



IKA College

Modul I - den 14. – 15. januar 2025

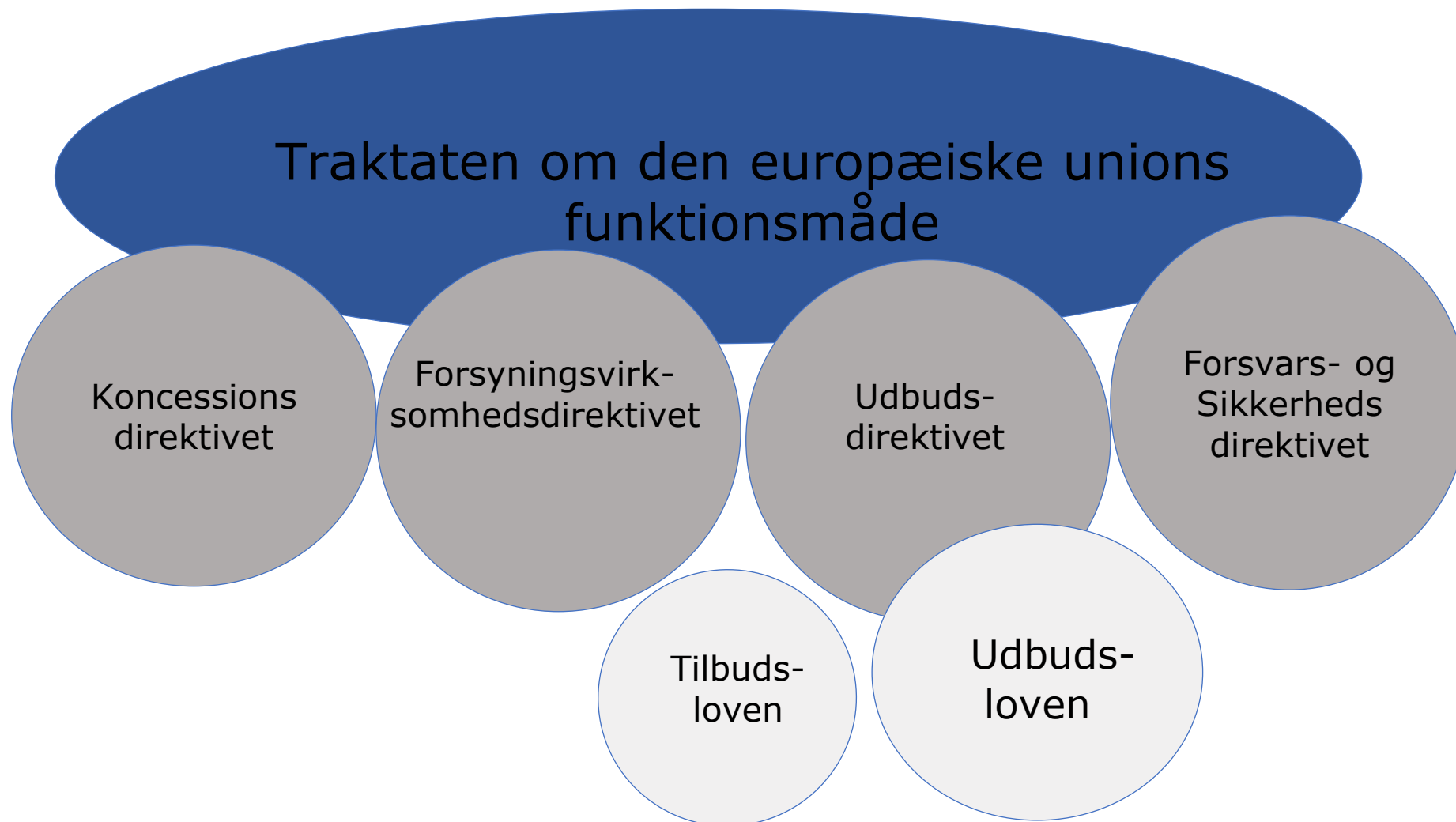
Advokat Martin Stæhr



ADVOKATFIRMAET
STÆHR | SCHÜTZE | INGEMANN

INTRO TIL UDBUDSREGLERNE

UDBUDSRETTENS HOVEDKILDER ANNO 2025



RELEVANTE UDBUDSRETSLIGE REGELSÆT

- **Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde**
 - Fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser mellem EU's medlemslande.
 - Principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.
- **Udbudsdirektivet (2014/24/EU)**
 - Implementeret i dansk ret i form af lovbekendtgørelse nr. 10 af 06/01/2023 (m. ændringer) – **Udbudsloven**.
 - Bekendtgørelse om elektronisk kommunikation og annoncering af kontrakter under tærskelværdien.
 - Bekendtgørelse om krav om anvendelse af personer under oplæring.
- **Forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU)**
 - Implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 1078 af 29/06/2022.
- **Forsvars- og Sikkerhedsdirektivet (2009/81/EF)**
 - Implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 1077 af 29/06/2022.
- **Koncessionsdirektivet (2014/23/EU/81/EF)**
 - Implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 1080 af 29/06/2022.

RELEVANTE UDBUDSRETSLIGE REGELSÆT

- **Tilbudsloven** (Lovbekendtgørelse 1410 af 07/12/2007 med senere ændringer)
 - Bekendtgørelse nr. 817/2005 om visse udbyderes anvendelse af underhåndsbud.
- **Kontrolbudsbekendtgørelsen** (Bekendtgørelse 607 af 24/06/2008 - regulerer kommuners og regioners afgivelse af kontrolbud på egne opgaver.
- **Udbudscirkulæret** (CIR1H nr. 9269 af 31/03/2016) - Cirkulære om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver
- **Kontroldirektivet** (2007/66/EF med senere ændringer)
 - Implementeret ved **Lov om Klagenævnet for Udbud** (LBK nr. 593 af 02/06/2016) med senere ændringer
 - **Klagenævnsbekendtgørelsen** (Bekendtgørelse nr. 887 af 11/08/2011)
- **”Ruslandforordningen”** (forordning 2022/576 af 8. april 2022)
- **Subsidieforordningen** (forordning 2022/2560 af 14. december 2022 – kun hvis +250 mio. Euro)
- (investeringscreeningsloven)
- (offentlighedslovens aktindsigtsregler)
- (bekendtgørelse nr. 396 af 03/03/2021 om salg af kommunal og regional fast ejendom og CIR nr. 7 af 25/01/2010 om salg af statens ejendomme)

UDBUDSPLIGTIGE ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER

- **Udbudslovens § 24, nr. 28:**
- Ordregivere omfattet af udbudsloven:
 - Staten (ministerier, styrelser mv.).
 - Regionale og lokale myndigheder (kommuner, regioner).
 - Offentligretlige organer (f.eks. DSB, ATP, kommunal ejede selskaber, alm. boligselskaber).
 - Sammenslutninger af ovennævnte.
- Private ordregiveres kontrakter ikke omfattet af udbudsloven – de kan gøre, hvad de vil!

”ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER”

- Definition af offentligretlige organer i udbudslovens § 24, nr. 27:
 - Enhed oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov – minus industriel eller kommerciel karakter, og
 - juridisk person, og
 - a) for mere end halvdelens vedkommende finansieret af stat, region, kommune eller offentligretligt organ, eller
 - b) underlagt ledelsesmæssigt kontrol af disse myndigheder eller organer, eller
 - c) har en bestyrelse eller direktion eller tilsynsråd, hvor mere end halvdelen af medlemmerne udpeges af staten, regionale eller kommunale myndigheder eller andre offentligretlige organer.
- Dynamisk vurdering
- Vurderingen foretages for det år, hvor en given anskaffelse skal foretages
- Begrebet skal fortolkes bredt

”ORDREGIVENDE MYNDIGHEDER”

– **Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3 og 4**

- Ordregivere omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet:
 - Staten (ministerier, styrelser mv.).
 - Regionale og lokale myndigheder (kommuner, regioner).
 - Offentligretlige organer (f.eks. DSB, ATP, kommunale selskaber, alm. boligselskaber).
 - Sammenslutninger af ovennævnte.
 - **Offentlige virksomheder (krav om bestemmende indflydelse fra det offentlige side)**
 - **Enheder, der råder over særlige eller eksklusive rettigheder meddelt af kompetent myndighed**
- I forbindelse med følgende aktiviteter: Gas, varme, elektricitet, vand, transportnettjenester, havne, lufthavne, posttjenester, udvinding af olie og gas og efterforskning efter eller udvinding af kul og andet fast brændsel. (vær opmærksom på den præcise beskrivelse i FSVD.)
- Ikke spildevandsdrift isoleret set – ej heller fjernkøl, affaldshåndtering og drift af gadelys, der i visse tilfælde indgår i kommunale forsyningselskaber.

ORDREGIVERE OMFATTET AF TILBUDSLOVEN

- **Tilbudsloven** forpligter følgende ordregivere, jf. § 1, stk. 2 og 4.:
- Statslige myndigheder
- Regionale myndigheder
- Lokale myndigheder
- Offentligretlige organer (eks. kommunale forsyningselskaber)
- Andre udbydere, når de udbyder bygge- og anlægsarbejder, som modtager offentlig støtte, herunder garantier af enhver art .
- (Tilbudsgivere, når de indhenter tilbud hos underentreprenører til brug for udførelse af en bygge- og anlægsopgave omfattet af tilbudsloven)
- Udbydere (private), der klart tilkendegiver, at loven eller nærmere angivne regler heri finder anvendelse

FORSVARS- OG SIKKERHEDSDIREKTIVET

- Visse offentlige kontrakter inden for forsvars- og sikkerhedsområdet skal udbydes efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet og ikke udbudsloven:
 - *a) levering af militærudstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf*
 - *b) levering af følsomt udstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf*
 - *c) udførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer og tjenesteydelser direkte knyttet til det i litra a) og b) anførte udstyr for alle elementer i dets livscyklus*
 - *d) bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser.*
- Eventuel undtagelse fra udbudspligt på grund af en erklæring om hemmelighed eller på grund af krav om særlige sikkerhedsforanstaltninger

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER

- **Udbudslovens § 24, nr. 24:**
- Offentlige kontrakter omfattet af udbudsloven:
- *”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.**”*
- Krav om ”direkte økonomisk interesse” for at en kontrakt er omfattet af definitionen
- Ren støtte til borgere, der selv foretager anskaffelse, falder som udgangspunkt ikke ind under definitionen, med mindre der indgås en reel leverandøraftale mellem kommune og leverandør (se kendelse af 26. september 2023 (Abena/Coloplast vs. Esbjerg Kommune)).
- Rene gavedispositioner er som udgangspunkt ikke omfattet (modifikationer!).
- Ordning, hvor alle der opfylder kriterier kan løse offentlig opgave, ikke udbudspligtig.
kendelse af 20. april 2021 om regioners salg af ydernumre.

