

# ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT VED ANVENDELSE AF UDELUKKELSESGRUNDEN I UDBUDSLOVENS § 137, STK. 1, NR. 4

Klagenævnet for Udbud har i en ny kendelse taget stilling til rækkevidden af ordregivers undersøgelsespligt i forbindelse med anvendelse af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, tager klagenævnet stilling til, hvornår der foreligger plausible indikationer om konkurrencefordrejende adfærd, samt til, på hvilket tidspunkt ordregivers eventuelle videregående undersøgelsespligt foreligger. Klagen blev indgivet af Urbaser A/S, som gjorde gældende, at Silkeborg Genbrug og Affald A/S skulle have udelukket to tilbudsgivere fra udbudsprocessen, da der var tale om en ulovlig tilbudskoordinering. Den ene af disse tilbudsgivere var den tilbudsgiver, som Silkeborg Genbrug og Affald A/S netop havde tildelt kontrakten.

Inden klagenævnet nåede at tage stilling hertil, havde Silkeborg Genbrug og Affald A/S imidlertid annulleret udbuddet, hvorefter Urbaser A/S yderligere gjorde gældende, at annullationen ikke var berettiget.

Klagenævnet tog i sin kendelse indledningsvis stilling til annullationen, til trods for at dette var den sidste påstand, der blev nedlagt.

I kendelsen fastslog klagenævnet, at ordregiver ikke har nogen kontraheringspligt, blot fordi der er



iværksat et udbud. Ordregiver har således ret til at annullere et udbud på et hvilket som helst tidspunkt inden kontraktindgåelse, så længe annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde er usagligt.

Tildelingsbeslutningen var udsendt den 12. juni 2020, og klagen blev modtaget den 19. juni 2020. Udbuddet blev annulleret den 26. juni 2020, og annullationen var begrundet med, at

der den 16. juni 2020 var indgået en politisk aftale om "Klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi", der ville have en sådan indvirkning på den udbudte kontrakt, at udbuddet måtte gå om.

Urbaser A/S gjorde gældende, at annullationen var i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, da den politiske aftale, der lå til grund for annullationen, ikke ville have en indvirkning på kontrakten, der ikke kunne håndteres inden for rammerne af den udbudte kontrakt.

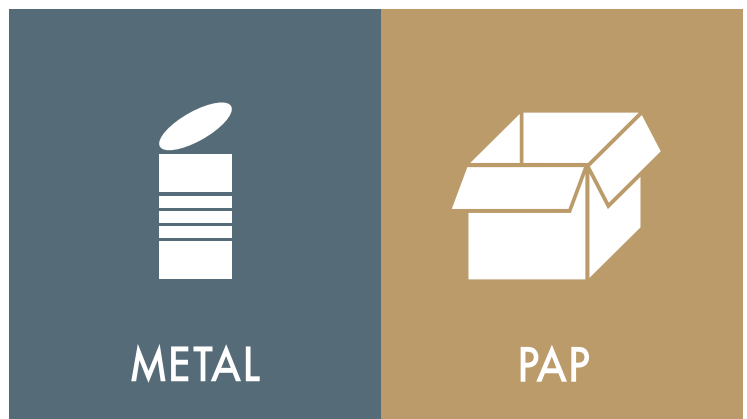
Inden klagenævnet afsagde sin kendelse, nåede Silkeborg Genbrug og Affald A/S at gennemføre et nyt udbud med inddragelse af den politiske aftale, hvilket klagenævnet fandt var et understøttende synspunkt for, at annullationen var berettiget. Endvidere mente klagenævnet, at den politiske aftale var en berettiget grund til at annullere det tidligere udbud, da der ved genudbuddet var sket en ikke uvæsentlig forhøjelse af kontraktens værdi.

Klagenævnet fastslog således endnu engang, at ordregiver har mulighed for at annullere et igangværende udbud helt frem til kontraktindgåelsen, så længe der foreligger en saglig begrundelse.

Den anden del af kendelsen og altså den oprindelige baggrund for klagen omhandler ordregivers undersøgelsespligt i forbindelse med tilbudskoordinering. I det af klagesagen omfattede udbud havde Silkeborg Genbrug og Affald A/S tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, der udelukker en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsproceduren, hvis ordregiver har tilstrækkeligt plausible indikationer til at konkludere, at der er indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

I sagen var der ved tilbudsfristens udløb modtaget i alt fire tilbud. To af disse tilbud, hvoraf det ene var tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, mente Urbaser A/S, var afgivet efter aftale mellem de to tilbudsgivere med henblik på at fordreje konkurrencen.

