

UDBUDSLOVEN



Steen Treumer (red.)

UDBUDSLOVEN

Claus Berg, Erik Bertelsen, Tina Braad, Jens Bødtscher-Hansen, Daniel Batistotti Cesar, Andreas Christensen, Jesper Fabricius, Morten Qvist Fog, Agnete Gersing, Carina Risvig Hamer, Rasmus Holm Hansen, Lotte Hummelshøj, Torkil Hog, Andreas Estrup Ippolito, Peter Dann Jørgensen, Morten Kroon, Thomas Larsen, Anders Birkelund Nielsen, Rasmus Horskjær Nielsen, Ruth Nielsen, René Offeren, Jeppe Lefevre Olsen, Anja Piening, Jens Munk Plum, Sune Troels Poulsen, Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, H.P. Rosenmeier, Signe Schmidt, Michael Steinicke, Martin Stæhr, Kirsten Thorup, Steen Treumer, Christina D. Tværnø og Grith Skovgaard Ølykke



ExTuto

Steen Treumer (red.)

Udbudsloven

Claus Berg
Erik Bertelsen
Tina Braad
Jens Bødtcher-Hansen
Daniel Batistoti Cesar
Andreas Christensen
Jesper Fabricius
Morten Qvist Fog
Agnete Gersing
Carina Risvig Hamer
Rasmus Holm Hansen
Lotte Hummelshøj
Torkil Høg
Andreas Estrup Ippolito
Peter Dann Jørgensen
Morten Kroon
Thomas Larsen
Anders Birkelund Nielsen
Rasmus Horskjær Nielsen
Ruth Nielsen
René Offersen
Jeppe Lefevre Olsen
Anja Piening
Jens Munk Plum
Sune Troels Poulsen
Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel
H.P. Rosenmeier
Signe Schmidt
Michael Steinicke
Martin Stæhr
Kirsten Thorup
Steen Treumer
Christina D. Tvarnø
Grith Skovgaard Ølykke

Ex Tuto
Publishing
www.extuto.com

Steen Treumer (red.), Claus Berg, Erik Bertelsen, Tina Braad, Jens Bødtcher-Hansen, Daniel Batistoti Cesar, Andreas Christensen, Jesper Fabricius, Morten Qvist Fog, Agnete Gersing, Carina Risvig Hamer, Rasmus Holm Hansen, Lotte Hummelshøj, Torkil Høg, Andreas Estrup Ippolito, Peter Dann Jørgensen, Morten Kroon, Thomas Larsen, Anders Birkelund Nielsen, Rasmus Horskjær Nielsen, Ruth Nielsen, René Offersen, Jeppe Lefevre Olsen, Anja Piening, Jens Munk Plum, Sune Troels Poulsen, Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, H.P. Rosenmeier, Signe Schmidt, Michael Steinicke, Martin Stæhr, Kirsten Thorup, Christina D. Tvarnø og Grith Skovgaard Ølykke

Udbudsloven

1. udgave, 1. oplag

Ex Tuto Publishing A/S, København, januar 2016

Layout og sats: MERE.INFO A/S, København

Tryk: Narayana Press, Gylling

Printed in Denmark 2016

ISBN 978-87-92598-41-7

© 2016 forfatterne og redaktøren

Indholdsoversigt

Indholdsfortegnelse	9
Forord	21
DEL I – INDLEDENDE KAPITLER	23
1. Udbudsloven – ud af boksen og ind i gråzonen?	25
<i>Professor, ph.d. Steen Treumer, Københavns Universitet</i>	
2. Bedre rammer for offentlig konkurrence	47
<i>Departementschef Agnete Gersing, Uddannelses- og Forskningsministeriet & kontorchef Signe Schmidt, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen</i>	
3. Udbudslovsudvalgets arbejde	59
<i>Partner, advokat Jesper Fabricius, Accura Advokatpartnerselskab</i>	
DEL II – UDVALGTE EMNER	93
4. In-house og samarbejdsaftaler	95
<i>Specialkonsulent Rasmus Horskjær Nielsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen</i>	
5. Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter	121
<i>Partner, advokat Andreas Christensen, Horten & cand.jur. Martin Stæhr, Udbudsjura.dk</i>	
6. Innovationspartnerskaber	143
<i>Professor, ph.d. Christina D. Tvarnø, Copenhagen Business School</i>	
7. Udbud med forhandling efter udbudsloven	173
<i>Partner, cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen & partner, advokat Thomas Larsen, Bird & Bird</i>	

8. Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	201
<i>Partner, advokat Jens Bødtker-Hansen & partner, advokat Rasmus Holm Hansen, Kammeradvokaten</i>	
9. Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning	247
<i>Lektor, ph.d. Grith Skovgaard Ølykke, Copenhagen Business School & chefkonsulent Morten Qvist Fog, Dansk Industri</i>	
10. Udvalgelse	303
<i>Professor, dr. jur. Ruth Nielsen, Copenhagen Business School</i>	
11. Livscyklusomkostninger	331
<i>Partner, advokat Morten Kroon & juniorpartner, advokat Andreas Estrup Ippolito, Kammeradvokaten</i>	
12. Pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden – hvad nu?	369
<i>Partner, advokat Tina Braad & partner, advokat Anders Birkelund Nielsen, Bech-Bruun</i>	
13. Rameaftaler under den nye udbudslov	397
<i>Partner, cand.jur. Anja Piening, Nørgaard Piening advokater</i>	
14. Ændring af kontrakt	421
<i>Partner, advokat Andreas Christensen & advokatfuldmægtig Daniel Batistoti Cesar, Horten</i>	
15. Miljø- og sociale hensyn ved offentlige anskaffelser	449
<i>Partner, advokat, ph.d. Sune Troels Poulsen, Andersen Partners</i>	
16. Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-regimet)	481
<i>Lektor, ph.d. Carina Risvig Hamer, Syddansk Universitet</i>	
DEL III – TVÆRGÅENDE TEMAER	519
17. Udbudsloven og udbudsdirektivet	521
<i>Professor, ph.d. Michael Steinicke, Aarhus Universitet</i>	
18. EU-Domstolens betydning for udbudsloven	551
<i>H.P. Rosenmeier</i>	

19. Udbudsloven og forholdet til praksis – nogle refleksioner	573
<i>Partner, advokat Jens Munk Plum, partner, advokat Jeppe Lefevre Olsen & partner, advokat Erik Bertelsen, Kromann Reumert</i>	
20. Udbudsloven og byggeriet	607
<i>Partner, advokat Claus Berg, Bech-Bruun</i>	
21. Udbudsretlige overvejelser på it-området	641
<i>Partner, advokat René Offersen, LETT</i>	
DEL IV – HÅNDHÆVELSE	667
22. Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud	669
<i>Landsdommer Kirsten Thorup, næstformand i Klagenævnet for Udbud</i>	
23. Ordregivers opsigelse af kontrakt	691
<i>Partner, advokat Lotte Hummelshøj, Nielsen Nørager</i>	
24. Udbudsloven og håndhævelsessystemet	711
<i>Partner, advokat Torkil Høg & advokatfuldmægtig Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel, LETT</i>	
Stikordsregister	733

Kapitel 19

Udbudsloven og forholdet til praksis – nogle refleksioner

Partner, advokat Jens Munk Plum, partner, advokat Jeppe Lefevre Olsen & partner, advokat Erik Bertelsen, Kromann Reumert¹

19.1. Introduktion

Udbudsloven indeholder på en række punkter en dansk særregulering, som ikke følger af det ny EU-Udbudsdirektiv.² Den indeholder også en række punkter, der enten klart – eller i hvert fald ikke umiddelbart – er foreneligt med den hidtidige praksis. I visse tilfælde er den nye, danske særregulering eksplicit, og i andre tilfælde signaleres ændringen via bemærkninger i lovens forarbejder. Uanset fremgangsmåde kan det være vanskeligt altid at udlede fundamentet for den danske særregulering i lyset af den hidtidige retstilstand, således som den er udtrykt i praksis. Vi deler i denne artikel en række refleksioner over sådanne særstandpunkter og afdækker forholdet mellem loven og gældende praksis, ligesom vi giver et bud på, om den pågældende særregulering fra dansk side forekommer hensigtsmæssig.

1 Advokatfuldmægtig Fie Rooed har bistået og ydet et væsentligt og imponerende arbejde for at denne artikel har kunnet skrives.

2 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU, herefter refereret til som “Det ny EU-Udbudsdirektiv”, som ophæver direktiv 2004/18/EF, herefter refereret til som “Det tidligere EU-Udbudsdirektiv”.

19.2. Staten som én samlet – omfangsrig – enhed?

Udbudsloven og det bagvedliggende direktiv gælder helt grundlæggende for “ordregivende myndigheder”. En gruppe af sådanne kategoriseres som statslige og er i øvrigt opregnet på et af de mange bilag, der indgår som reguleringsgrundlaget. Der er for så vidt ikke noget nyt eller særligt heri, men hvis man læser lidt bag om lovens bestemmelser, finder man et forhold, som kan være en ganske betydelig ændring.

Udbudslovens bemærkninger lægger op til en særregulering, som indebærer, at staten fremover altid betragtes som én samlet enhed. Isoleret set er det ikke nødvendigvis en ændring, der har betydning for vurderingen af udbudspligten. Statslige, ordregivende myndigheder er underlagt udbudsreglerne, uanset om de betragtes som én eller flere enheder. Men, hvis man bringer reglerne og praksis om in house-kontrakter i overvejelse, vil ændringen potentielt kunne have ganske stor betydning – både fra et teoretisk synspunkt, men ikke mindst også i den praktiske virkelighed.

Det har ingenlunde tidligere været klar praksis, at kontrakter mellem statslige ordregivere ikke var omfattet af udbudspligten – nok snarere tværtimod. Ændringen medfører derfor potentielt, at kontrakter, der før var omfattet af udbudspligten eller skulle opfylde betingelserne for anvendelse af “den udvidede in house-regel” (uddybes nedenfor), nu bæres over i den klassiske in house-regel, hvorefter de helt undtages fra udbud.

19.2.1. Særregulering i bemærkningerne til § 24, nr. 24 samt til § 12 i udbudsloven

Udbudsreglerne forpligter ordregivere til at gå i udbud, når der indgås en gensidigt bebyrdende aftale over de gældende tærskelværdier med en økonomisk aktør.³ Der er som bekendt ikke tale om en gensidigt bebyrdende

3 Jf. § 24, nr. 24, der lyder: “Offentlige kontrakter: Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.” Det samme fulgte af det tidligere EU-Udbudsdirektivs (2018/04/EF) artikel 1, stk. 2, litra a: “Ved ‘offentlige kontrakter’ forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette

aftale omfattet af udbudsreglerne, når en ordregivende myndighed vælger at opfylde sit behov internt ved at trække på de ressourcer, som den ordregivende myndighed råder over. Dette følger forudsætningsvist af, at man ikke kan indgå en aftale med sig selv. Udbudsretligt dækker “den klassiske in house-regel” intern opgaveløsning inden for en ordregivende myndigheds “egne vægge”, dvs. inden for enheden.

