

DOMMANN

REU



KLAGENÆVNET FOR UDBUD

ORDREGIVER KUNNE TILBAGEKALDE TILDELINGSBESLUTNING UDEN AT ANNULLERE UDBUD

- KLFU 10. marts 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet

Af advokat Malene Lystoft Zabel

Undervisningsministeriet skulle have afvist to af de vindende tilbudsgivers tilbud, da de var ukonditionsmæssige. Men ministeriet havde ikke overtrådt udbudsreglerne ved at tilbagekalde den første tildelingsbeslutning uden samtidig at annullere udbuddet.

Sagens baggrund

Den 12. september 2008 udbød Undervisningsministeriet driften af de syv regionale vejledningscentre, som yder rådgivning til studerende.

Kontrakterne vedrørte såkaldte bilag IIB-tjenesteydelser, og kontrakterne var derfor alene omfattet af visse af reglerne i Udbudsdirektivet.

Det fremgik af den offentliggjorte annonce, at Undervisningsministeriet ville prækvalificere op til tre tilbudsgivere på hver af de udbudte kontrakter.



Manova A/S og Schultz Information A/S anmodede om prækvalifikation for alle syv kontrakter og blev også prækvalificeret til at afgive tilbud på disse. Syddansk Universitet blev prækvalificeret til at afgive tilbud på driften af "Studievalg Fyn", og Københavns Universitet blev prækvalificeret til at afgive tilbud på driften af "Studievalg København".

Det fremgik af udbudsmaterialet, at en ansøger om prækvalifikation skulle fremlægge ansøgerens seneste balance. Hverken Syddansk Universitet eller Københavns Universitet vedlagde deres seneste balance til deres ansøgninger. Begge universiteter eftersendte balancerne efter at have modtaget en anmodning fra Undervisningsministeriet.

Den 4. november 2008 blev de prækvalificerede virksomheder bedt om at afgive et foreløbigt tilbud. Schultz Information undlod at afgive et tilbud, da de havde besluttet i stedet at blive underleverandør til Manova.

Den 23. marts 2009 meddelte Undervisningsministeriet, hvem der havde fået tildelt kontrakterne. Københavns Universitet var blevet tildelt kontrakten om Studievalg København, og Syddansk Universitet var blevet tildelt kontrakten om drift af Studievalg Fyn. Manova blev ikke tildelt nogen kontrakter.

Klage til Konkurrencestyrelsen

Manova valgte den 1. april 2009 at indgive klage til Konkurrencestyrelsen. Manova mente, at Undervisningsministeriet havde begået fejl ved evalueringen af tilbuddene.

Den 2. april 2009 meddelte Undervisningsministeriet til alle tilbudsgiverne, at der efter drøftelser med Konkurrencestyrelsen "var identificeret et muligt problem". Undervisningsministeriet havde derfor besluttet at genoptage tilbudsvurderingen i sin helhed.

Den nye evaluering

Undervisningsministeriet gennemførte herefter en ny evaluering af tilbuddene og besluttede endnu en gang at tildele kontrakten om drift af Studievalg København til Københavns Universitet og kontrakten om drift af Studievalg Fyn til Syddansk Universitet. Manova A/S blev igen ikke tildelt nogen kontrakter.

Klage til klagenævnet - prækvalifikationen

Den 7. maj 2009 bad Manova om aktindsigt, og indgav herefter klage til klagenævnet for Udbud over, at Undervisningsministeriet ikke havde afvist ansøgningerne om prækvalifikation fra henholdsvis Københavns Universitet og Syddansk Universitet, idet universiteterne ikke havde fremsendt deres seneste balance.

Klagenævnet udtalte, at Undervisningsministeriet derved havde handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Klagenævnet annullerede derfor Undervisningsministeriets beslutning om at indgå kontrakt med henholdsvis Københavns Universitet og Syddansk Universitet.

Klage over tilbagekaldelse af den første tildelingsbeslutning

Manova fik derimod ikke medhold i, at Undervisningsministeriet havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at tilbagekalde de første tildelingsbeslutninger samt tildele kontrakterne på ny uden samtidigt at annullere udbuddet.

