiverne i relation til underkriteriet kvalitet var blevet elimineret. Klagenævnet henviste i sin begrundelse endvidere til det faktum, at kommunen – som en logisk konsekvens af den manglende konkurrence – netop havde tildelt alle tilbudsgivere samme antal point ved bedømmelsen af tilbuddenes kvalitet.

Klagenævnet annullerede kommunens tildelingsbeslutning, da tilbudsevalueringen således reelt kun var foretaget på grundlag af tilbuddenes tilbudspris – og ikke som ellers angivet også med vægt på kvaliteten.

[Læs kendelsen](#)



UDBUDSPLIGTEN FORSVINDER IKKE, SELVOM ET UDBUD UDSKYDES TILSTRÆKKELIGT LÆNGE

- Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2009,
Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og
Region Hovedstaden

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

Klagenævnet fandt, at Region Sjælland og Region Hovedstaden havde handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2, ved at forlænge en række aftaler udover den forlængelsesfrist, der var fastsat i rammeaftalen.

Rammeaftalen...

Tre amter – Storstrøms Amt, Roskilde Amt og Vestsjællands Amt (nu Region Sjælland) – indgik efter et begrænset udbud en rammeaftale om levering af engangsbeklædning til brug på institutioner og brugersteder. Rammeaftalen blev senere tiltrådt af Frederiksborg Amt og Bornholms Amt (nu Region Hovedstaden). Aftaleperioden løb frem til 31. december 2003, men perioden kunne forlænges med op til 24 måneder. Herudover var der en option, hvorefter aftalen kunne forlænges med yderligere 6 måneder, såfremt der ikke var afholdt EU-udbud inden aftalens udløb senest den 31. december 2005.

...der fortsatte i det uendelige...

Den 14. december 2005 bekræftede leverandøren en aftale om forlængelse af rammeaftalen frem til optionsperiodens udløb den 30. juni 2006. Efter udløbet af optionsperioden forlængede man imidlertid igen – denne gang frem til 31. december 2006, og endelig forlængede man i december 2006 fra 1. januar 2007 frem til afslutningen af et nyt EU-udbud. Det nye EU-udbud var blevet iværksat 14. februar 2006, men der blev først indgået nye aftaler med

virkning fra 1. september 2007.

...indtil Klagenævnet sagde STOP!

Klagenævnet udtalte - efter klagesagen blev opstartet af Konkurrencestyrelsen - at på baggrund af optionsmuligheden var det berettiget, at man havde forlænget frem til 1. juli 2006. Men regionerne var ansvarlige for, at der blev indgået en ny aftale med virkning fra senest 1. juli 2006.

Regionerne havde anført, at en forlængelse var nødvendig af hensyn til den fortsatte patientbehandling på sygehusene. Derudover havde man iværksat udbudsproceduren 15. februar 2006, dvs. inden optionsperiodens udløb, og man kunne derfor ikke bebrejdes forsinkelsen. Klagenævnet udtalte kort, at sådanne omstændigheder ikke kunne begrunde en undtagelse efter Udbudsdirektivets artikel 31. Dermed havde de to regioner grundlæggende indgået kontrakter uden forudgående afholdelse af udbud.

[Læs kendelsen](#)

DANSKE ANSØGERE KAN GODT AFKRÆVES SERVICEATTEST

- Klagenævnets kendelse af 21. oktober 2009,
Konsortiet Rindum Skole mod Ringkøbing-Skjern
Kommune

Af advokatfuldmægtig Niels Ibsen

Krav om at vedlægge serviceattest kunne ikke anses som nationalitetsdiskrimination

Ringkøbing-Skjern Kommune iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende opførelse af et byggeri. Konsortiet Rindum Skole havde fået afslag på prækvalifikation til dette udbud og klagede herefter til klagenævnet.

Begrundelsen for afslaget var, at der ikke var vedlagt en serviceattest for alle deltagerne i konsortiet. Derfor var der ikke fremlagt dokumentation for, at ansøgeren ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene som nævnt i Udbudsdirektivets artikel 45.

Klagenævnet udtalte, at udbudsbetingelserne ikke stillede krav om, at danske ansøgere om prækvalifikation skulle fremsende en serviceattest. Det fremgik alene, at dokumentationen vedrørende udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45 for danske ansøgers vedkommende kunne ske ved en serviceattest.