“Den udvidede in house-regel” er en EU-domstolsskabt undtagelsesregel fra udbudspligten og vedrører den situation, hvor behovet ikke løses internt i enheden, men hvor der indgås aftale mellem to fra hinanden forskellige enheder. EU-Domstolens afgørelse i sagen C-107/98, Teckal, udvidede den klassiske in house-regel og fastslog, at der kan være tale om udførelse af opgaver in house, selvom ordregiver anvender en adskilt juridisk person.⁴ Den udvidede in house-regel har været genstand for en omfattende udvikling i de senere års retspraksis ved EU-Domstolen samt såmænd også ved Klagenævnet for Udbud.

Hverken EU-lovgiver, EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud har på nuværende tidspunkt taget direkte stilling til, om statslige myndigheder betragtes som én samlet enhed, eller om de bør betragtes som separate økonomiske enheder *i udbudsretlig henseende*. Det fremgår dog nu af bemærkningerne – ikke lovtæksten – til § 24, nr. 24, i udbudsloven:

“Aftaler, der indgås mellem 2 enheder inden for samme juridiske person, er ikke gensidigt forpligtende kontrakter, og er dermed ikke udbudspligtige.

Efter gældende ret betragtes staten i udbudsretlig forstand som en enhed, således som det også er tilfældet i eksempelvis en konkurssituation, hvor staten over for et konkursbo er berettiget til at modregne krav, der hører under forskellig statslige myndigheder.

Det indebærer, at aftaler om opgaveløsning m.v. mellem forskellige enheder inden for den statslige forvaltning ikke er omfattet af udbudspligt.

Udbudsloven ændrer ikke denne retstilstand.”

direktiv.” Denne bestemmelse er indholdsmæssigt ækvivalent med det ny EU-Udbudsdirektiv, artikel 2, stk. 1, litra 5.

4 Teckal-doktrinens kriterier er hhv. kontrolkriteriet og udførelseskriteriet, og disse kriterier kodificeres og præciseres i Det ny EU-Udbudsdirektivs artikel 12 samt i § 12 i udbudsloven.

I bemærkningerne til § 12 i udbudsloven angives det:

“Aftaler, der indgås mellem 2 enheder inden for samme juridiske person, er ikke en aftale mellem 2 forskellige personer og er dermed ikke omfattet af denne lov.

Det anførte indebærer blandt andet, at aftaler om opgaveløsning m.v. mellem forskellige enheder inden for den samme statslige organisation ikke er omfattet af udbudspligt, jf. bemærkningerne til § 24, nr. 24, der definerer begrebet offentlig kontrakt.”

Selvom der ikke nødvendigvis er et sammenfald mellem lovbemærkningernes indhold til § 12 hhv. § 24, kan den danske udbudslovs bemærkninger udlægges derhen, at staten – i potentielt meget bred forstand – skal betragtes som én samlet enhed.

19.2.2. Rækkevidden af staten som én samlet enhed – potentielt i meget bred forstand

Det har været den traditionelle – og i øvrigt vores – opfattelse, at staten ikke skulle betragtes som én samlet enhed.⁵ I hvert fald ikke én samlet enhed i bred forstand. Flere forfattere fremhæver dog, at det synes at være almindeligt i andre medlemsstater, at staten betragtes som én enhed med den følge, at leverancer mellem statslige enheder fra forskellige ressortmyndigheder er undtaget fra udbudspligt.⁶ Bemærkningerne til udbudsloven søger at gøre op med dette spørgsmål. I det følgende vil det blive belyst, at det hidtil – men også efter ordlyden af lovbemærkningerne – har været uafklaret, hvilke statslige enheder der omfattes af begrebet “staten som én samlet enhed”.

5 Fabricius, Jesper, *Offentlig indkøb i praksis*, Karnov Group, 2014, 3. udgave, side 107. Treumer, Steen, *Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*, Thomson Reuters, 2009, side 313. Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU-udbudsretten*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, 2, udgave, side 105. Nielsen, Ruth og Skovgaard, Grith, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015, side 451.

6 Fabricius, Jesper, *Offentlig indkøb i praksis*, Karnov Group, 2014, 3. udgave, side 107-108. Nielsen, Ruth og Skovgaard, Grith, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015, side 451. Treumer, Steen, *Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*, Thomson Reuters, 2009, side 313.

De forskellige ministerier med dertilhørende departementer og styrelser er underlagt statsministeriet, men har organisatorisk udgjort uafhængige myndigheder, der ligeledes budget-, ledelses- og opgavemæssigt er klart adskilte. Den danske stat er således organiseret i forskellige ressortområder, som har hver deres indkøbsfunktion og budget.

I bemærkningerne til § 24, nr. 24, samt § 12 i udbudsloven anvendes termene “den statslige forvaltning” hhv. “den statslige organisation”. Det er afgørende at afdække, hvilke enheder der henregnes til de anvendte termer. Den statslige forvaltning/organisation indbefatter utvivlsomt ministerierne og deres departementer. Termen, som den anvendes i forvaltningsretten, dækker også direktorater. Direktoratet anvendes som en samlebetegnelse for styrelser, råd, tilsyn og inspektorater.⁷ En række statslige råd og nævn henregnes som udgangspunkt også til den statslige forvaltning/organisation. I den traditionelle forvaltningsret er modstykket til den “den statslige forvaltning” at finde i “den lokale forvaltning”.⁸ Den lokale forvaltning består af regioner og kommuner. De statslige forvaltninger bestående af ministerierne, departementer, direktorater og statslige råd og nævn har det til fælles, at de har hele staten som deres virkeområde i modsætning til den lokale forvaltning, hvis område afgrænses rent geografisk.⁹

Termen “den statslige forvaltning” kunne herefter forstås som dét, der ikke er “den lokale forvaltning”. Efter denne forståelse ville termen “den statslige organisation” hhv. “den statslige forvaltning” inkludere samtlige statslige enheder, der ikke er kommunale og regionale enheder. Herefter ville den nye særregulering medføre, at alle ministerier, deres departementer, styrelser, statsejede aktieselskaber, statsinstitutioner, selvejende institu-

7 Garde, Jens, Jensen, Jørgen Albæk, Jensen, Orla Friis, Madsen, Helle Bødker og Revsbeck, Karsten, *Forvaltningsret Almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, 5. udgave, side 37-54.

8 Garde, Jens, Jensen, Jørgen Albæk, Jensen, Orla Friis, Madsen, Helle Bødker og Revsbeck, Karsten, *Forvaltningsret Almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, 5. udgave, side 52.

9 Den lokale forvaltning kan enten indgå i et hierarki under de almindelig statslige forvaltninger, hvorefter de betegnes “den dekoncentrerede forvaltning”. Den lokale forvaltning kan også være valgt af den lokale befolkning og ikke indgå i et underordningsforhold til de centrale administrative myndigheder – disse betegnes “den decentraliserede forvaltning”.

tioner og SOV'ere også skal henregnes til begrebet "den statslige forvaltning", selvom de ikke alle har nær samme formelle eller organisatoriske tilknytning til centraladministrationen. Aftaler mellem et ministerium og dets vertikalt tilknyttede – men formelt set adskilte enheder – vil potentielt ikke længere skulle opfylde Teckal-doktrinen. Desuden vil lovbemærkningerne betyde, at der vil kunne indgås aftaler i et horisontalt miljø mellem ministerier, departementer og deres styrelser samt på tværs af ressortområder, hvilket efter den traditionelle opfattelse er underlagt udbudspligt og har krævet eksplicit hjemmel at undtage fra udbud.¹⁰

Der kan opstilles tre scenarier, som beskriver, hvilke situationer der med den nye særregulering i lovbemærkningerne potentielt kan anses for omfattet af den klassiske in house-regel/"staten som én samlet enhed":

1. Et ministeriums aftaler med dets departement og styrelser
2. Et ministeriums aftaler med samtlige vertikalt tilknyttede enheder, herunder: dets departement, dets styrelse, statsinstitutioner, herunder selvejede institutioner, statslige aktieselskaber og SOV'ere
3. Aftaler på tværs af ressortministerier. Derudover potentielt også et ressortministeriums tilknyttede enheders aftale med et andet ressortministerium og/eller dets tilknyttede enheder. (Tilknyttede enheder her værende sig departementer, dets styrelser, dets statsinstitutioner, herunder selvejede institutioner, dets statslige aktieselskaber og SOV'ere).

10 Klagenævnet har i kendelsen af 27. marts 2012 i sagen Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet valgt ikke at tage stilling til påstandene om, at staten udgør/ikke udgør en samlet enhed. Klagenævnet vurderede, at spørgsmålet om, hvorvidt en styrelse kan indkøbe ydelser fra sektorforskningsinstitutioner, reguleres af udbudsdirektivets artikel 16, litra f, samt teorien om blandede kontrakter. Klagenævnet valgte således ikke at undtage situationen på baggrund af, at staten betragtes som en samlet enhed. Klagenævnet har dermed implicit krævet, at der skulle være eksplicit hjemmel til at undtage en sådan opgaveudførelse. Det står helt åbent, om den danske særregulering i bemærkningerne ændrer på den pågældende praksis fra Klagenævnet.

Det første af de tre ovenfor anførte scenarier er af flere forfattere anerkendt som omfattet af den klassiske in house-regel,¹¹ hvilket vi tilslutter os. Det er kendetegnende for denne organisation ud fra en forvaltningsretlig tankegang, at et ministeriums departement og styrelse er underlagt over-/underordningsforholdet hos ministeren. Derfor kan ministerierne og deres tilhørende departementer og styrelser betragtes som én enhed, der “blot administrativt” er organiseret på flere niveauer, desuagtet, at de rent formelt er adskilte juridiske personer, fx i kraft af forskellige CVR-numre.

Den anden af de tre scenarier er efter vores opfattelse mere tvivlsom. Aftaleindgåelse mellem et ministerium/departement/styrelse og en adskilt, vertikalt tilknyttet enhed såsom en statsligt aktieselskab skal efter vores opfattelse som udgangspunkt underlægges Teckal-doktrinen, og kun hvis den er opfyldt, vil der kunne undlades udbud.

Den tredje af de tre scenarier har været det mest omdiskuterede i litteraturen. Flere forfattere mener, at aftaler på tværs af ressortmyndigheder ikke kan undtages fra udbudspligt.¹² Det er efter vores opfattelse mindre afklaret,

11 Hagel-Sørensen, Karsten (red.), *Aktuel Udbudsret*, Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmith, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, side 76. Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2014, 3. udgave, side 107. Treumer, Steen, *Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*, Thomson Reuters, 2009, side 313. Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelm-borg, Simon Evers, *EU-udbudsretten*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, 2. udgave, side 105. Nielsen; Ruth og Skovgaard, Grith, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015, side 451.