Klagenævnet fremhævede,

- at den nye evaluering ikke førte til en ændring af resultatet
- at alle tilbudsgiverne var orienteret om forløbet, samt
- at årsagen til tilbagekaldelsen og den nye evaluering var drøftelser med Konkurrencestyrelsen.



Klagenævnets kendelse i denne sag kan ikke umiddelbart forenes med klagenævnets kendelser i sagerne Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden og Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen, som er omtalt i [Nyhedsbrev 10/2009](#) og [Nyhedsbrev 11/2009](#). Med afsigelsen af kendelsen i nærværende sag har klagenævnet anerkendt, at en ordregiver i visse situationer er berettiget til at omgøre sin tildelingsbeslutning. Det er dog endnu ikke muligt at opstille klare betingelser herfor.

Kromann Reumerts Udbudsgruppe repræsenterede Manova under klagesagen.

[Læs kendelsen](#)

HVIDOVRE KOMMUNES BESLUTNING OM AT TILDELE KONTRAKT TIL EKSISTERENDE LEVERANDØR ANNULERET

- KLFU af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune

Af advokatfuldmægtig Aida Radmilovic

En kommune havde groft tilsidesat sine forpligtelser efter EU-retten og tilbudslovens § 15d, stk. 1, til at sikre en objektiv og ikke-diskriminerende bedømmelse ved tildeling af kontrakt til eksisterende udbydere i danskundervisning af voksne udlændinge.

Faktum i sagen

En kommune iværksatte indhentning af tilbud efter tilbudslovens afsnit 2 på danskundervisning af voksne udlændinge. Der var tale om bilag II B-tjenesteydelser i form af omvendt licitation, hvor tilbudsgiverne konkurrerede på kvalitative underkriterier, idet prisen var fastsat på forhånd. Der indkom tilbud fra fire tilbudsgivere: AOF Sprogcenter Vestegnen, Clavis sprog & kompetence, Dansk Flygtningehjælp

og Vestegnens Sprog- og Kompetencecenter.

Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" på grundlag af følgende underkriterier:

1. Geografisk beliggenhed og offentlig befordring
2. Undervisningskvalitet
3. Opfølgning
4. Undervisningsform
5. Indplacering og evaluering

Det første underkriterium gik ud på, at det skulle fremgå af tilbuddene, om transporttiden fra en nærmere angiven station til undervisningsstedet oversteg 30 minutter. AOF Sprogcenter Vestegnen, der i forvejen udførte den udbudte undervisning for Hvidovre Kommune og i undervisningslokaler lejet af kommunen, fik det højeste samlede pointtal. Der blev derfor på ny indgået kontrakt med AOF Sprogcenter Vestegnen. Derimod fik Dansk Flygtningehjælp et point mindre end AOF Sprogcenter Vestegnen, eftersom det var usikkert, om Dansk Flygtningehjælp kunne overtage AOF Sprogcenter Vestegnens undervisningslokaler. Såfremt dette point ikke var blevet fratrukket, havde Dansk Flygtningehjælp fået det højeste samlede pointtal og på den baggrund fået tildelt kontrakten.

Klagen

Dansk Flygtningehjælp indgav klage til klagenævnet for Udbud. Der blev klaget over, at Hvidovre Kommune havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudsloven § 15 d, stk. 1, om pligt til udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Det var ovennævnte underkriterium vedrørende geografisk beliggenhed og befordring, der gav anledning til påstanden om, at tilbudslovens § 15 d, stk. 1, var overtrådt. Dansk Flygtningehjælp var af



den opfattelse, at et sådant underkriterium ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud - dels fordi Hvidovre Kommune ved tildeling af points til tilbudsgiver AOF Sprogcenter Vestegnen gav denne en utilbørlig fordel, dels fordi tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden i stedet for i forhold til de fastsatte underkriterier. Ved tildeling af points lagde Hvidovre Kommune vægt på, at det var usikkert, om Dansk Flygtningehjælp kunne overtage undervisningslokalerne fra AOF Sprogcenter Vestegnen, som fik fuld pointscore.

Klagenævnets vurdering og afgørelse

Klagen over, at Hvidovre Kommune ved tilbudsvurderingen havde givet AOF Sprogcenter Vestegnens tilbud et højere pointtal end Dansk Flygtningehjælps for det første underkriterium, blev afvist med den begrundelse, at klagenævnet ikke erstatter en ordregivers skøn med sit eget.