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER – WAKE UP CASE

- En velgørende fond tilbyder at finansiere anlæggelsen af en stor naturlegeplads med tilhørende rekreative faciliteter for en kommune.
- Naturlegepladsen skal placeres på en beliggenhed, hvor der kommer rigtig mange turister.
- Den velgørende fond påtager sig at betale det fulde beløb for etablering af naturlegepladsen samt drift/vedligehold i en 5-årig periode.
- Kan kommunen takke ja til gaven, eller skal den bringes i udbud?
- Har det mon betydning, om fonden stiller krav til hvilken leverandør, der skal etablere legepladsen?

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER

- Udbudsreglerne kun i spil hvis, det offentlige beslutter sig for, at der skal indgås en kontrakt med en ekstern leverandør.
- Udbudsreglerne forpligter ikke i sig selv en ordregiver til at udbyde, hvis ordregiveren kan håndtere en opgave med egne ressourcer in-house.
- Aftaler indgået mellem to enheder inden for samme juridiske person er ikke gensidigt forpligtende kontrakter og er dermed ikke udbudspligtige.
- Forarbejderne til udbudsloven:
- *”Efter gældende ret betragtes staten i udbudsretlig forstand som en enhed...*
- ...
- *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.”*

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER

- Kontrakter mellem forskellige offentlige ordregiver: Som udgangspunkt udbudspligtige.
- Udbudsloven indeholder i §§ 12-16 en række undtagelsesregler.
- §§ 12-14 – vertikale aftaler.
- Aftaler mellem ordregivere, hvor den ene ordregiver ”kontrollerer” den anden.
- En række betingelser skal opfyldes: ”kontrol”, 80 % intern omsætning, ingen privat involvering.
- §§ 15-16 – horisontale samarbejder.
- Samarbejdsaftale mellem ordregivere med henblik på realisering af fælles målsætninger.
- Forfølgelse af formål af almen interesse.
- Kun begrænset aktivitet på det ”åbne marked”

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse 22. marts 2018 - Det Danske Madhus mod Norddjurs Kommune**
- Aftale mellem Randers Kommune og Norddjurs Kommune om produktion og udbringning af mad til borgere.
- Den ene kommune skulle udføre produktionen af mad, mens hver af kommunerne skulle udføre udbringningen af maden til deres respektive borgere.
- Ordningen styret af en styregruppe med repræsentanter for de to kommuner, og aftalen medførte forskellige gensidige forpligtelser for begge kommuner.
- Godkendt af Klagenævnet som ikke-udbudspligtig.
- *”.....ikke et krav, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.”*
- Senere underkendt på den kommunalretlige front! (Nb. Vær obs. på hvad I rådgiver om!)

UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER - TYPER

- **Hovedtyper af kontrakter:**
- Bygge- og anlægskontrakter
- Vareindkøbskontrakter (herunder også leje og leasing)
- Tjenesteydelseskontrakter - opdelt i:
 - ”klassiske” tjenesteydelser
 - ”light-ydelser”
- Bemærk: Særlige regler omkring blandede kontrakter (udbudslovens §§ 25-28)

VAREKONTRAKT ELLER BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKT

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. februar 2015 – Michael Wulff mod Rebild Kommune.**
- Kontrakt om demontering af de eksisterende armaturer, levering og opsætning af nye armaturer samt drift og vedligeholdelse af gadebelysningsanlæg på veje, stier og pladser i Rebild kommune. Tilbudssum 20,6 mio. kr. heraf pris for armaturer ca. 16 mio. kr.
- Licitation efter tilbudslovens daværende afsnit 1.
- Klage til Klagenævnet. Påstand: Varekøb og ikke bygge & anlæg!
- Klagenævnet udtalte:
- *”Det følger af bilag I til udbudsdirektivet, at installation af belysning til veje er en bygge- og anlægsaktivitet, der omfattes af udbudsdirektivet, jf. artikel 1, stk. 2, litra b.
....*
- *At en entreprenør – som i det foreliggende tilfælde og på helt sædvanlig måde – med henblik på at opfylde en kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde indgår kontrakt om køb af varer (armaturer m.v.), bevirker omvendt ikke, at kontrakten må anses som en vareindkøbskontrakt, jf. artikel 1, stk. 2, litra c, uanset værdien af varekøbet i forhold til kontraktens samlede værdi.”*

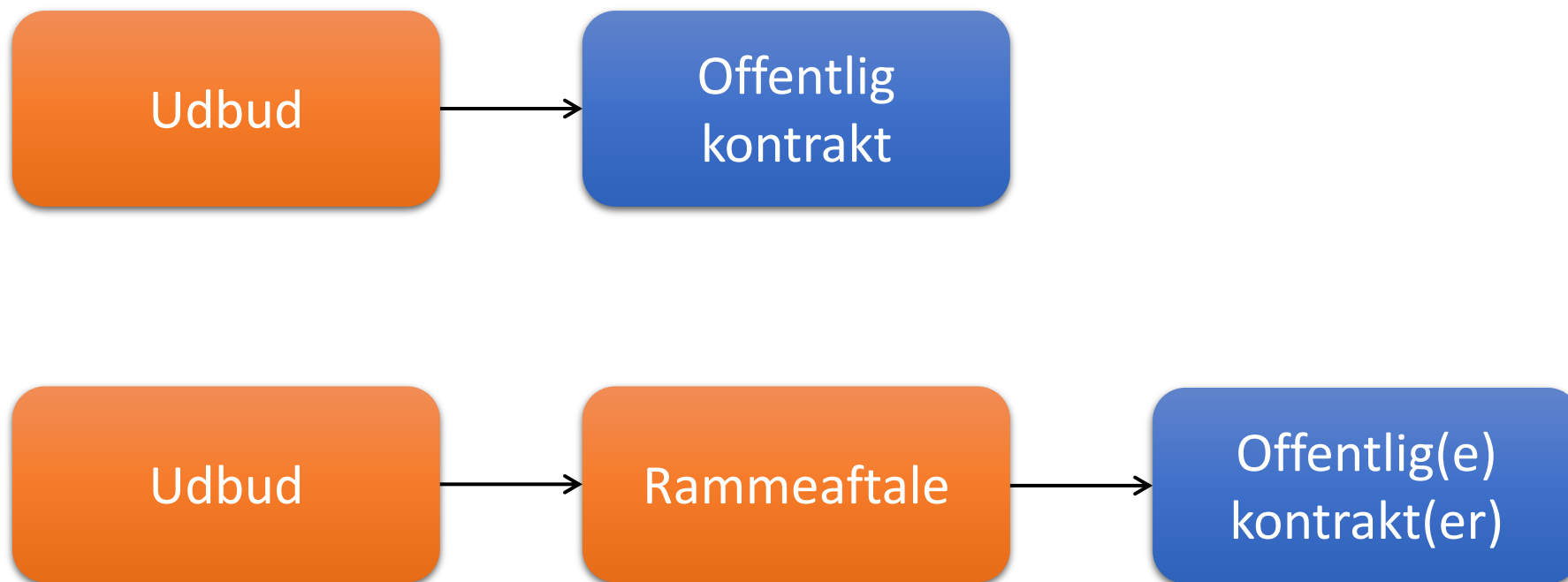
BLANDEDE KONTRAKTER

- *§ 25. En ordregiver skal tildele kontrakter, der vedrører en kombination af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller varer, efter de regler, der gælder for den type ydelse, der udgør kontraktens hovedformål, jf. dog stk. 2.*
- *Stk. 2. En ordregiver skal tildele en kontrakt efter de regler, der gælder for den type ydelse, der har den højeste værdi, når kontrakten vedrører både tjenesteydelser omfattet af afsnit III og andre tjenesteydelser. Det samme gælder for kontrakter, der både vedrører tjenesteydelser og varer.*

BLANDEDE KONTRAKTER

- Blandede kontrakter, der både omfatter udbudspligtige og ikke udbudspligtige ydelser reguleret af udbudslovens § 26.
- Hvis indgåelse af samlet kontrakt: overstiger den del, der er omfattet af udbudsloven, gældende tærskelværdi?
- I så fald udbudspligt for den samlede kontrakt, med mindre den ikke-udbudspligtige ydelser udgør hovedformålet, og ydelserne er uadskillelige.
- Kendelse af 30. november 2017 - GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut m.fl. – salg af den danske vaccineproduktion med medfølgende leveringsaftale ikke udbudspligtig (uadskillelige dele – hovedformål var ”salget”).
- Eksempel på en blandet kontrakt:
- Køb af nyt IT-udstyr med samtidigt vilkår om modtagelse/køb af kommunens brugte IT-udstyr.

”OFFENTLIG KONTRAKT” ELLER ”RAMMEAFTALE”



”RAMMEAFTALE” - DEFINITION

Udbudslovens § 24, nr. 30:

”Ved »rammeaftale« forstås en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.”

- -> **Aftale mellem ordregiver(e) og leverandør(er), som fastsætter vilkårene for indgåelsen af senere kontrakter.**
- Sondringen mellem almindelig kontrakt og rammeaftale kan være svær, men kan have enormt stor betydning – hvorfor?
- Udbudslovens § 95, stk. 2.
- Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. oktober 2020 – Remondis mod Hedensted Kommune

RAMMEAFTALER

Rammeaftaler vender vi stærkt tilbage til på modul 3!

TÆRSKELVÆRDIER

TÆRSKELVÆRDIER

- Dikterer, hvornår en given kontrakt er omfattet af:
 - Udbudsloven/forsyningsvirksomhedsdirektivet/koncessionsdirektivet/forsvar-/sikkerhedsdir.
 - Tilbudsloven.
- Tærskelværdien afhænger af kontrakttypen:
 - Bygge- og anlægskontrakt
 - Vareindkøbskontrakt
 - Tjenesteydelseskontrakt (light-ydelse)
- EU-tærskelværdierne reguleres hvert 2. år – næste gang pr. 1. januar 2026.
- Tærskelværdierne kan lettest findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside.

BYGGE- OG ANLÆGSKONTRAKTER

Udbudslovens afs. II/Forsyningsv.dir/Forsvarsdir/Koncessionsdir.

41.212.688 kr.

Licitation efter tilbudsloven (fleste offentligretlige organer undtaget)

3.000.000 kr.

Underhåndsbud efter tilbudsloven

300.000 kr.