12 Jf. EU-Domstolens udtalelse i Sagen C-26/03, Stadt Halle, præmis 48: “En offentlig myndighed, kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke henhører til dens tjenestegrene. I et sådant tilfælde kan der ikke være tale om en gensidigt bebyrdende aftale indgået med et organ, som juridisk er forskelligt fra den ordregivende myndighed selv.” Se også Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2014, 3. udgave, side 107, hvor det angives: “Mens en ordregivende myndighed frit i forhold til EU's udbudsregler kan vælge at udføre en ydelse ved sine egne medarbejdere, kan en ordregivende myndighed som udgangspunkt ikke ved en gensidigt bebyrdende kontrakt anskaffe sig ydelser fra en anden ordregivende myndighed uden at gennemføre et EU-udbud,” samt “Ved EU-Domstolens dom i Teckal-sagen, som er bekræftet i gentagne senere domme fra EU-Domstolen, er det således klart fast-

om staten betragtes som en samlet enhed, således at der kan indgås aftaler på tværs af ressortministerier uden udbudspligt. Efter vores fortolkning af lovbemærkningerne vil det dog være retstilstanden fremover. Såfremt der i bemærkningerne er tale om en bred fortolkning af begrebet staten som “én samlet enhed” (som inkluderer direktorater, institutioner, statslige aktieselskaber, SOV’ere), vil det efter vores opfattelse være endnu mindre entydigt, at sådanne leverancer mellem statslige enheder hidrørende fra forskellige ministerier kan undtages fra udbudspligt. Et eksempel herpå kunne være en aftale mellem Statens IT (som er en institution under Finansministeriet) og Dong Energi A/S om udvikling og konsulentbistand af it-ydelser til Dong – der potentielt dermed slet ikke er underlagt udbudspligt. Et andet eksempel kunne være, at Forsvarsministeriet indkøber energirådgivning fra Dong Energi A/S. Bemærkningerne indebærer efter vores opfattelse en risiko for, at sådanne situationer, som efter vores opfattelse tidligere har været underlagt udbudspligt for at sikre overholdelsen af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed som anført i udbudslovens § 2, ikke længere skal konkurrenceudsættes. Det er efter vores opfattelse en vidtgående ændring. Nedenfor præsenteres vores refleksioner over

slået, at der er udbudspligt ved gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås mellem ordregivende myndigheder”. Se også Treumer, Steen, *Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret*, Thomson Reuters, 2009, side 313: “Konkurrencestyrelsens vejledning til Udbudsdirektiverne giver udtryk for den traditionelle danske fortolkning i relation til staten.” “I henhold til den traditionelle, danske fortolkning betragtes staten ikke som en enhed, hvilket indebærer, at en tjenesteydelse fra et ministerium til et andet vil blive betragtet som ex-house og dermed som omfattet af udbudsreglerne.” Se derudover: Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU-udbudsretten*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011, 2, udgave, side 105: “Det afgørende bliver herefter at afgrænse, hvilke tjenestegrene, der tilhører den samme juridiske person og ordregivende myndighed, som den produktudførende tjenestegren tilhører, og hvilke tjenestegrene, der tilhører andre (eksterne) ordregivende myndigheder, idet aftalerelationer med sidstnævnte ordregivende myndigheder kan være omfattet af udbudsdirektivet som udtryk for gensidigt bebyrdende aftaler. Staten (i betegnelsen den udøvende magt) kan formentlig ikke betragtes som én ordregivende myndighed i udbudsdirektivets forstand med den følge, at anskaffelser mellem de enkelte ressortministerier og deres styrelser mv. må betragtes som interne opgaveudførelser. Organisatorisk afhængighed må formodentlig tillægges afgørende betydning for vurderingen af grænserne for hver enkelt myndighed.”

grundlaget for at undtage scenarie 2) og 3) fra udbudspligten ved at bære dem over i den klassiske in-house-regel.

19.2.3. Staten som én samlet enhed efter gældende ret

Det angives i udbudslovens bemærkninger til § 24, nr. 24, at “efter gældende ret betragtes staten *i udbudsretlig forstand* som en enhed”. Det angives så til gengæld som et eksempel herpå, at staten kan modregne krav over for et konkursbo, selvom kravet hører under forskellige myndigheder. Dommen, som bemærkningerne til udbudsloven implicit henviser til, kan genfindes i en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen,¹³ og angår Højesterets dom i sagen U.1955.13 H.¹⁴ Dommen afklarer efter vores opfattelse *ikke*, hvordan staten kan betragtes som én samlet enhed *i en udbudsretlig sammenhæng*. Allerede fordi dommen er fra en tid, da EU-udbudsreglerne end ikke var tænkt undfanget. At staten kan modregne krav på vegne af forskellige myndigheder, giver ikke i sig selv et grundlag for at kunne undtage kontrakter indgået mellem forskellige ordregivere hørende under forskellige ressortområder fra udbudspligten – eller i øvrigt til at undtage kontraktindgåelser fra en vurdering efter den udvidede in-house-regel, som fastslået i Teckal-doktrinen.

Det væsentligste ved udbudslovens bemærkninger¹⁵ er, at der findes eksempler på, at den danske stat i visse sammenhænge har været betragtet som

13 Konkurrence- og forbrugerstyrelsens “Vejledende udtalelse om, hvorvidt staten i relation til det klassiske in-house begreb kan betragtes som én enhed” af 15. december 2011 som opdateret den 18. april 2013.

14 I sagen blev “debitor ifølge erstatningskravet, Erstatningsudvalget af 1945, og kreditor ifølge tilbagebetalingskravet, Revisionsudvalget for tyske betalinger, måtte betragtes som det samme retssubjekt, nemlig den danske stat” samt “under hensyntagen hertil og til de opgaver, som påhviler henholdsvis erstatningsudvalget og revisionsudvalget, må det anses for fuldt ud lovligt, at de to udvalg, som sket i nærværende tilfælde, har søgt samarbejde efter de foran oplyste retningslinjer, hvorefter tilbagebetalingsbeløb, fastsat af revisionsudvalget, i vid udstrækning er blevet modregnet over for samme person i erstatningsbeløbet, fastsat af erstatningsudvalget”.

15 Svarende til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens argument i den vejledende udtalelse er, som kan genfindes i Hagel-Sørensen, Karsten (red.), *Aktuel Udbudsret*, Kammeradvokaten, Advokatfirmaet Poul Schmith, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2011, side 76.

én samlet enhed. Spørgsmålet er imidlertid, om der på baggrund af disse eksempler bør anlægges samme analyse på det udbudsretlige område, som er styret af sine egne hensyn til fri og uforvredet konkurrence. Hensyn, som danner grundlag for, at der ved offentlige indkøb kan opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler i henhold til udbudslovens § 2. Det forekommer tvivlsomt.

EU-Domstolens dom af 19. maj 1988 i sagen C-132/95, Bent Jensen, tages i den vejledende udtalelse til indtægt for, at Højesterets dom i sagen U.1955.13 H, (hvor staten betragtes som et retsobjekt) kan bruges i *EU-udbudsretlig sammenhæng*.¹⁶ Bent Jensen-sagen omhandlede den danske stats modregningspraksis.¹⁷

Dommen behandlede ikke spørgsmålet om, hvorvidt det kunne anses for overensstemmende med EU-udbudsretten at betragte staten som én samlet enhed. Regler om modregning var ikke EU-retligt reguleret, i modsætning til det udbudsretlige spørgsmål om levering af ydelser mellem forskellige enheder, samt vertikalt tilknyttede, men formelt set helt adskilte enheder i den statslige forvaltning. EU-Domstolen har – som ovenfor anført – så vidt ses ikke på nuværende tidspunkt taget stilling til medlemsstaternes adgang til at fritage leverancer mellem enheder inden for staten og dens forskellige ressortmyndigheder. Det er derfor vores opfattelse, at der kan argumenteres for, at det ikke med Bent Jensen-dommen er afklaret, hvor langt det statslige begreb kan strækkes, uden at det kolliderer med de hensyn, som udbudsreglerne i øvrigt forfølger.

EU-Domstolens sag T-125/06, Centro Studi, vedrørte et begrænset udbud af drift af en vuggestue, som Rådet havde initieret. Dommen understøtter for så vidt tankegangen bag de danske bemærkninger om statens afgræns-

16 Det anføres i den vejledende udtalelse: "I Domstolens dom af 19. maj 1988, sag C-132/95, Bent Jensen, anerkendes det, at hvis der efter national ret kun er tale om ét retsobjekt, gælder dette også i forhold til de fællesskabsretlige regler".

17 Den omtalte EU-Domstols-sag omhandler insolvente Bent Jensen, der havde modtaget høststøtte i henhold til en EU-retsakt. Den præjudicielle forelæggelse havde til formål at afklare, om den danske stat måtte foretage modregning i høststøtten for de krav, som den danske stat havde mod Bent Jensen, selvom høststøtten var et resultat af en EU-støtte. Det bekræftede dommen, herunder med henvisning til, at reglerne om modregning i øvrigt var nationale regler.

ning i den nye lov, men besvarer reelt ikke spørgsmålet om, hvorvidt de nationale stater tilsvarende kan anses som én samlet enhed.¹⁸

Kommissionen angiver i sin vejledning, at kontrakter *mellem ordregivende myndigheder* ikke automatisk falder uden for anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne som en følge af den klassiske in house-regel. Det er herefter Kommissionens opfattelse, at EU-udbudsretten finder anvendelse på kontrakter indgået mellem ordregivere, og at det kun er særskilt hjemlede undtagelser, der kan undtages fra udbudsreglerne. Indgåelse af administrative samarbejdsaftaler er en af de hjemlede undtagelser.¹⁹

Kommissionen er med andre ord ganske afklaret på, at den klassiske in house-regel *ikke* omfatter kontrakter mellem forskellige statslige ordregivere.²⁰ Det gælder dog ikke opgaver, der permanent overdrages til en

18 En institution, OIB, som hørte ind under Kommissionen, blev tildelt kontrakten. En af de forbigåede tilbudsgivere anlagde sag mod Rådet ved Retten i Første Instans. Retten udtalte, at Rådet kunne tildele kontrakten til OIB, fordi der var tale om en administrativ aftale mellem to af fællesskabsinstitutionernes tjenestegrene, og at en sådan aftale er undtaget fra udbudspligt i henhold til Gennemførelsesforordningen. Retten anførte, at Det Europæiske Fællesskab har status som én juridisk person inden for fællesskabets institutionelle system. På den baggrund er Rådet og OIB den samme juridiske person, jf. præmis 50. Efter denne dom er retstillingen, at leverancer mellem forskellige grene af EU-institutionerne er undtaget fra udbudspligt, fordi EU-institutionerne udgør én samlet enhed.

19 Det ny EU-Udbudsdirektivs artikel 12, stk. 4, som er implementeret ved udbudslovens § 15, kodificerer EU-Domstolens praksis i sagen C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, som også kaldes "Hamborg-dommen". Den omhandler fire Landkreise, som betalte en kommune for at stille nogle affaldsforbrændingsydelse til rådighed. Herefter var det en privat aktør, som forestod affaldsforbrændingen, og kommunens vederlag gik direkte til den private aktør. EU-Domstolen vurderede, at der var tale om en public service-aftale, og at en sådan administrativ aftale mellem de fire Landkreise og kommunen er undtaget fra udbudspligt, hvis nogle nærmere betingelser er opfyldt. EU-Domstolen har uddybet denne undtagelse i efterfølgende sager, herunder C-159/11, Università del Salento, Sag C-386/11, Piepenbrock og sag C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme som nævnt ovenfor. Disse betingelser er nu præciseret og kodificeret i Det ny EU-Udbudsdirektivs artikel 12, stk. 4.

