

Klagenævnet for Udbud

RESUMÉER AF DANSKE RETSAFGØRELSER

Klagenævnet for Udbud

Nedenfor indeholdes resuméer af de danske retsafgørelser om EU's udbudsregler og Tilbudsloven, som Klagenævnet for Udbud har kendskab til. Resuméerne er udarbejdet af Klagenævnet for udbud.

Resumésamlingen er indlagt på Klagenavnets websted på Internettet www.klfu.dk, hvor den ajourføres løbende.

Klagenævnet har ikke mulighed for at indlægge afgørelsernes tekst på Internettet eller på anden måde offentliggøre afgørelserne som sådan. Interesserede henvises til at skaffe en ønsket afgørelse ved at bestille en udskrift hos den pågældende ret.

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes dato

Vestre Landsrets dom af 14. marts 2000 i sag B-2766-96, IBF Nord A/S mfl. mod Aalborg Kommune.....	8
Østre Landsrets dom 16. august 2000 i sag 5. afd. B-1654-97 mfl. Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard & Schultz A/S	9
Vestre Landsrets dom af 3. maj 2001 i sag B-1447-99, Humus/Genplast ApS mod Århus Renholdningsselskab	9
Vestre Landsret dom af 7. maj 2001 i sag B-2847-99, Humus/Genplast ApS (tidligere Humus ved Hans Jørgen Rasmussen) mod Affaldsselskabet Bobøl I/S.....	10
Ugeskrift for Retsvæsen 2001 s. 2286 H, Højesterets kendelse af 10. august 2001 i sagen Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening	11
Vestre Landsrets tilkendegivelse af 28. september 2001 i sag B-2423-97. Vejdirektoratet mod Poul Hansen Entreprenør A/S	12
Ugeskrift for Retsvæsen 2002 s. 1297 V og Tidsskrift for Bolig- og Byggeret 2002 s. 273, Vestre Landsrets dom af 8. marts 2002 i sagen Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab	14
Østre Landsrets dom af 3. maj 2002 i sag 1. afd. B-2585-01. Praktiserende Arkitekters Råd mod Kulturministeriet ved Ordrupgaardsamlingen	14
Østre Landsrets dom af 7. oktober 2002 i sag 15. afd. B-303-01. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Klagenævnet for Udbud og Kulturministeriet	15
Vestre Landsrets dom af 17. september 2003 i sag B-0210-99, Humus Genplast ApS (tidligere Humus ved Hans Jørgen Rasmussen) mod Herning Kommune.....	18
Højesterets dom af 10. februar 2004 gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2004 s. 1294 H. Skjortegrossisten A/S mod Post Danmark	19
Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sagerne B-2567-01 og B-1979-02, Århus Amt mod Judex A/S	20
Ugeskrift for Retsvæsen 2004 s. 3051 H, Højesterets dom af 28. september 2004 i sagen Praktiserende Arkitekters Råd mod Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling, Statens Forsknings- og Uddannelsesbygninger som mandatar for Københavns Pædagogseminarium	23
Østre Landsrets dom af 7. december 2004 i sag 8. afd. B-1568-03, Lindpro A/S mod Jørgen Mortensen & Sønner ApS	24
Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1648 V, Vestre Landsrets kendelse af 28. februar 2005 i sagen Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S mod Vejle Amt	26
Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1774 H, Højesterets kendelse af 16. marts 2005 i sag Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.....	26

Resuméer af danske retsafgørelser

Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1799 H, Højesterets dom af 31. marts 2005 i sag 482/2002, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S	27
Østre Landsrets dom af 19. december 2005 i sag 4. afd. nr. B-3256-04, Morsø Kommune mod Køster Entreprise A/S	31
Vestre Landsrets dom af 31. marts 2006 i sagerne B-0911-04 og B 2293-04, Esbjerg Kommune mod Miri Stål A/S	32
Vestre Landsret dom af 11. april 2006 i sag V.L. B-2855-04, Helle Kommune mod Flemming Damgaard ApS	34
Ugeskrift for Retsvæsen 2006 s. 2727 V, Vestre Landsrets kendelse af 13. juni 2006 i sagen Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956 mfl.	36
Vestre Landsrets dom af 28. februar 2007 i sag V.L. B-1310-05, Nordjyllands Amt mod Mariendal El-Teknik A/S.....	37
Vestre Landsrets dom af 6. marts 2007 i sag B-1923-05, Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afdeling 8 mfl.	37
Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004, H.O. Service A/S mod Boligforening 32	39
Ugeskrift for Retsvæsen 2007 s. 2106 H, Højesterets dom af 11. maj 2007 i sagen Arriva Skandinavien A/S mod Trafikselskabet Movia	40
Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007 i sag 15. afd. B-1982-06, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S mod Unicomputer A/S	42
Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007 i sag 15. afd. B-3105-03, Unicomputer A/S mod Greve Kommune.....	42
Østre Landsrets dom af 5. februar 2008 i sager 9. afd. B-1329-05 og B-1330-05, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S	44
Ugeskrift for Retsvæsen 2008 s. 1331 Ø, Østre Landsrets dom af 22. december 2008 i sag 14. afd. B-1989-05, Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark som mandatar for Taxi Stig v/ Stig Marcussen mod Region Sjælland (tidligere Vestsjællands Amt).....	45
Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S.....	48
Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sag 7. afd. B-2541-07, Region Syddanmark mod Sectra A/S	49
Retten i Århus' dom af 6. maj 2009 i sag BS 9-2355/2007, Lejerbo Herning, afdeling 86-0 mod MT Højgaard A/S	50
Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009 i sag B-0257-08, ISS Facility Services A/S og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune, og sag B-0258-08, Silkeborg Kommune mod Konkurrencestyrelsen.....	51
Østre Landsrets dom af 19. maj 2009 i sag 8. afd. a.s. B-1591-08, MT Højgaard A/S mod Fonden for Frederiksborg Centret.....	53
Retten i Horsens' dom af 20. maj 2009 i BS 99-1556/2007, Skat mod SP Moulding A/S	55
Østre Landsrets dom af 29. juni 2009 i sag 15. afd. B-2542-08, Økonomistyrelsen mod Klagenævnet for Udbud.....	56
Østre Landsrets dom af 18. september 2009 i sag 16. afd. B-926-08, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S	57
Retten i Hernings dom af 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008, Holstebro Kommune mfl. mod AV Form A/S.....	58
Vestre Landsrets dom af 26. april 2010 i sag B-0855-09, Scan-Plast Produktion A/S mod Herning Kommune	60

Klagenævnet for Udbud

Østre Landsrets dom af 14. maj 2010 i sag 22. afd. B-338-09, MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune..... 61

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes emner

Uretmæssigt forbigået tilbudsgiver havde krav på at få erstattet sin mistede fortjeneste. Erstatningen fastsat til 1,1 mio. kr.....	8
Annulation af udbud var sagligt begrundet og dermed berettiget. Klagenævnet havde ikke haft grundlag for at træffe bestemmelse om opsættende virkning	9
Supplerende indkøb skulle udbydes, da indkøbene ikke var omfattet af det oprindelige udbud. Betingelserne i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, c og e var ikke opfyldt	9
Udbyder havde ikke overskredet rammerne for sit skøn med hensyn til, om tilbudte kompostbeholdere opfyldt kravene i udbudsbetingelserne. Forbehold i udbudsbetingelserne om at frit at vælge mellem tilbudene og forkaste alle tilbud var i strid med Indkøbsdirektivet	10
Lagt til grund, at Klagenævnet havde taget stilling til en påstand, selvom denne stillingtagen kun fremgik af præmisserne i nævnets kendelse og ikke var nævnt i konklusionen	11
Bemærkning i forbeholdsrubrikken i et tilbud var ikke et forbehold, men en tilladelig præcisering af en teknisk detalje i udbudsbetingelserne. Ændrer Klagenævnets kendelse af 19. august 1997 i samme sag	12
Angik et byggeri under tærskelværdien foretaget af en offentlig ordregiver. Udbyderen havde overtrådt traktatens regel om varernes frie bevægelighed ved at foreskrive anvendelse af et bestemt fabrikat uden at tilføje »eller dermed ligestillet«.....	14
Udbyders annulation af projektkonkurrence var lovlig, da annulationen var sagligt begrundet i udbyderens ønske om et bredt internationalt felt af deltagere	14
Klagenævnets kendelse af 7. december 2000 ikke ændret. Kendelsen var ikke ugyldig, fordi Klagenævnet havde udtalt sig kritisk om klageren og havde anlagt konkurrenceretlige synspunkter Klageren havde retlig interesse i sagsanlæg mod Klagenævnet, i hvert fald fordi nævnets kendelse indeholdt kritik af klageren. Forhandling om frafalden af standardforbehold indebar i den foreliggende situation ikke risiko for konkurrencefordrejning	15
Udbyder havde overtrådt Indkøbsdirektivet ved ikke at henvise til en europæisk standard. Drøftelse til teknisk afklaring var ikke overtrædelse af forhandlingsforbudet. Et tilbud var efter konkret vurdering ikke ukonformt. Frifindelse for erstatningskrav	18
Ikke positiv opfyldelsesinteresse til forbigået tilbudsgiver, da det ikke var godtgjort, at tilbudsgiveren ville have fået ordren, hvis udbyderen havde overholdt udbudsreglerne. Heller ikke negativ kontraktsinteresse.....	19
Udbyder havde begået forskellige fejl. Erstatning til tilbudsgiver fastsat til negativ kontraktinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået ordren, hvis udbyderen ikke havde begået fejl.....	20
Sag afvist, da sagsøgeren ikke længere havde retlig interesse, idet det pågældende projekt var opgivet, og idet en afgørelse ikke ville have betydning for nogens retsstilling. Det var uden betydning, at sagsøgeren, der er en organisation, har klageadgang i medfør af bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud. Hensynet til effektiv kontrol med forvaltningen kunne ikke føre til andet resultat.....	23
Som følge af forbehold i et tilbud havde udbyder ret til ikke at tage tilbudet i betragtning, og det var uden betydning, om forbeholdene kunne have været prissat. Den tidligere bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren er ophævet med virkning fra den nye bekendtgørelses ikrafttræden	24

