

Webinar: Udbudsåret 2022 og et kig i krystalkuglen

12. januar 2023

Mikala Berg Dueholm

Program

Vigtige kendelser fra 2022

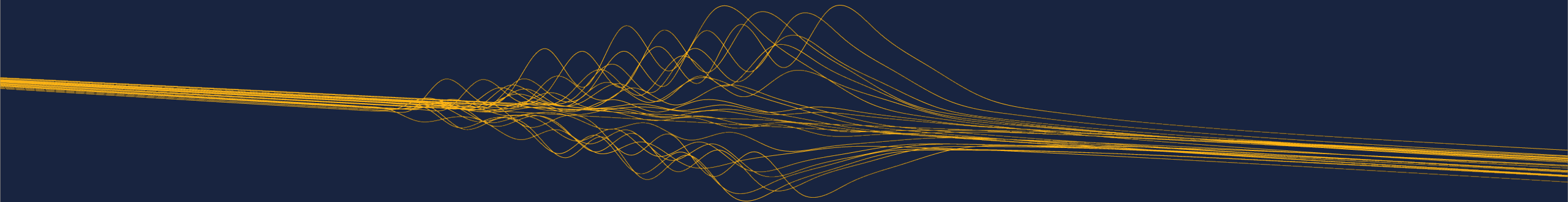
Ændring af udbudsloven

Udbuds-highlights fra 2022

Hvad venter i 2023?

Spørgsmål og tak for i dag

Vigtige kendelser fra 2022



Kendelse af 23. februar 2022, Capiro A/S mod Region Midtjylland (1)

Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III om udførelse af ortopædisk kirurgi. Udbuddet var opdelt i to delaftaler.

Forbruget var anslået til hhv. 3.600 og 2.400 udredninger/behandlinger, og det maksimale forbrug var angivet til hhv. 6.000 og 4.000 udregninger/behandlinger. Klager påstod, at det maksimale forbrug var urealistisk højt.

Klagenævnet udtalte, at:

- Ordregiver har et vist skøn ved fastsættelsen af maksimal mængde/værdi, men at dette skal være sagligt begrundet.
- Værdien af en kontrakt må ikke kunstigt forhøjes
- Det er inden for ordregivers skøn at tillægge en sikkerhedsmargin

Ordregiver havde forud for udbuddet udarbejdet et notat med baggrunden for de estimerede mængder, hvor der blandt andet var lagt vægt på, at sundhedsområdet er dynamisk og at forudsigeligheden derfor er begrænset – hvilket bl.a. COVID-19 pandemien og den nylige strejke understregede.

Klager påstod desuden, at ordregiver ikke havde beskrevet den anvendte evalueringsmodel tilstrækkeligt efter § 160. Klagenævnet udtalte, at § 160 ikke finder anvendelse ved udbud efter afsnit III.

Klagen blev ikke taget til følge.

Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune (1)

Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om håndværkerydelser, opdelt i fem delaftaler efter ydelsernes art.

Klager påstod bl.a., at betingelsen for at anvende udbud med forhandling efter § 61 ikke var opfyldt. Ordregiver havde i udbudsmaterialet beskrevet ydelserne som "almindeligt forekommende" arbejder.

Kendelse afsagt af udvidet klagenævn på 4 medlemmer – og med dissens.

Ordregiver gjorde gældende, at der var behov for en tilpasning af allerede tilgængelige tekniske løsninger, herunder af ydelsesbeskrivelsen, hvilket også var sket. Ordregiver ville ikke meningsfuldt kunne definere tekniske specifikationer i en så bred portefølje af tjenesteydelser fordelt på forskellige lokationer, og en henvisning til standarder ville ikke tilstrækkelig præcist kunne fastlægge egenskaberne ved de ønskede ydelser.

Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune (2)

Anvendelse af udbud med forhandling

Klagenævnets flertal henviste til punkt 42 i udbudsdirektivets præambel:

”Et udbud med forhandling kan ikke anvendes, medmindre et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kan føre til et tilfredsstillende resultat.”

I den konkrete sag, fandt flertallet det ikke godtgjort, at et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat, særligt henset til udbudsmaterialets beskrivelser, som ”almindeligt forekommende” arbejder.

Den dissentierende dommer udtalte:

”I forhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra d, udelukker det faktum, at de udbudte tjenesteydelser er beskrevet i udbudsmaterialet som ”almindeligt forekommende” arbejder ikke, at opgaven (herunder indhold og/eller processer og arbejds gange) gennem forhandling skulle beskrives nærmere.”

Både flertallet og den dissentierende dommer udtalte, at det er ordregiver, der bærer bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling er opfyldt.

Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune (3)

Skærpet for rammeaftaler

Flertallet udtalte desuden:

”Det påhviler som nævnt ordregiveren at godtgøre, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling er opfyldt. Da udbuddet vedrører en rammeaftale og dermed ikke er knyttet til udførelsen af en konkret opgave, bliver bevisbyrden for, at betingelserne for at gennemføre udbuddet som et udbud med forhandling er opfyldt, vanskeligere at løfte, end hvis udbuddet f.eks. vedrørte et konkret it- eller byggeprojekt.”

Den dissenterende dommer udtalte:

”Den omstændighed, at udbuddet vedrører en rammeaftale og ikke gennemførelsen af en konkret opgave, gør derimod ikke bevisbyrden vanskeligere at løfte for Albertslund Kommune. Tilpasning af en udbudt opgave kan både vedrøre selve opgavens beskrivelse (indhold) og måden (herunder processer og arbejdsgange), hvorpå opgaven løses, og jeg finder, at Albertslund Kommune har godtgjort, at der på tidspunktet for udbuddet ikke fandtes en eksisterende rammeaftaleløsning, som passede til kommunens behov.”

Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune (4)

Tilpasning af tilbuddene til kontrakten

Flertallet udtalte:

”Det kan ikke føre til en anden vurdering, at tilbudsgiverne fik adgang til at optimere deres tilbud, eller at det som følge af forhandlingerne blev sikret, at tilbudsgiverne afgav konditionsmæssige tilbud. Vi har herved lagt vægt på, at dette i givet fald reelt ville indebære en meget vidtgående udvidende fortolkning af bestemmelsen, der reelt ville medføre, at de begrænsninger, der i udbudsloven og udbudsdirektivet er fastsat for adgangen til at anvende udbud med forhandling, ville blive indholdsløse”

Ændring af udbudslovens § 61, stk. 1, litra c

”kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed, herunder et behov for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder, ikke tildeles uden forudgående forhandling”

Status

Kendelsen er indbragt for domstolene. Det er endnu ikke afgjort, om den skal henvises til landsretten.

Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 i BS 13384/2021-FRB, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS (1)

- Indbringelse af KLFUs kendelses af 29. april 2020 og 10. februar 2021.

Faktum

- Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om levering af en hjemmeside.
- Det var et minimumskrav til egnethed, at tilbudsgiverne havde mindst tre referencer for design, udvikling og implementering af en ny hovedhjemmeside for en offentlig kunde.
- To af Krusos referencer levede ikke op til kravene.
- Ordregiver bad Kruso indsende nye referencer med hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 5.

Klagenævnet

- Ordregiver var uberettiget til at indhente efterfølgende oplysning om referencer fra Kruso, da kravet om referencer var betegnet som mindstekrav, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.
- Tildelingsbeslutningen blev annulleret. Efterfølgende blev ordregiver pålagt at betale 1,2 mio. kr. i erstatning til klager.

§ 159, stk. 6:

”Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.”

Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 i BS 13384/2021-FRB, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS (2)

Byretten

- Betegnelsen mindstekrav/minimumskrav afskærer ikke altid i sig selv ordregiver fra at indhente efterfølgende oplysninger mv., jf. udbudslovens § 159, stk. 5 og 6.
- De nye referencer indebar ikke en sådan indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at der forelå et nyt tilbud.
- Ordregiver var således berettiget til at indhente referencerne.

Sagen er anket til Landsretten.

§ 159, stk. 6:

”Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.”

Kendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring mod Frederiksberg Kommune

Begrænset udbud af rengøring efter udbudslovens afsnit II.

Ordregiver havde tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4 (da nr. 5), der omhandler de tilfælde, hvor ordregiver kan påvise, at en økonomisk aktør væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og misligholdelsen har medført kontraktens ophævelse eller en lignende sanktion.

Ordregiver blev opmærksom på, at en anden kommune tidligere havde ophævet en kontrakt med klager på grund af misligholdelse og havde et stort erstatningskrav mod klager. Derfor udelukkede ordregiver klager fra udbuddet og fandt, at der ikke var foretaget tilstrækkelig self-cleaning.

Klagenævnet udtalte, at ordregiver skal foretage en selvstændig vurdering af, om den anden ordregivers ophævelse af kontrakten var berettiget.

Desuden udtalte Klagenævnet:

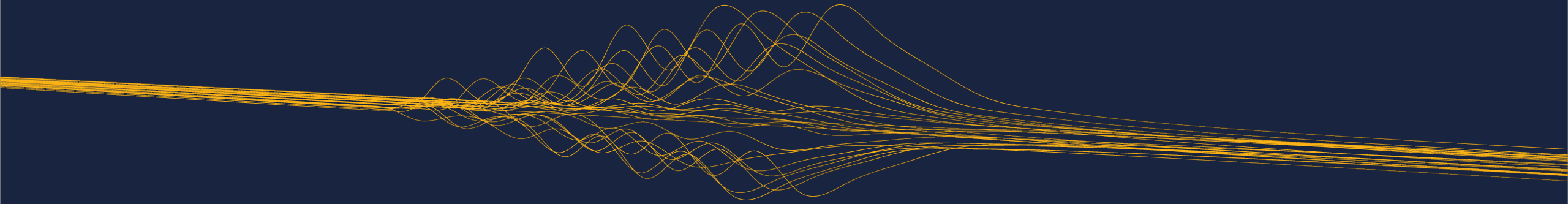
”Ved vurderingen af, om Frederiksberg Kommune som ordregiver skal acceptere, at der er truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger”, har Frederiksberg Kommune et betydeligt skøn. Dette skøn kan alene tilsidesættes af klagenævnet, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering, eller hvis Frederiksberg Kommune har skønnet åbenbart forkert.”