Klagenævnet afviste derfor klagen, da det ikke var i strid med udbudsreglerne at forlange den pågæl-

FAKTA

På kommissionens hjemmeside findes et oversigtsdokument, der beskriver, hvorledes kravene til dokumentation efter Udbudsdirektivets artikel 45 varierer i de enkelte lande. Dette er værd at notere i sager, hvor der er udenlandske tilbudsgivere. [Oversigtsdokumentet kan findes her.](#)

dende dokumentation for alle deltagere i et konsortium. Klagenævnet bemærkede yderligere, at et krav om serviceattest for danske ansøgere (fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) ikke ville have været nationalitetsdiskriminerende.

[Læs kendelsen](#)

KONKURRENCESTYRELSEN

BRYSTPROTESER I BALLERUP SKAL FREMOVER BESKRIVES MERE PRÆCIST

- Konkurrencestyrelsens udtalelse af 1. oktober 2009, klage over Ballerup Kommunes udbud af kropsbårne hjælpemidler

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

Ballerup Kommunes udbud af ortopædiske hjælpemidler var så overordnet formuleret, at det stred mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

En forbigået tilbudsgiver havde bl.a. klaget over, at varerne ikke var tilstrækkeligt grundigt beskrevet. Produktbeskrivelsen "brystproteser" var så overordnet, at den reelt dækkede over flere hundrede forskellige produkter. Dette forhold gjorde det umuligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvordan tilbudsgiverne bedst optimerede deres tilbud. Konkurrencestyrelsen vurderede, at dette var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Konkurrenceparametre eller mindstekrav?

Herudover var det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at det var i strid med udbudsreglerne, at det ikke fremgik præcist, hvilke faktorer der var mindstekrav, og hvilke der var konkurrenceparametre. For eksempel var det angivet i udbudsmaterialet, at leveringstiden for brystproteser maksimalt måtte være en uge, hvilket var et mindstekrav. Herudover indgik leveringstiden imidlertid i underkriteriet "Produktsortiment", hvilket betød, at leveringstiden også var et konkurrenceparameter. Det er imidlertid fast praksis fra klagenævnet, at det samme forhold ikke både kan være et minimumskrav og konkurrenceparameter.

Nyt udbud

Konkurrencestyrelsen fandt også, at det udgjorde



et brud på reglerne, at udbudsmaterialet ikke var i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen om antallet af økonomiske aktører ved indgåelse af en rammeaftale. Endelig var det i strid med de udbudsretlige principper, at kommunen havde krævet oplysninger om priser på varer, som ikke var udbudt.

Konkurrencestyrelsen sluttede af med at anbefale, at der blev afholdt et nyt udbud, idet styrelsen ikke mente, at fejlene kunne rettes op inden for den igangværende udbudsproces. Herefter bad man Ballerup Kommune orientere Konkurrencestyrelsen om de ændringer, man foretog på baggrund af bemærkningerne i den vejledende udtalelse.

[Læs udtalelsen](#)

NY LOVGIVNING MV.

LOVFORSLAG OM HÅNDHÆVELSE AF UDBUDSREGLERNE SENDT I HØRING

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

Kontrolloven skal nu endeligt implementeres i Danmark, hvilket sker i lov om håndhævelse af udbudsreglerne. Det danske implementeringsforslag er vidtgående, og uanset hvordan den endelige lov kommer til at se ud, er der ingen tvivl om, at den vil få stor betydning for alle markedsaktører.

Stand-still og opsættende virkning

Klagenævnet for Udbud har i flere år haft mulighed for at tillægge en klage opsættende virkning. Siden 2007, hvor den danske stand-still-ordning blev indført, har denne adgang været suppleret af regler om automatisk opsættende virkning, hvis der blev klaget inden for stand-still-perioden.

Kontrolloven indeholder lignende regler, som

naturligvis implementeres i Danmark – selvom vi grundlæggende var forud på dette område.

Som noget nyt gælder den automatiske opsættende virkning indtil det tidspunkt, hvor klagenævnet tager endeligt stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Dette har nævnet pligt til inden for 30 dage.

Herudover kommer reglerne om stand-still også til at gælde inden for Forsyningsvirksomhedsdirektivet, der ellers hidtil har været undtaget i Danmark. Stand-still-perioden bliver 10 kalenderdage, når tildelingsbeslutningen sendes per mail, og 15 kalenderdage, når tildelingsbeslutningen sendes per brev.