Det var i strid med Tilbudsloven at udsætte fristen for indlevering af tilbud, efter at den var udløbet.....	26
Indbringelse af Klagenævnets afgørelser for domstolene skal ske ved sagsanlæg ved landsret som 1. instans	26
Udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet. På en række punkter ikke overtrædelse af udbudsreglerne. Udbyderen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at overse en rabat i sagsøgerens tilbud, men forholdet havde ikke haft betydning ved vurderingen af tilbudene. Nogle alternative tilbud havde ikke haft betydning for tildelingsbeslutningen, hvorfor det var uden betydning, om der var fastsat tilstrækkelige mindstekrav for alternative tilbud. Ligebehandlingsprincippet tilsidesat ved, at et ingeniørfirma, der havde været rådgiver for en tilbudsgiver, havde deltaget i evalueringen af tilbudene. Det var ikke i sig selv en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen og en tilbudsgiver havde benyttet de samme rådgivningsfirmaer.	27
Udbyderen frifundet for erstatningskrav, da det ikke var bevist, at sagsøgeren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og da sagsøgeren ville have afgivet tilbud under alle omstændigheder	27
Udbyder var erstatningsansvarlig over for en tilbudsgiver i anledning af udbyderens annullation af udbudet på grund af egne fejl. Erstatningen fastsat til 150.000 kr. til dækning af mistet nettofortjeneste.....	31
Klagenævnets kendelse af 20. februar 2004 opretholdt. En forbigået tilbudsgiver havde ikke krav på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i anledning af fejl i udbudsbetingelserne, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten ved et udbud uden fejl.....	32
Klagenævnets kendelser af 29. oktober 2004 og 7. marts 2005 opretholdt.....	34
Under en retssag, der var anlagt af en forbigået tilbudsgiver med påstand om forhøjelse af en erstatning, som Klagenævnet havde pålagt udbyderne at betale til tilbudsgiveren, kunne udbyderne gøre gældende, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, selvom udbyderne ikke selv havde indbragt Klagenævnets kendelser i sagen for domstolene	36
Skønsmæssigt fastsat erstatning på 1 mio. kr. til forbigået tilbudsgiver til dækning af mistet fortjeneste, da det var tilstrækkelig sandsynliggjort, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderne ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Klagenævnets kendelser af 16. december 2004 og 7. juli 2005 opretholdt, men erstatningen fastsat til et højere beløb end i den sidstnævnte kendelse.....	37
Tilbudsgiver, der ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt Tilbudsloven, fik erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse svarende til tilbudsgiverens mistede bruttofortjeneste	39
Klagenævnets kendelse af 21. juni 2000 opretholdt. Om tilladelige og ikke tilladelige modeller for regulering af tilbudspriser i tilfælde, hvor den hidtidige tjenesteyders medarbejdere skal overtages af den nye tjenesteyder. Den af udbyderen anvendte model var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets ligebehandlingsprincip. Erstatning til tilbudsgiver, der ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelsen, fastsat skønsmæssigt til dækning af tilbudsgiverens mistede fortjeneste. Ved erstatningsfastsættelsen taget hensyn til, at der var tale om et konkurrencepræget marked med lav indtjeningsmargin, og til usikkerhed i forbindelse med anvendelsen af en ny og uprøvet bustype.....	40
Udbud af rammeaftaler uden tidsbegrænsning var ikke i strid med Indkøbsdirektivet, da det i udbudsbekendtgørelsen og kontrakterne på grundlag af udbuddet var angivet, at der forventedes nyt udbud efter 2-3 år, og at der var et gensidigt opsigelsesvarsel på 6 måneder.....	42
Værdien af nogle indkøb skulle ikke sammenlægges, da det var overvejende betænkeligt at fastslå, at der var den nødvendige sammenhæng mellem indkøbene. Ordregiverens overtrædelse af forhandlingsforbuddet ved	

Klagenævnet for Udbud

- forhandlinger med SKI-leverandører medførte ikke erstatningsansvar over for en virksomhed, der ikke var SKI-leverandør 42
- Forbehold om vinterforanstaltninger, indeksregulering og forurenede jord angik ikke grundlæggende elementer og var heller ikke væsentlige forbehold omfattet af en angivelse i udbudsbetingelserne af, at tilbud med væsentlige forbehold ikke ville blive taget i betragtning. Udbyderens prissætning af forbeholdene var sket inden for rammerne af det skøn, der tilkom udbyderen ved prissætningen. Klagenævnets kendelser af 26. august 2004 og 8. marts 2005 ændret..... 44
- En ordregivende myndigheds iværksættelse af EU-udbud af en tjenesteydelse ca. 4½ år efter, at Klagenævnet havde truffet afgørelse om, at tjenesteydelsen var udbudspligtig, var en efterlevelse af Klagenævnets afgørelse, og efterlevelsen havde fundet sted inden for rimelig tid og var gennemført ud fra saglige hensyn. Ordregiveren var ikke erstatningsansvarlig i anledning af ordregiverens oprindelige indgåelse af kontrakt om tjenesteydelsen uden gennemførelse af EU-udbud, da det på kontraktens tidspunkt var fast antaget, at tjenesteydelsen ikke var udbudspligtig. Ordregiverens indgåelse uden gennemførelse af EU-udbud af en tillægskontrakt for en overgangsperiode blev ikke kendt ugyldig eller uvirksom, da tillægskontraktens indgåelse var sagligt begrundet, og da der ikke generelt er pligt til at opsiges en kontrakt, der er indgået i strid med EU-udbudsreglerne. Ordregiveren ikke pålagt at betale erstatning til en potentiel tilbudsgiver i anledning af, at tillægskontrakten var indgået uden EU-udbud, da det ikke var overvejende sandsynligt, at den potentielle tilbudsgiver ville have fået tildelt en kontrakt, hvis der havde været foretaget EU-udbud, og da den potentielle tilbudsgiver ikke havde haft udgifter i anledning af, at der ikke var foretaget EU-udbud..... 45
- Udbyderen var erstatningsansvarlig til dækning af tilbudsgivernes udgift til udarbejdelse af tilbud, da udbyderen ikke havde gennemført en forsvarlig og professionel tilbudsvurdering. Dissensen i Klagenævnets kendelse af 4. december 2007 tiltrådt..... 48
- Klagenævnets afgørelse af 29. august 2007, hvorved der blev konstateret en række overtrædelser af udbudsreglerne, opretholdt. Udbyderens overtrædelser af udbudsreglerne ved en fejlagtig tilbudsvurdering var ikke så meget kvalificerede, at de kunne begrunde, at domstolene pålagde udbyderen at opsiges kontrakten med den valgte tilbudsgiver. Udbyderen frifundet for krav fra forbigået tilbudsgiver om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Udbyderen pålagt til denne tilbudsgiver at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af tilbudsgiverens negative kontraktsinteresse, da det var bevist, at tilbudsgiveren ikke ville have afgivet tilbud, hvis tilbudsgiveren på forhånd havde kendt udbyderens overtrædelser. 49
- Klagenævnets kendelse af 10. august 2007 opretholdt. Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse med 6 mio. kr., da det var overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne 50
- Udbyderens annullation af et udbud var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, da den ikke havde til formål at favorisere en bestemt tilbudsgiver og havde samme betydning for alle tilbudsgiverne. Udbyderens annullation af udbuddet var heller ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet, da der ikke var grundlag for at antage, at den givne begrundelse for annullationen var ukorrekt. Det var ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen ikke på forhånd havde givet tilbudsgiverne oplysning om et forhold, som udbyderen tillagde afgørende vægt, da gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre ligebehandlingsprincippets overholdelse, og da den manglende oplysning ikke havde medført, at tilbudsgiverne blev behandlet ulige. Klagenævnets kendelse af 24. april 2007 ændret 51
- En udbyder, der havde indgået kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde uden forinden at gennemføre et EU-udbud, var ikke erstatningsansvarlig over for en forbigået tilbudsgiver i anledning af, der ikke var gennemført EU-udbud. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse som

følge af udbyderens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet under den tilbudsindhentning, som udbyderen havde valgt at gennemføre. Angår samme sag som Klagenævnets kendelser af 3. oktober 2006 og 21. februar 2007.....	53
Opretholdelse af Klagenævnets kendelse af 3. september 2007, ved hvilken der blev konstateret overtrædelser af udbudsreglerne og foretaget annullation af udbyderens tildelingsbeslutning. Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen kunne have annulleret udbuddet, og da det således ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ved tilbudsvurderingen ville overtræde udbudsreglerne.....	55
Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 vedrørende en af klagerens påstande var ugyldig som følge af mangelfuld begrundelse	56
Ligebehandlingsprincippet var ikke overtrådt ved prækvalifikation af konsortier, selvom nogle medarbejdere i virksomheder, der indgik i konsortierne, havde deltaget i forberedelsen af udbuddet, da konsortierne ikke havde fået en konkurrencefordel herved. Ligebehandlingsprincippet var heller ikke overtrådt ved, at udbyderen lod en af sine medarbejdere deltage i dele af udbudsproceduren, selvom denne medarbejder havde tilknytning til en af de nævnte virksomheder. Klagenævnets kendelser af 24. august 2007 og 14. januar 2008 opretholdt.	57
Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008 opretholdt. Udbyderne pålagt at søge kontrakten med den valgte tilbudsgiver bragt til ophør bl.a. med henvisning til, at der i kontrakten var taget forbehold for en eventuel afgørelse fra Klagenævnet om opsættende virkning	58
En kommune havde ikke pligt til at medtage en særlig type affaldsbeholdere under et EU-udbud vedrørende almindelige affaldsbeholdere, da de særlige affaldsbeholdere ikke var en delydelse til de almindelige affaldsbeholdere. Statueret, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip som følge af, at det ikke var bevist, at kommunen under en telefonisk tilbudsindhentning om de særlige affaldsbeholdere havde anmodet tilbudsgiverne om tilbud på samme ydelse og på samme vilkår. Klagenævnets kendelse af 2. juli 2008 delvis ændret	60
Udbyderne var erstatningsansvarlige over for en forbigået tilbudsgiver som følge af overtrædelse af udbudsreglerne ved at foretage tilbudsvurderingen i strid med udbudsbetingelserne og som følge af, at udbyderne havde indgået kontrakt med en anden tilbudsgiver, efter at Klagenævnet ved en kendelse havde konstateret overtrædelsen. Erstatningen skulle fastsættes til dækning af den forbigåede tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, da denne tilbudsgivers tilbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis tilbudsvurderingen var sket i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Klagenævnets kendelse af 1. oktober 2008 ændret	61

Resuméer

Vestre Landsrets dom af 14. marts 2000 i sag B-2766-96, IBF Nord A/S mfl. mod Aalborg Kommune

Uretmæssigt forbigået tilbudsgiver havde krav på at få erstattet sin mistede fortjeneste. Erstatningen fastsat til 1,1 mio. kr.

Sagen angik et offentligt udbud af indkøb af fliser og belægningssten m.m. foretaget af en kommune. Der indkom tilbud fra to tilbudsgivere, og kommunen antog et af tilbudene. Den forbigåede tilbudsgiver klagede til Klagenævnet med henvisning til, at det antagne tilbud ikke var indkommet rettidigt.

Ved kendelse af 21. februar 1996 tog Klagenævnet klagen til følge. Klagenævnet udtalte, at det antagne tilbud ikke var modtaget rettidigt som følge af, at det ikke var til stede på det sted, hvor åbning af tilbud skulle ske, på det tidspunkt, da den skulle finde sted, selvom tilbudet efter kommunens vurdering med sikkerhed eller stor sandsynlighed var kommet kommunen i hænde på det pågældende tidspunkt.