Kendelse af 21. juni 2022, Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek

- Kontrakter om opgradering af bibliotekernes hjemmesideløsning. Bestod af fem forskellige opgaver, hvor ordregiver vurderede, at én af opgaverne kun kan udføres af en bestemt leverandør.
- Derfor indrykkede ordregiver en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4, om påtænkt direkte tildeling pga. manglende konkurrence af tekniske årsager, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.
- Profylaksebekendtgørelsen indeholdt en detaljeret begrundelse, og ordregiver havde forinden udarbejdet et omfattende notat herom.
- Klage blev indgivet efter standstill-periodens udløb.
- Klagenævnet udtalte, at ordregiver ikke havde løftet bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelsen af § 80, stk. 3, nr. 2 var opfyldt.
- Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen. Kontrakten blev ikke erklæret for uden virkning, da ordregiver havde udvist fornøden omhu i vurderingen (på trods af at denne var forkert), og profylaksebekendtgørelsen beskyttede derfor mod uden virkning, jf. klagenævnslovens § 4.



Ændring af udbudsloven

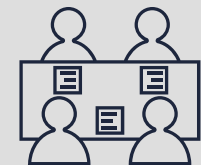


Udvidet adgang til udbud med forhandling

§ 61, stk. 1, nr. 1, litra c og § 67, stk. 1, nr. 1, litra c

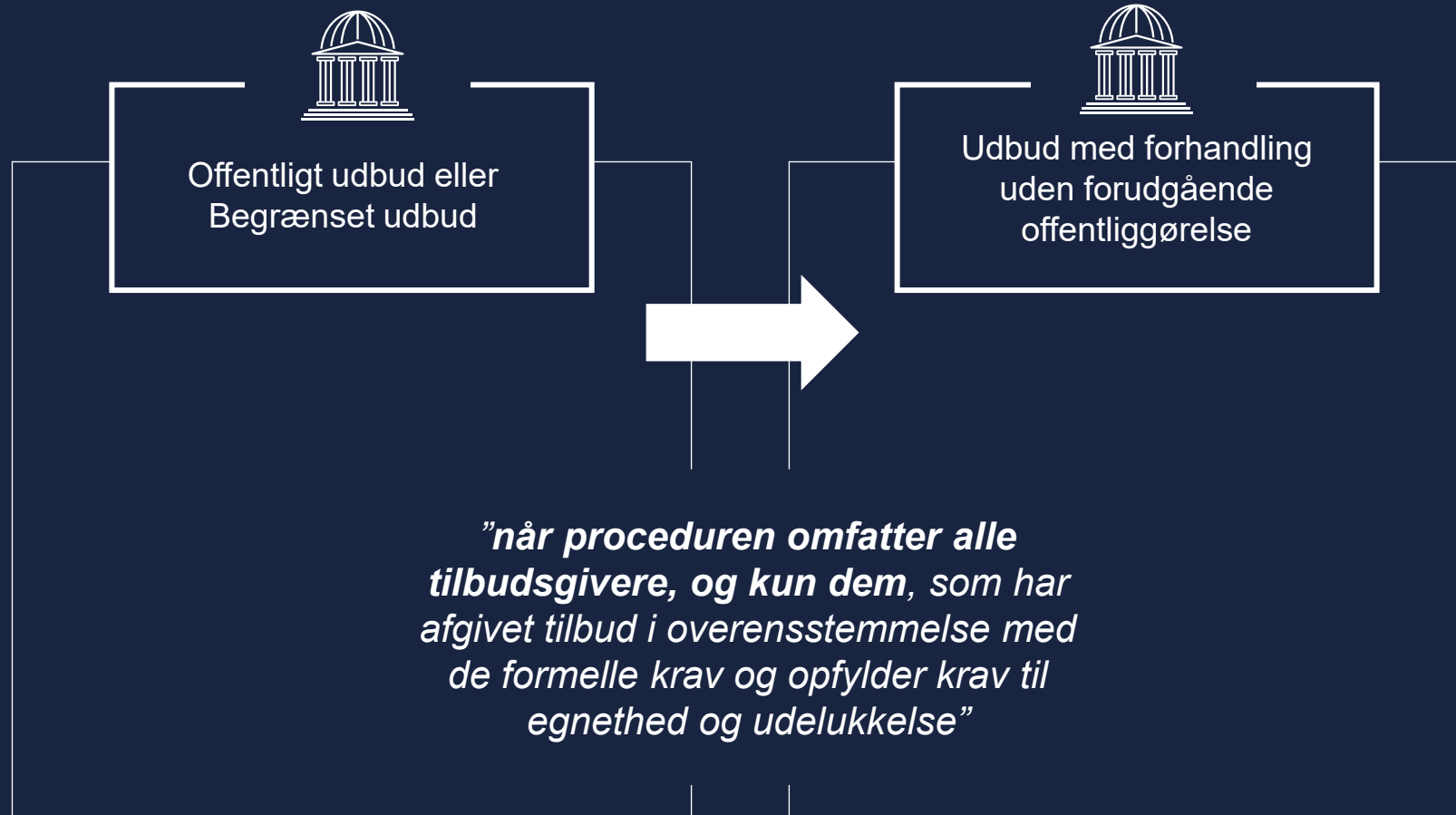
- Det tydeliggøres, at hensynet til muligheden for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder kan være et element i vurderingen af, hvorvidt kontrakter på grund af særlige omstændigheder ikke kan tildeles uden forudgående forhandling.
- Udbud af standardbygninger, -tjenesteydelser eller -varer giver generelt ikke ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling.
 - Dog kan der være særlige omstændigheder forbundet med disse kontrakter, således at udbud med forhandling alligevel kan anvendes.
 - I denne forbindelse vil hensynet til tilbudsgivernes mulighed for at tilpasse tilbuddet kunne inddrages som et af elementerne i vurderingen.
- Kan f.eks. omfatte komplekse kontraktvilkår om ansvar og risici tilknyttet leverancen i henhold til kontrakten