20 Jf. herved Kommissionens vejledning: "In the light of the above, it can be established that normal public contracts between contracting authorities continue to be subject to the procurement obligations (e.g. the purchase of certain services from another contracting authority)".

anden ressortmyndighed. I en sådan situation er det åbenlyst, at egentlig overdragelse af opgaver mellem ordregivende myndigheder og generel ressortomlægning ikke er EU-udbudsretligt reguleret. Det er de nationale medlemsstater, der organiserer deres egen administration, og overførsel af opgaver er pr definition ikke en gensidigt bebyrdende aftale. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger i deres vejledning til grund, at Kommissionen hermed giver “en udstrakt frihed til at organisere den nationale administration som ønsket, og dermed som udtryk for en national ret til at betragte staten som én enhed.” Kommissionen udtrykker dog kun, at der er en udstrakt frihed til at vælge, hvilken ressortmyndighed der skal udføre en opgave. Dette medfører efter vores mening ikke en national ret til at undtage ordregiverleverancer fra udbudspligten.²¹

I EU-Domstolens afgørelse i sagen C-295/05, Tragsa, var det spanske statselskab lovgivningsmæssigt forpligtet til at levere til staten og regionale institutioner, som alene ejede en helt ubetydelig del af selskabet. Sagen giver som sådan ikke noget mere præcist svar på statsbegrebet, men lægger til grund, at staten som aktionær kunne købe ind til “sig selv”. Hvad “sig selv” måtte være, er ikke præcist afgrænset, og EU-Domstolen konkluderer i sagen, at spørgsmålet om fritagelse fra udbudspligten under alle omstændigheder måtte afgøres på grundlag af betingelserne for den udvidede in house-regel,²² som blev anset for opfyldt for både kontrolkriteriet²³ og udførelses-

21 Det støttes også af Det ny EU-Udbudsdirektivs præambel 34, som med baggrund i C-295/05, Tragsa, angiver, at: “Der forekommer visse tilfælde, hvor en juridisk enhed i henhold til relevante bestemmelser i national ret som instrument eller teknisk tjeneste for bestemte ordregivende myndigheder er forpligtet til at udføre ordrer, som den modtager fra disse ordregivende myndigheder, og ikke har indflydelse på betalingen af ydelsen. I lyset af den ikke-kontraktmæssige art bør et sådant rent administrativt forhold ikke være omfattet af anvendelsesområdet for procedurerne for offentlige udbud.”

22 Tragsa-dommen kan ses som en åbning for en mere funktionel fortolkning af kontrolkriteriet i situationer, hvor den udvidede in house-regel finder anvendelse. Dette spørgsmål er afklaret i dag ved indførelsen af udbudslovens § 14, hvoraf det følger, at kravene til den kontrol, der udøves af flere ordregivere, er mere omfattende, end hvis der ikke havde været delt kontrol, men at der ikke gælder krav om minimumsejerandel.

23 Jf. dommens præmis 57-61. EU-Domstolen afklarede med Tragsa-dommen, at kontrolkriteriet kan være opfyldt, selvom en ordregivende myndighed kun har en

kriteriet.²⁴ Tragsa-sagen bidrager således til forståelsen af den udvidede in house-regel, men kan omvendt ikke tages til indtægt for hverken, at staten skal betragtes som én enhed, eller at aftaler mellem ordregivere fra forskellige ressortområder pr. definition er undtaget fra udbudspligt som omfattede af den klassiske in house-regel. Vurderingen af den udvidede in house regel og Teckal-doktrinen var således unødvendig, hvis staten (i sagen og i bred forstand) var at betragte som én enhed.

19.2.4. Konklusion

Det er vores opfattelse, at betragtningen om, at den danske stat skal behandles som én samlet enhed, ikke er utvetydigt funderet i EU-udbudsretten. Hensynene bag Bent Jensen-sagen synes ikke at kunne bære denne konklusion, og heller ikke praksis fra EU-institutionerne indeholder noget sikkert grundlag herfor. Endelig peger også Kommissionen på, at en sådan generel og bred ordregiverdefinition vil være meget vidtgående.²⁵

lille andel af ejerskab i det statsligt ejede selskab. Argumentationen, der lå til grund herfor, tager sit udspring i Carbotermo-sagen, som fastslog, at flere myndigheder kan udøve en fælles kontrol med et statsejet selskab, og at der er en formodning for, at kontrolkriteriet som defineret i Teckal-sagen er opfyldt, hvis ordregiverne har fuldt ejerskab over selskabet.

24 Jf. dommens præmis 62, hvoraf det fremgår: “For så vidt angår den anden betingelse vedrørende den omstændighed, at Tragsa skal udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som det ejes af, følger det af retspraksis, at såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen [om opgavekriteriet] være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin virksomhed, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder (dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 70).”. Heraf følger det, at de statslige myndigheder, der samarbejder med det statsligt ejede selskab betragtes som en samlet enhed i vurdering af opgavekriteriet.

25 Jf. herved Kommissionens vejledning: “In the light of the above, it can be established that normal public contracts between contracting authorities continue to be subject to the procurement obligations (e.g. the purchase of certain services from another contracting authority)”, “A contracting authority may perform the public interest tasks with its own resources without recourse to entities outside its own departments, and it may do so in corporation with other contracting authorities, either in an institutionalized corporation through a jointly controlled in-house entity or without establishing such an institutionalized form”.

Kontrakter mellem et ministerium og dets vertikalt tilknyttede enheder som fx. det pågældende ministeriums departement, styrelser, institutioner, helejede aktieselskaber og SOV'ere var tidligere i et vist omfang omfattet af den udvidede in house-regel og de heraf følgende betingelser, men kan efter den danske særregulering potentielt undtages fra udbudspligt.

Kontrakter indgået mellem statslige ordregivere fra forskellige ressortområder har ikke tidligere været specifikt undtaget fra udbudspligt, men vil nu potentielt være undtagne.

Der kan argumenteres for, at en sådan "blanko" in houseregulering til fordel for staten ikke ud fra de udbudsretlige hensyn anført i udbudslovens §§ 1 og 2 forekommer hensigtsmæssig eller velbegrundet, i særdeleshed ikke i det omfang, hvor der er tale om, at statslige myndigheder på tværs af forskellige ressortområder leverer varer eller tjenesteydelser, som private operatører også leverer. Om reguleringen er hensigtsmæssig, afhænger dog ultimativt af, hvordan fortolkningen af rækkevidden af lovbemærkningerne kommer til at være. Klagenævnet for Udbud har tidligere vist sig tilbageholdende med at fortolke lovbestemmelserne ud over deres ordlyd på grundlag af lov-
bemærkningerne,²⁶ og det kan på den baggrund og under hensyntagen til Klagenævnets tidligere stillingtagen til problemstillingen²⁷ ikke fastslås, hvordan Klagenævnet kommer til at fortolke rækkevidden af bemærkningerne.

Den nye "snigregulering" i udbudslovens forarbejder omkring staten som én samlet enhed hviler således efter vores opfattelse ikke på noget klart EU-udbudsretligt fundament, og de grundlæggende udbudsretlige hensyn til ligebehandling og gennemsigtighed og effektive indkøb synes ikke at støtte den mulige udvidelse af det klassiske in house-begreb til fordel for statslige

26 Jf. herved Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, i sagen Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.

27 Klagenævnet har i kendelsen af 27. marts 2012 i sagen Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet valgt ikke at tage stilling til påstandene om, at staten udgør/ikke udgør en samlet enhed. Klagenævnet vurderede, at spørgsmålet om, hvorvidt en styrelse kan indkøbe ydelser fra sektorforskningsinstitutioner, reguleres af udbudsdirektivets artikel 16, litra f, samt teorien om blandede kontrakter. Klagenævnet valgte således ikke at undtage situationen på baggrund af, at staten betragtes som en samlet enhed. Klagenævnet har dermed implicit krævet, at der skulle være eksplicit hjemmel til at undtage en sådan opgaveudførelse.

myndigheder. Den danske særregulering indebærer risiko for, at leverancer af udbudsegneede opgaver udføres mellem ordregivere på tværs af ressortområder uden iagttagelse af en konkurrenceudsættelse, herunder med påvirkning af veletablerede markeder, hvor der i bedste velgående eksisterer konkurrence og relevante leverandører. På det grundlag kan man overveje, om Udbudsudvalgets oplæg til bestemmelsen i § 12 har været tilstrækkeligt velovervejet. Risikoen for mindre konkurrenceudsættelse kan dog delvis imødegås, hvis man fastholder Udbudscirkulæret,²⁸ og præciserer Udbudscirkulærets forpligtelser i forhold til at sikre en tilstrækkelig konkurrenceudsættelse af udbudsegneede opgaver mellem statslige myndigheder i kraft af jævnlige udbud.

19.3. Kvalitative kriterier kan evalueres relativt

Klagenævnets hidtidige praksis om forbud mod at vurdere indkomne tilbud i forhold til hinanden i relation til kvalitative underkriterier – altså den “relative evaluering” – vil med den nye Udbudslov blive udfordret, omend ikke ophævet. Således fremgår det af bemærkningerne til udbudslovens § 160, at:

“ordregiveren kan også frit vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden på økonomiske eller kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard, og dette skal ligeledes fremgå af udbudsmaterialet”.

Det anførte er i klar modstrid med fast etableret klagenævnspraksis. Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, udgør en af de væsentligste kendelser på området, hvor Klagenævnet for første gang tilsidesatte en relativ vurdering af tilbud op imod hinanden, for så vidt angår de kvalitative evalueringskriterier, mens det omvendt ikke var et problem for prisevalueringen. Sagen vedrørte Københavns Kommunes udbud af en rammeaftale om høretekniske hjælpemidler. København Kommune havde evalueret de kvalitative underkriterier ved at give 10 point til det bedste tilbud, og herefter givet point til de øvrige tilbud relativt i forhold til det bedste tilbud. Klagenævnet lagde til grund, at der var

28 Cirkulære nr. 2 af 13. januar 2010 om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver.

tale om en overtrædelse af udbudsreglerne med henvisning til Konkurrencestyrelsens udtalelse i sagen.²⁹ Klagenævnet udtalte på den baggrund: “Tildeling af points for tilbuddenes opfyldelse af i hvert fald de kvalitative underkriterier skal således ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden.” Klagenævnet vurderede, at den model for tildeling af points, som Københavns Kommune havde anvendt, gik ud på at vurdere de kvalitative underkriterier i forhold til hinanden.

Klagenævnets praksis med et reelt forbud mod at vurdere kvalitative underkriterier relativt har været omdiskuteret, men er i efterfølgende klagenævnsspraksis blevet bekræftet flere gange.³⁰

29 Konkurrencestyrelsen udtalte: “Det forhold, at Københavns Kommune altid tildeler det bedste tilbud 10 point, betyder, at der er en risiko for, at pointtildelingen ikke giver et helt retvisende billede. Det forhold, at en tilbudsgiver kommer med det bedste bud blandt de modtagne bud, er ikke ensbetydende med, at dette tilbud lever maksimalt op til alle udbudsmaterialets krav og derfor automatisk er berettiget til 10 point. Dertil kommer, at det også kan give et forkert billede, når de næste bud i rækken tildeles point i forhold til det bedste indkomne bud. Det gør sig især gældende, hvis det bedste bud, som får 10 point, har overpræsteret. Det vil sige, at virksomheden fx har afgivet tilbud på et produkt, som fx overstiger de krav, der er stillet til teknisk formåen i udbudsmaterialet. I sådanne tilfælde er der risiko for, at et bud, som lever op til kravspecifikationerne, og som i princippet ville være berettiget til 10 point, bliver vurderet til et lavere pointtal, fordi et konkurrerende tilbud har overpræsteret og derfor bliver tildelt 10 point for bedste bud. De bud, der alene lever op til de opstillede krav, vil i den situation blive vurderet for lavt”.

