

Klagenævnet for Udbud



v/ Nikolaj Aarø-Hansen,
Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud

Program

- Lidt om Klagenævnet for Udbud
- De vigtigste kendelser i 2020
 - Forelæggelseskendelse af 16. januar 2020, Simonsen & Weel mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.
 - Fem afgørelser om unormalt lave bud
 - Delkendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl G. Christensen mod FMI.
 - Delkendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com mod FMI.
 - Delkendelse af 23. april 2020, MMEC Mannesmann GmbH mod Energinet Gas TSO A/S
 - Kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S.
 - Kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice mod Egaa Gymnasium.
 - Delkendelse af 18. marts 2020 Alcyon Mod Regionerne Hovedstaden, Midtjylland, Nordjylland og Sjælland
 - Delkendelse af 6. maj 2020 Dansk Person Transport mod Næstved Kommune.
 - Efterfølgende forhold
 - Kendelse af 10. januar 2020 LM Gruppen ApS mod Banedanmark
 - Kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik
 - Kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune
- Afrunding

Lidt om Klagenævnet for Udbud

- Sammensætning
- Opgaver
- Hjemmeside www.klfu.dk
 - Afgørelser (kendelser/delkendelser)
 - Årsberetninger
- KLFU træffer typisk den endelige afgørelse af sagen

Simonsen & Weel

- Forelæggelseskendelse af 16. januar 2020
- Udbud af rammeaftale af 51 forskellige sonderemedier til hjemmepatienter mv.
- Ordregiver var to regioner. Den ene deltog "på option".
- Udbudsbekendtgørelsen
 - Ingen anslået samlet værdi eller andre oplysninger om dette
 - Ingen maksimal værdi pr. region eller samlet
 - Ingen maksimal mængde angivet.
- Udbudsbetingelserne (kun på dansk)
 - Indeholdt "forventede forbrugsmængder" pr. region for hver varelinje. Kun vejledende.
 - Regionerne havde ikke pligt til at købe på aftalen.

Simonsen & Weel (2)

- Klagerens påstande:
 - Anslået mængde eller værdi mangler i udbudsbekendtgørelsen
 - Maksimal mængde eller værdi mangler i udbudsbekendtgørelsen
- ⇒ Ordregivernes tildelingsbeslutning skal annulleres
- ⇒ Kontrakten skal erklæres for "uden virkning".

Regionernes synspunkt:

- Der er ikke pligt til at komme med sådanne oplysninger
- Der skal ikke være en maksimal mængde eller værdi

Simonsen og Weel (3)

- Baggrunden for klagen:
- C-216/17 af 19. december 2018, "Autoritá",
- §§57-69, bl.a.
 - *"61. ... Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ... kun kan forpligte sig ... inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger."*
- Dommen er meget omtalt og diskuteret i udbudsbranchen
 - Væsentlig ændring af stor praktisk betydning
 - Dommen angår et meget særligt tilfælde
 - Nye udbudsdirektiver (men stort set enslydende ordlyd).

Simonsen og Weel (4)

- **Klagenævnet stillede EUD følgende spørgsmål (kort gengivet)**
 1. Skal udbudsbekendtgørelsen indeholde oplysning om den anslåede mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale?
 2. Skal udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne fastsætte en maksimal mængde og/eller værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, således at den pågældende rammeaftale vil have udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået?
 3. Har ordregiveren tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse, hvis den anslåede og maksimale mængde og/eller værdi af rammeaftalen ikke er oplyst?

Unormalt lave bud

Udbudslovens § 169 (udbudsdirektivets artikel 69)

- **§ 169.** Forekommer et tilbud unormalt lavt, skal ordregiveren anmode tilbudsgiveren om inden for en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, jf. stk. 2.
- *Stk. 2.* En ordregiver kan alene afvise et tilbud som unormalt lavt, når det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse. ...
- *Stk. 3.* En ordregiver skal afvise et tilbud, når tilbuddet er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren eller dennes underleverandør har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- og arbejdsretlige område i henhold til ...