Den forbigåede tilbudsgiver anlagde herefter retssag mod kommunen med påstand om betaling af en erstatning på 1,1 mio. kr. som tabt fortjeneste.

Der var under retssagen enighed om, at det antagne tilbud ikke opfyldt udbudsbetingelserne, men at den forbigåede tilbudsgivers tilbud gjorde det, således at den forbigåede tilbudsgivers tilbud var det eneste konditionsmæssige tilbud.

Kommunen havde ikke indbragt Klagenævnets afgørelse for domstolene inden den frist på 8 uger, der er fastsat i § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud (da § 5, stk. 2). Kommunen gjorde imidlertid gældende, at landsretten desuagtet kunne tage stilling til, om der forelå et erstatningsretligt ansvarsgrundlag.

Landsretten henviste til, at kommunen ikke havde indbragt Klagenævnets afgørelse for domstolene inden den nævnte frist, og udtalte, at det herefter måtte lægges til grund, at kommunen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at anse det antagne tilbud for rettidigt indgivet. Landsretten henviste videre til, at kommunen havde besluttet at fortsætte udbudsforretningen, uanset at der var opstået tvivl, om tilbudet fra den antagne tilbudsgiver var modtaget rettidigt. Landsretten fandt herefter, at kommunen havde handlet ansvarspådragende, og henviste videre til, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået ordren, hvis kommunen ikke uretmæssigt havde taget det antagne tilbud i betragtning. Den forbigåede tilbudsgiver havde herefter krav på at få erstattet sin mistede fortjeneste. På grundlag af et foretaget syn og skøn og efter en samlet vurdering fastsattes erstatningen skønsmæssigt til 1,1 mio. kr. i overensstemmelse med den forbigåede tilbudsgivers påstand, der således toges til følge.

Østre Landsrets dom 16. august 2000 i sag 5. afd. B-1654-97 mfl. Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard & Schultz A/S

Annulation af udbud var sagligt begrundet og dermed berettiget. Klagenævnet havde ikke haft grundlag for at træffe bestemmelse om opsættende virkning

Dommen er landsrettens afgørelse i Klagenævnets sag Højgaard & Schultz A/S mod Undervisningsministeriet, jf. Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997 i den pågældende sag. Der henvises om sagens omstændigheder til resuméet af den nævnte kendelse fra Klagenævnet i hæftet med resuméer af Klagenævnets kendelser 1992-juli 1998 eller til resuméet af kendelsen på Klagenævnets hjemmeside. Det skyldes nogle formelle forhold, at parterne til dels er angivet anderledes ovenfor end i overskriften til resuméet af kendelsen af 19. juni 1997.

Landsrettens dom er den første domstolsafgørelse i sager, hvor en afgørelse fra Klagenævnet er indbragt for domstolene i medfør af § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Landsretten fandt udbyderens annullation af udbudet sagligt begrundet og henviste herved til, at hovedbegrundelsen for annullationen var mangler ved udbudet, at der var opstået begrundet retlig tvivl om udbudets lovlighed, og at en annullation med en sådan begrundelse er saglig. Der var endvidere ikke efter bevisførelsen grundlag for at antage, at det egentlige formål med annullationen var et ønske om at afbøde klagen til Klagenævnet.

Landsretten fandt desuden, at Klagenævnet ikke havde haft grundlag for at træffe bestemmelse om opsættende virkning. Landsretten henviste herved bl.a. til den stramme tidsplan for byggeriet og til, at de grunde, som Klagenævnet i kendelsen af 19. juni 1997 gav som begrundelse for ikke at annullere udbyderens beslutninger om annullation og om at iværksætte et nyt udbud, havde kunnet forudses på det tidspunkt, da Klagenævnet traf afgørelsen om opsættende virkning.

Landsretten bestemte, at klageren skulle tilbagebetale det sagsomkostningsbeløb på 300.000 kr., som klageren havde fået tillagt ved Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997.

Parterne blev frifundet for nogle gensidige erstatningspåstande.

Vestre Landsrets dom af 3. maj 2001 i sag B-1447-99, Humus/Genplast ApS mod Århus Renholdningsselskab

Supplerende indkøb skulle udbydes, da indkøbene ikke var omfattet af det oprindelige udbud. Betingelserne i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, c og e var ikke opfyldt

Dommen er landsrettens afgørelse i Klagenævnets sag Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Miljøteam Århus, jf. Klagenævnets kendelse af 9. juni 1999. Ved dommen ændredes Klagenævnets afgørelse.

En offentlig renovationsvirksomhed gennemførte i 1993 et EU-udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende køb af affaldsbeholdere og indgik derefter kontrakter om levering af affaldsbeholdere for en flerårig periode. Kontrakterne var led i et såkaldt systemvalg, idet den renovations håndtering, som udbyderen havde planlagt, forudsattes at skulle vedvare over en længere årrække.

Klagenævnet for Udbud

I 1996-1997 indkøbte renovationsvirksomheden et antal yderligere affaldsbeholdere. Disse indkøb oversteg Indkøbsdirektivets tærskelværdi.

Sagen var anlagt af en forhandler af affaldsbeholdere mod renovationsvirksomheden. Forhandleren påstod renovationsvirksomheden tilpligtet at anerkende, at indkøbene af affaldsbeholdere i 1996 og 1997 skulle have været udbudt efter Indkøbsdirektivet som offentligt eller begrænset udbud.

Renovationsvirksomheden gjorde gældende, at indkøbene i 1996 og 1997 ikke havde krævet offentligt eller begrænset udbud og henviste herved til, at hensigten med udbudet i 1993 klart var, at det også skulle omfatte fremtidige leverancer. Subsidiært påberåbte renovationsvirksomheden sig Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, e, hvorefter der kan foretages udbud efter forhandling med hensyn til supplerende leverancer, hvis et leverandørskifte ville medføre uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder. Mere subsidiært påberåbte renovationsvirksomheden sig direktivets artikel 6, stk. 3, c, hvorefter der kan ske udbud efter forhandling med hensyn til varer, der er omfattet af en eneret el. lign.

Landsretten henviste til, at udbudsmaterialet vedrørende udbudet i 1993 specificerede de affaldsbeholdere, som udbudet angik, i antal og rumfang. Selvom det fremgik, at angivelsen af antal ikke var præcis, gav udbudet efter sit indhold ikke mulighed for at indgå aftaler om indkøb af beholdere i væsentligt større omfang. De indkøb, som renovationsvirksomheden foretog i 1996 og 1997, var herefter ikke omfattet af udbudet i 1993.

Landsretten udtalte videre, at betingelserne efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra e og litra c ikke var opfyldt. Landsretten henviste herved bl.a. til, at det ikke var godtgjort, at et leverandørskifte ville have medført uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder.

Landsretten tog herefter forhandlerens påstand til følge.

Vestre Landsret dom af 7. maj 2001 i sag B-2847-99, Humus/Genplast ApS (tidligere Humus ved Hans Jørgen Rasmussen) mod Affaldsselskabet Bobøl I/S

Udbyder havde ikke overskredet rammerne for sit skøn med hensyn til, om tilbudte kompostbeholdere opfyldt kravene i udbudsbetingelserne. Forbehold i udbudsbetingelserne om at frit at vælge mellem tilbudene og forkaste alle tilbud var i strid med Indkøbsdirektivet

Dommen er landsrettens afgørelse i sagen Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Affaldsselskabet Bobøl I/S, der afgjordes ved Klagenævnets kendelse af 27. oktober 1999. Ved landsrettens dom stadfæstedes Klagenævnets afgørelse.

Sagen angik et udbud af indkøb af kompostbeholdere. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier, bl.a. sikring mod insekter og rotter. I udbudsbetingelserne var stillet en række krav til kompostbeholderne, herunder at der skulle være udført forsvarlig sikring mod insekter, og at bunden skulle være af rottesikret materiale.

En forbigået tilbudsgiver havde klaget til Klagenævnet og gjort gældende, at den valgte tilbudsgivers kompostbeholdere ikke var sikret mod insekter og rotter. Klagenævnet, der som nævnt afgjorde sagen ved sin kendelse af 27. oktober 1999, tog imidlertid ikke klagen til følge og henviste herved bl.a. til, at det efter Indkøbsdirektivet var udbyderen, der

skulle vurdere, om kompostbeholderne opfyldt kravet om rottesikring. Klagenævnet udtalte ex officio, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at forbeholde sig ret til frit at vælge kompostbeholdere og til at forkaste alle tilbud i forbindelse med en annullation af udbudet, da udbyderen efter direktivet kun kunne beslutte indkøb i overensstemmelse med tildelingskriteriet, og da udbyderen kun kunne annullere udbudet, hvis udbyderen havde en saglig grund hertil.

Efter Klagenævnets afgørelse anlagde klageren retssag mod udbyderen ved Vestre Landsret med påstand svarende til klagerens påstand for Klagenævnet, dvs. i første række påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klageren fik imidlertid heller ikke medhold under retssagen. Landsretten henviste til, at udbudsbetingelsernes krav til kompostbeholderne kunne opfyldes på forskellig måde og med forskellig effektivitet, og at vurderingen af, om de tilbudte kompostbeholdere opfyldt de enkelte krav, derfor indebar et skøn, som det tilkom udbyderen at udøve. Der var endvidere ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen med hensyn til spørgsmålet om sikring mod insekter og rotter havde overskredet dette skøn, og der var dermed ikke grundlag for at fastslå, at den valgte tilbudsgivers kompostbeholdere ikke levede op til kravene.

Landsretten tiltrådte af de af Klagenævnet anførte grunde, at udbudsbetingelsernes bestemmelse, hvorefter udbyderen forbeholdt sig ret til frit at vælge kompostbeholdere og at forkaste alle tilbud i forbindelse med en annullation af udbudet, var i strid med Indkøbsdirektivet. Denne overtrædelse var imidlertid ikke så væsentlig, at den kunne begrunde en annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Det tillodes ikke klageren at gøre gældende, at udbyderen ved sin vurdering af tilbudene havde handlet i strid med udbudsbetingelsernes angivelser, da dette anbringende først var fremkommet i klagerens påstandsdokument dagen før domsforhandlingen.

Ugeskrift for Retsvæsen 2001 s. 2286 H, Højesterets kendelse af 10. august 2001 i sagen Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening

Lagt til grund, at Klagenævnet havde taget stilling til en påstand, selvom denne stillingtagen kun fremgik af præmisserne i nævnets kendelse og ikke var nævnt i konklusionen

Sagen er en fortsættelse af den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 1. marts 1999.