Med underkriteriet om geografisk beliggenhed og befordring havde Hvidovre Kommune ønsket at sikre, at det var nemt for de ikke selvforsørgende udlændinge, der boede i kommunen, at komme til undervisningen. Klagenævnet fastslog, at et underkriterium om geografisk beliggenhed og befordring ikke i sig selv kunne anses som usagligt. Klagenævnet vurderede alligevel, at underkriteriet i pågældende tilfælde kunne virke diskriminerende i forhold til tilbudsgivere, som ikke i forvejen havde undervisningslokaler i kommunen. Underkriteriet indebar nemlig en utilbørlig konkurrencefordel for den eksisterende leverandør, AOF Sprogcenter Vestegnen, som i forvejen rådede over lokaler i kommunen, og som på det grundlag fik det højeste pointtal.

Det fremgik endvidere af udbudsbetingelserne, at vurdering af tilbuddene ville ske ved sammenligning. Dette var tilfældet for vurdering af første underkriterium, hvor en lille tidsforskel i befordringen fik stor

betydning for pointafgivelsen. En sådan sammenligning, frem for en vurdering af graden af opfyldelse af et kvalitativt underkriterium, kan føre til en skævvridning af vurderingen. Klagenævnet fastslog, at Hvidovre Kommune ikke havde godtgjort, at vurderingen af de øvrige underkriterier ikke blev foretaget ved en indbyrdes sammenligning, og at dette ikke førte til en skævvridning.

Klagenævnet annullerede Hvidovre Kommunes beslutning om at indgå kontrakt med tilbudsgiveren AOF Sprogcenter Vestegnen, fordi Hvidovre Kommune fandtes at have tilsidesat sine forpligtelser til at sikre en objektiv og ikke-diskriminerende bedømmelse af tilbuddene.

[Læs kendelsen](#)

SONDRING MELLEM MIDLERTIDIG OG ENDELIG TILDELING

- KLFU af 5. marts 2010, Gorm Hansen og Søn A/S mod Ejendomsselskabet af 01.11.1979 ApS og Greve Kommune

Af Advokatfuldmægtig Aida Radmilovic

Ejendomsselskabet af 01.11.1979 ApS og Greve Kommune havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved ikke at afvise ukonditionsmæssigt tilbud fra Møller & Co A/S. Dette førte til annullation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnet sondrede i sagen imellem midlertidig og endelig tildeling.

Om forløbet

Ejendomsselskabet af 01.11.1979 ApS og Greve Kommune iværksatte i juli 2009 en begrænset licitation efter tilbudslovens afsnit 1 vedrørende bygge-modning af bebyggelsen Tværhøjgård i Greve. Der



indkom tilbud fra fem udpegede virksomheder, hvorefter de to udbydere besluttede at indgå kontrakt med Møller og Co A/S, hvis tilbud havde laveste pris.

De fire andre tilbudsgivere fik besked om tildelingsbeslutningen pr. brev den 24. september 2009. Den 13. november 2009 indgik Ejendomsselskabet af 01.11.1979 ApS og Greve Kommune aftalen med den valgte tilbudsgiver. De andre tilbudsgivere blev også underrettet herom pr. brev den 13. november 2009.

I oktober 2009 klagede en af de fravalgte tilbudsgivere, Gorm Hansen og Søn A/S, til Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

Klagen fra Gorm Hansen og Søn A/S angik overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2. Overtrædelsen var sket, ved at udbyderne havde taget et tilbud i betragtning, selvom det var ukonditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte visse mindstekrav i licitationsbetingelserne. Klagenævnet gav Gorm Hansen og Søn A/S medhold, eftersom tilbuddet fra Møller og Co A/S fandtes ukonditionsmæssigt. Tilbudsprisen for vejstrækningerne var ikke beregnet efter de formler, der var anført i rettelsesbladet og indeholdt heller ikke specifikke enhedspriser for levering af råjord og bundsikringsgrus, som påkrævet. På den baggrund kom klagenævnet frem til, at tilbuddet skulle have været afvist. Beslutningen om at tildele kontrakten til Møller og Co A/S blev derfor annulleret.