”behov for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder”



Udvidet mulighed for at overgå til udbud med forhandling

§ 61, stk. 4

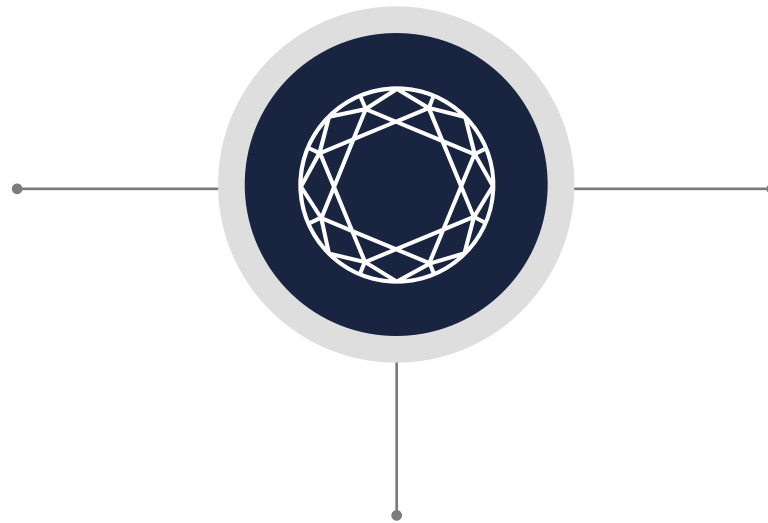


Ændringer af udbudsmaterialet

§ 134, stk. 1

”En ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmateriale, når :

Ændringerne udgør ikke
ændringer af grundlæggende
elementer



Ændringerne offentliggøres på
passende vis

Meddelelse om ændringen sker
under overholdelse af
tidsfristerne for supplerende
oplysninger

Nye obligatoriske udelukkelsesgrund

§ 134 a og § 136, stk. 4



SKATTELYLANDE

Ansøger/tilbudsgiver er etableret i et land, der er optaget på EU-listen over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner og ikke har tiltrådt WTO's GPA-aftale