Unormalt lave tilbud (2)

- klager over manglende afvisning

- Klage over, at tilbuddet skulle være anset for unormalt lavt
 - Delkendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl G. Christensen mod FMI.
 - Delkendelse af 6. marts 2020, Autocentralen.com mod FMI.
 - *"Bestemmelsens formål er at sikre tilbudsgiverne imod, at en ordregiver vilkårligt kan afvise tilbud, som ordregiver vurderer er unormalt lave".*
 - Ikke grundlag for at tilsidesætte ordregivers skøn => ikke udsigt til, at klagen tages til følge.
- Pligt til afvisning pga. overtrædelser af miljø-, social- og arbejdsretlige regler?
 - Delkendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl G. Christensen mod FMI.
 - Delkendelse af 23. april 2020, MMEC Mannesmann GmbH mod Energinet Gas TSO A/S (Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84)

Unormalt lave tilbud (3)

- Klager over afvisning: Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S

- Kendelse af 6. maj 2020.
- Forhandlingsudbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- Arkitektydelser til opførelse af et stort vandrenseanlæg.
- Klagerens tilbud blev afvist som unormalt lavt pga., strategisk prissætning af centrale ydelser.
- **Begrundelse:** "at der er tale om et innovativt projekt, hvor ydelserne – og dermed hvilke medarbejdere, der er bedst egnede til at løse en opgave – er behæftet med en ikke ubetydelig usikkerhed, ønsker Aarhus Vand således ikke at indgå aftale med en tilbudsgiver, hvor opgaven vil være tabsgivende for tilbudsgiveren for så vidt angår en betydelig del af de tilbudte medarbejdere. Aarhus Vand vurderer således – som også tilkendegivet under forhandlingerne – ikke, at en sådan situation er i overensstemmelse med den udbudte partneringsmodel, hvor Aarhus Vand ønsker, at opgaven besættes med den mest kvalificerede medarbejder, og hvor projektets succes er afhængig af et tillidsfuldt og åbent samarbejde mellem alle deltagere i projektet".

Klagenævnet for Udbud

Unormalt lave priser (4)

Klager over afvisning: Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S

- Klagenævnets afgørelse:
- 1) Konstaterede, at proceduren var fulgt.
- 2) *"Efter karakteren af den udbudte opgave er der ... ikke grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands skønsmæssige vurdering af, at den af Gottlieb Paludan Architects forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis imødegik Aarhus Vands tvivl om, hvorvidt Gottlieb Paludan Architects med den tilbudte prissammensætning ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Dermed er der heller ikke grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave."*

Unormalt lave priser (5)

Klage over afvisning: Kongsvang Rengøringservice mod Egaa Gymnasium

- Kendelse af 13. maj 2020
- Begrænset udbud efter udbudsdirektivet om rengøringsydelser
- Ordregivers beregning viste, at klagerens timepris var 205,30 kr., mens de øvrige priser lå på 235,35 kr. og 260,50 kr.
- Kvalitet (antal timer). Klageren havde medregnet mange timer til "ledelse og tilsyn".
- Ca. halvdelen 763,8 timer var i redegørelsen oplyst som "gratis", da de skulle leveres af eksisterende medarbejdere.

Unormalt lave priser (6)

Klage over afvisning: Kongsvang Rengøringservice mod Egaa Gymnasium

- Klagenævnets afgørelse:
 - - Det beror på ordregiverens *"konkrete skøn under hensyntagen til den udbudte rengøringsopgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have en indflydelse på prisspændet, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Skønnet skal i øvrigt foretages under hensyntagen til udbudslovens generelle principper, herunder om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet."*
 - Der gælder *"ikke ... særlige krav til anmodningen om redegørelsen, men ... der skal fastsættes en passende frist for tilbudsgiverens redegørelse under hensyntagen til udbuddets kompleksitet og tilbuddets sammensætning"*.
- Proceduren var overholdt, og klagerens redegørelse svarede ikke på de stillede spørgsmål:
 - De 763,8 timer var ikke nærmere belyst, og
 - Der var ikke dokumentation for overholdelse af miljø-, social- og arbejdsretlige regler. =>
 - Ikke grundlag for at tilsidesætte skønnet.

Alcyon ApS mod Regionerne Hovedstaden, Midtjylland, Nordjylland og Sjælland

- Delkendelse af 18. marts 2020

-Sagen

- Køb af hospitalssenge til store dele af det danske sygehusvæsen.
- Klageren var en tilbudsgiver, der ikke kunne opfylde mindstekravene
- Klagen angik en lang række tekniske overtrædelser, bl.a.
 - Mindstekrav, som favoriserede den eksisterende leverandør
 - Uklare mindstekrav
 - Mangler ved udbudsbekendtgørelsen (Manglende værdi-angivelse!)