VARE- OG TJENESTEYDELSESKONTRAKTER

Udbudslovens afsnit II (minus light-ydelser)

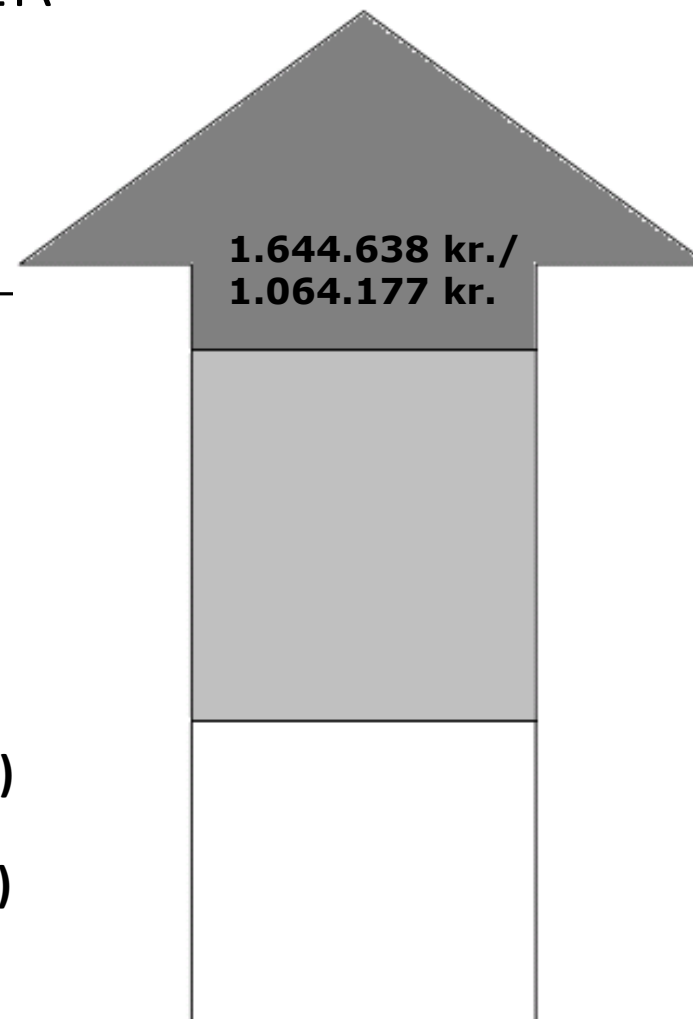
Udbudslovens afsnit IV, hvis "klar grænseoverskridende interesse"

Udbudslovens afsnit V, hvis ikke "klar grænseoverskridende interesse" og over 500.000 kr.

(Tærskelværdi forsyningsvirksomhedsdirektivet: 3.296.717 kr.)

(Tærskelværdi forsvars- og sikkerhedsdirektivet: 3.296.717 kr.)

(Tærskelværdi for tjenesteydelser konces.dir. 41.212.688 kr.)



HVORDAN OPGØRES VÆRDIEN AF EN KONTRAKT?

ANSLÅET VÆRDI

- **Udbudslovens § 29:**
- *Værdien af en kontrakt er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Afsendes der ikke en udbudsbekendtgørelse, beregnes værdien på tidspunktet, hvor ordregiveren indleder udbudsproceduren.*
- Hvad er den anslåede værdi?
- Hvor mange anstrengelser skal vi gøre os for at vurdere kontraktværdien?
- Hvad hvis det viser sig, at den anslåede pris ikke svarede til virkeligheden?

ANSLÅET VÆRDI

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. december 2003 - Bilhuset Randers A/S mfl. mod Sønderhald Kommune**
- En kommune ønskede at lease et antal biler til brug for sin hjemmeplejeordning m.m. og indhentede tilbud på køb af biler fra fire autoforhandlere.
- Ikke gennemført som EU-udbud.
- Kommunen havde forud for tilbudsindhentningen overvejet, om anskaffelsen af biler skulle udbydes i EU-udbud, men man havde konstateret, at et EU-udbud ikke var nødvendigt, fordi anskaffelsens værdi lå under direktivets tærskelværdi. Ifølge kommunens angivelser byggede vurderingen på en telefonisk oplysning fra Kommune Leasing, hvorefter EU-udbud ikke var nødvendigt, fordi værdien af anskaffelse af markedets billigste bil, af mærket Fiat, lå under tærskelværdien.
- Klage fra de virksomheder, der ikke fik tildelt kontrakten, over det manglende EU-udbud.

ANSLÅET VÆRDI

- Klagenævnet udtalte bl.a.:
- *”Dette betyder, at ordregiveren skal foretage en saglig forhåndsvurdering af den påtænkte anskaffelses værdi. Denne forhåndsvurdering skal foretages **på grundlag af markedets generelle prisniveau for anskaffelsen**. Den må ikke foretages på grundlag af prisen for et enkelt fabrikat, jf. herved princippet i Indkøbsdirektivets 8, stk. 6.”*
- ...
- *”Klagenævnet konstaterer endvidere, at værdien af den foretagne anskaffelse oversteg tærskelværdien, jf. ovenfor under B, a, og at værdien af de indhentede tilbud i hvert fald på nær ét oversteg denne, jf. ovenfor under B, b. Da der ikke er oplyst noget, der kan føre til et andet resultat, lægger Klagenævnet derfor til grund, at en saglig forhåndsvurdering ville have ført til en konstatering af, at anskaffelsens værdi oversteg tærskelværdien, således at der skulle foretages EU-udbud.”*

ANSLÅET VÆRDI

- Værdifastsættelsen skal ske på baggrund af et oplyst og sagligt skøn fra ordregivers side
- Husk altid at have et notat klar, hvis værdien er lige på grænsen!
- Kendelse af 9. juli 2014 (Attendo A/S mod Holbæk Kommune):
- *”[d]et følger af karakteren af det skøn, en ordregiver skal foretage over kontraktens anslåede værdi, og af hensynet til EU udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet over kontraktens anslåede værdi skal foretage en forsigtig vurdering. Dette medfører, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens anslåede værdi er mindst den samme som en tærskelværdi, som udgangspunkt skal medføre, at kontrakten udbydes efter det relevante direktiv.”*
- Kendelse af 13. juli 2021 (Vikarlæger A/S mod Region Sjælland)
- Kontrakt om lægevikarer erklæret for uden virkning. Viste sig i praksis at overstige tærskelværdien (i høj grad).
- *”Klagenævnet finder, at regionen ikke har løftet bevisbyrden for, at der var grundlag for at undlade at foretage udbud.*

GRUNDREGLLEN

– Udbudslovens § 30:

- *”En ordregiver skal anslå værdien af en kontrakt på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. **Ordregiveren skal medregne enhver form for optioner, herunder eventuelle forlængelser af kontrakten**, præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som fastsættes i udbudsmaterialet. Værdien opgøres eksklusive moms.”*
- *stk. 2. En kontrakt må ikke opdeles med det resultat, at udbuddet udelukkes fra lovens anvendelsesområde, medmindre det er objektivt begrundet. Metoden til beregning af den anslåede værdi af kontrakten må ikke fastlægges med henblik på at udelukke udbuddet fra lovens anvendelsesområde.*

PRISREGULERING

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. juni 2024 - Mediq Danmark A/S mod Roskilde Kommune**
- Tildeling af en rammeaftale (2+2 år) til indkøb af klinisk ernæring og remedier til sondeernæring i henhold til udbudslovens afsnit V.
- Af udbudsbetingelserne fremgik det:
- *”Det er Ordregiveres forventning, at det samlede årlige indkøb på Rammeaftalen vil være ca. kr. 400.000.”*
- I rammeaftalen indgik en prisreguleringsklausul, som kommunen ikke havde taget højde for fastlæggelsen af den anslåede værdi.
- Klage til Klagenævnet for Udbud over, at udbuddet ikke var foretaget i henhold til udbudslovens afsnit II.

PRISREGULERING

- Klagenævnet udtalte:
- *”Klagenævnet finder, at Roskilde Kommune var forpligtet til at inddrage prisreguleringsmekanismen i rammeaftalens pkt. 5.3. på lige fod med andre eventualforpligtelser anført i udbudslovens § 30 i sit skøn over kontraktens værdi. Det kan ikke føre til et andet resultat, at de indkomne tilbud viste sig at ligge under tærskelværdierne, idet det afgørende tidspunkt efter udbudslovens § 30 er tidspunktet for indhentelse af tilbud.*
- *Rammeaftalen oversteg dermed tærskelværdien i udbudslovens § 6, jf. § 9, og Roskilde Kommune burde derfor have iværksat et udbud efter udbudslovens afsnit II.”*
- Og hvad skete der så?

DELYDELSESBESTEMMELSEN

- *§ 8. Når bygge- og anlægsarbejder, levering af tjenesteydelser eller køb af ensartede varer tildeles som separate delkontrakter, gælder afsnit II eller III for indgåelsen af hver enkelt delkontrakt, såfremt den samlede værdi af alle delkontrakter mindst svarer til den gældende tærskelværdi.*
- Ergo, hvis eksempelvis et byggeri udbydes i flere fagentrepriser eller storentrepriser = pligt til at sammenlægge værdien af kontrakterne i forhold til tærskelværdien.
- Tilsvarende i forhold til andre typer ydelser, der har en naturlig og tidsmæssig sammenhæng – eksempelvis rengøringsydelser opdelt i lokale delaftaler.

DELYDELSESBESTEMMELSEN

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. februar 2010 – Klaus K. Larsen mod Hedensted Kommune**
- Udbud af snerydning på kommunale veje.
- Kommunen havde opdelt den kommunale snerydning i 14 ”geografiske” kontrakter.
- Hver for sig var kontrakterne under tærskelværdien, men sammen oversteg de tærskelværdien for EU-udbud.
- Kontrakterne var alle indgået på baggrund af samme nationale annoncering efter tilbudslovens daværende afsnit II

DELYDELSESBESTEMMELSEN

- Klagenævnet udtalte:
- *”I den foreliggende situation har indklagede som en kommune, der udgør én juridisk og administrativ enhed, indgået 14 4-årige kontrakter med 7 forskellige virksomheder. Alle kontrakterne er indgået den 2. september 2009 på grundlag af den samme tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II. Alle kontrakterne vedrører ensartede tjenesteydelser, snerydning og glatførebekæmpelse i Hedensted Kommune. Hver enkelt kontrakt angår en særskilt vejstrækning i kommunen. Det er på denne baggrund Klagenævnets vurdering, at de 14 kontrakter udgør et sådant samlet indkøb af tjenesteydelser, at indkøbet skulle have været udbudt efter Udbudsdirektivet, jf. artikel 9, stk. 1, stk. 3, og stk. 5, litra a.”*
- => Ikke pligt til at udbyde kontrakterne samlet, men pligt til at udbyde hver kontrakt efter dagældende udbudsdirektivs regler.