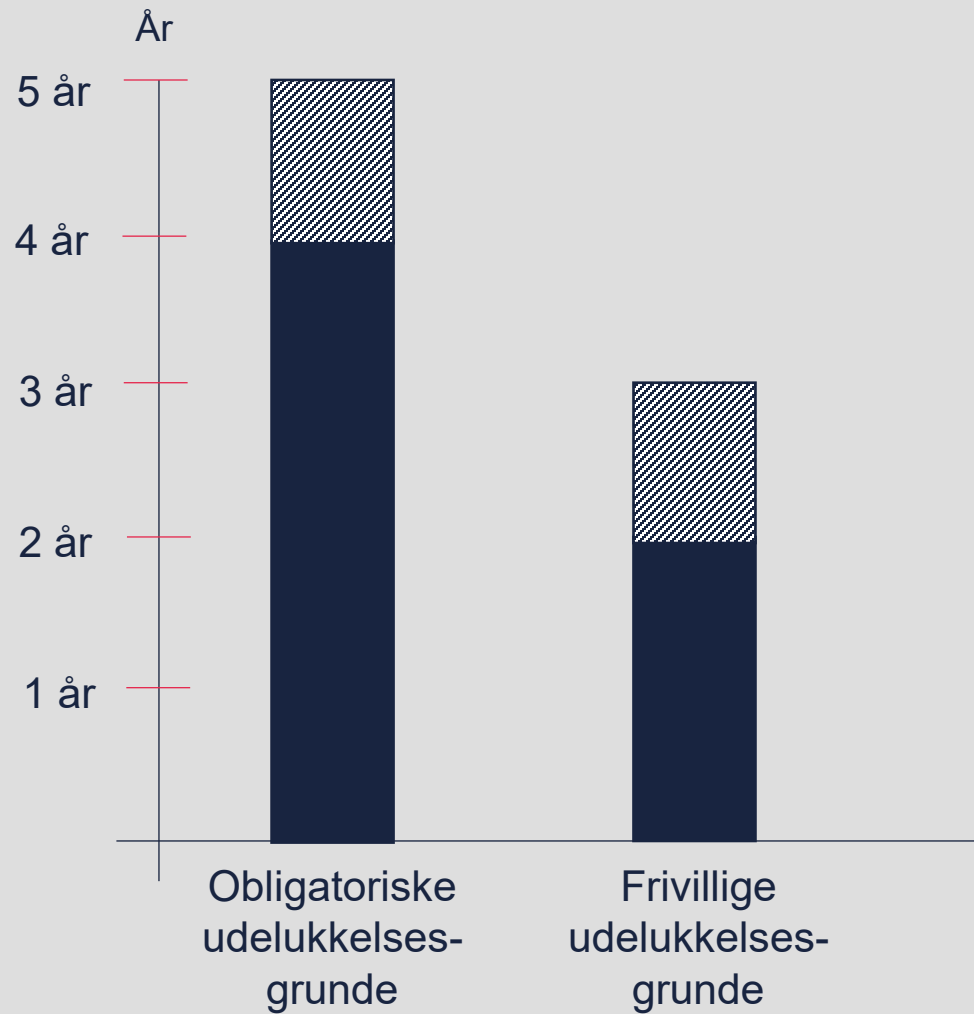


ALVORLIGE FORSØMMELSER

Ansøger/tilbudsgiver i forbindelse med udøvelse af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om vedkommendes integritet

Forlængelse af udelukkelsesperiode

§ 138, stk. 6 og 7



Udelukkelsesgrunde under kontrakten

§ 185, stk. 1, nr. 3

Hvis leverandøren i løbet af kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund og ikke kan dokumentere sin pålidelighed

Kontrakten har været genstand for en ændring af grundlæggende elementer

Ordregiver har ret til at bringe kontrakten til ophør

Kontrakten skulle ikke have været tildelt leverandøren på grund af en alvorlig overtrædelse af forpligtelserne i henhold til traktaterne og direktivet

Leverandøren var omfattet af en af udelukkelsesgrund ved tildelingen af kontrakten

Krav om personer under oplæring

§ 176, stk. 2

Ordregiver skal indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelse af offentlige kontrakter, der er omfattet af regler udstedt i medfør af stk. 4, jf. dog stk. 3



”personer under uddannelse inden for uddannelser, der er godkendt af myndigheder eller arbejdsmarkedets parter, og hvor praktik-, elev- eller lærlingeforhold indgår som del af uddannelsen, eller personer under anden oplæring”

Skal

- Angives i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale
- Have forbindelse til kontraktens genstand
- Være i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i § 2

Krav om personer under oplæring

§ 176, stk. 2

Formålet med ændringen er at understøtte uddannelse af fremtidens arbejdskraft

- Skabe flere lærepladser ved at indføre krav

Undtagelser til kravet, jf. § 176, stk. 3:

- Pligten i stk. 2 finder ikke anvendelse, når anvendelsen af personer under oplæring
 - 1) medfører en sikkerhedsrisiko
 - 2) ikke egner sig til gennemførelse af kontrakten eller
 - 3) strider mod anden lovgivning

Bekendtgørelse om krav om anvendelse af personer under oplæring i offentlige kontrakter, jf. stk. 4:

- Gælder for bygge- og anlægskontrakter, der udføres i DK og med minimum 6 måneders varighed
- Gælder for visse tjenesteydelseskontrakter (reparations- og vedligeholdelsestjenester, installationstjenester, transporttjenester og rengøring), hvis kontraktværdien er over 5 mio. kr. og med minimum 6 måneders varighed

Køb-grønt-eller-forklar-princip

Udbudslovens § 194, stk. 4 og tilbudslovens § 16



”Erhvervsministeren kan fastsætte regler om, at ordregivere, som i forbindelse med gennemførelsen af udbud efter denne lov ikke inddrager miljø- eller klimahensyn, skal oplyse om baggrunden herfor i deres udbudsmateriale”