30 Klagenævnets kendelse af 19. juli 2007 i sagen ISS Facility Services A/S mod Skejby Sygehus kan for så vidt ses som en bekræftelse af Dansk Høreteknik-sagen. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. august 2007 i sagen Sectra A/S mod Region Syddanmark er udtryk for samme standpunkt. Klagenævnets kendelse af 14. februar 2008 i sagen Jysk Erhvervsbeklædning mod Hjørring Kommune, hvor ordregiver havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tildele point for opfyldelse af hvert af de kvalitative underkriterier i forhold til hinanden og ved ikke at forholde de enkelte tilbud til de pågældende underkriterier. Klagenævnets kendelse af 13. august 2009 i sagen SundVikar mod Hillerød Kommune. Klagenævnets kendelse af 4. marts 2010 i sagen Dansk Flygtningehjælp, Klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013 i sagen Ansaldo mod Banedanmark, hvor det igen blev bekræftet, at tilbuddene kan vurderes efter en absolut skala i relation til kvalitative underkriterier og en relativ skala i relation til

Klagenævnets fastholdelse af den hidtidige praksis ved formuleringen af ovenstående udtalelse er interessant henset til, at Klagenævnet har været bevidste om, at der med udbudsloven har været lagt op til en ophævelse af forbuddet mod at vurdere relativt kvalitative kriterier på tidspunktet for afsigelse af kendelsen. Klagenævnet konfirmerer således sin tidligere praksis, hvormed det bliver tydeliggjort, at ændringen må formodes at være et ønske fra udbudslovsudvalget og ikke en kodificering af udvikling i klagenævnsspraksis.

Klagenævnets begrundelse for sin praksis har været, at det vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis en ordregiver ved vurderingen af de kvalitative underkriterier giver en tilbudsgiver point på baggrund af, hvordan tilbuddet præsterer relativt set i forhold til de andre tilbud, i stedet for at vurdere tilbuddet objektivt ved at holde det op imod det på forhånd fastsatte kvalitative underkriterium. Forskelsbehandlingen skulle være et resultat af, at den relative vurdering af de kvalitative kriterier ikke er egnet til at give nogen indikation af, i hvilken grad tilbuddene faktisk opfylder de objektive krav til kvalitet, som ordregiver har stillet – og skal stille for at overholde gennemsigtighedsprincippet – og dermed også er egnet til at indebære en forskydning i den vægtning af underkriterier, som ordregiver har anført, og som er væsentlige for tilbudsgiverne for at kunne konkurrere på et lige og gennemsigtigt grundlag.

Denne begrundelse forekommer efter vores vurdering reel. Det stiller ganske vist krav til ordregiverne om at kunne beskrive indholdet af de kvali-

underkriteriet pris. Klagenævnet udtalte om deres forbud mod relativ vurdering af kvalitative kriterier: “En sådan sammenligningsmetode, hvor pris og kvalitative underkriterier bedømmes ud fra forskellige udgangspunkter – et absolut og et relativt – er ganske sædvanlig. Metoden giver ikke anledning til udbudsretlige problemer, hvis ordregiveren er opmærksom på, at de respektive pris- og kvalitative modeller skal være egnede til at bedømme tilbuddene efter de pågældende underkriterier, og på, at den fastlagte vægtning af underkriterierne skal respekteres, når resultatet af evalueringen vedrørende de enkelte underkriterier vejes op mod hinanden.” Af nyere klagenævnsspraksis kan fremhæves Klagenævnets kendelse af 17. august 2015 i sagen Mediq vs. KomUdbud, hvor Klagenævnet igen bekræftede: “Som fastslået i klagenævnsspraksis vil det ikke være lovligt at sammenligne tilbuddene ved evalueringen af disse i forhold til de kvalitative underkriterier eller at anvende en ‘opløftningsmodel’, hvorved pointskalaen for de kvalitative underkriterier udnyttes på samme måde som ved underkriteriet ‘Pris’ ”.

tetskrav, som skal være gældende for udbuddet. Til gengæld medvirker dette til at sikre nogen grad af gennemsigtighed i konkurrencegrundlaget.

Spørgsmålet er så, hvorfor den nye Udbudslov – igen alene i forarbejderne – lægger op til en ændring af retstilstanden, og om den anførte lovbemærkning vil slå igennem i klagenævnspraksis som et eksempel på “lovgivning i bemærkningerne”.

For så vidt angår det sidste punkt, ville det have været en fordel for at fastslå retstilstanden, om lovgiver havde indført bemærkningens indhold i udbudslovens tekst. Det skyldes i hvert fald to forhold: for det første, at der sådan set ikke med lovbemærkningen noget til hinder for, at Klagenævnet fremadrettet kan nå til, at en relativ evaluering af kvalitative underkriterier kan være et udbudsretligt problem. Selvom lovbemærkningen er et vink med en vognstang, har Klagenævnet som ovenfor anført tidligere vist sig tilbageholdende med at fortolke lovbestemmelserne ud over deres ordlyd på grundlag af lovbemærkningerne, jf. herved Klagenavnets kendelse af 5. december 2011, i sagen Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.³¹ Dermed skaber lovbemærkningen ikke sikkerhed for, at en relativ evaluering af kvalitative underkriterier ikke nødvendigvis kan anfægtes. For det andet ville det også i lyset af, at der vil være tale om at gøre op med en langvarig og fasttømret klagenævnspraksis have været at foretrække, at forholdet var blevet direkte reguleret i lovteksten.

Baggrunden for lovbemærkningen om at ændre retstilstand må formentlig søges i to forhold, nemlig dels generelt at give ordregivere en større grad af fleksibilitet, og dels at give samme ordregivere en lettelse ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, fordi en afskaffelse af forbuddet vil kunne sænke kravene til den beskrivelse af ordregivers kvalitetskrav, som en absolut vurdering forudsætter. Det kan være vanskeligt at foretage en absolut vurdering af underkriterier, som vedrører kreativ faglighed som fx arkitektur eller medarbejderes kompetencer. I disse situationer vil udbudslovens bemærkninger tilgodese ordregiver. Efter bemærkningerne til udbudslovens

31 I kendelsen nåede Klagenævnet til, at der ikke var hjemmel i håndhævelseslovens ordlyd til at tilsidesætte virkningerne af en § 4-bekendtgørelse. Hjemmel til at erklære en kontrakt for uden virkning, selvom proceduren i § 4 har været fulgt, baserer sig på, om ordregiveren har foretaget en “åbenbar urigtig” vurdering af, om der er udbudspligt. Denne hjemmel var indsat i lovbemærkningerne og ikke i håndhævelseslovens ordlyd.

§ 160 lægges der i den sammenhæng vægt på, at ordregivers valg mellem at evaluere efter hhv. relative eller absolut standard skal fremgå af udbudsmaterialet. De grundlæggende gennemsigthedskrav, der stilles i den nye Udbudslov vedrørende offentliggørelse af evalueringsmetode udstrækker sig til også at gælde offentliggørelse af valget mellem evaluering efter relativ eller absolut standard. Det må dog formodes, at baggrunden for ophævelsen af Klagenævnets fasttømrede forbud mod relativ evaluering af kvalitative kriterier ikke kun baserer sig på ræsonnementet om gennemsigthed. Der er tale om et spinkelt grundlag for ophævelse af Klagenævnets praksis, hvis grundlaget er, at gennemsigthed overflødiggør de bagvedliggende hensyn bag forbuddet og de problemstillinger, som forbuddet søger at imødegå.

Spørgsmålet er så, om den gennemsigthed, som skal skabes ved, at ordregiver i udbudsmaterialet skal anføre, om der sker en relativ eller absolut evaluering, er tilstrækkelig til at opveje det tab af gennemsigthed, som en absolut evaluering trods alt giver, og som herunder også understøtter, at de enkelte kvalitative underkriterier får den vægtning, der har været forudsat. Evalueringsmodellens betydning for et udbud kan ikke undervurderes. Samtidig er det på netop det punkt, spørgsmålet om gennemsigthed udfordres, ikke mindst fordi Klagenævnet ikke tilsidesætter ordregivers evalueringer, medmindre de kan anses for åbenbart urigtige.³² Følger Klagenævnet det som anføres i lovbemærkningen til § 160, skabes større fleksibilitet for ordregiverne og mindre gennemsigthed.

Det første opfylder for så vidt et af de grundlæggende formål med at indføre en udbudslov, mens det sidste meget let er en naturlig konsekvens af det første. Det er umiddelbart tilbudsgiverne, som står til at tabe, hvis retstilstanden ændres. Det må imidlertid forudses, at en ændret retstilstand i tilbudsgivernes disfavør også må forventes at kunne føre til et øget antal klager over den evaluering, som vurderet ud fra antallet af klager herom i forvejen i mange tilfælde fremstår som uigennemsigtig og arbitrær for tilbudsgiverne. På den baggrund kan det diskuteres, om lovbemærkningens ændringsforslag samlet set skal betragtes som en forbedring af retstilstanden.

32 Se for eksempel Klagenævnets kendelse af 5. februar 2015 i sagen Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

19.4. Brug af referencer og CV'er i tildelingen

Det følger af udbudsloven, at CV'er kan udgøre et tildelingskriterium til identificeringen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det fremgår af udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 2, at underkriterier kan omfatte "organiseringen af det personale, der skal udføre kontrakten, og dets kvalifikationer og erfaring, hvor kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt". Med § 162, stk. 3, nr. 2, kodificerer udbudsloven det ny EU-Udbudsdirektivs artikel 67, stk. 2, litra b. Hermed gøres op med såvel en mangeårig EU-retlig og dansk praksis med tilhørende tvivl om, hvorvidt en konkurrenceudsættelse af erfaringer i en organisation udgør en (ulovlig) sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier.

Det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 163, stk. 3, nr. 2, at anvendelsen af underkriterier, der omfatter organisering af personale og personalets CV'er, kan være relevant i forbindelse med kontrakter, hvor der lægges vægt på intellektuelle og kreative tjenesteydelser såsom konsulent- eller arkitektvirksomhed. Tilsvarende må efter vores opfattelse også gælde en række andre rådgiverydelse. Det følger derudover også af bemærkningerne, at det er et krav, at ordregiver gennem aftaleretlige foranstaltninger sikrer, at det personale, som er udpeget til at levere under kontrakten, ikke kan erstattes, medmindre ordregiver giver samtykke hertil. Erstatningspersonale skal have det samme kvalitetsniveau.