DELYDELSESBESTEMMELSEN

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 2017 - LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland**
- Begrænset udbud efter det gamle 2014-udbudsdirektiv iværksat i 2015 af forskellige entrepriser ved et byggeri.
- I 2016 annullerede ordregiveren udbuddet af en konkret entreprise med henvisning til, at der var opstået tvivl om dens omfang med deraf følgende tvivl om omfanget af de ydelser, der var indeholdt i tilbuddene.
- Efterfølgende gennemførte ordregiveren en tilbudsindhentning uden udbud for entreprisen i medfør af delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2.
- Klage indgivet til Klagenævnet over tilbudsindhentningen uden udbud under henvisning til forarbejderne til udbudsloven.

DELYDELSESBESTEMMELSEN

- Klagetævnet udtalte:
- *”Det, der er anført i lovbemærkningerne om den forudsatte forudgående planlægning, er ikke kommet til udtryk i lovteksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europarlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EF af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. På den baggrund og henset til forarbejdernes angivelser af, at lovens § 8 er en ”indholdsmæssig videreførelse af gældende ret” og beskrivelsen af, at bestemmelsen kan anvendes, når ” når 2 [økonomiske] betingelser er opfyldt.”, var betingelserne for, at Region Midtjylland kunne anvende delydelsesreglen, opfyldt.*
- *Påstanden tages derfor ikke til følge.”*
- Nu slået entydigt fast i lovbemærkningerne, at der ikke er krav om ”forudberegnelighed”.
- Hvornår giver det mening at bruge delydelsesreglen?

DECENTRALE ENHEDER

– **Udbudslovens § 31:**

- *”Består en ordregiver af decentrale enheder, skal der tages hensyn til den samlede anslåede værdi for alle decentrale enheder.*
- *Stk. 2. Er en decentral enhed selv ansvarlig for den pågældende kontrakt, kan værdien dog anslås for den pågældende enhed alene.*
- *Stk. 3. En decentral enhed er selv ansvarlig for en kontrakt i henhold til stk. 2, når enheden 1) selv står for gennemførelse af udbudsforretningen, 2) har et selvstændigt budget for det pågældende udbud, som den råder over, og 3) ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af ordregiveren.*
- Giver mulighed for at visse områder kan lægges ud decentralt, hvor det giver mening, hvorved udbudspligt (lovligt) undgås.
- Mulighed for lovligt at tage hensyn til lokalt erhvervsliv.

RAMMEAFTALER

- **Udbudslovens § 32:**
- *”Værdien af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystemets løbetid.”*
- Hvor lang en løbetid af rammeaftalen skal der lægges vægt på ved beregning af aftaleværdien i forhold til tærskelværdien?
- Hvad hvis der indgås en rammeaftale på 3 år, og man dermed holder sig lige under tærskelværdien?

SUCCESSIVE AFTALER

- **Udbudslovens § 35:**

- *”Ved vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, eller som skal fornyes inden for et bestemt tidsrum, er grundlaget for beregning af kontraktens anslåede værdi 1) den samlede faktiske værdi af lignende successive kontrakter, der er tildelt i løbet af de foregående 12 måneder eller det foregående regnskabsår, så vidt muligt korrigeret for alle forventede ændringer i mængde eller værdi i løbet af de 12 måneder, der følger efter indgåelsen af den indledende kontrakt, eller 2) den samlede anslåede værdi af de successive kontrakter, der vil blive tildelt i løbet af de 12 måneder, der følger efter den første levering, eller i løbet af regnskabsåret, når dette er over 12 måneder.”*
- ”Drypvise indkøb” uden grundlag i rammeaftale.
- Kopipapir?
- Konsulentydelse?

SUCCESSIVE AFTALER

- **Udbudslovens § 38:**

- *”Ved offentlige tjensteydelseskontrakter uden angivelse af en samlet pris er beregningsgrundlaget 1) den samlede værdi for hele løbetiden, for så vidt angår tidsbegrænsede kontrakter, der har en løbetid på højst 48 måneder, eller 2) den månedlige værdi multipliceret med 48, for så vidt angår tidsubegrænsede kontrakter eller kontrakter, hvis løbetid er over 48 måneder.”*
- Eksempelvis en rengøringskontrakt eller en it-driftsaftale.
- Er det lovligt at indgå en tidsubegrænset offentlig kontrakt?

SUCCESSIVE AFTALER

- Øvrige værdiberegningsregler:
- § 33: Innovationspartnerskab
- § 34: Bygge- og anlægskontrakter
- § 36: Leje eller leasing af varer
- § 37: Forsikring, bank- og andre finansielle tjenesteydelser samt projektering

KONTRAKTER UNDTAGET FRA UDBUDSPLIGT

KONTRAKTER UNDTAGET FRA UDBUDSPLIGT

- Vær opmærksom på §§ 21 og 22 – undtagelse af visse tjenesteydelser fra udbudspligt.
- § 21 (særligt):
 - Erhvervelse eller leje af jord og fast ejendom (NB: skræddersyede lejemål/byggeri)
 - Visse juridiske tjenesteydelser – særligt advokatbistand i forbindelse med retssager
 - Finansielle tjenesteydelser i forbindelse med transaktioner
 - Lån
 - Ansættelseskontrakter
- § 22: Tjenesteydelseskontrakter omkring forskning og udvikling undtaget fra udbudspligt
- Dog ikke hvis fuldt finansieret af ordregiver, og resultatet alene kommer ordregiver selv til gode.
- Vær kritiske, når I præsenteres for kontrakter, der udlægges som ”forskning og udvikling”.

KONTRAKTER UNDTAGET FRA UDBUDSPLIGT

- Vær ligeledes opmærksom på udbudslovens § 80:
- *”Stk. 3. En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør på grund af, 1) at udbuddet har til formål at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden, 2) på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager eller 3) på grund af beskyttelse af eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder.*
- *Stk. 4. Stk. 3, nr. 2 og 3, gælder kun, når der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene.”*
- Tung bevisbyrde for ordregiver!

UDBUD MED FORHANDLING – UDEN UDBUDSBKG.

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2012 – Danske Arkitektvirksomheder mod Skanderborg Gymnasium**
- Skanderborg Gymnasium indgik – uden udbud - kontrakt med arkitektfirmaet Friis & Moltke A/S om teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med opførelse af en ny idrætshal i tilknytning til Skanderborg Gymnasium.
- Skanderborg Gymnasiums **begrundelse for direkte tildeling:**
- *”På baggrund af den til Friis & Moltke tilkomne ophavsret til de eksisterende bygninger tog indklagede kontakt til denne virksomhed for afsøgning af mulighederne for at lade opgaven med projektering af om-/tilbygningen varetage af Friis & Moltke og derved opretholde det samlede arkitektoniske udtryk for Skanderborg Gymnasium og derved tillige iagttage Friis & Moltkes ophavsret til bygningerne.”*

UDBUD MED FORHANDLING – UDEN UDBUDSBKG.

Klagenævnet:

- *”[Det] påhviler indklagede at godtgøre, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), er opfyldt.*
- *Indklagede skal således godtgøre, at årsagen til den direkte tildeling var beskyttelsen af enerettigheder, jf. artikel 31, stk. 1, b), 1. led. Efter reglens 2. led skal indklagede godtgøre, at Friis & Moltke objektivt set var den eneste leverandør på markedet, der kunne udføre opgaven, herunder opfylde indklagedes behov.*
- *Af de grunde, som klageren har anført, har indklagede ikke godtgjort, at beskyttelsen af enerettigheder gjorde det nødvendigt at undlade udbud og at tildele kontrakten direkte til Friis & Moltke. Med samme begrundelse har indklagede ikke godtgjort, at kontrakten kun kunne overdrages til én bestemt virksomhed. Indklagede har således ikke løftet bevisbyrden for, at de lovlige hensyn, som indklagede ønskede at varetage, ikke kunne have været tilgodeset ved, at Friis & Moltke blev inddraget i projektet på anden måde, eventuelt ved en af de fremgangsmåder, som klageren har anført.”*
- Kontrakten erklæret for uden virkning og alternativ sanktion fastsat til 45.000 kr.

UDBUD MED FORHANDLING – UDEN UDBUDSBKG.

- Force majeure-situationen:
- *§80, stk. 5. En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.*
- Eksempelvis i forlængelse af ophævelsen af en rengøringskontrakt, der er blevet misligholdt af leverandøren.”
- Corona-kontrakter”.
- Kontrakter foranlediget af flygtninge-strømmen fra Ukraine.
- Grænser for varigheden af en force majeure kontrakt. Skal begrænses mest muligt!
- Ikke undskyldeligt at ordregiver har ”klokket” i det i forbindelse med et udbud og har måttet annullere. Se kendelse af 6. januar 2021 - Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

FORCE MAJEURE BESTEMMELSEN

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. april 2023 - KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune**
- Indgåelse af en 9 ½ måned lang rengøringskontrakt uden udbud i henhold til udbudslovens § 80, stk. 5.
- ”Dækningskontrakten” var blevet nødvendig som følge af kommunens ophævelse af den hidtidige rengøringskontrakt som væsentlig misligholdt.
- Aftaleparten i den ophævede rengøringskontrakt klagede til Klagenævnet over kommunens indgåelse af dækningskontrakten uden udbud.
- Klagenævnet gav medhold i klagen og mente således ikke, at der havde været grundlag for at indgå dækningskontrakten uden udbud.
- Klagenævnet udtale bl.a.:

FORCE MAJEURE BESTEMMELSEN

- *”Selv om Herlev Kommune som følge af reklamationerne over den leverede rengøring på en del af lokationerne havde en forventning om, at KN Rengøring ville forbedre rengøringsstandarden, kan det ikke karakteriseres som ekstraordinære omstændigheder, at dette ikke skete, og Herlev Kommune vurderede selv, hvornår og under hvilke betingelser kontrakten med KN Rengøring skulle ophæves. Der forelå således ikke en situation, som Herlev Kommune ikke burde have kunnet forudse, jf. forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5.”*
- ...
- *Herlev Kommune har ikke oplyst nærmere om, at manglende rengøring (og vinduespolering) af diverse lokationer i den tid, som en hasteprocedure ville vare, dvs. henholdsvis 15 eller 25 dage, ville medføre en alvorlig sundhedsrisiko for brugerne af lokationerne og for eventuelle ansatte ved kommunen.*
- ...
- *Herlev Kommune kunne således kræve, at KN Rengøring fortsatte med at levere kontraktmæssig ydelse, indtil kommunens behov for rengøring og vinduespolering kunne opfyldes på anden vis.”*

FORCE MAJEURE BESTEMMELSEN

-
- *”Af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, fremgår, at den nye kontrakt skal begrænses til det nødvendige, og hvis kontrakten kan opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler.”*
-
- *Det, som Herlev Kommune har anført om kontraktens kompleksitet, at genudbuddet skulle gennemføres som et begrænset udbud, og at rammeaftalen skulle opdeles i delaftaler, kan ikke føre til, at det var strengt nødvendigt at indgå en kontrakt med en kontraktperiode på ca. 9 ½ måned omfattende både rengøring og vinduespolering på samtlige lokationer.”*
- Kommunen pålagt at betale økonomisk sanktion på 840.000 kr.
- Kendelse indbragt for domstolene.