Overtrædelse af forklar-principper straffes med bøde

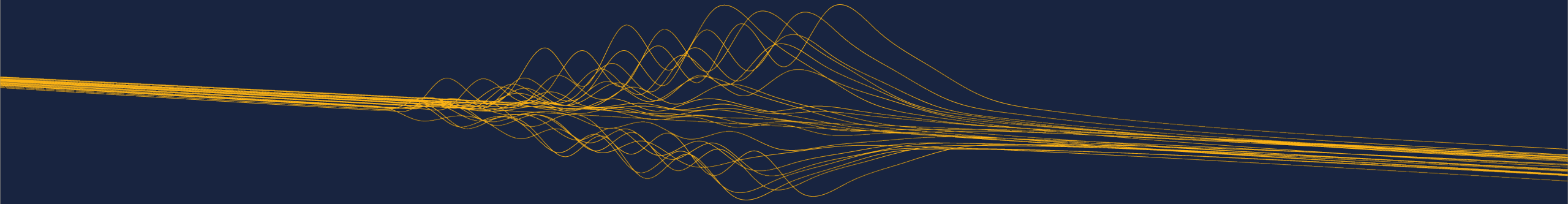
§ 13 a

OPDEL ELLER FORKLAR - § 49, STK. 2

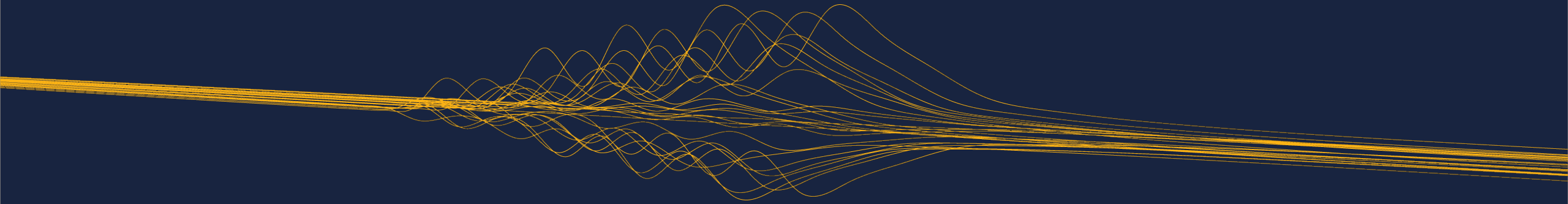
KØB GRØNT ELLER FORKLAR - § 194, STK. 4

“
Efter påstand fra klageren pålægger Klagenævnet for Udbud en ordregiver, som er en del af den offentlige forvaltning, og som ikke er etableret på privatretligt grundlag, en økonomisk sanktion på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog maksimalt 100.000 kr. [...]

Udbuds-highlights fra 2022



Grønne indkøb



Vejledning om grønne indkøb

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Gennemførelse af grønne udbud

Vejledning om udbudslovens
muligheder

September 2022

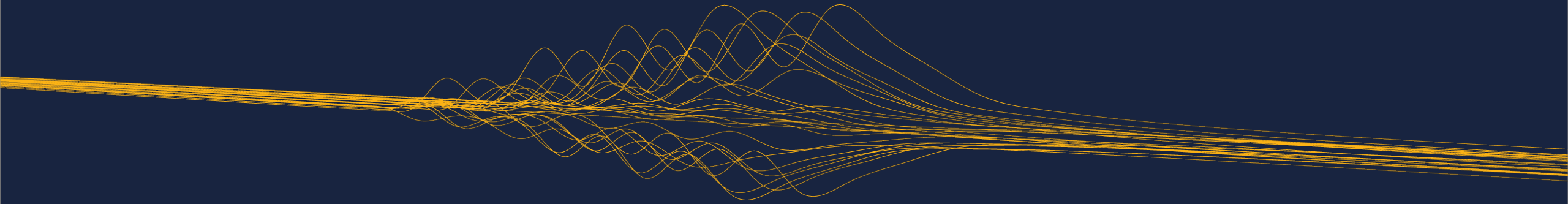

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

- Gennemgang af reglerne suppleret med relevante praktiske eksempler
- Vedrører indkøb, der foretages efter udbudslovens afsnit II
- Opdelt i kapitler, der beskriver muligheden for at inddrage grønne hensyn i de forskellige faser i en udbudsproces

EU's grønne indkøbskriterier (GPP) for datacentre, serverrum og cloudtjenester



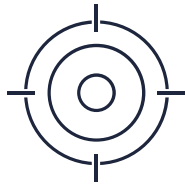
Andre highlights



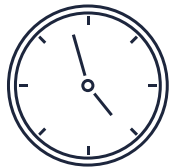
Database over udbud offentliggjort af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen



Ordregivere kan gennemføre kvalificerede datadrevne analyser og søge inspiration i lignende udbud.