Den slags kontraktregulering har de senere år vundet et kraftigt indpas i offentlige rådgiverkontrakter, og har efter vores opfattelse været begrundet af en række omstændigheder. For det *første* har det været en god idé set fra den ordregivende myndigheds side at slå fast, at den organisering, som en tilbudsgiver har budt ind med, nu rent faktisk også har været den organisering, der har skullet løse opgave. Et sådan hensyn har skabt en rød tråd mellem konkurrenceudsættelsen og kontraktudførelsen. Hensynene må formodes også at have sikret, at der fra tilbudsgivernes side har været et (vist) større fokus på at sammensætte den reelle bemanding allerede i tilbudsafgivelsen. For det *andet* har en sådan kontraktregulering oftest været kædet sammen med rammerne for, hvornår en tilbudsgiver har kunnet forvente at opnå samtykke til at foretage en udskiftning – og på hvilke vilkår. Det er oplagt, at "naturligt forfald" som f.eks. opsigelser eller længerevarende sygdomsforløb vil have karakter af nødvendige samtykkesituationer. Men også i

sådanne situationer har ordregiver en klar interesse i at kunne "styre niveauet" i den fortsatte organisation hos tilbudsgiveren. Og endelig har sådan kontraktregulering for det *tredje* haft en nær sammenhæng med de udbudsretlige begrænsninger i, hvornår en ændring af en organisation måtte kunne siges at være så væsentlig, at ændringen har kunnet aktivere en overvejelsesforpligtelse omkring evt. genudbud. Såfremt ændringsklausulen har været gennemtænkt og indgået i udbuds- og kontraktmaterialet gennem processen, vil rammerne for en lovlig udnyttelse efter vores opfattelse være markant videre end i tilfældet, hvor kontrakten ikke har taget hånd om en sådan organisationsændring, jf. parallelt den regulering, der nu findes i udbudslovens § 182.

Med udbudslovens § 163, stk. 3, nr. 2, præciseres således den til tider lidt svævende praksis, som Klagenævnet meget tidligt slog ind på, og som så er blæst lidt fra side til side.

Klagenævnet udtalte således den 1. marts 1999 i sagen Enemærke & Petersen mod Fællesorganisationens Boligforening, at referencer og kapacitet (kun) skulle vurderes ved prækvalifikationen, og at det var i strid med det dagældende Bygge- og Anlægsdirektiv, at referencerne blev genfundet som tildelingskriterium.³³

Spørgsmålet blev uddybet i Klagenavnets kendelse af 2. maj 2000, Uniq-soft mod Odense Kommune, hvor Klagenævnet udtalte, at underkriteriet "Tilbudsgiverens referencesituation og organisation til varetagelse af installation, uddannelse og implementering" var uegnet i den konkrete situation, men at det principielt ikke var udelukket at anvende samme kriterier som hhv. udvælgelses- og tildelingskriterier.³⁴ Klagenævnet opstillede den beting-

33 Af ældre Klagenavnsspraksis om spørgsmålet kan nævnes Klagenavnets kendelse af 16. juli 1999 i sagen Holst Sørensen mod Vendsyssel Øst, hvor referencer var nævnt blandt flere tildelingskriterier, der alle refererede til tilbudsgivernes generelle egnethed og derfor ikke lovligt kunne anvendes som tildelingskriterium. Herudover også Klagenavnets kendelse af 28. december 1999 i sagen Skjortegrossisten mod Post Danmark. Samt Klagenævnet kendelse af 9. februar 2000 i sagen PAR mod Udenrigsministeriet.

34 Klagenævnet udtalte i sagen: "Det er ikke efter EU-udbudsreglerne udelukket, at et forhold, som i udbudsbekendtgørelsen er fastsat som en kvalifikationsbetingelse ved prækvalifikationen, efter sin beskaffenhed både kan fungere som en minimumsbetingelse, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan prækvalificeres, og tillige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne kan fast-

else, at det pågældende forhold efter sit indhold – ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres – også skulle være egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En fornuftig præmis, som også gennemsyrrer anvendelsesgrundlaget for § 163 i loven.

Klagenævnet bekræftede denne stillingtagen den 11. oktober 2004 i sagen Iver C. Weilbach og Co. A/S mod Kort- og Matrikelstyrelsen. Klagenævnet lagde til grund, at de anvendte underkriterier, som relaterede sig til erfaring med markedet og et net af forhandlere, lovligt kunne anvendes. Det fulgte således allerede af den tidlige Klagenævnspraksis, at det var muligt at anvende referencer og CV'er som et kvalitativt konkurrenceparameter, fordi det ikke kun udtrykker, hvem der er egnede til at levere, men reelt også kan udtrykke, hvem der kan levere det bedste tilbud. Der stilles strenge krav til den klare forbindelse, som tildelingskriterierne skal have til kontraktgenstanden. Det er et krav, at kriteriet er målrettet mod den konkrete ydelse og har en selvstændig værdi for evalueringen af tildelingskriterierne, for at kriterierne kan være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnets praksis blev – efter visses opfattelse – imidlertid tilsidesat i EU-Domstolens “berygtede” afgørelse af 24. januar 2008 i sagen C-532/06, Lianakis. Dommen fastslog, at udbudsreglerne som udgangspunkt var til hinder for en sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier, og at tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre kontrakten ikke kunne anvendes som tildelingskriterier, men var forbeholdt udvælgelsesfasen.³⁵ Den første del med at hindre en sammen-

sættes som et af flere underkriterier til tildelingskriteriet “det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, således at det efterfølgende lovligt kan anvendes som underkriterium ved beslutningen om, hvilket tilbud der skal antages. Betingelsen er imidlertid, at det pågældende forhold efter sit indhold – ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres – på grund af beskaffenheden af den vare, der skal indkøbes, tillige er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

35 Jf. EU-Domstolens sag af 24. januar 2008 i sagen C-532/06, Lianakis: “I hovedsagen vedrører de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed som “kriterier for tildeling af ordren”, imidlertid principielt den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt. Det drejer sig om kriterier, der vedrører tilbudsgivernes evne til at gennemføre denne kontrakt, og som derfor ikke kan kvalificeres som

blanding passer fint ind i den danske praksis, den sidste del passer ind i dele af Klagenævnets praksis – men efter vores opfattelse er den sidste del “forkert”, og derfor er det passende, at både det ny EU-udbudsdirektiv og udbudsloven nu tager klar stilling.

Selvom forbuddet mod at anvende CV'er som tildelingskriterium hverken af Klagenævnet eller EU-Domstolen var absolut, var retstilstanden herefter, at en ordregiver måtte foretage en tilbundsående og konkret undersøgelse af, om brug af CV'er i et konkret udbud kunne udgøre et egnet tildelingskriterium. Der skulle udvises en høj grad af påpasselighed på dette punkt, hvilket også efterfølgende er bekræftet i senere praksis fra Retten såvel som Klagenævnet.³⁶

'kriterier for tildeling af ordren' ” (præmis 31). Det skal følgelig konstateres, at [direktivets bestemmelse om hvordan en kontrakt skal tildeles sammenholdt med bestemmelserne om henholdsvis udvælgelseskriterier og tildelingskriterier], er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, [...] som 'kriterier for tildeling af ordren.' ” (Præmis 32).

36 Se således Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007 Magnus mod Skat. Klagenævnets kendelse af 15. januar 2009 i sagen Ortos mod Odense Kommune. Klagenævnets kendelse af 23. april 2009 i sagen Saver mod Billund. Klagenævnets kendelse af 19. maj 2009 i sagen Anker Hansen mod Rudersdal Kommune, hvor kriterium om kompetenceprofil blev betragtes som et underkriterium. Klagenævnets kendelse 1. oktober 2009 Cimber Air mod Forsvarskommandoen. Klagenævnets kendelse af 5. maj 2010 i sagen Remmer mod SKI, hvor et tildelingskriterium om CV'er blev tilsidesat. Klagenævnets kendelse af 9. juli 2010 Visma mod Vesthimmerlands Kommune. Klagenævnets kendelse af 6. august 2010 i sagen HedeDanmark mod Greve Spildevand. Klagenævnets kendelse af 8. oktober 2010 i sagen M. Olsens Lægeservice mod Region Midtjylland. Klagenævnets kendelse af 18. januar 2011 i sagen O K Entreprise mod Tønder Forsyning. Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2011 i sagen Rambøll mod Index Award. Derudover også Rettens dom af 8. december 2011 i sagen Evr. Dyn. mod Kommissionen. Klagenævnets kendelse af 22. februar 2012 i sagen Willis mod DSB, Klagenævnets kendelse af 7. juni 2012 i sagen Dubex mod Danske Spil, hvor anvendelse af CV'er blev godkendt som et egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Rettens dom af 12. december 2012 i sagen Evr. Dyn. mod EFSA, hvor CV'er kunne indgå i tilbudsvurderingen. Rettens dom af 24. april 2013 dom i sagen Evr. Dyn. mod Kommissionen, hvor det igen blev tydeliggjort, at det er ikke er udelukket, at ordregiver kan anvende medarbejderes kvalifikationer som tildelings-

EU-Domstolens dom af 26. marts 2015 i sagen C-601/13, *Ambisig* synes at følge den udvikling, som det ny EU-Udbudsdirektiv og udbudsloven lægger op til, og peger på en mere åben tilgang til anvendelse af referencer som konkurrenceparameter. EU-Domstolen nåede det resultat, at det tidligere EU-Udbudsdirektiv ikke var til hinder for, at et underkriterium vedrørende sammensætningen af medarbejdere, der skulle levere undervisnings- og konsulentytelser samt deres dokumenterede erfaring og uddannelses- samt erhvervsmæssige baggrund ikke var i strid med udbudsreglerne. Der blev lagt vægt på, at den faglige kvalitet af en sådan type ydelser blandt andet kan afgøres af den kompetence og de erfaringer, som medarbejderne har. I dette tilfælde vurderes medarbejdernes referencer at være forbundet med kontraktens genstand og i øvrigt at være en integreret del af tilbuddene. Det kan ikke udelukkes, at EU-Domstolens vurdering af spørgsmålet i sagen har været påvirket af den fremtidige ikrafttrædelse af artikel 67, stk. 2, litra b, i Det ny EU-Udbudsdirektiv. EU-Domstolens dom i *Ambisig*-sagen er efter vores opfattelse i overensstemmelse med den nugældende klagenævnspraksis og endvidere udtryk for, hvordan retstilstanden reelt er – og bør være. Det vil være en konkret vurdering, om der i den pågældende situation kan anvendes CV'er og kriterier om organiseringen af personalet.

Den nyere Klagenævnskendelse fra 26. juni 2015 i sagen *Svend Pedersen mod Favrskov Kommune* er et eksempel på, at det igen blev fastslået, at underkriterium om tilbudsgivernes CV'er m.m. var uegnet. Den nye udbudslovs § 162, stk. 3, nr. 2 ville med høj grad af sandsynlighed ikke have ændret på dette udfald. Klagenævnet anvendte dog vendinger,³⁷ som det må

kriterier, så længe det har til formål at identificeres det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det blev samtidig lagt til grund, at tildelingskriterier ikke i det væsentligste må være forbundet med tilbudsgivernes tekniske og professionelle kapacitet. Derudover kan nævnes Klagenævnets kendelse af 10. juni 2013 i sagen *Berotech mod Provas*.