UDBUD MED FORHANDLING – UDEN UDBUDSBKG.

– Udbudslovens § 81:

- *En ordregiver kan endvidere anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse for vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, for så vidt angår nr. 4,*
- *1) når de pågældende varer alene er fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling, og kontrakter, der tildes i henhold til denne bestemmelse, ikke omfatter serieproduktion til påvisning af varernes handelsmæssige levedygtighed eller til dækning af forsknings- og udviklingsomkostninger,*
- *2) ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et skifte af leverandøren ville gøre det nødvendigt for ordregiveren at indkøbe varer, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssig store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse, [forlængelseskontrakt max. 3 år]*
- **3) ved indkøb af varer, der noteres og købes på en varebørs,**[elektricitet og gas] og
- *4) ved indkøb af varer eller tjenesteydelser på særlig fordelagtige vilkår hos en leverandør, der endeligt indstiller sin erhvervsvirksomhed, eller hos likvidatorer i en konkursbehandling, tvangsakkord eller en tilsvarende behandling i henhold til nationale love og forskrifter. Stk. 2. Løbetiden af kontrakter omfattet af stk. 1, nr. 2, må som udgangspunkt ikke overstige 3 år.*

PROFYLAKSEBEKENDTGØRELSER

- I situationer, hvor man overvejer at indgå kontrakt uden udbud, og hvor det ikke er fuldstændig entydigt, at der er hjemmel til – overvej profylaksebekendtgørelse.
- **Eksempelvis:**
- Aftaler, der ikke vurderes at være ”gensidigt bebyrdende kontrakter” i udbudsretlig forstand.
- Kontrakter, der vurderes at være omfattet af en undtagelsesbestemmelse i udbudsloven
 - eksempelvis kun én bestemt økonomisk aktør.
- Kontrakter, hvis værdi oprindeligt er blevet anslået til at ligge lige under tærskelværdien.
- Ved ændringer/udvidelse af eksisterende kontrakt.
- Etc.

PROFYLAKSEBEKENDTGØRELSER

- Hvorfor profylaksebekendtgørelser?
- *Lov om Klagenævnet for Udbud § 4:*
- *”§ 4. En ordregiver har mulighed for at sikre, at en kontrakt i de tilfælde, der er nævnt i § 17, stk. 1, nr. 1, ikke erklæres for uden virkning, hvis*
- *1) ordregiveren forud for kontraktindgåelsen i Den Europæiske Unions Tidende har offentliggjort en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten,*
- *2) kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, og*
- *3) ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til de fællesskabsretlige udbudsregler. [krav om god tro]*

PROFYLAKSEBEKENDTGØRELSER

- § 4 Stk. 2. Bekendtgørelsen efter stk. 1, nr. 1, skal indeholde
- 1) ordregiverens navn og kontaktoplysninger,
- 2) en beskrivelse af kontraktens genstand,
- 3) **begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende og**
- 4) navn og kontaktoplysninger på den virksomhed, som ordregiveren agter at indgå kontrakt med.

KONTRAKTER UNDER TÆRSKELVÆRDIEN (V&T)

KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Udbudslovens afsnit IV (vare- og tjenesteydelseskontrakter under tærskelværdien):
- *”§ 191: En ordregiver skal forud for indgåelse af **vare- og tjenesteydelseskontrakter** med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 10, annoncere kontrakten”. [på www.udbud.dk – hvis over 100.000 kr.]*
- *”§ 192. En ordregiver skal fastlægge en procedure for tildeling, som er i overensstemmelse med § 2 [de generelle principper], herunder fastsætte kriterier for tildeling.*
- *Stk. 2. En ordregiver skal orientere potentielle tilbudsgivere om proceduren for tildeling på en måde, der sætter interesserede tilbudsgivere i stand til at afgive tilbud.*
- *Stk. 3. En ordregiver skal skriftligt og samtidigt underrette alle tilbudsgivere, der har afgivet bud, om, hvilken beslutning der er truffet med hensyn til tildelingen, herunder i givet fald begrundelsen for at annullere proceduren. Ordregiveren skal efter anmodning underrette tilbudsgiveren om begrundelsen for beslutningen.”*

”KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE”

- ”Klar grænseoverskridende interesse”
- Afgørende for om kontrakter vedr. varer og tjenesteydelser under EU-tærskelværdien bliver omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V.
- Gælder også for offentlige ordregiveres kontrakter under tærskelværdien i relation til forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- Relevante elementer, der indgår i vurderingen:
 - **Kontraktens genstand (sprogkrav)**
 - Kontraktens værdi
 - **Branchesædvaner. Få indenlandske aktører? Normalt med udenlandske bud?**
 - Hvor skal kontrakten udføres. Tæt på landegrænser?
 - Kontraktens varighed? Mulighed for etablering.
- Økonomisk bundgrænse?

”KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE”

- Min påstand:
- Meget sjældent, at en kontrakt, der er under tærskelværdien, vil have **klar** grænseoverskridende interesse!
- Inden for særlige områder vil der dog på grund af et begrænset indenlandsk marked i højere grad være *klar grænseoverskridende interesse*. Eksempelvis regionernes og universiteternes indkøb af specialudstyr-/instrumenter.
- Teknisk rådgivning (arkitekter, ingeniører mv.) formentlig aldrig *klar grænseoverskridende interesse*, med mindre helt unik specialistviden krævet.
- Hvad hvis ordregiver agter at indgå kontrakt af en mindre værdi med en udenlandsk virksomhed? Altid klar grænseoverskridende interesse?

”KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE”

- Anbefaling:
- Sørg altid for at udarbejde (kort) notat, der kan dokumentere, at man som ordregiver har forholdt sig til den *klare grænseoverskridende interesse*.
- **Klagenævnets kendelse af 6. marts 2014 - G4S Security Service A/S mod Region Syddanmark**
- *”Den ordregivende myndighed har ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling har grænseoverskridende interesse.*
- *Indklagede har foretaget denne vurdering, jf. arbejdsnotatet af 6. september 2013.”*
- Den del af notatet, der vedrørte den *klare grænseoverskridende interesse* var på under en A4-side.
- Afgørende betydning for bevisbyrden i tilfælde af en klagesag, at ordregiver kan dokumentere den foretagne vurdering.

KLAGENÆVNETS PRAKSIS

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. december 2014 - A-Vask A/S mod Høje-Taastrup Kommune**
- Kontrakt om udførelse af måtteservice (daværende II B-ydelse)
- Anslået værdi 1,2 mio. kr.
- Klagenævnet:
- *”Høje Taastrup Kommune har oplyst, at ingen udenlandske virksomheder afgav tilbud på den annoncerede opgave, eller under annonceringsprocessen tilkendegav at have interesse for opgaven. På den baggrund og henset til det oplyste om den begrænsede økonomiske værdi af kontrakten, samt at måttehåndteringen kræver jævnlig fysisk tilstedeværelse af en chauffør, der kan kommunikere på dansk, finder klagenævnet ikke, at kontrakten frembød en sådan interesse for tjenesteydere i andre EU-lande, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.”*
- *”Det forhold, at der kunne være en generel interesse fra et firma i Kiel for det danske marked for måttehåndtering, og **at Malmø ligger i relativt kort afstand fra indklagedes adresse i Høje Taastrup**, kan ikke i sig selv føre til en anden vurdering.”*

KLAGENÆVNETS PRAKSIS

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. oktober 2016 – Kinnerup Care mod Hørsholm Kommune**
- 4-årig rammeaftale med to optionsår om sundhedsfaglige vikarydelser – indgået før light-regimets ikrafttrædelse 1. januar 2016.
- Anslået værdi potentielt over 80 mio. kr.
- Klagenævnet:
- *”Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger finder klagenævnet herefter, at den udbudte rammeaftale ikke har klar grænseoverskridende interesse. Der er herved lagt vægt på **den vurdering, Kommunen har foretaget** vedrørende spørgsmålet, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, samt **det forhold at kontrakten alene kan udføres ved fysisk tilstedeværelse i Danmark**, at der er **relativ kort responstid**, herunder at der **lægges vægt på, at tilbudsgiver har repræsentation i lokalområdet**, at kan **opsiges af Kommunen med et varsel på 6 måneder**, at der **ikke er sikkerhed for en omsætning**, ligesom der for social- og sundhedsassistenterne **kræves dansk autorisation**. Sagen afvises derfor.*

KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2021 – HydroCharting ApS mod Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI)**
- Kontrakt om anskaffelse af 18 licenser af software til oprensning af sonardata (hydrografiske data). Enkeltanskaffelse af software til en anslået samlet værdi på 700.000 kr. Softwaren skulle bruges til søopmåling og udarbejdelse af søkort, som udføres af Geodatastyrelsen med bistand fra Forsvaret, herunder ved anvendelse af Forsvarets skibe og udstyr.
- Kontrakt annonceret af FMI på udbud.dk.
- I annoncen på udbud.dk tilkendegivet, at kontrakten havde ”klar grænseoverskridende interesse”.
- Et afgivet tilbud afvist som ukonditionsmæssigt!
- Den afviste tilbudsgiver indgiver klage til Klagenævnet for Udbud.

KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- FMI under klagesagen:
- Klagen skal afvises af Klagenævnet – ikke klar grænseoverskridende interesse (alligevel)!
- Angivelsen af kontrakten som havende klar grænseoverskridende interesse beroede på en ekspeditionsfejl hos FMI.
- *”Annonceringsnotitsen blev udfyldt som en ren ekspeditionssag af en kollega til den person i FMI, som var ansvarlig for anskaffelsen. Spørgsmålet om ”klar grænseoverskridende interesse” blev ikke drøftet mellem de to personer, og annonceringen var således ikke udtryk for FMI’s vurdering af dette spørgsmål. Den omstændighed, at FMI i annonceringsnotitsen markerede, at der var tale om en kontrakt med klar grænseoverskridende interesse, medfører ikke, at den annoncerede kontrakt dermed havde klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 191, stk. 1.”*

KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Klagenævnet udtalte:
- *”Den udbudte kontrakt vedrører udviklingen af et softwareprogram til brug for oprensning af sonardata. Kontrakten har en anslået samlet værdi på 700.000 kr. Der er **ikke oplyst nærmere om, at udviklingsarbejdet skal foregå i Danmark eller i øvrigt kræver særligt kendskab til danske forhold.***
- *FMI har i forbindelse med annonceringen af udbuddet på www.ubud.dk anført, at der var tale om udbud af ”varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse”. FMI har gjort gældende, at dette ikke var udtryk for FMI’s vurdering af, om kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse, men **har ikke i øvrigt fremlagt et notat eller lignende hvor FMI’s vurdering af, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse fremgår.***
- *Efter en samlet vurdering og navnlig henset til, at kontrakten vedrører udvikling af et softwareprogram til oprensning af sonardata, finder klagenævnet – uanset kontraktens lave værdi og det forhold, at FMI ikke modtog tilbud eller henvendelser fra udenlandske virksomheder – at den udbudte kontrakt frembyder en klar grænseoverskridende interesse, og at den dermed er omfattet af udbudslovens afsnit IV.*
- *Påstanden om afvisning tages således ikke til følge.”*

HVIS KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Fra udbudslovens forarbejder:
- *”...ikke nødvendigvis medfører pligt til at gennemføre et egentligt udbud, men blot skal muliggøre, at interesserede virksomheder kan tilkendegive deres interesse.”*
- *”...ikke et krav, at der udarbejdes et udbudsmateriale med detaljerede beskrivelser af det udbudte...”*
- *”Der gælder heller ingen specifikke minimumsfrister.”*
- *”...ikke pligt til at vælge et af de tildelingskriterier, som følger af § 162...”*
- *”...ikke medfører pligt for ordregiveren til at vægte eventuelle underkriterier eller anføre dem i prioriteret orden...”*
- *”Ordregiverens proceduremæssige forpligtelser ud over en annoncering i henhold til § 191 består således i, 1. at udarbejde et materiale, der sætter interesserede tilbudsgiver i stand til at afgive tilbud, 2. at fastsætte kriterier for tildeling og 3. at træffe en tildelingsbeslutning og orientere tilbudsgiverne om denne.”*

HVIS KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Jo mere man får sin procedure til at ligne et EU-udbud, jo større vil tendensen formentlig være til at Klagenævnet vil vurdere påståede overtrædelser af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på tilsvarende måde som ved EU-udbud.
- Sørg for at gøre annonceringsudbuddene så simple som mulige – ikke alene af hensyn til ordregiver, men også af hensyn til tilbudsgiverne.
- Klagenævnet for Udbud vil være kompetent til at behandle klager over annonceringsudbud gennemført i henhold til udbudslovens afsnit IV!

IKKE KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Udbudslovens afsnit V (vare- og tjenesteydelseskontrakter under tærskelværdien):
- *§ 193. En ordregiver skal forud for indgåelse af vare- og tjenesteydelseskontrakter uden klar grænseoverskridende interesse, jf. § 11 [over 500.000 kr.], sikre sig, at indkøbet foregår på **markeds-mæssige vilkår**. Dette kan eksempelvis ske, ved at ordregiveren*
- *1) gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud,*
- *2) indhenter 2 eller flere tilbud eller*
- *3) annoncerer på ordregiverens hjemmeside eller i overensstemmelse med de regler, der er indført i medfør af § 191, stk. 2.*
- *Forarbejderne: "Markedsafdækningen kan være baseret på benchmarkingundersøgelser, mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb. I sådanne situationer kan det være tilstrækkeligt at indhente et tilbud."*
- Ikke klageadgang til Klagenævnet for Udbud i forhold til afsnit V-kontrakter.

IKKE KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Hvis der indhentes flere end 3 tilbud, skal det begrundes og samtidig oplyses, hvor mange tilbud, der højst vil blive indhentet (stk. 2).
- Hvis mere end 1 tilbud indhentes, skal der ske samtidig underretning og på anmodning gives begrundelse for beslutning om "tildeling" (stk. 3).
- Ordregiver skal kunne dokumentere, at købet er foregået på markedsmæssige vilkår (stk. 4).
- Ordregiver skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet (stk. 5). Gælder også for ikke-forvaltningsmyndigheder!

IKKE KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE

- Procedurekrav, hvis der indhentes flere tilbud (forarbejderne):
- *”...ikke pligt til at fastsætte en tidsfrist.”*
- *”Hvis ordregiveren vælger at fastsætte en tidsfrist, skal ordregiveren **som udgangspunkt afvise tilbud, som ikke er fremkommet rettidigt.**”*
- *”Ordregiveren er ikke forpligtet til på forhånd at orientere potentielle tilbudsgivere om eventuelle kriterier for tildeling og vægtningen af disse. [men hensigtsmæssigt]”*
- *” Ordregiveren vil her som følge af den almindelige vejledningspligt have pligt til at besvare henvendelserne...”*
- *”Der er ikke en pligt til at udarbejde et skriftligt evalueringsnotat. [men anbefales]”*

”LIGHT-TJENESTEYDELSER”

LIGHT-TJENESTEYDELSKONTRAKTER

- ”Begrænset” udbudspligt i relation til indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser anført i bilag XIV til udbudsdirektivet og hvis værdi overstiger 5.581.350 kr. (7.441.800 kr. hvis forsyningsvirksomhedsdirektivet)
- Bl.a. sundheds- og socialvæsen, velfærdsydelser, hotel- og restaurationstjenesteydelser, visse juridiske tjenesteydelser, administrative tjenester.
- Forpligtelserne vedr. light-ydelser følger af udbudslovens afsnit III - §§ 186-190.
- Pligt til at offentliggøre udbudsbekendtgørelse eller vejledende forhåndsmeddelelse i EU-tidende. Obs. på kendelse af 3. april 2020 – Kære Pleje mod Fredericia Kommune.
- Ordregiver kan frit tilrettelægge proceduren for kontraktindgåelse, der blot skal være i overensstemmelse de generelle principper – gennemsigtighed, ligebehandling mv.
- Den ordregivende myndighed kan begrænse konkurrencen om visse af disse kontrakter til socialøkonomiske virksomheder (der opfylder visse betingelser).

UDBUD AF LIGHT-YDELSER

- Nødvendigt at bruge ESPD?
- Nødvendigt at bruge de sædvanlige (kedelige) udvælgelseskriterier?
- Nødvendigt at kalde tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”?
- Nødvendigt at vægte underkriterierne?
- Nødvendigt at offentliggøre og anvende en detaljeret matematisk evalueringsmodel?
- **Nej!**
- Obs. på Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. marts 2019 - N.T. Falke A/S mod Styrelsen for Undervisning og Kvalitet – bordet fanger!

UDBUD AF LIGHT-YDELSER

- **Klagenævnet for Udbuds delkendelse af 23. februar 2022 – Capio A/S mod Region Midtjylland**
- Udbud af kirurgiske behandlinger efter udbudslovens afsnit II.
- Klage over utilstrækkelig beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne.
- Klagenævnet udtalte:
- *”Udbuddet er gennemført efter reglerne i udbudslovens afsnit III, og regionen har som følge heraf alene været forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. udbudslovens § 186 og § 188. Udbudslovens § 160 om, at den evalueringsmetode, der påtænkes anvendt, skal beskrives i udbudsmaterialet, finder ikke anvendelse.”*

MARKEDSDIALOG, RÅDGIVERHABILITET OG INTERESSEKONFLIKTER

MARKEDSDIALOG OG RÅDGIVERHABILITET

– Udbudslovens § 39:

- *”En ordregiver kan, inden der iværksættes en udbudsprocedure, gennemføre markedsundersøgelser med henblik på at udforme udbuddet og informere økonomiske aktører om ordregiverens udbudsplaner og krav i forbindelse med udbuddet. Ordregiveren kan i den forbindelse have dialog med og modtage rådgivning fra økonomiske aktører. Rådgivningen kan anvendes i planlægningen og gennemførelsen af udbuddet, forudsat at dette ikke medfører en overtrædelse af principperne i § 2.”*

– Forarbejderne:

- *”Der er ingen formelle betingelser knyttet til bestemmelsen. Ordregiveren vælger selv, om dialogen skal være skriftlig eller mundtlig samt omfanget af og emnet for dialogen. **Ordregiveren kan inddrage en enkelt virksomhed, flere virksomheder eller samtlige virksomheder på det pågældende marked** forudsat, at principperne i § 2 overholdes. Ordregiveren har således bred adgang til dialog med markedet før et udbud igangsættes.”*

MARKEDSDIALOG OG RÅDGIVERHABILITET

– Udbudslovens § 39, Stk. 2:

- *”Har en økonomisk aktør eller en virksomhed, der har tilknytning til en økonomisk aktør, rådgivet en ordregiver i forbindelse med en markedsundersøgelse eller på anden måde rådgivet eller været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren, skal ordregiveren træffe passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen fordrejes af den pågældende økonomiske aktørs deltagelse i udbuddet.*
- *Ordregiveren skal som minimum*
- *1) så vidt muligt sikre, at **relevante oplysninger**, der er udvekslet i forbindelse med en økonomisk aktørs involvering i udbudsproceduren, **indgår i udbudsmaterialet**, og*
- *2) **fastsætte tidsfristerne** for modtagelse af ansøgninger og tilbud, **så de udligner den tidsmæssige fordel**, som en økonomisk aktør kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet, herunder ved dialog med og rådgivning modtaget fra økonomiske aktører.”*
- Der foreligger en udelukkelsesgrund, hvis ikke muligt at sikre ligebehandling - husk self cleaning!

MARKEDSDIALOG OG RÅDGIVERHABILITET

- Praktisk gennemførelse af markedsdialog
- En, enkelte eller flere virksomheder?
- Fællesmøde?
- Igangsættelse af markedsdialog via vejledende forhåndsmeddelelse i EU-tidende?
- Skriftlig høring over udbudsmateriale – hele eller dele?
- Dokumentation af markedsdialog
- Påvirkning fra markedsdialogen

MARKEDSDIALOG OG RÅDGIVERHABILITET

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2014 - H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen**
- EU-udbud af undervisningsbygning til Syddansk Universitet.
- Inden udbuddet havde virksomheden CUBO Arkitekter for Bygningsstyrelsen udarbejdet skitseforslag og en designmanual. For arbejdet modtog CUBO Arkitekter et honorar på 480.000 kr.
- Derudover deltog CUBO Arkitekter i en arbejdsgruppe vedrørende kunstnerisk udsmykning.
- CUBO Arkitekter indgik som underrådgiver til en af de totalentreprenører, der blev prækvalificeret, afgav tilbud og tildelt opgave.
- Klagenævnet: I overensstemmelse med udbudsreglerne. Konkurrencefordel elimineret ved fremlæggelse af skitseforslag og designmanual som del af udbudsmaterialet.