Tilbudsgivere kan få et godt overblik over hvilke danske udbud, der kan være interessante at byde på.



Opdateres en gang årligt af KFST, der kvalitetssikrer data ved at korrigere åbenlyse fejl og gør data mere brugbar til søgning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens CPV-værktøj

Udbudsregler

CPV-koder

I en udbudsbekendtgørelse skal ordregiveren angive en såkaldt CPV-kode. Der er en CPV-kode for hver type af vare, tjenesteydelse og bygge- og anlægsopgave. Det gør det enkelt og entydigt for leverandørerne at finde og identificere de ydelser, ordregiveren udbyder.

Søg CPV-koder

Du kan bruge denne søgefunktion, hvis du skal udbyde en vare, tjenesteydelse eller en bygge- og anlægsopgave.

Søgeord foreslås automatisk under indtastning.

BEMÆRK, du søger i samtlige CPV-koder - også koder for undtagne ydelser mv.

Indtast søgeord eller CPV-kode

[Se CPV-kode oversigt](#)

Ruslands invasion af Ukraine (1)

Prisstigninger

Dette har bl.a. medført prisstigninger på råstoffer og andre produkter. Mange ordregivere har foretaget kontraktændringer.



Opmærksom på indarbejdelse af nødvendige prisreguleringsmekanismer i kommende udbud.

Marts 2022: Notat fra KFST om udbudsretlige problemstillinger vedrørende ændring af kontrakter og rammeaftaler, som følge af konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine

Ordregiver har i visse tilfælde ret – men ikke pligt – til at regulere prisen om følge af invasionen. Også kommunalretten og statsstøtteren skal inddrages.

Ruslands invasion af Ukraine (2)

Forbud mod tildeling og fortsat gennemførelse af kontrakter med russiske virksomheder

- Den 8. april 2022 offentliggjorde EU 5. pakke af sanktioner mod Rusland. Forordningens art. 5k indfører bl.a. et forbud mod tildeling og fortsat gennemførelse af offentlige kontrakter og koncessioner med følgende russiske aktører:
 - a) russiske statsborgere eller fysiske eller juridiske personer, enheder eller organer, der er etableret i Rusland
 - b) juridiske personer, enheder eller organer, hvoraf en enhed som omhandlet i nærværende stykkes litra a) direkte eller indirekte ejer over 50 %, eller
 - c) fysiske eller juridiske personer, enheder eller organer, der handler på vegne af eller efter anvisning fra en enhed, som omhandlet i nærværende stykkes litra a) eller b)

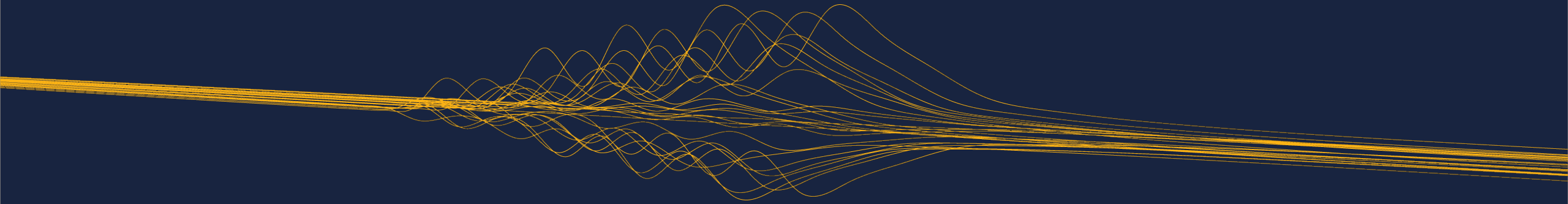
Samt underleverandører eller støttende enheder, der tegner sig for mere end 10 % af kontraktværdien.

Undtagelser, ved kontrakter om:

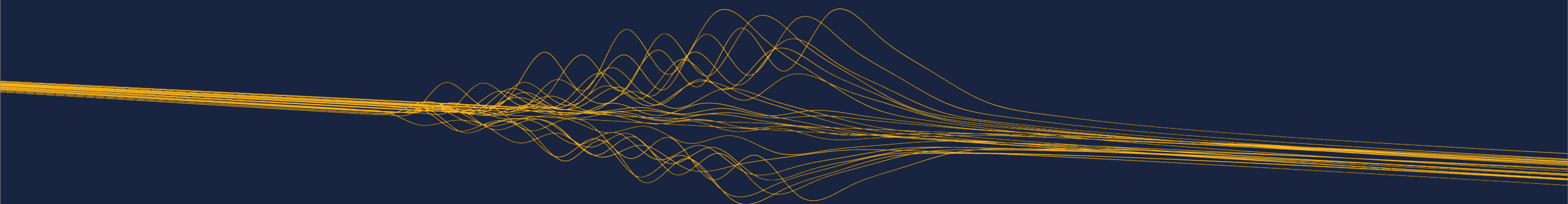
- tjenesteydelser og andet arbejde på det nukleare område
- mellemstatsligt samarbejde om rumprogrammer
- levering af strengt nødvendige varer eller tjenesteydelser, som kun kan leveres, eller kun kan leveres i tilstrækkelige mængder, af personer omfattet af forbuddet
- kontrakter om køb af olie, naturgas og visse mineraler

Kræver tilladelse fra medlemsstaten.