37 “Underkriterierne til tildelingskriteriet ‘det økonomisk mest fordelagtige tilbud’ var fastsat som ‘Pris’ og ‘CV’er, organisationsplan, væsentlige under-entreprenører samt referencer’. Underkriteriet ‘CV’er, organisationsplan, væsentlige underentreprenører samt referencer’ indeholder reelt 4 delkriterier, som tilsammen udgør underkriteriet. Hvert af disse delkriterier er efter deres karakter sædvanligvis alene egnet til at bedømme tilbudsgivernes generelle egnethed til at udføre opgaven. Det er dog muligt at anvende de enkelte kriterier som underkriterier til tildelingskriteriet ‘det økonomisk mest fordelagtige tilbud’, hvis det

formodes at kunne fortolke som mindre stringente sammenholdt med tidligere klagenævnspraksis. Klagenævnets formulering i kendelsen må forstås således, at det er muligt at anvende fx "CV'er" som underkriterium, så længe det er angivet i udbudsmaterialet og relaterer sig til den udbudte opgave, hvori det må forstås, at der skal kunne påvises en nærmere sammenhæng mellem det valgte underkriterium og selve løsningen af opgaven. Der blev derudover henvist til kravet om, at det valgte underkriterium fortsat skal være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Idet egnethedskravet er det strengeste af de opstillede krav, må det lægges til grund, at formuleringen ikke udgør en væsentlig ændring af tidligere Klagenævnspraksis.

Samlet er det vores vurdering, at § 162, stk. 3, nr. 2, formentlig vil give en øget fleksibilitet med hensyn til at kunne anvende CV'er som underkriterier, men omvendt ikke vil medføre markante ændringer i adgangen hertil. Således gælder det for sådanne underkriterier som for alle øvrige underkriterier, at de efter en konkret vurdering skal være egnede til at kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det vil herefter fortsat gælde, at anvendelsen af CV'er og andre referencer som underkriterier til tildelingskriterier er forbeholdt de særlige kontrakter, hvor der er en tilstrækkelig forbindelse mellem underkriteriet og kontraktens genstand, som kan begrunde, at underkriteriet er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

19.5. Mulighederne for tilbagekaldelse af tildelingsbeslutninger

Udbudslovens § 170 præciserer, hvornår en ordregiver kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen. Udbudslovens bestemmelse er en dansk særregulering, som ikke følger af det ny EU-Udbudsdirektiv, og har sin baggrund i den – for nogle – ret kontroversielle Mölnlycke-kendelse fra Klagenævnet for Udbud i 2009, der omtales yderligere nedenfor.

klart fremgår af udbuds- eller licitationsbetingelserne, hvordan kriterierne specifikt relaterer sig til den udbudte opgave. Det skal således fremgå, hvilken nærmere sammenhæng der er mellem kriterierne og selve løsningen af opgaven."

Det fremgår af bemærkningerne til udbudsloven, at bestemmelsens formål er at skabe klarhed over, at ordregiver under visse – nærmere – betingelser skal kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning. Hovedreglen er herafter, at hvis kontrakten allerede er indgået, kan en tildelingsbeslutning ikke tilbagekaldes, hvorimod tilbagekaldelse under overholdelse af visse nærmere betingelser kan ske, så længe kontrakten endnu ikke indgået.

Efter ordlyden af § 170 gælder, at tildelingsbeslutningen kan tilbagekaldes i de situationer, hvor der:

- Er begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene,
- Kontrakten ikke er indgået,
- Den fastsatte vedståelsesperiode ikke er udløbet³⁸ og
- Samtlige tilbudsgivere underrettes om, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, og om, at vurderingen af tilbuddene genoptages.

Endvidere gælder i henhold til § 170, stk. 2, at hvis en ordregiver tilbagekalder en tildelingsbeslutning, skal ordregiveren træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en ny vurdering, som baserer sig på den i udbudsmaterialet offentliggjorte fremgangsmåde.

§ 170, stk. 1, nr. 1, skal efter vores opfattelse forstås således, at der må anses at være begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene, hvis beslutningen har medført en risiko for, at den pågældende tilbudsgiver, som har fået tildelt kontrakten, ikke *burde have fået* den tildelt. Det kan også være, at ordregiveren bliver bekendt med, at den vindende tilbudsgiver ikke lever op til minimumskravene, eller at fejlen har resulteret i, at kredsen af tilbudsgivere er blevet påvirket på en måde, som har haft afgørende betydning for tildelingen. Der er således på sin vis tale om en "objektiv værnsregel", forstået således, at det ud fra den objektive vurdering af udbuddet vil vise sig, om tildelingen er forkert. Hermed ikke sagt, at den udløsende faktor ikke kan bero på subjektive forhold. Den ordregivende myndighed kan i første omgang have overset en manglende opfyldelse af et minimumskrav eller have glemt indtastningen af en delbudssum i forbindelse med sammenstillingen af de modtagne tilbud. Men objektivt set er der tale om en fejl.

38 Vedståelsesperioden er den periode, hvor tilbudsgiverne er forpligtede af deres tilbud.

Dermed vil værnsreglen sikre, at fejlen kan korrigeres, og at udbuddet får den rette vinder uanset den tidligere udmelding.

Bestemmelsen i udbudslovens § 170 kommer på baggrund af en række klagenævnsager om spørgsmålet, hvor der hidtil har været anlagt en ganske restriktiv praksis. Klagenævnets kendelse fra 4. august 2009 i sagen Mölnlycke mod Region Hovedstaden behandler spørgsmålet om, hvornår en ordregiver kan tilbagekalde sin tildelingsbeslutning. Ordregiver havde i sagen tilbagekaldt tildelingsbeslutninger hhv. 10 dage, 25 dage og 41 dage efter meddelelse om tildelingsbeslutningen for herefter, uden fornyet udbud, at have tildelt til en anden tilbudsgiver. Klagenævnet udtalte – af egen drift – at når en ordregiver havde truffet en tildelingsbeslutning og havde underrettet tilbudsgiverne herom, kunne ordregiveren ikke tilbagekalde tildelingsbeslutningen uden samtidig at annullere udbuddet. Ordregiveren havde derfor handlet i strid med udbudsreglerne ved at revurdere deres evaluering, trække deres tildelingsbeslutning tilbage og tildele rammekontrakterne til andre tilbudsgivere uden først at have annulleret udbuddene. Det er oplagt, at med en annullation af selve udbuddet som konsekvens, kunne en fornyet tildeling – på et objektivt grundlag eller ej – ikke foretages uden gennemførelse af en ny proces, og dermed ville en – objektivt – forkert underretning om tildeling skulle føre til genudbud. Med alle de uhensigtsmæssigheder, det måtte indebære.

Baggrunden var efter Klagenævnets opfattelse, at det ville kunne stride med gennemsigtighedsprincippet, indebære risiko for overtrædelse af ligebehandlingsprincippet samt indebære en risiko for en praksis, hvor tilbudsgivere ville søge at få revurderet tildelingsbeslutningen, hvis ikke berigtigelsen af underretningen skulle føre til et genudbud.³⁹ Efter vores opfattelse

39 Klagenævnet udtalte: “En retstilstand, hvorefter en ordregiver i stedet for som beskrevet at annullere udbuddet har mulighed for at træffe en ny beslutning om, at kontrakt på grundlag af udbuddet alligevel ikke skal indgås med den valgte tilbudsgiver, men derimod med en anden tilbudsgiver, kan endvidere forventes at føre til en praksis, hvor tilbudsgivere, som ikke har fået kontrakten, straks efter at have modtaget meddelelse om tildelingsbeslutningen retter henvendelse til ordregiveren – enten ved formel skriftlig henvendelse eller uformelt ved personlig eller telefonisk henvendelse eller ved anmodning om afholdelse af et møde – med henblik på dels over for ordregiveren at påpege fejl ved udbuddet, dels at overbevise ordregiveren om nødvendigheden af på grund af disse fejl at tilbage-

var denne praksis meget restriktiv og også restriktiv ud over det, der ud fra ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var grundlag for. Bestemmelsen i udbudsloven er derfor velkommen og understøttes i øvrigt af den frivillig udelukkelsesgrund, der foreslås indført i lovens § 137, stk. 1, nr. 6, hvorefter en ordregiver kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, hvis denne – uretmæssigt – har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces.

EU-Domstolen har efter Klagenævnets afgørelser i ovennævnte sager fra 2009 taget stilling til, om der er en adgang for EU-institutionernes ordregivere til at tilbagekalde tildelingsbeslutninger og træffe en ny tildelingsbeslutning uden nødvendigvis at være tvunget til at gennemføre et nyt udbud. EU-Domstolen har besvaret dette spørgsmål bekræftende først i sagen fra 10. september 2009 i sag T-195/08, Antwerpse, og efterfølgende bekræftet ved Retten i Første Instans' dom af 16. juli 2014, sag T-48/12, Euroscript – Polska mod Parlamentet. I begge sager var der dog tale om en vurdering baseret på et lidt anderledes retsgrundlag i form af den dagældende Finansforordning, Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002.

Klagenævnet tog fornyet stilling til spørgsmålet i kendelse af 10. marts 2010 i sagen Manova A/S mod Undervisningsministeriet. Denne sag angik et udbud omfattet af tilbudslovens afsnit II. Klagenævnet vurderede i denne sag, at ordregiveren (godt) kunne tilbagekalde tildelingsbeslutningen på baggrund af de opdagede fejl.

Herefter kom Klagenævnets kendelse af 26. maj 2010. M.K Riisager Transport A/S mod Hjørring Kommune, hvor spørgsmålet også blev bes-

kalde tildelingsbeslutningen og træffe en ny beslutning. Under en sådan retstilstand kan der endvidere forventes at opstå en praksis, hvorefter også den virksomhed, som har fået kontrakten, kontakter ordregiveren med henblik på at overbevise ordregiveren om, at der ikke er begået nogen fejl, eller at der trods eventuelle fejl ikke er grundlag for at tilbagekalde tildelingsbeslutningen. En sådan praksis vil indebære en latent risiko for en usaglig påvirkning af ordregiveren i strid med EU udbudsrettens formelle regelsæt, og en sådan praksis vil derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2.⁷ At annullere et udbud på baggrund af, at der har været fejl, som nødvendigvis nyt udbud, vil i øvrigt ikke føre til, at ordregiver skal betale erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagenævnets vurdering i denne sag blev bekræftet i Klagenævnets kendelse af 1. oktober 2009 i sagen Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen.

varet bekræftende. Klagenævnsdommerne Erik Hammer og Thomas Grøn-kær vurderede i overensstemmelse med retstilstanden for EU-institutioner, at hvis en ordregiver konstaterede, at der var begået en fejl af betydning for tildelingsbeslutningen, kunne ordregiveren tilbagekalde tildelingsbeslutningen for at træffe en ny tildelingsbeslutning. De to dommere lagde dog til grund, at tilbagekaldelse måtte kræve, at dette kan ske under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, samt at kontrakten endnu ikke var indgået. Den dissenterende dommer Carsten Haubek fastholdt med henvisning til sagen af 4. august 2009, Mölnlycke, (hvori han deltog), at der hverken var hjemmel i det tidligere EU-Udbudsdirektiv eller i de danske kontrolregler⁴⁰ til, at ordregiver kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning og erstatte den af en beslutning om, at der skulle indgås en kontrakt med en anden tilbudsgiver.⁴¹ Klagenævnets kendelser i sagen fra 26.