Klagenævnets kendelse blev ikke blev indbragt for domstolene inden den frist, der er fastsat i § 8 i Lov om Klagenævnet for Udbud (da § 5). Derimod anlagde Enemærke & Petersen A/S (Enemærke & Petersen) ved Østre Landsret sag mod Fællesorganisationens Boligforening med påstand om erstatning som følge af, at man ikke havde fået tildelt kontrakten.

Den her resumerede kendelse fra Højesteret drejer sig om Enemærke & Petersens påstand 4 for Klagenævnet.

Denne påstand var gået ud på, at Klagenævnet skulle fastslå, at boligforeningen havde handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet og ligebehandlingsprincippet ved at vurdere Enemærke & Petersens tilbud som

Klagenævnet for Udbud

ringere end tilbudet fra den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet udtalte i præmisserne til nævnets kendelse af 1. marts 1999, at den omhandlede påstand af nærmere angivne grunde ikke kunne tages til følge, men omtalte ikke påstanden i kendelsens konklusion.

Under retssagen gjorde Enemærke & Petersen gældende, at Klagenævnet ikke havde taget stilling til Enemærke & Petersens påstand 4 som følge af, at Klagenævnet ikke havde omtalt denne påstand i konklusionen i Klagenævnets kendelse. Enemærke & Petersen gjorde videre gældende, at man derfor under retssagen kunne fremsætte et anbringende svarende til den omtalte påstand. Fællesorganisationens Boligforening protesterede herimod.

Landsretten traf en særskilt afgørelse om spørgsmålet i en kendelse af 4. december 2000 (sag 20. afd. B-3790-99).

Landsretten udtalte, at det var utvivlsomt, at Klagenævnet i sin kendelse havde taget stilling til Enemærke & Petersens påstand 4. Landsretten henviste herved bl.a. til, at Klagenævnet i præmisserne til sin kendelse havde udtalt, at påstanden ikke toges til følge, og at konklusionen i Klagenævnets kendelse alene omtalte Enemærke & Petersens påstande, i det omfang de var taget til følge. Landsretten henviste videre bl.a. til, at procesformen ved nævnsbehandling ikke er så forbundet som ved domstolene.

Landsretten lagde herefter til grund, at Klagenævnet ved sin kendelse havde truffet afgørelse vedrørende Enemærke & Petersens påstand 4, og at denne afgørelse ikke var blevet indbragt for domstolene inden den frist, der er fastsat i Lov om Klagenævnet for Udbud. Enemærke & Petersen var således afskåret fra at få afgørelsen prøvet ved domstolene i form af et anbringende under erstatningssagen.

Landsretten bestemte herefter, at Enemærke & Petersen uden yderligere prøvelse for landsretten skulle anerkende, at Fællesorganisationens Boligforening ikke havde handlet i strid med Bygge- og anlægsgodkendelsesloven, herunder ligebehandlingsprincippet, ved at vurdere Enemærke & Petersens tilbud som ringere end tilbudet fra den valgte tilbudsgiver.

Enemærke & Petersen indbragte landsrettens afgørelse for Højesteret, der imidlertid stadfæstede afgørelsen i henhold til grundene.

Vestre Landsrets tilkendegivelse af 28. september 2001 i sag B-2423-97. Vejdirektoratet mod Poul Hansen Entreprenører A/S

Bemærkning i forbeholdsrubrikken i et tilbud var ikke et forbehold, men en tilladelig præcisering af en teknisk detalje i udbudsbetingelserne. Ændrer Klagenævnets kendelse af 19. august 1997 i samme sag

Tilkendegivelsen er tilført retsbogen og fremtræder som præmisserne til en dom. Ved tilkendegivelsen ændres Klagenævnets kendelse af 19. august 1997 i samme sag. Tilkendegivelsen refererer til forskellige påstande, der ikke er gengivet i den, og resuméet gengiver derfor kun, hvad der fremgår udtrykkeligt af tilkendegivelsen.

Vejdirektoratet udbød ombygning af en eksisterende vej til motorvej som offentligt udbud i henhold til Bygge- og anlægsgodkendelsesloven. Efter tilbudenes åbning gjorde den tilbudsgiver, der havde afgivet det næstlaveste tilbud, straks gældende, at en bemærkning i forbeholdsrubrikken i det laveste tilbud medførte, at dette tilbud var ukonditionsmæssigt. Den pågældende bemærkning gik ud på, at neddelt asfalt var regnet genanvendt som stabilt grus. Den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste tilbud, tilkendegav derefter over

for Vejdirektoratet, at bemærkningen ikke var et forbehold, men at den alene angav anvendelsen af en fremgangsmåde i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Vejdirektoratet indgik herefter kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet laveste tilbud. Kontrakten afveg på visse punkter fra tilbudet og udbudsmaterialet, men der havde ifølge de afgivne forklaringer for Klagenævnet ikke været forhandlinger om kontraktens udformning.

Den tilbudsgiver, der havde afgivet næstlaveste tilbud, klagede til Klagenævnet med påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, og at klageren havde krav på at få tildelt kontrakten m.m.

Klagenævnet udtalte bl.a., at den omtalte bemærkning i det valgte tilbudsgivers tilbud kunne forstås som et forbehold, der gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt, og at Vejdirektoratet herefter havde været uberettiget til at tage de efterfølgende oplysninger fra tilbudsgiveren om forståelsen af bemærkningen i betragtning. Vejdirektoratet burde derfor have afvist tilbudet som ukonditionsmæssigt og havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver. Klagenævnet henviste videre til, at kontrakten efter sit indhold fremtrådte som et forhandlingsresultat og til, at også en samlet vurdering af forløbet og kontraktens indhold førte til, at indgåelsen af kontrakten måtte anses for at være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Vejdirektoratet indbragte sagen for landsretten, der ved den resumerede tilkendegivelse gav Vejdirektoratet medhold.

Landsretten henviste bl.a. til, at den omhandlede bemærkning i tilbudet efter en naturlig sproglig fortolkning måtte forstås således, at den kun vedrørte asfalt, der blev opbrudt i den aktuelle entreprise, og at formuleringen havde logisk sammenhæng med formuleringen i udbudsbetingelserne. Landsretten henviste videre bl.a. til, at Vejdirektoratet i sine entreprisekontrakter altid indfører en bemærkning om, at entreprenøren frafalder de i tilbudet tagne forbehold, når der i tilbudet har været henvist til Entreprenørforeningens standardforbehold (hvilket den valgte tilbudsgiver yderligere havde gjort).

Landsretten fandt herefter, at den omhandlede bemærkning i forbeholdsrubrikken i det valgte tilbud ikke var et ukonditionsmæssigt forbehold, men en tilladelig præcisering af en teknisk detalje i udbudsbetingelserne. Det valgte tilbud var derfor konditionsmæssigt og var valgt med rette.

Landsretten henviste videre til, at det bl.a. som følge af forklaringerne for landsretten var godtgjort, at den eller de samtaler, der fandt sted mellem den valgte tilbudsgiver og Vejdirektoratet, ikke drejede sig om grundlæggende elementer i kontrakten eller om priser, men alene gik ud på at præcisere eller supplere entreprenørens bud eller Vejdirektoratets krav, og at drøftelserne ikke førte til, at nogen blev udsat for forskelsbehandling.

Klagenævnet for Udbud

Ugeskrift for Retsvæsen 2002 s. 1297 V og Tidsskrift for Bolig- og Byggeret 2002 s. 273, Vestre Landsrets dom af 8. marts 2002 i sagen Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab

Angik et byggeri under tærskelværdien foretaget af en offentlig ordregiver. Udbyderen havde overtrådt traktatens regel om varernes frie bevægelighed ved at foreskrive anvendelse af et bestemt fabrikat uden at tilføje »eller dermed ligestillet«

Et dansk boligselskab, der er en ordregivende myndighed i henseende til EU's udbudsdirektiver, holdt en licitation vedrørende opførelse af et antal boliger. Byggeriet nåede ikke op på Bygge- og Anlægsdirektivets tærskelværdi, og der blev ikke foretaget EU-udbud.

I licitationsbetingelserne for tømrerentreprisen var angivet, at der skulle anvendes udvendige døre og vinduer af et bestemt fabrikat. En tømrermester klagede til Klagenævnet for Udbud og gjorde gældende, at denne klausul var i strid med traktatens artikel 6 (nu artikel 12 EF) om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og artikel 30 (nu artikel 28 EF) om varernes frie bevægelighed.

Tømrermesteren havde fået entreprisen og havde udført den, og den egentlige tvist i sagen drejede sig om, hvorvidt boligselskabet skulle betale merpris, fordi tømrermesteren havde anvendt det foreskrevne fabrikat.

Ved kendelse af 11. november 1998 statuerede Klagenævnet, at klausulen om anvendelse af døre og vinduer af et bestemt fabrikat ikke var en overtrædelse af de nævnte bestemmelser i traktaten.

Tømrermesteren indbragte sagen for Vestre Landsret, der stillede EF-domstolen nogle præjudicielle spørgsmål, og ved kendelse af 3. december 2001 i sag C-59/00 (Vestergaard) udtalte EF-domstolen:

Traktatens artikel 30 (nu artikel 28 EF) er til hinder for, at en ordregivende myndighed vedrørende et byggeri, der ikke overskrider Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, indsætter en bestemmelse om, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, såfremt denne bestemmelse ikke ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet«.

EF-domstolen henviste herved til, at resultatet klart fremgår af retspraksis, og at lovligheden af et udbud af en bygge- og anlægskontrakt foretaget af en ordregivende myndighed skal vurderes i relation til traktatens grundlæggende bestemmelser, herunder princippet om varers frie bevægelighed.

Boligselskabet tog herefter bekræftende til genmæle over for tømrermesterens påstand, hvorfor landsretten ved den her resumerede dom tilpligtede boligselskabet at anerkende, at man havde handlet i strid med traktatens artikel 30 (nu artikel 28 EF) ved i udbudsvilkårene at have fastsat, at der skulle anvendes et bestemt fabrikat uden at tilføje »eller dermed ligestillet«.

Østre Landsrets dom af 3. maj 2002 i sag 1. afd. B-2585-01. Praktiserende Arkitekters Råd mod Kulturministeriet ved Ordrupgaardsamlingen

Udbyders annullation af projektkonkurrence var lovlig, da annullationen var sagligt begrundet i udbyderens ønske om et bredt internationalt felt af deltagere

Sagen angik en begrænset projektkonkurrence i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet vedrørende arkitekt- og ingeniørarbejderne ved opførelsen af en tilbygning til et museum. Efter at der var indkommet et antal

anmodninger om prækvalifikation, annullerede udbyderen projektkonkurrencen og gav herved den begrundelse, at et stort antal af de interesserede virksomheder ikke havde givet nogle foreskrevne oplysninger om faglig og økonomisk formåen, og at de resterende virksomheder ikke udgjorde et tilstrækkeligt stort udvælgelsesgrundlag. Udbyderen udbød derefter på ny en projektkonkurrence vedrørende samme projekt.