PILOTPROJEKT – EKSISTERENDE LEVERANDØRS FORDELE

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. marts 2018 - Tunstall A/S mod Københavns Kommune**
- Udbud af elektronisk låsesystem.
- Klage over, at Københavns Kommune havde tildelt kontrakten til Bekey til trods for, at Bekey havde deltaget i et pilotprojekt med Københavns Kommune og derfor havde haft mulighed for at påvirke udformningen af udbudsmaterialet.
- Klagenævnet udtalte bl.a.:
- *”Der er ikke i udbudsreglerne noget krav om, at en ordregiver skal udelukke den eksisterende leverandør. Herom henvises til det anførte ad påstand 2. Der er derudover frihed for ordregiver til at udforme sit udbudsmateriale i overensstemmelse med sine ønsker. At ordregiver lader sig inspirere af eksisterende produkter på markedet, er ikke i strid med ordregivers valgfrihed. Om kommunens udligning af konkurrencefordele henvises i det hele til det anførte ad påstand 2.”*

MEDARBEJDER FRA ORDREGIVER TIL TILBUDSGIVER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. maj 2021 - Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune**
- Udbud af light-ydelse - operatør for Internet Week Denmark – i en 4-årig periode.
- I tilbudsfasen blev den person, der hos Aarhus Kommune havde været projektleder for Internet Week Denmark, ansat hos den tilbudsgiver, der senere fik tildelt kontrakten.
- Klage indgivet til Klagenævnet fra en forbigået tilbudsgiver om inhabilitet.
- Klagenævnet udtalte:

MEDARBEJDER FRA ORDREGIVER TIL TILBUDSGIVER

- *”Det kan ikke afvises, at AA gennem sin rolle som projektleder – på kommunens vegne – hos den daværende IWDK-operatør, Erhverv Aarhus, har fået oplysninger om udbuddets nærmere indhold før dets offentliggørelse den 15. maj 2020 og muligt i et ikke præciseret omfang gennem drøftelser har rådgivet Aarhus Kommune om ydelsens karakter og derved indirekte bidraget til udformningen af udbudsbetingelserne. Der er imidlertid ikke – navnlig ikke efter udbuddets karakter og tilrettelæggelse – grundlag for at fastslå, at de udbudsretlige regler er blevet overtrådt som påstået.*
- *Alle relevante oplysninger er således tilgået samtlige tilbudsgivere, jf. udbudslovens § 39, stk. 2, nr. 1, og DigitalLeads mulige tidsmæssige fordel, jf. § 39, stk. 2, nr. 2, som Geelmuyden Kiese har hævdet opstod på grund af AA’s ansættelse, er ikke kommet til udtryk i evalueringen og har ikke foranlediget tilbudsgiverne til at anmode om yderligere tilbudsfrist.”*
- Tilsvarende resultat i kendelse af 10. februar 2023 (Siemens Healthcare mod Region Sjælland).

MEDARBEJDER FRA ORDREGIVER TIL TILBUDSGIVER

- Hvad hvis en medarbejder rykker fra ordregiver til en tilbudsgiver undervejs i udbudsprocessen?
- Hvad hvis en medarbejder rykker fra en tilbudsgiver til en anden tilbudsgiver midt i udbudsprocessen?

KONVERTERINGSOMKOSTNINGER

- **Retten i Første Instans' afgørelse af 12. december 2008 i sagen T-345/03 Evropäiki Dynamäki mod Kommissionen:**
- Kommissionen udbød programmeringsopgaven for det nye informationssystem "CORDIS".
- Af udbudsmaterialet fremgik det, at såfremt en "ny" leverandør blev tildelt kontrakten, skulle der være en 3-ugers indkøringsfase, hvor leverandøren, uden at få betaling herfor, skulle oplære sine folk i Kommissionens systemer.
- En tilbudsgiver fandt, at Kommissionen herved gav den eksisterende leverandør en urimelig konkurrencefordel og anlagde sag ved Retten.

KONVERTERINGSOMKOSTNINGER

- Retten udtalte:
- Det er i realiteten ikke muligt at undgå, at den eksisterende kontrahent har en sådan fordel (en "de facto iboende" fordel).
- Ordregiver kan ikke forventes at udligne alle de fordele, som en eksisterende leverandør har.
- Ordregiver er dog forpligtet til at udligne en konkurrencefordel, når
 - ▶ det er teknisk enkelt af foretage en sådan udligning
 - ▶ udligningen er økonomisk rimelig
 - ▶ udligningen ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents rettigheder

KONVERTERINGSOMKOSTNINGER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. september 2012 - UVdata A/S mod Københavns Kommune**
- Udbud af en 4-årig rammeaftale med en enkelt aktør om levering af et standarddrammesystem til registrering af personoplysninger.
- Af udbudsmaterialet fremgik det:
- *”Kunden har mulighed for og forventer at stille 2 fuldtidsressourcer, herunder Kundens projektleder, svarende til gennemsnitligt 300 timer pr. md. til rådighed i perioden fra påbegyndelse af afklaringsfase til afslutning af overtagelsesprøven.”*
- Eksisterende leverandør klagede til Klagenævnet:
- Klagenævnet udtalte:

KONVERTERINGSOMKOSTNINGER

- *”Ordregiverens afholdelse af omstillingsomkostninger kan ved udbud af kontrakter som den her omhandlede være nødvendig, hvis det skal være muligt for andre leverandører end den bestående at afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Dermed sikres den åbning af markedet, som er et af udbudsreglernes formål.*
- *På den baggrund kan det forhold, at indklagede har valgt i et vist omfang at dække de meromkostninger, som enhver anden leverandør end den nuværende (klageren) vil have, ved vederlagsfrit at stille 300 interne timer pr. måned til rådighed, efter en foreløbig vurdering ikke anses for en overtrædelse af de udbudsretlige regler, herunder ligebehandlingsprincippet.”*

INTERESSEKONFLIKTER

- *§ 4. En ordregiver skal træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud.*
- *§ 24, nr. 18) Interessekonflikter: Situationer, hvor en person hos en ordregiver eller hos en indkøbsrådgiver, der handler på vegne af ordregiveren, og som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren, eller som kan påvirke resultatet af proceduren, har en direkte eller indirekte finansiell, økonomisk eller anden personlig interesse, der kan antages at bringe den pågældendes upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren i fare. Interessekonflikter kan også opstå, hvor en økonomisk aktør har modstridende interesser, som kan påvirke kontraktens opfyldelse i negativ retning.*

INTERESSEKONFLIKTER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. september 2014 – Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus**
- EU-udbud af rammeaftale om møbler
- Klage over, at ordregivers tekniske rådgiver og den vindende tilbudsgiver havde et så tæt forretningsmæssigt samarbejde, at den vindende tilbudsgivers tilbud skulle have været afvist s.f.a. inhabilitet.
- Klagenævnet udtalte:

INTERESSEKONFLIKTER

- *”Det lægges efter oplysningerne i sagen, herunder det fremlagte inspirationsmateriale, hvortil alene Formsprog havde rettighederne, til grund, at Formsprog og det daværende Holmris A/S forud for udbuddet havde samarbejdet om salg af møbler, som Holmris A/S producerede. Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at relationerne adskilte sig fra, hvad der kan betegnes som et **almindeligt professionelt samarbejde mellem virksomheder inden for samme eller tilstødende brancher**. Et sådant samarbejde medfører som det klare udgangspunkt ikke i sig selv afhængighed mellem virksomhederne. På denne baggrund og efter det i øvrigt foreliggende er der ikke grundlag for at antage, at Formsprog befandt sig i et afhængighedsforhold i relation til Holmris + Flexform, og at Holmris + Flexform af denne grund havde en særlig konkurrencemæssig fordel under udbuddet.”*

INTERESSEKONFLIKTER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2017 – Viking Medical Scandinavia m.fl. mod Amgros I/S**
- Offentligt udbud efter udbudsloven af tre rammeaftaler om køb af knoglecement m.m. til skulder-, knæ- og hofteoperationer.
- En læge, der indgik i Amgros' evalueringsteam/brugergruppe var samtidig registreret som "principal investigator" hos Sundhedsstyrelsen for en af tilbudsgiverne.
- Klage til Klagenævnet for Udbud over forbindelsen mellem tilbudsgiver og læge.
- Under sagen oplyst, at lægen ikke havde modtaget nogen form for vederlag eller surrogat for dette som følge af rollen som principal investigator.

INTERESSEKONFLIKTER

- Klagenævnet fastslog:
- Ikke interessekonflikt!
- Lagde vægt på at:
- Sundhedsstyrelsen havde vurderet om tilknytningen kunne påvirke lægens ordinationsmønster.
- Ingen former for vederlag.
- Blot et ud af 12 medlemmer af brugergruppen.

INTERESSEKONFLIKTER

- **Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. november 2017 – C.F. Møller mod Region Hovedstaden og COWI A/S m.fl. mod Region Hovedstaden**
- Projektkonkurrence efterfulgt af udbud med forhandling om nyt akutsygehus ved Bispebjerg.
- Sweco Architects rådgiver for Region Hovedstaden under udbudsprocessen.
- Grontmij A/S underrådgiver for (senere vindende) tilbudsgiver.
- Under forhandlingerne udsendt pressemeddelelse om, at Sweco AB var i en proces med henblik på at overtage Grontmij N.V.
- Regionen foretog en række foranstaltninger for at sikre, at Sweco Architects ikke favoriserede den tilbudsgiver (KHR), som Grontmij A/S var underrådgiver til. De involverede medarbejdere udfyldte erklæringer.

INTERESSEKONFLIKTER

- **Klagenævnet udtalte:**

- *”Klagenævnet finder på den baggrund, at Sweco AB havde en direkte og betydelig økonomisk interesse i den udbudte kontrakt, uanset at aftalen om selskabsoverdragelsen endnu ikke var faldet endeligt på plads.*

- ...