Tildelingskriteriet

Gorm Hansen og Søn A/S gjorde i øvrigt gældende, at tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordel-

agtige tilbud", hvorimod tildelingskriteriet efter udbydernes opfattelse var "laveste pris". Klagenævnet slog fast, at tildelingskriteriet var "laveste pris", og henviste i den forbindelse til, at der ikke var fastsat underkriterier. Endvidere fremgik det af licitationsbetingelserne, at den endelige planlægning skulle aftales nærmere med lavestbydende. På denne baggrund afviste klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt tilbudslovens § 15. Efter bestemmelsen kan udbyderen indlede forhandlinger i tilfælde, hvor tildelingskriteriet er "det økonomisk mest fordelagtige tilbud"; men de tilbudsgivere, der ikke indbydes til forhandling, skal underrettes med begrundelse herom.

Sondring mellem midlertidig og endelig tildeling

Gorm Hansen og Søn A/S gjorde endvidere gældende, at udbyderne havde overtrådt tilbudslovens § 14, fordi udbydernes brev af 24. september 2009 først blev modtaget den 28. september 2009. Efter lovens § 14 skal udbyderen hurtigst muligt underrette tilbudsgiverne om, hvilken beslutning der er truffet med hensyn til ordretildelingen. Dette klagepunkt blev ikke taget til følge med henvisning til, at den endelige tildelingsbeslutning måtte anses for at være truffet den 13. november 2009. Klagenævnet sonderer dermed tilsyneladende mellem midlertidig og endelig tildeling. På dette punkt minder sagen om klagenævnets kendelse af 10. juli 2009, NCC Construction Danmark A/S mod Billund Kommune, hvor klagenævnet på tilsvarende vis konstaterede, at udbudsproceduren endnu ikke var afsluttet, idet udbyder ikke havde truffet endelig beslutning om tildeling af kontrakten, på trods af at tilbudsgiveren var valgt.

Spørgsmålet er blot, om en sådan vurdering giver mening? For hvis der først er tale om en endelig tildeling på et tidspunkt, efter tildeling er meddelt –



hvornår skal stand still-perioden så regnes fra?

[Læs kendelsen](#)

RÅDGIVERINHABILITET, DA DER VAR PERSONSAMMENFALD MED TILBUDSGIVER

- KLFU af 24. marts 2010, Almenbo a.m.b.a. mod
Den selvejende almene boligorganisation Boligorga-
nisationen Nygårdsparken

Af Advokatfuldmægtig Sussi Gardum Andersen

*Klagenævnet var enig i, at der forelå rådgiverinhabi-
litet, da rådgiverens bestyrelsesformand ligeledes var
direktør hos tilbudsgiver. Tilbudsgiver havde fået en
konkurrencemæssig fordel som følge af personsam-
menfaldet.*

Udbuddet

Boligorganisationen Nygårdsparken udbød i maj
2009 en opgave vedrørende administrationen af 505
lejemål. Seks virksomheder blev prækvalificeret, og
de valgte alle at afgive tilbud på opgaven. Tildelings-
kriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud,
hvilket skulle vurderes ud fra underkriterierne "pris"
(50-60 %), "serviceniveau" (30-40 %) og "kvalitets-
sikring" (10 %). Almenbo a.m.b.a. var blandt de seks
virksomheder, der afgav tilbud på opgaven. Men
Almenbo vandt ikke udbuddet, hvilket medførte en
klage til klagenævnet for Udbud. Udbuddet endte
med at tilfalde en anden tilbudsgiver, nemlig Domea
s.m.b.a.

Sagens forløb

Boligorganisationen Nygårdsparken og Almenbo
havde tidligere haft en administrationsaftale, men
aftalen ophørte ved udgangen af 2008. I den

mellemliggende periode indtil tildeling af administra-
tionsaftalen efter udbud varetog Foreningen Lejerbo
administrationen i henhold til en ny administrations-
aftale; men klagenævnet konstaterede i efteråret
2009, at denne aftale var i strid med tilbudsloven.

Inhabilitet?

Almenbo klagede over, at Boligorganisationen
Nygårdsparken i forbindelse med udbuddet havde
tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet bestyrel-
sesformanden i det rådgiverfirma, der havde bistået
Nygårdsparken, også var direktør hos Lejerbo, som
afgav tilbud på administrationsopgaven. Boligorga-
nisationen Nygårdsparken bestred dette, da Lejerbo
ikke havde haft indflydelse på tilrettelæggelsen af
udbuddet uanset personsammenfaldet.

Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet udtalte, at Boligorganisationen
Nygårdsparken havde handlet i strid med ligebe-
handlingsprincippet og forskelsbehandlet tilbuds-
giverne på grund af personsammenfaldet mellem
boligorganisationens rådgiver og den prækvalifice-
rede tilbudsgiver Lejerbo. Klagenævnet understre-
gede, at det er den ordregivende myndighed, der
har bevisbyrden for, at et personsammenfald ikke
medfører en konkurrencefordel for den pågældende
tilbudsgiver. Nygårdsparken havde i sagen ikke løftet
denne bevisbyrde. Kendelsen er i tråd med tidligere
kendelser fra klagenævnet.

Rådgiverinhabiliteten i sagen havde dog ikke nogen
konkret betydning for tildelingsbeslutningen, som
derfor blev opretholdt.

[Læs kendelsen](#)

KLAGENÆVNET HAVDE IKKE HJEMMEL TIL AT OPHÆVE

- KLFU af 25. marts 2010. Visma Services Odense A/S
mod Hillerød Kommune

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

I en sag mellem Visma Services og Hillerød Kommune var der blandt andet nedlagt påstand om ophævelse af en indgået kontrakt. Klagenævnet fandt, at nævnet ikke havde hjemmel til at ophæve en kontrakt.

Udbud med forhandling

Hillerød Kommune havde indgået en kontrakt med KMD A/S om at varetage løn- og personaleadministration og hertil knyttede ydelser. Kontrakten var blevet indgået, efter at Hillerød Kommune havde gennemført et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter artikel 31, stk. 1, litra b. Det første spørgsmål i sagen var, om dette havde været retmæssigt.

Var der andre mulige leverandører?

Hvis man ønsker at gå frem efter Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, er det efter bestemmelsen et krav, at der ikke er andre leverandører, der kan levere den pågældende ydelse.

Hillerød Kommune anførte, at det kun var KMD, der kunne levere den løbende løn- og personaleadministration, fordi kommunen anvendte en bestemt IT-plattform og ønskede en bestemt portal. Klagenævnet fandt imidlertid, at andre leverandører kunne have leveret en lignende portalløsning, og dermed var den nævnte betingelse ikke opfyldt. Aftalen skulle dermed have været udbudt efter Udbudsdirektivets artikel 28.

Ophævelse af kontrakten?

Der var nedlagt påstand om, at klagenævnet skulle

ophæve kontrakten mellem kommunen og KMD. I denne forbindelse var der blandt andet henvist til en dom fra EU-domstolen (C-507/04), Sectra-afgørelsen fra Østre Landsret samt to byretsafgørelser fra henholdsvis Herning og Holstebro.

Klagenævnet udtalte kort, at der ikke var hjemmel i Lov om klagenævnet for Udbud til at bringe en kontrakt til ophør. Loven tillagde heller ikke Klagenævnet kompetence til at konstatere, om der efter den almindelige EU-ret var en pligt til at ophæve kontrakten.

Alt tyder således på, at klagere må vente tålmodigt på implementeringen af kontroldirektivet, der giver klagenævnet kompetence til at erklære en indgået kontrakt for uden virkning.

[Læs kendelsen](#)

INTET PROBLEM AT TILBUDSGIVER HAVDE STÅET FOR LØBENDE VEDLIGEHOLDELSE FØR LICITATION

- KLFU af 26. marts 2010, Einar Kornerup Jylland A/S
mod Ejerforeningen Parkvænget

Af Advokatfuldmægtig Sussi Gardum Andersen

Tilbud på facaderenovering kunne godt tages i betragtning, selvom tilbudsgiver havde afgivet overslag på arbejdet før licitationen og desuden havde stået for en del af den løbende vedligeholdelse af ejendommen.