En arkitektorganisation klagede til Klagenævnet for Udbud over annullationen af den først udbudte projektkonkurrence. Ved kendelse af 12. juli 2001 i sagen Praktiserende Arkitekters Råd mod Kulturministeriet statuerede Klagenævnet imidlertid, at annullationen havde været sagligt begrundet i udbyderens særlige ønske om, at der kom til at deltage mindst to udenlandske arkitektfirmaer i projektkonkurrencen ud over to udenlandske arkitektfirmaer, der på forhånd var udvalgt til at deltage. Klagenævnet påpegede samtidig, at den begrundelse for annullationen, som udbyderen gav i forbindelse med denne, ikke havde været tilstrækkeligt tydelig.

Arkitektorganisationen indbragte Klagenævnets afgørelse for Østre Landsret, der tog stilling til sagen ved den resumerede dom.

Arkitektorganisationen fik ikke medhold ved dommen. Landsretten henviste til, at det af udbudsbekendtgørelsen for det annullerede udbud fremgik, at to udenlandske virksomheder på forhånd var udvalgt til at deltage i konkurrencen. Herefter og på baggrund af nogle vidneforklaringer lagde landsretten til grund, at udbyderen havde ønsket at tilkendegive, at der tilstræbtes en arkitektkonkurrence med et bredt internationalt felt af deltagere med forskellig faglig og kulturel baggrund. Under disse omstændigheder fandt landsretten ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen havde forfulgt usaglige eller uvedkommende hensyn ved annullationen, uanset at det anførte formål ikke havde fundet direkte udtryk i udbudsbekendtgørelsen. Det ændrede ikke herved, at den begrundelse for annullationen, som udbyderen gav i forbindelse med denne, ikke var ganske dækkende.

Landsretten fandt herefter, at udbyderens beslutning om at annullere det første udbud var lovlig, hvorfor udbyderen blev frifundet.

Østre Landsrets dom af 7. oktober 2002 i sag 15. afd. B-303-01. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Klagenævnet for Udbud og Kulturministeriet

Klagenævnets kendelse af 7. december 2000 ikke ændret. Kendelsen var ikke ugyldig, fordi Klagenævnet havde udtalt sig kritisk om klageren og havde anlagt konkurrenceretlige synspunkter. Klageren havde retlig interesse i sagsanlæg mod Klagenævnet, i hvert fald fordi nævnets kendelse indeholdt kritik af klageren. Forhandling om frafalden af standardforbehold indebar i den foreliggende situation ikke risiko for konkurrencefordrejning.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af bygherrerådgivningen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne var anført, at der ikke måtte tages forbehold. Det udtaltes videre, at Foreningen af Rådgivende Ingeniører (F.R.I.)'s standardforbehold var indarbejdet i udbudsbetingelserne, i det omfang udbyderen kunne acceptere dem. F.R.I., der fik kendskab til udbudet, pålagde imidlertid alle de prækvalificerede at tage F.R.I.'s standardforbehold ved afgivelse af tilbud i henhold til udbudet.

Klagenævnet for Udbud

Tilbudene skulle afgives i et antal kuverter, hvoraf en skulle indeholde oplysning om tilbudsgiverens identitet. Efter at have åbnet og læst indholdet af kuverterne bortset fra identitetskuverterne var udbyderen indstillet på at antage en bestemt tilbudsgiver. Udbyderen åbnede derefter identitetskuverterne og konstaterede, at den pågældende tilbudsgiver havde lagt F.R.I.'s standardforbehold i identitetskuverten uden kommentarer, og at de øvrige tilbudsgivere i identitetskuverten havde lagt en udtrykkelig meddelelse om, at de tog F.R.I.'s standardforbehold.

Udbyderen indkaldt derefter den tilbudsgiver, man var indstillet på at antage, til et møde. Dette møde angik alene F.R.I.'s standardforbehold, og der blev under mødet enighed mellem udbyderen og tilbudsgiveren om, at der skulle ses væk fra disse standardforbehold. Udbyderen indgik derefter kontrakt med den pågældende tilbudsgiver.

F.R.I., der har klageret i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at det omtalte møde mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver var en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud, og at udbyderen burde have iværksat proceduren efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a (om udbud efter forhandling, når der ikke er indkommet bl.a. forskriftsmæssige bud).

Udbyderen gjorde for Klagenævnet gældende, at den valgte tilbudsgiver ikke havde taget F.R.I.'s standardforbehold, og at mødet derfor ikke var en overtrædelse af forhandlingsforbudet. Udbyderen gjorde desuden gældende, at F.R.I.'s klage til Klagenævnet var et misbrug af F.R.I.'s klageadgang.

Klagenævnet afgjorde sagen ved kendelse af 7. december 2000 og udtalte i kendelsen:

Den valgte tilbudsgivers vedlæggelse af F.R.I.'s standardforbehold måtte forstås sådan, at tilbudsgiveren havde taget disse forbehold, og realiteten i det, der skete under mødet mellem udbyderen og tilbudsgiveren, var, at tilbudsgiveren frafaldt forbeholdene. Mødet var herefter principielt en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud, da F.R.I.'s standardforbehold angik grundlæggende elementer i tilbudet.

F.R.I.'s adfærd og klage til Klagenævnet var tydeligvis et led i bestræbelser på at få F.R.I.'s standardforbehold gjort til en sædvanlig del af aftalegrundlaget ved offentlige kontrakter inden for F.R.I.'s område. Et sådant formål med at klage til Klagenævnet var imidlertid ikke en varetagelse af de hensyn, der ligger bag EU's udbudsregler og F.R.I.'s klageadgang, men gik tværtimod ud på at modarbejde det bærende hensyn bag EU's udbudsregler, dvs. hensynet til at sikre den frie og lige konkurrence. Endvidere ville konsekvensen af F.R.I.'s holdning være, at udbud efter forhandling i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a bliver etableret som en almindelig udbudsform inden for F.R.I.'s område, medmindre de offentlige udbydere accepterer F.R.I.'s standardforbehold, og et sådant formål med en klage til Klagenævnet var i afgørende strid med de grundlæggende principper bag EU's udbudsregler. Klagenævnet fandt herefter, at F.R.I.'s klage til Klagenævnet som anført af udbyderen var et misbrug af F.R.I.'s klageadgang.

På baggrund af de beskrevne helt særegne omstændigheder kunne Klagenævnet ikke karakterisere det omtalte møde mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver som en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud, og Klagenævnet tog således ikke klagen til følge.

F.R.I. indbragte herefter sagen for domstolene. Indbringelsen skete ved et samlet sagsanlæg mod Klagenævnet og udbyderen.

Under retssagen blev det oplyst, at Konkurrencestyrelsen havde tilkendegivet, at man ikke vil gribe ind over for F.R.I.'s standardforbehold, da de ikke mærkbart påvirker konkurrencen på det relevante marked.

Resumeringen herfra er yderst summarisk, da dommens udførlige fremstilling af parternes synspunkter ikke kan gengives kort. Interesserede henvises til at rekvirere dommen hos Østre Landsret eller skaffe den på anden måde.

Over for Klagenævnet gjorde F.R.I. under retssagen gældende, at Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 7. december 2000 var ugyldig. F.R.I. begrundede dette med, at Klagenævnet ikke havde været berettiget til at inddrage konkurrenceretlige betragtninger, og at Klagenævnets afgørelse under alle omstændigheder ikke var sagligt begrundet, idet F.R.I. ikke havde overtrådt konkurrenceretlige regler, og idet Klagenævnet ikke havde været berettiget til at lægge vægt på F.R.I.'s motiver for klagen til Klagenævnet.

Over for udbyderen gjorde F.R.I. under retssagen gældende, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at lade den valgte tilbudsgivers tilbud danne grundlag for indgåelse af kontrakt, idet tilbudsgiveren havde taget forbehold om grundlæggende elementer i udbudet ved at vedlægge F.R.I.'s standardforbehold. F.R.I. gjorde endvidere gældende, at udbyderen havde overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved at få F.R.I.'s standardforbehold fjernet fra tilbudet.

Klagenævnet gjorde under retssagen bl.a. gældende, at F.R.I. ikke havde retlig interesse i at anlægge sagen mod Klagenævnet, og at Klagenævnet også bortset herfra ikke var rette sagsøgte som følge af, at retssagen reelt angik forholdet mellem F.R.I. og udbyderen.

Landsretten udtalte, at F.R.I. havde retlig interesse i et søgsmål mod Klagenævnet, i hvert fald i det foreliggende tilfælde, hvor Klagenævnets kendelse indeholdt en særdeles alvorlig kritik af F.R.I.

Landsretten udtalte videre, at udbyderens forhandling med den valgte tilbudsgiver om dennes frafalden af F.R.I.'s standardforbehold ikke indebar nogen konkurrencefordrejning eller risiko herfor, idet tilbudet var blevet antaget, før udbyderen fik kendskab til, at alle tilbudsgivere havde vedlagt standardforbeholdene i identitetskuverterne. Landsretten fandt herefter ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet, og Klagenævnets afgørelse fandtes derfor ikke ugyldig. Det kunne ikke føre til andet resultat, at Klagenævnet i sin kendelse havde udtalt sig kritisk om F.R.I.'s handlemåde og havde begrundet afgørelsen med konkurrenceretlige synspunkter.

Både Klagenævnet og udbyderen blev herefter frifundet.

Vestre Landsrets dom af 17. september 2003 i sag B-0210-99, Humus Genplast ApS (tidligere Humus ved Hans Jørgen Rasmussen) mod Herning Kommune

Udbyder havde overtrådt Indkøbsdirektivet ved ikke at henvise til en europæisk standard. Drøftelse til teknisk afklaring var ikke overtrædelse af forhandlingsforbudet. Et tilbud var efter konkret vurdering ikke ukonditionsmæssigt. Frifindelse for erstatningskrav

Dommen vedrører Klagenævnets kendelse af 4. december 1998 i sagen Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Herning Kommune. Dommen omfatter nogle yderligere spørgsmål i forhold til Klagenævnets kendelse.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende indkøb af affaldsbeholdere. Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af disse. Klagen var indgivet af en af de tilbudsgivere, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 4. december 1998 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 8 ved ikke i udbudsbetingelserne at have stillet krav om, at affaldsbeholderne skulle opfylde en standardiseringsnorm fra den Europæiske Standardiseringsorganisation, CEN. Klagenævnet fandt dog ikke tilstrækkelig anledning til at annullere udbyderens beslutning om indgåelse af kontrakt.

Klageren anlagde derefter sag mod udbyderen ved Vestre Landsret, der tog stilling til sagen ved den her resumerede dom. Sagen omfattede følgende spørgsmål:

1) Om udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 8 ved ikke at stille krav om opfyldelse af CEN-normen:

Henvist til, at det ikke efter bevisførelsen med sikkerhed kunne fastslås, at de ønskede affaldsbeholdere ikke ville kunne fremstilles under hel eller delvis iagttagelse af CEN-normen. Udbyderen skulle derfor have anført CEN-normen i udbudsbetingelserne og havde således handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at undlade dette. Klagenævnets kendelse af 4. december 1998 blev således opretholdt.