Alcyon ApS mod regionerne Hovedstaden, Midtjylland, Nordjylland og Sjælland (2)

Klagenævnets kendelse:

- Tre kumulative betingelser for opsættende virkning:
- Fumus boni juris, Uopsættelighed, Interesseafvejning
- Her blev sagen afgjort alene på grund af kriteriet om interesseafvejning
 - *"Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning) bemærker klagenævnet, at Alcyon ikke er fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at det fastslås, at virksomhedens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, overstiger regionernes åbenbare interesse i hurtigst muligt at kunne indgå kontrakterne om hospitalssenge med henblik på at sikre den nødvendige kapacitet på hospitalerne."*

Efterfølgende ændringer (1)

- Mangeårig praksis i KLFU:
- Nævnet har ikke kompetence til at behandle kontraktretlige spørgsmål om opfyldelse af udbudte kontrakter.
- F.eks. kendelse af 10. januar 2020 LM Gruppen ApS mod Banedanmark:

”En ordregiver er forpligtet til også at undersøge og eventuelt reagere på oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen. Såfremt oplysningerne først modtages efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold.”

Efterfølgende ændringer (2)

- **Kendelse af 19. maj 2020.**
- Udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af rammeaftaler om persontransport til lands. Der blev bl.a. stillet mindstekrav om plads til to kørestole.
- Klagerens bil levede op til kravet, men fik ingen kørsler. Det gjorde andre leverandører, hvis biler ikke levede op til kravet.
- Kravet blev udtrykkeligt frafaldet længe efter kontraktindgåelsen.
- Ændring i strid med direktivets artikel 89.
- => Uden virkning + økonomisk sanktion.

Eg A/S mod Egedal Kommune

Anvendelse af en rammeaftale fra Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

- Køb af it-systemer til håndtering af økonomi, løn og debitorer
- SKI-rammeaftale 02.19 SaaS/Cloud
 - Tildeling iht. aftalen var nærmere reguleret:
 - Udgangspunkt: Direkte tildeling
 - Undtagelse: Ved mini-udbud
- Kommunen var i tvivl om aftalens indhold
 - Om mulighed for prisændringer.

Eg A/S mod Egedal Kommune (2)

- SKI svarede bl.a.:
 - *"Ligeledes vil det være muligt at sænke sine priser overfor en kunde, som man har indgået en leveringsaftale med, f.eks. med henblik på at gøre en service mere konkurrencedygtig."*
- Herefter blev aftalen indgået med KMD A/S.
 - Efter rammeaftalen var prisen 37 mio. kr.
 - Men blev ved en tillægsaftale reduceret til lidt mere end 9 mio. kr.

Eg A/S mod Egedal Kommune (3)

- Klage fra en anden leverandør på rammeaftalen:
- Klageren gjorde gældende:
 - Kontrakten var indgået efter prisforhandling i strid med reglerne for tildeling i rammeaftalen =>
 - Ikke tildelt på grundlag af rammeaftalen =>
 - Ulovlig, direkte tildeling af kontrakten.
- Kommunen gjorde gældende
 - Prisændringen skete først efter kontraktindgåelsen.
 - Der havde ikke været forhandlinger før tildeling, som var sket på rammeaftalens vilkår.

Eg A/S mod Egedal Kommune (4)

- Klagenævnet for Udbud fandt ved kendelsen af 19. august 2020:
 - At det var bevist, at der havde fundet forhandlinger sted, før tildeling og kontraktindgåelse.
 - Der var tale om ændring af et grundlæggende element. Ændringen var ikke udelukkende til ordregiverens fordel.
- Resultatet blev:
 - Aftalen var ikke indgået på grundlag af rammeaftalen. =>
 - Udbudspligten var ikke afløftet. => ulovlig direkte tildeling =>
 - Aftalen blev erklæret for "uden virkning" + en økonomisk sanktion.

Mulige udviklingstendenser i klageradfærden

- Urimelige mindstekrav ?
- Anvendelsen/udformningen af rammeaftaler?