Baggrunden for dette klagepunkt var, at der var tale om to virksomheder, der ejermæssigt er indbyrdes forbundet, og at det ene tilbuds priser lå så langt fra de øvrige tilbud, at det ifølge Urbaser A/S var afgivet for at påvirke prisevalueringen.



Klager gjorde gældende, at Silkeborg Genbrug og Affald A/S havde været forpligtet til at udelukke de to tilbudsgivere på denne baggrund, således at Urbaser A/S i stedet ville have vundet udbuddet.

Klagenævnet var ikke enig heri og konkluderede, at der ikke forelå sådanne plausible indikationer, der ved modtagelse af tilbuddene eller tidspunktet for tildelingsbeslutningen havde forpligtet Silkeborg Genbrug og Affald A/S til at undersøge forholdene nærmere og udelukke de to tilbudsgivere.

De oplysninger, der efter Urbaser A/S' opfattelse skulle have medført dette, var, at den ene tilbudsgiver i sit tilbud havde vedlagt et ESPD for en virksomhed, som tilbudsgiveren støttede sin økonomiske og finansielle formåen på, og der i denne støttevirksomheds ESPD var angivet en mailadresse på kontaktpersonen, som var en mailadresse med den anden tilbudsgivers firmanavn.

Der fremgik ikke af de to tilbud nærmere oplysninger om tilbudsgivernes ultimative ejerforhold eller personsammenfald i de to virksomheder.

Klagenævnet mente ikke, at dette var nok til at forpligte ordregiver til at undersøge forholdene nærmere og henviste herved til, at ordregiver har et vist skøn ved vurderingen af, om sådanne plausible indikationer foreligger, inden ordregiver er forpligtet til at udelukke en eller flere tilbudsgivere. Klagenævnet henviste i den forbindelse til sine tidligere kendelser af henholdsvis 5. december 2019, Kailow Graphics A/S mod Moderniseringsstyrelsen, og 11. januar 2011, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet. At det ene tilbuds pris var meget højere end de øvrige tilbud var ikke i sig selv nok til at udgøre en plausibel indikation på tilbudskoordinering.

Klagenævnet lagde således ved sin vurdering vægt på, at oplysningerne om ejerforholdene for de to tilbudsgivere først kom frem til ordregiver ved modtagelse af klagen, og altså efter tildelingsbeslutningen var truffet. Klager fremlagde således under klagesagen en række udskrifter fra Erhvervsstyrelsen for diverse selskaber forbundet med de to tilbudsgivere. Disse oplysninger medførte ikke forpligtelse til at undersøge forholdene yderligere på dette tidspunkt, heller ikke da Silkeborg Genbrug og Affald A/S kort efter annullerede udbuddet på baggrund af den politiske aftale, jf. nærmere ovenfor.

De plausible indikationer, der skal foreligge for, at ordregiver er pligtig at udelukke tilbudsgivere efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skal således som udgangspunkt foreligge på tidspunktet for ordregivers tildelingsbeslutning og skal kunne læses direkte ud af de modtagne tilbud.

Kendelsen efterlader dog spørgsmålet om, i hvilket omfang sagen havde fået et andet udfald, hvis Silkeborg Affald og Genbrug A/S ikke havde annulleret udbuddet under henvisning til den politiske aftale, da klagenævnet blot kort omtaler, at undersøgelsespligten heller ikke opstod efter Urbaser A/S' fremlæggelse af oplysninger om ejerforholdene, da udbuddet blev annulleret kort herefter. Det er således ikke endeligt afklaret, om undersøgelsespligten i forbindelse med udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, kan udstrækkes til efter tildelingsbeslutningen.

Spørgsmål til kendelsen kan rettes til advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, som førte sagen for Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

Klagenævnet for Udbuds kendelse kan læses her:

[https://klfu.naevneneshus.dk/media/documents/Urbaser\\_AS\\_mod\\_Silkeborg\\_Genbrug\\_og\\_Affald\\_AS.pdf](https://klfu.naevneneshus.dk/media/documents/Urbaser_AS_mod_Silkeborg_Genbrug_og_Affald_AS.pdf)

April 2021