Sagens baggrund

Ejerforeningen Parkvænget iværksatte en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende facaderenovering. Einar Kornerup Jylland A/S og PN Erhvervsbyg A/S havde det højeste og næsthøjeste samlede pointtal i udbuddet. Begge oversteg dog ejerfor-



eningens budgetramme. Ejerforeningen anmodede derfor begge om at oplyse, hvorledes tilbudsprisen ville blive reduceret som følge af en række ændringer til projektet. Ejerforeningen valgte herefter at indgå kontrakt med PN Erhvervsbyg.

Var tilbudsgiver inhabil?

Einar Konerup Jylland klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og nedlagde påstand om, at PN Erhvervsbyg var inhabil, da firmaet tidligere havde stået for vedligeholdelsen af ejerforeningens ejendom og derfor havde opnået en konkurrence-mæssig fordel i forhold til de andre tilbudsgivere. Dette bestred ejerforeningen, da alle tilbudsgivere havde modtaget enslydende materiale og derved havde haft lige mulighed for at afgive tilbud. Klagenævnet var enig i ejerforeningens betragtninger, og påstanden blev derfor afvist.

..men alligevel annulation.

Einar Konerup Jylland gjorde også gældende, at ejerforeningen havde opfordret de to tilbudsgivere til forhandling uden at tilkendegive proceduren for forhandlingen, som det ellers følger af tilbudsloven. Derved havde ejerforeningen handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Ejerforeningen bestred dette, da de ikke mente, at der havde været tale om en forhandling. Klagenævnet anså imidlertid ejerforeningens henvendelse til Einar Konerup Jylland og PN Erhvervsbyg som en indledning til forhandling, og derfor burde ejerforeningen have tilkendegivet proceduren. Resultatet blev derfor alligevel, at klagenævnet annullerede beslutningen om at tildele kontrakten til PN Erhvervsbyg.

[Læs kendelsen](#)

KONKURRENCESTYRELSEN

FORMIDLING AF KØB AF ELEKTRICITET

- Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 5. marts 2010, "Formidling af køb af elektricitet"

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

Konkurrencestyrelsen har afgivet en vejledende udtalelse, hvorefter formidling af køb af elektricitet til en fast pris i en længere periode er undtaget fra udbudsreglerne.

Sagens baggrund

Get Through Power ApS drev et webauktionshus, som på vegne af ordregivende myndigheder gennemførte indkøb af elektricitet på børsen Nordpool. Elektriciteten blev indkøbt til en fast pris for en fastlagt periode på eksempelvis et eller to år. Spørgsmålet var, om en aftale mellem Get Through Power ApS og en offentlig myndighed var omfattet af undtagelsen i Udbudsdirektivets artikel 16, litra d, hvorefter finansielle tjenesteydelser om blandt andet køb af værdipapirer og finansielle instrumenter er undtaget.

Henvendelse til Kommissionen

Konkurrencestyrelsen var i tvivl om, hvordan ydelsen skulle klassificeres, og derfor blev Kommissionen kontaktet. Kommissionen udtalte, at ydelsen bestod i fremtidig levering af elektricitet til en fast pris. Dette var i realiteten en future, der defineres som en aftale om køb eller salg af en ydelse (f.eks. aktier eller råvarer) til en fastsat kurs på et fastsat fremtidigt tidspunkt. En sådan future på elektricitet, der også kan betegnes et råvarederivat, var ifølge Kommissionen et værdipapir. Formidlingsydelsen, som Get Through Power leverede, var dermed formidling af værdipapirer i artikel 16, litra d's forstand.



Konklusion

Konkurrencestyrelsen konkluderede på baggrund af Kommissionens udtalelse, at en formidlingsaftale som den pågældende efter styrelsens vurdering ville være undtaget efter Udbudsdirektivets artikel 16, litra d. Det er imidlertid væsentligt at være opmærksom på, at sagen kun drejede sig om formidlingsaftalen. Selve indkøbet af elektricitet er indkøb af en vare, som vil være udbudspligtigt på normal vis.

[Læs udtalelsen](#)

LIGEBEHANDLING AF TILBUDSGIVERE FRA NÆR OG FJERN...

- Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 1. marts 2010, "Region Syddanmarks udbud af totalrådgivningsaftale"

Af advokatfuldmægtig Nina Petri

Region Syddanmark havde ikke handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at stille krav om, at udgifterne til tilbudsgivernes rejseaktiviteter skulle indgå i den faste pris.