Grunden til, at udbyderen ikke havde stillet krav om iagttagelse af CEN-normen var, at en standardiseret affaldsbeholder efter udbyderens opfattelse ikke kunne imødekomme nogle særlige funktionskrav, der var stillet i udbudsbetingelserne. Disse funktionskrav var et led i en samlet nyudviklet affaldsplan og udgjorde ifølge udbyderen en virkelig nyskabelse. Udbyderen henviste herved til Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 3, d, hvorefter en udbyder kan undlade at henvise til en standard, hvis det pågældende produkt er en virkelig nyskabelse, for hvilken anvendelse af eksisterende europæiske standarder m.m. ville være uhensigtsmæssig. Som det fremgår, fik udbyderen hverken for Klagenævnet eller for landsretten medhold i dette synspunkt.

2) Om udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbudet ved efter tilbudenens modtagelse at forhandle med den tilbudsgiver, der senere fik tildelt kontrakten:

Henvist til, at de drøftelser, der havde fundet sted, alene angik afklaring og supplerings af tekniske forhold, hvorimod der ikke var blevet forhandlet om grundlæggende elementer i kontrakten. Forhandlingsforbudet var herefter ikke overtrådt.

3) Om den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke skulle have været taget i betragtning som følge af, at det ikke overholdt en angivelse i udbudsbetingelserne om, at de tilbudte affaldsbe-

holdere skulle opfylde kravene i en cirkulæreskrivelse fra Arbejdstilsynet om konstruktion af renovationssystemer mv.:

Henvist til, at den valgte tilbudsgiver havde forelagt nogle prototyper for Arbejdstilsynet, der kun havde mindre betydende anmærkninger. Desuden henvist til, at det som følge af omlægning af Arbejdstilsynets arbejdsgang ikke var muligt at få Arbejdstilsynets vurdering af de endelige produkter. Også henvist til, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at den valgte tilbudsgivers tilbud havde haft den laveste tilbudspris, hvorfor udbyderen havde haft et ganske vidtgående skøn ved vurderingen af, hvilke produkter, der bedst imødekom de stillede krav. Der var herefter ikke grundlag for at betegne den valgte tilbudsgivers affaldsbeholdere som ukonditionsmæssige.

4) Sagsøgerens erstatningskrav:

Erstatningskravet var begrundet med, at sagsøgeren ville have fået tildelt ordren, hvis udbyderen ikke havde overtrådt Indkøbsdirektivet. Sagsøgerens direktør forklarede, at sagsøgeren ved udformningen af sit tilbud var gået ud fra, at CEN-normen skulle overholdes, og at sagsøgeren kunne have afgivet et tilbud med lavere tilbudspris, hvis sagsøgeren havde vidst, at overholdelse af CEN-normen ikke var nødvendig. Erstatningskravet var opgjort som svarende til den fortjeneste, sagsøgeren hævdede at ville have opnået ved at få ordren, dvs. den såkaldte positive opfyldelsesinteresse.

Erstatningskravet blev ikke taget til følge. Landsretten henviste til, at sagsøgerens tilbudspris var den højeste af alle tilbudspriser, og at det ikke var godtgjort, at tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere, der ikke havde fået kontrakten, ikke opfyldte CEN-normen eller kunne bringes til at gøre det uden forhøjelse af tilbudsprisen. Det var heller ikke godtgjort, at sagsøgeren kunne have afgivet et tilbud med væsentligt lavere tilbudspris uden iagttagelse af CEN-normen. Sagsøgeren havde således ikke sandsynliggjort, at sagsøgeren ville have fået kontrakten, hvis udbudsbetingelserne havde krævet overholdelse af CEN-normen, hvorfor sagsøgeren ikke havde krav på positiv opfyldelsesinteresse.

Sagsøgeren havde heller ikke krav på negativ kontraktsinteresse, dvs. omkostninger ved at udarbejde tilbud m.m., da der ikke var grundlag for at antage, at sagsøgeren ville have undladt at afgive tilbud, hvis udbudsbetingelserne havde krævet overholdelse af CEN-normen. Også henvist til, at sagsøgeren ikke havde søgt at opgøre sine udgifter til afgivelse af tilbud.

Højesterets dom af 10. februar 2004 gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2004 s. 1294 H. Skjortegrossisten A/S mod Post Danmark

Ikke positiv opfyldelsesinteresse til forbigået tilbudsgiver, da det ikke var godtgjort, at tilbudsgiveren ville have fået ordren, hvis udbyderen havde overholdt udbudsreglerne. Heller ikke negativ kontraktsinteresse

Sagen angik et offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende indkøb af uniformsdele foretaget af Post Danmark i 1998.

Klagenævnets kendelse af 28. december 1999 angik en klage over udbudet fra en tilbudsgiver, der ikke havde fået ordren. Ved kendelsen fastslog Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at sammenblende udvælgelses- og tildelingskriterier, og at udbyderen ved sin evaluering af tilbudene havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet for Udbud

Efter udløbet af fristen for indbringelse af kendelsen for domstolene anlagde klageren sag mod udbyderen ved Østre Landsret med påstand om en erstatning ca. 2,4 mio. kr. som mistet fortjeneste. Klageren påstod sig subsidiært tillagt et beløb som negativ kontraktsinteresse.

Landsretten frifandt udbyderen. Landsretten henviste til, at der var fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, hvilket giver ordregiveren et ganske vidtgående skøn over, hvilket tilbud der bedst imødekommer ordregiverens behov. Landsretten henviste videre til, at det af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at der ville blive lagt vægt på bl.a. leveringssikkerhed og leveringstid, og at tildelingsbeslutningen ville blive truffet ud fra en helhedsvurdering. Det havde været sagligt, at udbyderen havde lagt vægt på, at klageren havde meget få medarbejdere, og på usikkerhed med hensyn til, om klageren kunne levere den krævede stoffkvalitet. De øvrige forhold, der var omfattet af Klagenævnets afgørelse, kunne ikke antages at have været udslagsgivende. Udbyderen havde herefter foretaget skønnet over, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige, på et sagligt grundlag.

Klageren havde således ikke godtgjort, at klageren ville have fået ordren, hvis udbudsreglerne var blevet overholdt, og klageren havde derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Der var heller ikke grundlag for at antage, at klageren ville have undladt at afgive tilbudet, såfremt klageren vidste, at der i forbindelse med udbudet skete overtrædelse af Indkøbsdirektivet. Klageren havde derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktsinteresse.

Klageren indbragte landsrettens dom for Højesteret, der stadfæstede landsretsdommen reelt i henhold til landsrettens grunde.

Det var for Højesteret oplyst, at den valgte tilbudsgivers varer afveg fra specifikationerne i udbudet med hensyn til stofsammensætningen. Højesteret tillagde imidlertid ikke dette forhold nogen vægt og henviste herved til, at udbyderen ikke havde haft anledning til en nærmere undersøgelse af stofprøverne.

Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sagerne B-2567-01 og B-1979-02, Århus Amt mod Judex A/S

Udbyder havde begået forskellige fejl. Erstatning til tilbudsgiver fastsat til negativ kontraktinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået ordren, hvis udbyderen ikke havde begået fejl

Den her resumerede dom angår Klagenævnets kendelser af 14. september 2001 og 3. juli 2002 i Klagenævnets sag mellem de samme parter.

Sagen angik et udbud af anskaffelse af iltbehandlingsudstyr i henhold til Indkøbsdirektivet foretaget af Århus Amt. Udbudet blev oprindeligt foretaget som offentligt udbud, men blev senere ændret til et udbud efter forhandling. Judex A/S (Judex) indgav tilbud i henhold til begge udbud, men fik ikke tildelt kontrakten.

Judex klagede til Klagenævnet, og ved Klagenævnets kendelser af 14. september 2001 og 3. juli 2002 konstaterede Klagenævnet, at amtet havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter, ligesom Klagenævnet pålagde amtet at betale en erstatning på 2 mio. kr. til Judex svarende til positiv opfyldelsesinteresse. De konstaterede overtrædelser angik det efterfølgende udbud under forhandling, idet Klagenævnet i kendelsen af 14. september 2001 yderligere konstaterede, at Judex' tilbud i henhold til det

oprindelige udbud var ukonditionsmæssigt og ikke kunne tages i betragtning.

Af hensyn til overskueligheden gengives det nærmere indhold af Klagenævnets kendelser ikke her. Der henvises til kendelsernes tekst og til resuméerne i samlingerne af resuméer af Klagenævnets kendelser.

Amtet indbragte Klagenævnets kendelser for Vestre Landsret, der traf afgørelse ved den her resumerede dom.

Amtet nedlagde for landsretten principalt påstand om, at Klagenævnets kendelser var ugyldige. Subsidiært nedlagde amtet påstand om, at Judex skulle anerkende, at amtet ikke havde overtrådt udbudsreglerne som stateret i Klagenævnets kendelser, samt påstand om, at amtet ikke skulle betale den af Klagenævnet pålagte erstatning og nogle af Klagenævnet pålagte sagsomkostninger.

Judex påstod for landsretten frifindelse over for amtets påstande og påstod desuden amtet dømt til at anerkende, at Judex' oprindelige tilbud var konditionsmæssigt. Judex påstod sig endvidere tillagt en nærmere angivet erstatning.

Resultatet i landsrettens dom kan opsummeres således: a) Klagenævnets kendelse af 14. september 2001 blev opretholdt. b) Klagenævnets kendelse af 3. juli 2002 blev ændret, idet den pålagte erstatning ændredes til et langt mindre beløb som negativ kontraktsinteresse, og idet en konstatering i denne kendelse af en overtrædelse af udbudsreglerne ikke blev opretholdt.

Med hensyn til de enkelte punkter i sagen kan dommen gengives således:

1) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 14. september 2001 om, at Judex' tilbud var ukonditionsmæssigt eller uantageligt, hvorfor amtet var forpligtet til ikke at tage det i betragtning: Opretholdt af landsretten med henvisning til, at Arbejdstilsynets godkendelse af Judex' udstyr ikke forelå, da amtet skulle tage stilling til tilbudet, og med henvisning til, at Judex' udstyr ikke opfyldte udbudsbetingelserne vilkår om iltkapacitet. Amtet var herefter berettiget og forpligtet til at se bort fra Judex' tilbud og til at iværksætte udbud efter forhandling i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a (om udbud efter forhandling, når der ikke er indkommet noget egnet bud).