- Klagenævnet om de indhentede erklæringer:

- *”Klagenævnet finder, at indhentelsen af en sådan erklæring i sig selv ikke medfører en afhjælpning af det forhold, at der på grund af de ultimative ejerforhold var en reel og nærliggende grund til at tro, at konkurrencegrundlaget mærkbart blev fordrejet til fordel for KHR ved at lade de tre personer fra Sweco Architects A/S deltage i gennemførelsen af udbuddet, herunder i evalueringen af de modtagne tilbud.”*

INTERESSEKONFLIKTER

- En lang række kendelser fra Klagenævnet.
- Interessekonflikter opstår særligt, når den ordregivende myndighed gør brug af udbudsrådgiver med relation til en eller flere tilbudsgivere.
- Kendelse af 6. august 2010 (HedeDanmark mod Greve Spildevand). Koncernforbindelser mellem udbudsrådgiver og tilbudsgiver.
- Kendelse af 30. november 2011 (Willis I/S mod Sønderborg Kommune). Franchiserelation mellem udbudsrådgiver og tilbudsgiver.
- Ejerskabsrelationer mellem udbudsrådgiver og tilbudsgiver vil i princippet altid medføre interessekonflikt.

OPDELING AF KONTRAKTER I DELKONTRAKTER

DELKONTRAKTER

- Udbudslovens § 49 (placeret i udbudslovens afsnit II)
- *”En ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt.*
- *Stk. 2. Udbyder en ordregiver ikke særskilte delkontrakter, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor.”* **”Følg- eller forklar princip”**
- Økonomiske og styringsmæssige hensyn kan begrunde, at der ikke sker opdeling,
- NB: Placeret i udbudslovens afsnit II (gælder alene for klassiske EU-udbud).
- Hvis ikke angivet begrundelse i udbudsmaterialet for manglende opdeling af kontrakter i delkontrakter risiko for bødestraf på op til 100.000 kr. – forudsætter indgivelse af klage til Klagenævnet. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13a.

DELKONTRAKTER

- ”Følg- eller forklar”! (forarbejderne)
- *”En grund kan eksempelvis være varetagelsen af økonomiske- eller markedsmæssige hensyn. Markedsmæssige hensyn kan eksempelvis være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at den markedsmæssige situation betyder, at der ikke vil være en konkurrence om delkontrakter, hvis en kontrakt opdeles. Økonomiske hensyn kan være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at der kan opnås økonomiske fordele, såsom stordriftsfordele, ved ikke at opdele kontrakten. Endvidere kan økonomiske hensyn eksempelvis angå selve udbudsprocessen i forhold til udbudsomkostningerne, men kan også angå omkostningerne forbundet med den efterfølgende kontraktadministration.”*
- Ordregiveren har et vidt skøn i forhold til at vurdere, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt eller ej.
- Ordregiverens vide skøn kan ikke tilsidesættes, med mindre ordregiveren har handlet i strid med principperne i § 2.
- Ikke pligt til at begrunde manglende opdeling i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

DELKONTRAKTER

- Eksempel på begrundelse i en udbudsbekendtgørelse.
- ARC's udbud af behandling af mineraluld fra genbrugspladser.
- *”Kontrakten udbydes som én samlet kontrakt, hvor der indgås kontrakt med én Tilbudsgiver. ARC har valgt ikke at opdele opgaven i delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, da det af hensyn til ARCs administration af opgaven og for at minimere grænsefladeproblematikker, er mest hensigtsmæssigt, at opgaven udføres af én og samme leverandør.”*

DELKONTRAKTER

- Hvis der udbydes i delkontrakter:
- Udbudslovens § 49, Stk. 3:
- *”En ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen anføre,*
- *1) om tilbudsgiveren kan afgive tilbud på en, flere eller alle delkontrakter,*
- *2) om tilbudsgiveren kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og i givet fald hvordan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kan kombineres, og*
- *3) hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der er afgørende for tildelingen af delkontrakter, herunder hvordan delkontrakterne tildeles, når kriterierne eller reglerne ellers ville resultere i, at en tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end det maksimale antal, som tilbudsgiveren kan få tildelt.”*

UDBUDSFORMER

UDBUDSFORMERNE VED AFSNIT II UDBUD EFTER UDBUDSLOVEN

- **Udbudslovens afsnit II (Klassiske EU-udbud)**
- Offentligt udbud – kan altid anvendes
- Begrænset udbud – kan altid anvendes
- Udbud med forhandling med udbudsbekendtgørelse – særlige betingelser
- Konkurrencepræget dialog – særlige betingelser
- Innovationspartnerskab (krav om innovation)
- (Udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse – særlige betingelser)
- Efter forsyningsvirksomhedsdirektivet kan udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse altid anvendes.

UDBUDSFORMER

- **Offentligt udbud:**
- Reguleret i udbudslovens §§ 56-57.
- Ingen prækvalifikation, men mulighed for at stille mindstekrav til egnethed.
- Tilbudsfrist minimum 35 dage fra dagen efter afsendelse af udbudsbekendtgørelse (reelt 30 pga. elektronisk udbud).
- Mulighed for frist ned til 15 dage, hvis
 - Vejledende forhåndsmeddelelse (alle krævede oplysninger og tidsmæssige krav opfyldt)
 - Akut behov hos ordregiver
- Kontrakt tildeles på baggrund af de afgivne tilbud – ingen forhandling.
- Hvad afgør i praksis, om der vælges offentligt udbud?

UDBUDSFORMER

- **Begrænset udbud:**

- Reguleret i udbudslovens §§ 58-60.
- Prækvalifikation – udvælgelse af de virksomheder, der får mulighed for at afgive tilbud.
- Ansøgningsfrist minimum 30 dage fra dagen efter afsendelse af udbudsbekendtgørelse.
- Ved akut behov mulighed for nedsættelse til 15 dage.
- Det fulde udbudsmateriale stilles til rådighed fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.
- Minimum 5 prækvalificeres (forudsat så mange konditionsmæssige ansøgninger)
- Efter forsyningsvirksomhedsdirektivet minimum 3 prækvalificeres
- Der fastsættes objektive kriterier for udvælgelsen (vender vi tilbage til)

UDBUDSFORMER

- **Begrænset udbud (fortsat):**
- Minimumsfrist for afgivelse af tilbud på 30 dage (reelt 25 dage på grund af elektronisk udbud) efter afsendelse af opfordring til at afgive tilbud.
- Mulighed for frist ned til 10 dage, hvis
 - Vejledende forhåndsmeddelelse (alle krævede oplysninger og tidsmæssige krav opfyldt)
 - Akut behov hos ordregiver
 - Ikke-statslig ordregiver og aftale ml. ordregiver og tilbudsgivere
- Ikke statslige ordregive mulighed for tilbudsfrist på mindre end 25 dage – dog ikke mindre end 10 dage – i ”særlige tilfælde”.
- Kontrakt tildes på baggrund af de afgivne tilbud – ingen forhandling.

UDBUDSFORMER

- **Udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse:**
- Reguleret i udbudslovens §§ 61-66:
- Prækvalifikation på tilsvarende vis som ved begrænset udbud – samme frister.
- Det fulde udbudsmateriale stilles til rådighed fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.
- Minimum prækvalificere 3 ansøgere (forudsat så mange konditionsmæssige ansøgere).
- De prækvalificerede afgiver indledende tilbud.
- Ordregiver forhandler med tilbudsgiverne omkring de indledende tilbud, med mindre kontrakt tildeles på baggrund af de indledende tilbud.
- Mulighed for flere forhandlingsrunder – evt. med shortlisting.
- Afgivning af endelige tilbud – ingen efterfølgende forhandling.
- Kontakt tildeles på baggrund af de endelige tilbud.

UDBUDSFORMER

- **Konkurrencepræget dialog:**

- Reguleret i udbudslovens §§ 67-72:

- Ansøgningsfrist på minimum 30 dage fra dagen efter afsendelse af udbudsbekendtgørelsen.

- Det fulde udbudsmateriale stilles til rådighed fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.

- Minimum prækvalificere 3 ansøgere (forudsat så mange konditionsmæssige ansøgere).

- Dialogfase med de prækvalificerede tilbudsgivere.

- Dialog eventuelt i flere successive faser.

- Efter dialogfasen afslutning – afgivelse af endelige tilbud.

- Kontrakt tildeles på baggrund af de endelige tilbud.

- Mulighed for forhandlinger med vindende tilbudsgiver mhp på bekræftelse af forpligtelser.

UDBUDSFORMER

- **Innovationspartnerskaber:**
- Reguleret i udbudslovens §§ 73-79.
- Forbedrer mulighederne for at et udviklings-/innovationssamarbejde også kan give sig udslag i en efterfølgende leveranceaftale.
- Udbudslovens § 73:
- *”En ordregiver kan anvende innovationspartnerskaber, hvis ordregiveren vil udvikle en innovativ vare, en tjenesteydelse eller et bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængelig på markedet. **Et innovationspartnerskab består af 3 faser: udbuddet, innovationsforløbet og et eventuelt efterfølgende indkøb af den udviklede ydelse.***
- Udbuddet af innovationspartnerskabet gennemføres som et udbud med forhandling.
- Mulighed for at etablere parallelle innovationspartnerskaber, hvor de enkelte partnerskaber kan bringes til ophør.

UDBUDSFORMER

- Overvejelser omkring udbudsform
- Relevante elementer:
 - Tid/tidspres hos ordregiver
 - Forventet antal tilbudsgivere
 - "Brodne kar" på markedet
 - Opgavens karakter
 - Krav til tilbuddene (honorar)

UDBUDSFORMER

- **Procedurer i henhold til:**
- Udbudslovens afsnit III – ”light-udbud” (visse tjenesteydelser)
- Udbudslovens afsnit IV – klar grænseoverskridende interesse (v&t)
- Udbudslovens afsnit V – ingen klar grænseoverskridende interesse (v&t)

- Meget frie rammer for tilrettelæggelse af tildelingsprocessen.
- Der kan søges inspiration i procedurerne efter udbudslovens afsnit II, men drop de tunge forpligtelser – udnyt fleksibiliteten!

UDBUDSPROCEDURER I TILBUDSLOVEN (B&A)

- Offentlig licitation
- Begrænset indbudt licitation (ingen forudgående offentlighed)
- Begrænset licitation med prækvalifikation
- Underhåndsbud (særlige betingelser)

KONTAKT



Partner, advokat Martin Stæhr

Advokatfirmaet
Stæhr Schütze Ingemann

Telefon: 4242 6622

E-mail: mst@ssiadvokater.dk

www.ssiadvokater.dk

*Følg Stæhr Schütze Ingemanns
virksomhedsside på LinkedIn og
bliv løbende opdateret på
udbudsretlige nyheder!*