Hvad venter i 2023?



Klimakrav i BR18 træder i kraft 1. januar 2023



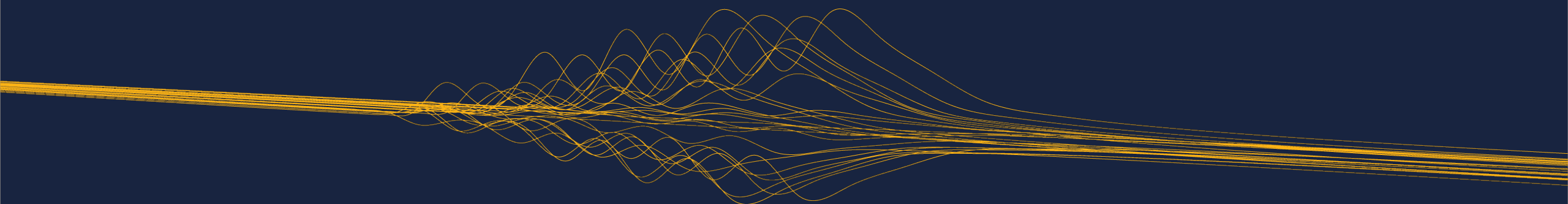
Nye klimakrav i BR18 fra 1. januar 2023

Reduktion af CO₂-udledning i nybyggerier



- For nybyggerier skal der foretages en beregning af byggeriets klimapåvirkning
- Bygninger større end 1.000 m² må max udlede 12,0 kg. CO₂-ækvivalenter pr. m² pr. år
- Der indføres en lavemissionsklasse på 8 kg. CO₂-ækvivalenter pr. m² pr. år

Self-cleaning enhed i KFST fra 1. januar 2023



Ny enhed for vurdering af pålidelighed

§ 138, stk. 1



Ordregiver skal fremover indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til vurderingen af en økonomisk aktørs dokumentation for pålidelighed (self-cleaning)



Ordregiver skal fremover indsende følgende:

- Oplysninger om baggrunden for udelukkelse
- Dokumentation modtaget af tilbudsgiver for pålidelighed



Ordregiveren **kan vælge** at lægge den vejledende udtalelse til grund ved vurderingen af, om virksomheden skal udelukkes eller ej – men er ikke forpligtet hertil (vejledende).



Trådte i kraft 1. januar 2023.

Ny enhed for vurdering af pålidelighed

§ 138, stk. 1

KFST har udarbejdet guides til både ordregivere og virksomheder samt en skabelon til ordregivers indhentning af vejledende udtalelse, der kan tilgås på deres hjemmeside.



KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN

Offentlige ordregivere & virksomheder

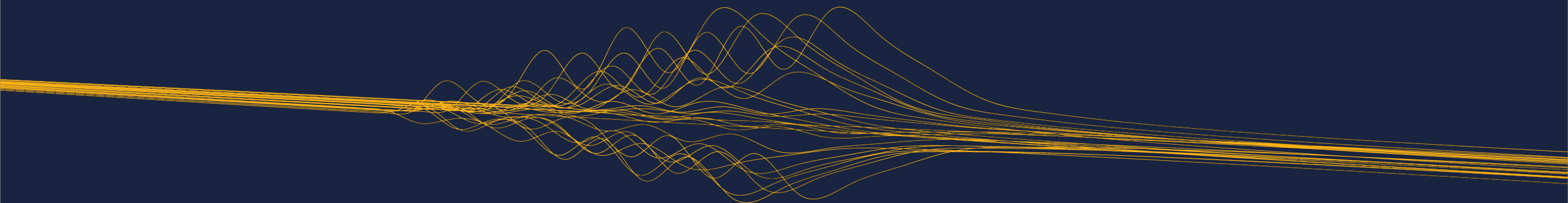
Find skabeloner og guides her

Her finder du skabeloner og guides i de nye regler om dokumentation og vurdering af pålidelighed.

[Se guide til ordregivere](#)

[Se guide til virksomheder](#)

Spørgsmål



Tak for i dag



Mikala Berg Dueholm, partner og advokat
Mikala.Berg.Dueholm@dk.dlapiper.com
Tlf.: +45 3334 0312
Mobil: +45 2129 8756