Begrebet "uden virkning"

Som noget nyt vil klagenævnet i visse tilfælde kunne erklære en kontrakt for "uden virkning". Der er tale om et nyt begreb, som adskiller sig fra de kendte begreber uvirksomhed og ugyldighed. Retsstillingen kompliceres yderligere af, at en kontrakt kan erklæres delvist uden virkning og fuldstændigt uden virkning. Endelig kan klagenævnet frit bestemme, om "uden virkning" skal indtræde på tidspunktet for kontraktens indgåelse, på tidspunktet for beslutningen om "uden virkning" eller fra et tidspunkt i fremtiden.

Eftersom begrebet "uden virkning" er nyt i dansk lovgivning, bliver det interessant at se, om begrebet bliver fastlagt mere præcist under den videre behandling af lovforslaget, eller om Konkurrencestyrelsen og politikkerne i stedet vil lade det op til praksis at udfylde begrebet – med den usikkerhed det vil skabe i den mellemliggende periode.

Alternativ sanktion

Hvis en ordregivende myndighed har overtrådt udbudsreglerne, men kontrakten ikke bliver erklæret "uden virkning", skal der fastsættes en alternativ sanktion. Hvis ordregiver er en del af den offentlige



forvaltning, vil der være tale om en "økonomisk sanktion", hvorimod der vil være tale om en egentlig bøde, hvis ordregiver er en privatretlig enhed.

Uanset om der er tale om en økonomisk sanktion eller en bøde, vil ansvarsgrundlaget være objektivi. Det betyder umiddelbart, at man ikke kan undgå den alternative sanktion, selvom overtrædelsen af udbudsreglerne hverken var forsætlig eller uagtsom.

Andre ændringer

For at sikre ordregiver mod, at en kontrakt efter lang tid bliver erklæret for "uden virkning", foreslår Konkurrencestyrelsen at indføre klagefrister. Fristerne vil gælde udbud omfattet af Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

De foreslåede frister medfører bl.a., at en klage skal være indgivet senest 6 måneder efter, at ordregiver har offentliggjort, at en kontrakt er indgået. Ved klage over manglende prækvalifikation er klagefristen 30 dage efter underretningen.

Med det nye regelsæt er det også meningen, at klagenævnet skal fungere som første instans. Det fremgår således at lovforslagets § 5, stk. 1, at klager inden for stand-still-perioden ikke kan indbringes for domstolene. Efter udløb af stand-still-perioden vil man kunne anlægge sag direkte ved domstolene. Men da dette ikke vil have opsættende virkning – eller i hvert fald ikke automatisk - vil der være et væsentligt incitament til at anvende klagenævnet som første instans.



KONTAKT



Erik Bertelsen
E-mail: erb@kromannreumert.com
Tlf: 38 77 43 11



Jens Munk Plum
E-mail: jmp@kromannreumert.com
Tlf: 38 77 44 11



Jeppe Lefevre Olsen
E-mail: jol@kromannreumert.com
Tlf: 38 77 43 08

Kromann Reumerts udbudsgruppe er ansvarlig for nyhedsbrevet og ledes af partnerne Jens Munk Plum og Erik Bertelsen.

Henvendelse om nyhedsbrevet kan ske til redaktør Jeppe Lefevre Olsen på jol@kromannreumert.com eller ved at kontakte udbudsgruppen på:
Tlf.: 70 12 12 11

MILJØRET OG OFFENTLIG RET

Kromann Reumert har etableret en særlig forretningsgruppe for miljøret og offentlig ret. Du kan læse mere om forretningsgruppen på vores hjemmeside www.kromannreumert.com, hvor du også kan tilmelde dig flere nyhedsbreve.

København

Kromann Reumert
Sundkrogsgade 5
DK-2100 København
Danmark

Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 13 11
E-mail: cph@kromannreumert.com

Århus

Kromann Reumert
Rådhuspladsen 3
DK-8000 Århus C
Danmark

Tlf.: 70 12 12 11
Fax: 70 12 14 11
E-mail: arh@kromannreumert.com

LÆS OM CSR- OG MILJØHENSYN I UDBUD

Kromann Reumert har netop offentliggjort to artikler om inddragelse af CSR- og miljøhensyn i udbudsforretninger.

Læs dem på: www.kromannreumert.com/nyheder

Dette nyhedsbrev kan ikke erstatte juridisk rådgivning. Kromann Reumert påtager sig intet ansvar for skader eller tab, der direkte eller indirekte kan afledes af brugen af nyhedsbrevet. Dette gælder, hvad enten skaden eller tabet er forårsaget af fejlagtig information i nyhedsbrevet eller af øvrige forhold, der relaterer sig til nyhedsbrevet.

**KROMANN
REUMERT**