Ordregivers fastsættelse af udbudsbetingelser

Den vejledende udtalelse omhandler en konkret sag, hvor Konkurrencestyrelsen havde modtaget en klage over Region Syddanmarks udbud af en totalrådgivningsaftale i forbindelse med opførelsen af en tilbygning til Center for Rehabilitering og Specialrådgivning i Odense.

Klagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver handler i strid med ligebehandlingsprincippet ved at lade tilbudsgiverne konkurrere på en fast pris, hvori honorar for transporttid og transportudgifter skal være indeholdt.

Til støtte for klagen blev det gjort gældende, at tilbudsgiverne ved et EU-udbud kan komme fra et større geografisk område, og at en opgave som den udbudte erfaringsmæssigt vil medføre stor rejseaktivitet i forbindelse med møder mellem byggeriets parter. Det forhold, at transportomkostningerne ikke blev godtgjort, indebar et udbudsretligt problem, eftersom udbudsbetingelserne derved favoriserede tilbudsgivere, som var placeret geografisk tæt på ordregiver.

Regionen gjorde til støtte for sin sag gældende, at man ud over udbudsreglerne også som regional myndighed var underlagt en pligt til forsvarlig økonomisk forvaltning. Med udbuddet ønskede regionen et så funktionelt byggeri som muligt til den lavest mulige pris. Det var uden betydning for regionen, om de enkelte tilbudsgiveres søgte opgaven løst fra et lokalt kontor eller et andet fjernereliggende sted.

Tilbudsgivers sammensætning af tilbudsprisen

Konkurrencestyrelsen udtalte, at i udbud, hvor tildelingskriteriet er "laveste pris", er sammensætningen af tilbuddet, herunder tilbudsgivers omkostninger ved at udføre opgaven, ordregiver uvedkommende. Det relevante for ordregiver er den samlede tilbudspris.

I den konkrete sag ville det modsatte synspunkt føre til, at en tilbudsgiver kunne sammensætte sit tilbud på en måde, hvor der blev givet en lav pris for selve opgaven, og en tilsvarende højere tillægspris for rejseaktiviteter, hvilket kunne afskære ordregiver fra at identificere den laveste pris.

Det var Konkurrencestyrelsens vurdering, at regionen ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, til trods for at det ikke kunne udelukkes, at tilbudsgivere, som er beliggende tæt på ordregiver, vil have færre transportomkostninger end de tilbudsgiv-

vere, som er beliggende længere væk fra ordregiver.

FAKTA

Konkurrencestyrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse i en konkret sag om udbud; men styrelsen behandler konkrete sager for at rette op på fejl, der måtte være begået under et udbud, eller for at yde rådgivning til ordregivende myndigheder med det formål at minimere risikoen for klagesager.

[Læs udtalelsen](#)

EF-DOMSTOLEN

HVAD FORSTÅS VED EN "BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKT"?

- Domstolens dom af 25. marts 2010 i Sag C-451/08

Af advokat Jacob Fenger

EU-dom indeholder flere væsentlige fortolkninger af Udbudsdirektivets definition af en bygge- og anlægskontrakt og betragtninger omkring begrebet "skræddersyet lejemål"

Sagens baggrund

En tysk forvaltningsmyndighed ejede et større grundstykke, der tidligere havde været anvendt til kaserne, og som man nu ønskede at sælge. Arealet blev udbudt til salg og solgt til den højstbydende, private investor.

Sideløbende hermed besluttede byrådet i den kommune, hvor kasernen lå, at undersøge mulighederne for at udvikle området til civile boligformål.

Kommunen overvejede i den forbindelse at indgå aftale med køberen af kasernearealet om at give køberen eneret og pligt til at bebygge kasernearealet i overensstemmelse med kommunens byplan for området.

En af de forbigåede tilbudsgivere på salget af kasernearealet gjorde gældende, at salget skulle have været udbudt som en bygge- og anlægskontrakt efter Udbudsdirektivet, og indbragte sagen for et tysk klagenævn, der ikke tog sagen til følge.

EU-domstolens betragtninger

Klageren indbragte herefter sagen for en tysk domstol, der var i tvivl om, hvorvidt det forhold, at køberen af kaserneområdet formentligt ville få eneret til at bebygge området inden for en ikke alt for fjern fremtid, indebar, at der var tale om et bygge- og anlægsarbejde, der skulle udbydes efter Udbudsdirektivet. Den tyske domstol forelagde derfor en række spørgsmål for EU-domstolen for at få afdækket dette forhold.