2) Ad Klagenævnets konstatering i kendelsen af 14. september 2001 af, at amtet havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 6 ved under det efterfølgende udbud efter forhandling at have ændret udbudsbetingelserne væsentligt (ved at give tilbudsgiverne mulighed for at give tilbud på en såkaldt traditionel løsning, selvom udbudsbetingelserne ved det oprindelige udbud angik en såkaldt kombinationsløsning): Opretholdt af landsretten, til dels med henvisning til, at amtet under udbudet efter forhandling accepterede forbehold og en alternativ løsning fra en anden tilbudsgiver. (Dissens.)

3) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 14. september 2001 om, at amtet havde overtrådt direktivets artikel 7, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt at have givet Judex meddelelse om, at Judex ikke ville få tildelt ordren i henhold til sit oprindelige tilbud: Opretholdt af landsretten.

4) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 14. september 2001 om, at amtet havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke under udbudet efter forhandling at have givet Judex mulighed for at byde på en tradi-

Klagenævnet for Udbud

tionel løsning: Opretholdt af landsretten, også med henvisning til, at amtet ikke havde godtgjort, at Judex fik mulighed for at afgive tilbud på samme vilkår som de øvrige bydende.

5) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 14. september 2001 om, at amtet havde overtrådt gennemsigthedsprincippet som følge af, at det havde været uoverskueligt for Judex, hvad amtet foretog sig med hensyn til udbudet, efter at amtet havde besluttet at iværksætte et udbud efter forhandling: Opretholdt af landsretten.

6) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 3. juli 2002 om, at amtet havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 6 og ligebehandlingsprincippet ved at have indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver om leasing, selvom det var indkøb, der var udbudt: Ikke opretholdt af landsretten med henvisning til, at ændringen fra køb til leasing ikke var væsentlig.

7) Ad Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 3. juli 2002 om, at amtet skulle betale en erstatning på 2 mio. kr. som positiv opfyldelsesinteresse: Ikke opretholdt.

Udtalt (svarende til Klagenævnets kendelse af 3. juli 2002), at det kun var amtets adfærd under udbudet efter forhandling, der kunne danne grundlag for erstatningsansvar.

Landsrettens flertal henviste videre til: Det var uklart, om Judex ville have fået ordren, hvis amtet ikke havde begået fejl. Amtets fejl og den begrænsede bevisførelse om amtets håndtering af udbudet efter forhandling måtte medføre en vis lempelse af beviskravene på dette punkt, men flertallet fandt det efter en samlet vurdering ikke bevist, at Judex ville have fået ordren, hvorfor der ikke var grundlag for positiv opfyldelsesinteresse.

En dommer henviste til, at Judex ikke havde søgt at godtgøre, at man ville have fået ordren, hvis amtet ikke havde begået fejl. Mindretallet tiltrådte med denne begrundelse, at der ikke var grundlag for positiv opfyldelsesinteresse.

Der var således enighed i landsretten om, at amtet ikke skulle pålægges at betale positiv opfyldelsesinteresse til Judex. Der var videre enighed om, at amtet skulle betale erstatning til negativ kontraktsinteresse med hensyn til de omkostninger, som Judex pådrog sig i form af nyttesløst arbejde under udbudet efter forhandling. Denne erstatning fastsattes skønsmæssigt til 150.000 kr.

8) Statueret at Klagenævnets kendelse af 14. september 2001 ikke var ugyldig som hævdet af amtet. Udtalt, at bevisførelsen sammenholdt med landsrettens resultat intet grundlag gav for at anse kendelsen behæftet med sådanne mangler, at den er ugyldig.

9) Ad afgørelserne i Klagenævnets to kendelser om, at amtet skulle betale nærmere angivne sagsomkostninger til Judex: Opretholdt.

10) Ad amtets påstand om, at Klagenævnets afgørelse af 3. juli 2002 var ugyldig: Ikke omtalt i dommens præmisser eller konklusion, hvilket må tages som udtryk for, at kendelsen ikke blev anset for ugyldig.

11) Som følge af formuleringen af amtets påstande for landsretten er følgende ikke omtalt i dommens præmisser og konklusion:

a) Klagenævnets konstatering i kendelsen af 14. september 2001 af, at amtet havde overtrådt direktivets artikel 6 ved at have iværksat udbudet efter forhandling uden forinden at have givet Judex en klar og utvetydig meddelelse om, at man ikke indgik kontrakt på grundlag af det oprindelige udbud,

b) Klagenævnets afgørelse i samme kendelse om, at amtet havde overtrådt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved under udbudet under forhandling at have foretaget henvendelser til tilbudsgivere med henvisning til en eller flere af de andre tilbudsgiveres pris.

Ugeskrift for Retsvæsen 2004 s. 3051 H, Højesterets dom af 28. september 2004 i sagen Praktiserende Arkitekters Råd mod Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling, Statens Forsknings- og Uddannelsesbygninger som mandatar for Københavns Pædagogseminarium

Sag afvist, da sagsøgeren ikke længere havde retlig interesse, idet det pågældende projekt var opgivet, og idet en afgørelse ikke ville have betydning for nogens retsstilling. Det var uden betydning, at sagsøgeren, der er en organisation, har klageadgang i medfør af bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud. Hensynet til effektiv kontrol med forvaltningen kunne ikke føre til andet resultat

Dommen er Højesterets afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997 i sagen Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af de rådgivende arkitekt- og ingeniørydelser ved projekteringen og opførelsen af en bygning. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle uprioriterede underkriterier. En arkitektorganisation klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at det i udbudsbekendtgørelsen vedrørende en arkitekt- og ingeniørydelse ikke var anført, at den udbudte tjenesteydelse tillige omfattede option på en eventuel anden etape af byggeriet: Taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde taget de afgivne tilbud i betragtning, uanset at de alle overskred en fastsat økonomisk ramme: Ikke taget til følge, da udbyderen havde haft tilstrækkeligt grundlag for at antage, at tilbudene kunne realiseres i beskåret form.

3) Klage over, at udbyderen ikke havde foretaget en præcis vurdering af tilbudene i henhold til underkriterierne til tildelingskriteriet: Ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen ikke havde prioriteret underkriterierne til tildelingskriteriet: Ikke taget til følge, da udbyderen ved det foreliggende udbud havde været berettiget til ikke at angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbudet ved at henvende sig til tilbudsgiverne om deres honorarberegning: Taget til følge.

Arkitektorganisationen indbragte sagen for Østre Landsret ved et sagsanlæg mod udbyderen med tre påstande svarende til de påstande, i hvilke arkitektorganisationen ikke havde fået medhold i sagen for Klagenævnet, dvs. punkt 2) - 4) ovenfor.

Udbyderen nedlagde påstand om afvisning med henvisning til forskellige forhold.

Udbyderen nedlagde endvidere to påstande om, at arkitektorganisationen blev tilpligtet at anerkende, at udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne på de punkter, på hvilke arkitektorganisationen havde fået

Klagenævnet for Udbud

medhold for Klagenævnet, dvs. punkt 1) og 5) ovenfor. Det må antages – uden at det fremgår af dommen – at udbyderen kun ønskede rettens stilling til disse to påstande, hvis retten tog stilling til en eller flere af arkitektorganisationens tre påstande.

Arkitektorganisationen påstod udbyderens to påstande afvist med henvisning til, at de var nedlagt efter udløbet af fristen for at indbringe Klagenævnets afgørelse for domstolene, jf. § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Under sagens forberedelse ønskede arkitektorganisationen, at der blev stillet nogle præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen, og at der blev afholdt syn og skøn. Landsretten tilkendegav imidlertid, at arkitektorganisationen ikke på det foreliggende grundlag havde retlig interesse heri. Dette synes at sigte til, at det var blevet usikkert, om projektet skulle gennemføres. Senere under sagens forberedelse blev det oplyst, at projektet var endeligt opgivet. Arkitektorganisationen fremsatte imidlertid på ny begæring om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen.

Landsretten udtalte: Arkitektorganisationens påstande angav ikke nogen retsfølge, og afgørelsen af de rejste spørgsmål ville derfor ikke ændre retsstillingen mellem parterne. Der forelå endvidere ikke oplysning om, at andre parter ville støtte ret på en eventuel afgørelse. Som følge heraf, og under hensyn til, at byggeprojektet var endeligt opgivet, havde arkitektorganisationen ikke længere den fornødne retlige interesse i at få prøvet lovligheden af udbyderens handlemåde under udbudsforretningen. Herefter, og da der ikke var anledning til at tage stilling til de øvrige tvistepunkter, afviste landsretten sagen.

Arkitektorganisationen indbragte sagen for Højesteret med påstand om hjemvisning til fornyet behandling ved landsretten.

Højesteret stadfæstede imidlertid landsrettens dom. Højesteret henviste som begrundelse til følgende: Byggeprojektet var endeligt opgivet, og udbyderen havde udbetalt tilbudsvederlag til alle tilbudsgivere. En afgørelse af arkitektorganisationens påstande ville derfor ikke have betydning for udbyderens, tilbudsgivernes eller arkitektorganisationens retsstilling og ville heller ikke have betydning for andre. Arkitektorganisationen havde herefter ikke længere fornøden retlig interesse. Hensynet til effektiv kontrol med forvaltningen eller arkitektorganisationens klageadgang kunne ikke føre til andet resultat.

Østre Landsrets dom af 7. december 2004 i sag 8. afd. B-1568-03, Lindpro A/S mod Jørgen Mortensen & Sønner ApS

Som følge af forbehold i et tilbud havde udbyder ret til ikke at tage tilbudet i betragtning, og det var uden betydning, om forbeholdene kunne have været prissat. Den tidligere bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren er ophævet med virkning fra den nye bekendtgørelses ikrafttræden

Dommen er Østre Landsrets afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 29. april 2003 i samme sag.

En kommune iværksatte en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende et byggeri i hovedentreprise. Tildelingskriteriet var laveste pris. Forskellige virksomheder afgav tilbud, hvorefter kommunen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, M.

Sagen angik en underentreprise, dvs. el-entreprisen, med hensyn til hvilken M havde indhentet tilbud fra forskellige el-installatører. Disse til-

bud blev indhentet med henvisning til licitationsbetingelserne vedrørende hovedentreprisen, herunder tildelingskriteriet laveste pris. Efter at M havde fået tildelt hovedentreprisen, besluttede M at indgå kontrakt med en af de pågældende el-installatører.

En anden af de omtalte el-installatører, L, klagede til Klagenævnet under påberåbelse af, at M havde haft pligt til at antage L's tilbud, fordi L's tilbudspris var den laveste. L gjorde herved gældende, at M havde haft pligt til prissætte nogle forbehold i L's tilbud, og at L's tilbudspris også ville have været den laveste efter en sådan prissætning.

M henviste heroverfor til, at man som følge af de omtalte forbehold ikke havde taget L's tilbud i betragtning.