40 Ved ikrafttrædelsen af håndhævelsesloven i 2010 angav lovbemærkningerne til håndhævelsesloven: "da det i standstill-periode stadig er muligt at klage inden indgåelse af den pågældende kontrakt, og det dermed også er muligt for ordregiveren i visse situationer at omgøre sin tildelingsbeslutning, hvis det viser sig, at ordregiveren har begået en mindre fejl ved tildelingen af kontrakten." Carsten Haubek udtalte i kendelsen: "Ved lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud og ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 a og § 6 b er Kontrol direktivet implementeret i dansk ret. I lovens § 6, stk. 1, er der givet Klagenævnet hjemmel til at annullere ordregivernes tildelingsbeslutninger, og det følger af denne bestemmelse, at en ordregiver, når Klagenævnet har annulleret en tildelingsbeslutning – afhængigt af de konkrete omstændigheder under udbudet – herefter kan træffe en ny tildelingsbeslutning. De nævnte regler indeholder derimod ingen bestemmelse, som giver de ordregivende myndigheder hjemmel til – f.eks. når der indgives klage til Klagenævnet – selv at tilbagekalde en tildelingsbeslutning og erstatte den af en beslutning om, at der skal indgås en kontrakt med en anden tilbudsgiver."

41 Carsten Haubek udtalte: "Såfremt det antages, at en ordregivende myndighed efter at have truffet beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, og meddelt tilbudsgiverne dette, kan omgøre sin beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, og i stedet beslutte at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver, vil dette indebære en afgørende ændring af det system, der er fastlagt i Udbuds direktivet. Tilbudsgivere, som ikke har fået kontrakten, vil under en sådan retstilstand have mulighed for at kontakte den ordregivende myndighed med henblik på at opnå, at den trufne afgørelse omgøres, og en anden tilbudsgiver udpeges i stedet, og denne mulighed vil utvivlsomt blive udnyttet i betydeligt omfang. Endvidere vil den tilbudsgiver, som har fået kontrakten, under en

maj 2010, Riisager transport, og af 10. marts 2010, Manova, indebar en mere liberal (og efter vores opfattelse rigtig) vurdering af adgangen til at omgøre tildelingsbeslutninger før kontraktindgåelse.

Klagenævnet behandlede igen spørgsmålet i kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, som vedrørte spørgsmålet om omgørelse, når kontrakt var indgået og udtalte, at:

“er det tvivlsomt, om en ordregiver, efter at kontrakt er indgået, lovligt kan omgøre tildelingen og indgå ny kontrakt med en anden leverandør end den oprindelige uden nyt udbud, idet et udbud under normale omstændigheder må anses for afsluttet, når kontrakt er indgået. Det gælder så meget desto mere, når der, som tilfældet er her, er gået ganske lang tid, siden kontrakt blev indgået.”

Efter Klagenævnets kendelse i Bondo-sagen har det således fortsat været behæftet med tvivl, i hvilken udstrækning en tildelingsbeslutning kan tilbagekaldes efter kontrakten er indgået. Kendelsen tager ikke direkte stilling til spørgsmålet, og der kan derfor af kendelsen alene udledes, at jo længere tid der går fra indgåelse af kontrakten, jo mere usandsynligt er det, at tildelingsbeslutningen kan omgøres og kontrakt indgås med en anden tilbudsgiver. Det var herefter fortsat usikkert, om en tildelingsbeslutning ville kunne omgøres og kontrakt indgås med en anden tilbudsgiver, når vedståelsesfristen på tilbudsgivernes tilbud endnu ikke var udløbet. At vedståelsesfristen ikke er udløbet for den forbigåede tilbudsgiver, vil dog efter kendelsen kunne få en vis betydning for vurderingen.

Med udbudslovens § 170 kodificeres og præciseres praksis, idet det gøres klart, at det er et krav, at vedståelsesfristen ikke er udløbet, og at kontrakten endnu ikke er indgået, for at berigtigelse kan ske. Efter udbudslovens § 170

sådan retstilstand have mulighed for og anledning til at kontakte den ordregivende myndighed med henblik på at opnå, at den trufne afgørelse ikke bliver omgjort, men derimod fastholdt. Uanset hvad de danske forvaltningsretlige regler om kontradiktion forskriver i en situation som den anførte, må det endvidere antages, at den ordregivende myndighed vil give tilbudsgiverne mulighed for kontradiktion, ligesom det må antages, at den ordregivende myndighed vil føle sig forpligtet til eller dog motiveret til, at argumentere for sin afgørelse i et omfang, som går ud over den pligt til at begrunde tildelingsbeslutninger, som er fastlagt i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2.”

gælder det således utvetydigt, at ordregiver først skal tilbagekalde tildelingsbeslutning ved underretning til samtlige tilbudsgivere, hvorefter der kan træffes en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en fornyet vurdering – og at dette alene kan ske, hvis vedståelsesfristen ikke er udløbet, og at kontrakten endnu ikke er indgået.

Det fremgår af bemærkningerne til udbudsloven, at den fornyede vurdering skal foretages ved en vurdering af de samme bud, som lå til grund for den oprindelige vurdering, og at ordregiver skal anvende den fremgangsmåde, der er beskrevet i udbudsmaterialet. Det forekommer nærliggende, at der heri må indfortolkes, at der kun kan tilbagekaldes tildelingsbeslutninger, som retter op på fejl, der *de facto* kan afhjælpes – det harmonerer med vores betragtning om, at bestemmelsen kan ses som en objektiv værnsregel. Et eksempel kunne som nævnt være, at der er sket fejl ved sammenlægningen af delsummer i forbindelse med evalueringen, hvorefter den forkerte tilbudsgiver har fået tildelt kontrakten. En sådan situation løses efter bemærkningerne til udbudslovens § 170 således, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, hvis de kumulative betingelser er opfyldt, hvorefter der kan tildeles på ny. I denne situation er der reelt ikke behov for at foretage en ny evalueringsproces, idet fejlen allerede vil være afhjulpet.

Her får § 170 dog en formel og proceduremæssig betydning, idet ordregiver først skal tilbagekalde den tidligere tildelingsbeslutning. Hvis der derimod er tale om fejl, som det ikke er muligt at afhjælpe, må det formodes at der ikke kan foretages en fornyet tilbudsevaluering uden at gennemføre en nyt udbud. Berigtigelsesadgangen vil være underlagt det almindelige forhandlingsforbud, og det betyder også, at en ordregiver i situationen er underlagt de begrænsninger med hensyn til at tage hensyn til nye oplysninger, som følger af forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet. Dette kan formentlig være en udfordring der, hvor en ordregiver af en forbigået byder gøres opmærksom på forhold, som ikke alene er påpegning af fejl i det eksisterende tilbudsmateriale og læsningen heraf, men også omfatter egentlige nye oplysninger, som kan føre til en anden evaluering. Hvis der således er tale om fejl der enten ikke kan rettes op, eller kun kan rettes op på grundlag af nye oplysninger – eller på grundlag af nye subjektive vurderinger af f.eks. kvalitative underkriterier – vil der i udgangspunktet ikke kunne ske en berigtigelse. Det må følge af § 170, stk. 2, at det er et krav, at den for-

nyede vurdering skal kunne ske på *samme grundlag* som den oprindelige, fejlbehæftede tildelingsbeslutning.⁴²

Herefter må det gælde, at afhjælpelige fejl, som er begået efter tilbudsgiverne har indleveret deres bud, kan tilbagekaldes efter § 170.

Tilbagekalder en ordregiver sin tildelingsbeslutning i henhold til udbudslovens § 170, for herefter at foretage en ny tildelingsbeslutning, vil der gælde en ny standstill-periode, jf. Klagenævnets kendelse af 6. marts 2012 i sagen RenoNorden A/S mod Skive Kommune.

Omgørelse af tildelingsbeslutninger er et i praksis væsentligt og ganske ofte forekommende forhold. Selvom klagenævnspraksis, således som den gælder i dag, åbner op for adgangen til at omgøre og berigtige en tildelingsbeslutning, er rækkevidden heraf ikke ganske klar. Indførelsen af § 170 er efter vores opfattelse et fornuftigt forsøg på at få fastlagt retstilstanden mere tydeligt og dermed give såvel ordregivere som tilbudsgivere klarhed over, hvad der gælder. Det kan formentlig medvirke til at nedsætte behovet for, at ordregiver tvinges ud i en annulation af (hele) sit udbud, hvilket grundlæggende hverken ordregiver eller tilbudsgiverne har en interesse i. Udbudslovens § 170 løser ikke alle problemer og indeholder forhold, som Klagenævnet vil skulle tage stilling til, herunder om grundlaget for en omgørelse kan ske uden at krænke ligebehandlingsprincippet og ikke mindst forbuddet mod forhandling, men den er en praktisk væsentlig regel, der i sit indhold sikrer, at objektivt, forkerte forhold kan berigtiges uden at skulle gennem ressourcekrævende (og i den forbindelse unødvendige) udbudsprocesser.

42 Er der tale om fejl i udbudsmaterialet, vil det kunne betyde, at, at der slet ikke vil være mulighed for at anvende den i udbudsmateriale beskrevne fremgangsmåde ved fornyet tilbudsevaluering, og i så fald må udbuddet naturligvis gå om. Denne opfattelse er overensstemmende med EU-Domstolens dom af 4. december 2003 i sagen C-448/01, EVN, hvorefter det gælder, at der er tale om væsentlige fejl, som forpligter ordregiver til at annullere udbuddet, hvis fejlene er uafhjælpelige og anses for egnede til at påvirke udfaldet, såsom overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i selve udbudsmaterialet, fx ved ulovlige tildelingskriterier, eller ulovlige krav til ydelsen, jf. René Offersen, *Lovliggørelse af fejlbehæftede udbud*, U.2010B.55.

19.6. Konklusion

Der er på en række punkter ikke overensstemmelse eller i hvert fald ikke fuld overensstemmelse mellem gældende praksis og indholdet af udbudsloven. I langt de fleste tilfælde er forskellene tiltænkt netop at skulle udgøre en forskel, en afstandstagen eller en præcisering af praksis. Vi har her behandlet spørgsmålene om:

1. Lovbemærkningernes afgrænsning af staten som én samlet enhed og dens – i vores opfattelse – markante og måske utilsigtede udvidelse af den klassiske in-house-regel;
2. Den ny mulighed for at evaluere kvalitative underkriterier relativt;
3. Brugen af CV'er som evalueringsgrundlag i tildelingen; og
4. Adgangen til at tilbagekalde en ellers udmeldt tildelingsbeslutning og berigtige den med en ny.

Det kan diskuteres for hvert enkelt punkt, om særreguleringen er hensigtsmæssig eller ej, og i hvilket omfang den i realiteten løser de forhold, som den er begrundet i. Om punkterne gælder imidlertid, at de alle er "ordregiver-venlige", forstået således, at de udbygger den fleksibilitet, som ordregiverne har efterspurgt, og som har været en del af grunden til at udarbejde udbudsloven. Og på visse af punkterne vil fleksibiliteten også tilgodese tilbudsgiverne. På den måde er særreguleringen for så vidt en succes. Ser man på punkterne et for et, synes det imidlertid ved dem alle – nok med undtagelse af § 170 – at være tilfældet, at der sker en udfordring af gennemsigtigheden og dermed ultimativt også ligebehandlingen, og dermed kan det blive tilbudsgiverne, som står som taberne. Samtidig viser ovennævnte, at der nok sker en dansk særregulering, men at denne i sagens natur netop er underlagt de forbehold, der følger af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed som fastslået af EU-Domstolen. Derfor er særreguleringerne heller ikke fuldstændige, men vil være undergivet såvel Klagenævnets som EU-Domstolens fortolkningskompetence, og den usikkerhed må have i baghovedet, når ordregiverne vil påberåbe sig de pågældende bestemmelser.