Alle de forelagte spørgsmål skal ikke gentages her, men af domstolens besvarelser kan der udledes følgende overordnede konklusioner:

1. EU-domstolen fastslår – hvad der er almindeligt kendt – at en offentlig myndigheds salg af en grund med eller uden bygninger ikke udgør en bygge- og anlægskontrakt med deraf følgende udbudspligt efter Udbudsdirektivet.
2. Udbudsdirektivets definition af en "bygge- og anlægskontrakt" kræver ikke, at der de facto udføres et bygge- og anlægsarbejde. Det afgørende er, at der foreligger en gensidig bebyrdende kontrakt, der giver den ordregivende myndighed en økonomisk fordel. I sagen fandt EU-domstolen ikke, at køberens (forventede) pligt til at sørge for opfyldelse af kommunens planmæssige inte-

resser, ville udgøre en sådan økonomisk fordel.

3. Udbudsdirektivets definition af en "bygge- og anlægskontrakt" indebærer, at den ordregivende myndighed skal være indirekte eller direkte forpligtet til at gennemføre de arbejder, der er omfattet af kontrakten, og at denne forpligtelse er retligt bindende i det pågældende land. En offentlig myndigheds hensigtserklæringer mv. om at gennemføre bygge- og anlægsarbejder aktualiserer således ikke udbudspligten.
4. Udbudsdirektivets forholdsvis vide definition af en bygge- og anlægskontrakt indebærer bl.a., at en lejekontrakt mellem en offentlig myndighed og en privat bygherre kan udgøre en udbudspligtig bygge- og anlægskontrakt, hvis lejemålet er "skræddersyet" til den offentlige myndigheds behov, og hvis tærskelværdien i øvrigt er overskredet. Det forhold, at den tyske myndighed i sagen undersøgte muligheden for at gennemføre forskellige byggeprojekter på det gamle kaserneareal, kunne dog ikke sidestilles hermed. Dette forhold fandt EU-domstolen således ikke for omfattet af Udbudsdirektivet.

Har sagen betydning for danske forhold?

Sagens betydning for danske forhold er vanskelig at fastlægge, idet sagen udspringer af særlige tyske regler og forhold.

EU-domstolen fremkommer dog med flere væsentlige fortolkninger af Udbudsdirektivets definition af en bygge- og anlægskontrakt, der også vil være relevante for danske myndigheders udbud af bygge- og anlægsarbejder. Sagen ændrer endvidere ikke på den praksis, der er i dag omkring de såkaldte "skræddersyede lejemål".

[Læs dommen](#)

NYT FRA REGLERNES VERDEN

KONTROLLOVEN ER VEDTAGET

Af advokatfuldmægtig Tobias Hjelm Andersen

Et enstemmigt Folketing har netop vedtaget Kontrolloven

Bedre muligheder for at klage

Med den nye lov udvides stand still-perioden fra 10 til 15 kalenderdage, når de berørte underrettes pr. brev. Klager indbragt i denne periode får automatisk opsættende virkning, og klagenævnet har herefter 30 dage til at vurdere, om klage skal tillægges yderligere opsættende virkning. Samtidig indføres absolutte klagefrister, således at klager over prækvalifikation skal være indgivet indenfor 30 dage, mens andre klager skal være indgivet indenfor seks måneder.

Skærpede sanktioner

Klagenævnet får mulighed for at erklære en kontrakt for uden virkning. Det betyder ifølge ministeriets pressemeddelelse, at kontrakten skal bringes til ophør indenfor en nærmere angivet frist. Herudover får klagenævnet kompetence til at pålægge ordregivere økonomiske sanktioner. Denne mulighed vil kunne anvendes som alternativ, hvis en kontrakt for eksempel ikke kan erklæres for uden virkning af hensyn til almenhedens interesser.



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



Jacob Fenger
E-mail: jaf@kromannreumert.com
Tlf: 38 77 44 43

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

Henvendelse om nyhedsbrevet kan ske til redaktør Jacob Fenger på jaf@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

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**