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 29. april 2003: Når et tilbud afviger fra licitationsbetingelserne, har udbyderen altid ret til at undlade at tage tilbudet i betragtning. I hvert fald nogle forbehold i L's tilbud om leje af stillads m.m., kabelgrav og maksimering af dagbøder medførte, at dette tilbud afveg fra det, som M havde bedt om tilbud på, og M havde herefter haft ret til ikke at tage L's tilbud i betragtning. L fik således ikke medhold.

Klagenævnet havde ikke anledning til at tage stilling til, om M's indhentning af tilbud fra L var sket som led i en licitation, eller om der var tale om underhåndsbud. Klagenævnet fandt derimod anledning til at tage stilling til det nedennævnte spørgsmål, selvom en sådan stillingtagen ikke havde betydning for sagens afgørelse.

M's indhentning af tilbud var sket i august 2002, dvs. efter udstedelsen af bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Bekendtgørelsen trådte først i kraft den 1. september 2002, og sagen var således ikke omfattet af bekendtgørelsen. M gjorde imidlertid gældende, at sagen heller ikke var omfattet af den tidligere bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Den tidligere bekendtgørelse blev ophævet ved bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002, og M gjorde gældende, at den tidligere bekendtgørelse skal anses for ophævet med virkning fra den nye bekendtgørelses udstedelse.

Klagenævnet fandt anledning til at bemærke, at den nye bekendtgørelse må fortolkes således, at den gamle bekendtgørelse først er ophævet med virkning fra den nye bekendtgørelses ikrafttræden den 1. september 2002.

L indbragte sagen for Østre Landsret med påstand om, at M skulle anerkende, at L havde afgivet det laveste konditionsræssige tilbud vedrørende el-entreprisen, og at M derfor havde haft pligt til at tildele entreprisen til L. M påstod frifindelse. For landsretten gentog parterne i det væsentligste de anbringender, de havde gjort gældende for Klagenævnet.

Landsretten lagde til grund, at L's tilbud afveg fra udbudsbetingelserne fra M på grund af forbeholdene om leje af stillads m.m., kabelgrav og maksimering af dagbøder. Landsretten udtalte videre, at M på grund af disse afvigelser var berettiget til ikke at tage L's tilbud i betragtning. Det var uden betydning, om der var tale om licitation eller underhåndsbud, eller om afvigelserne kunne være prissat med den følge, at L's tilbud fortsat var det laveste.

Landsretten bemærkede, at 2002-bekendtgørelsen efter sædvanlige lovtekniske principper må forstås sådan, at 2001-bekendtgørelsen først blev ophævet med virkning fra 2002-bekendtgørelsens ikrafttræden.

Klagenævnet for Udbud

Klagenævnets kendelse af 29. april 2003 blev således opretholdt.

Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1648 V, Vestre Landsrets kendelse af 28. februar 2005 i sagen Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S mod Vejle Amt

Det var i strid med Tilbudsloven at udsætte fristen for indlevering af tilbud, efter at den var udløbet

Sagen ved landsretten vedrørte Klagenævnets kendelse af 21. november 2003 mellem samme parter. Sagen angik en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende et vejanlæg. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere, og på det tidspunkt, hvor fristen for afgivelse af tilbud udløb, var repræsentanter for de pågældende tilbudsgivere til stede i det lokale, hvor tilbudene skulle åbnes. En repræsentant for endnu en tilbudsgiver ringede til udbyderen og bad fristen for indlevering af tilbud udsat et kvarter med henvisning til, at han sad fast i trafikken. Udbyderen besluttede at imødekomme dette ønske og gav de forsamlede repræsentanter for tilbudsgivere underretning herom. Nogle minutter efter det tidspunkt, hvor tilbudene i henhold til licitationsbetingelserne skulle være indleveret, kom den forsinkede tilbudsgiver til stede og indleverede sit tilbud. Et kvarter efter det omtalte tidspunkt blev tilbudene åbnet, og det konstateredes, at tilbudet fra den forsinkede tilbudsgiver havde laveste pris. Udbyderen besluttede derefter at indgå kontrakt med den forsinkede tilbudsgiver.

En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde udsat tidspunktet for tilbudenes åbning, og Klagenævnet gav ved kendelsen af 21. november 2003 klageren medhold.

Udbyderen anlagde sag ved landsretten mod klageren, og landsretten udskilte spørgsmålene om overtrædelse af Tilbudsloven og erstatningsansvar for udbyderen til særskilt behandling og påkendelse.

Landsretten lagde til grund, at udbyderens underretning til de forsamlede tilbudsgivere om udsættelse af den frist, der var angivet i licitationsbetingelserne, var sket 2 minutter efter fristens udløb. Landsretten henvisede til Tilbudslovens § 4, stk. 1, hvorefter der ved en licitation forstås, at flere opfordres til inden samme bestemte tidspunkt at give tilbud m.m., og til lovens § 5, stk. 2, hvorefter fristen for modtagelse af tilbud skal angives i udbudsbetingelserne. Der var ikke holdepunkter for at antage, at fristen kunne udsættes, efter at den var udløbet, og en sådan udsættelse var i strid med forbudet mod forskelsbehandling i Tilbudslovens § 6, stk. 1.

Landsretten fastslog herefter, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 5, stk. 2, og § 6, og at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren.

Klagenævnet havde ikke i kendelsen af 21. november 2003 taget stilling til spørgsmålet om erstatningsansvar.

Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1774 H, Højesterets kendelse af 16. marts 2005 i sag Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

Indbringelse af Klagenævnets afgørelser for domstolene skal ske ved sagsanlæg ved landsret som 1. instans

Den 26. august 2004 afsagde Klagenævnet kendelse i sagen Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S. Per Aarsleff A/S indbragte derefter sagen for Østre Landsret ved et sagsanlæg mod Amager Strandpark I/S.

Ved kendelse af 25. oktober 2004 henviste landsretten sagen til behandling ved Københavns byret.

Per Aarsleff A/S indbragte landsrettens afgørelse for Højesteret, der hjemviste sagen til behandling ved landsretten som 1. instans. Som begrundelse herfor udtalte Højesteret:

»Klagenævnet for Udbud har ifølge § 3, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud til opgave at behandle klager over myndigheder m.v. som nævnt i lovens § 1, stk. 3, vedrørende overtrædelse af de regler om udbud af opgaver m.v., som er nævnt i lovens § 1, stk. 1. Nævnet kan bl.a. annullere vedkommende myndigheds »ulovlige beslutninger« og give myndigheden påbud om at »lovliggøre udbudsforretningen«, jf. § 6, stk. 1. Klagenævnet for Udbud er således klageinstans vedrørende offentlige myndigheders beslutninger om udbudsforretninger. Klagenævnet er en central statslig myndighed udpeget af erhvervsministeren, og dets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 8, stk. 1.

På denne baggrund finder Højesteret, at domstolsprøvelse af klagenævnets afgørelser i medfør af retsplejelovens § 225, stk. 1, i 1. instans skal ske ved landsret, hvilket da også er anført i forarbejderne til lov om Klagenævnet for Udbud. At denne domstolsprøvelse finder sted ved søgsmål mellem parterne i klagenævnets sag, er i så henseende uden betydning.«

Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1799 H, Højesterets dom af 31. marts 2005 i sag 482/2002, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S

Udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet. På en række punkter ikke overtrædelse af udbudsreglerne. Udbyderen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at overse en rabat i sagsøgerens tilbud, men forholdet havde ikke haft betydning ved vurderingen af tilbudene. Nogle alternative tilbud havde ikke haft betydning for tildelingsbeslutningen, hvorfor det var uden betydning, om der var fastsat tilstrækkelige mindstekrav for alternative tilbud. Ligebehandlingsprincippet tilsidesat ved, at et ingeniørfirma, der havde været rådgiver for en tilbudsgiver, havde deltaget i evalueringen af tilbudene. Det var ikke i sig selv en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen og en tilbudsgiver havde benyttet de samme rådgivningsfirmaer.

Udbyderen frifundet for erstatningskrav, da det ikke var bevist, at sagsøgeren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og da sagsøgeren ville have afgivet tilbud under alle omstændigheder

Sagen angik samme totalentreprise som Klagenævnets kendelse af 18. november 1996 i en sag mellem de samme parter, dvs. anlæggelsen af Minimetroen i København. Begge afgørelser angår udbudet efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende bygge- og anlægsarbejderne (kontrakt A), men ikke det samtidig gennemførte udbud efter forhandling vedrørende transportsystemet (kontrakt B). Klagenævnets senere kendelse af 3. december 1998 (Højgaard og Schultz mfl. mod Ørestadsselskabet I/S) vedrørte begge disse udbud.

European Metro Group, der var klager i sagen for Klagenævnet i den sag, der afgjordes ved Klagenævnets kendelse af 18. november 1996, var en prækvalificeret tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt ordren. Efter

Klagenævnet for Udbud

Klagenævnets kendelse indbragte European Metro Group sagen for Østre Landsret.

Under sagen for landsretten ønskede European Metro Group konstateret, at udbyderen havde begået syv nærmere beskrevne fejl (påstand A-G), og European Metro Group nedlagde endvidere påstand om erstatning. Landsretsdommens litrering af påstandene er anvendt nedenfor.

Landsretten afgjorde sagen således:

A. Spørgsmål om udbyderen som det afgørende vurderingskriterium havde lagt vægt på tilbudenes overensstemmelse med en skitse i udbudsbetingelserne benævnt »Project Outline«, uanset at det i udbudsbetingelserne bl.a. var anført, at en sådan overensstemmelse ikke var et krav: Ud fra en samlet vurdering på grundlag af de fremkomne oplysninger fandt landsretten det ikke bevist, at overensstemmelse med Project Outline havde været det afgørende vurderingskriterium. Udbyderen frifandtes derfor.

B. Spørgsmål om udbyderen havde overtrådt udbudsbetingelsernes retningslinjer for forhandling med tilbudsgiverne ved ikke at gennemføre realitetsforhandlinger med European Metro Group og ved ikke at påpege »weak points« i European Metro Group's tilbud m.m.: Landsretten henviste til, at det havde påhvilet udbyderen at følge de retningslinjer for forhandling med tilbudsgiverne, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og at disse retningslinjer måtte anses for at henvise til Forsyningsvirksomhedsdirektivets ligebehandlingsprincip (artikel 4, stk. 2). Endvidere lagde landsretten ud fra en vurdering af sagens oplysninger til grund, at udbyderen havde fulgt de omtalte retningslinjer.

Udbyderen frifandtes herefter.

C. Spørgsmål, om udbyderen havde handlet i strid med direktivets ligebehandlingsprincip ved ikke at have vurderet European Metro Group's tilbud korrekt og ved på usagligt grundlag at have behandlet den valgte tilbudsgivers tilbud positivt:

Ad udbyderens vurdering af European Metro Group's tilbud: I overensstemmelse med udbyderens erkendelse lagde landsretten til grund, at udbyderen ved vurderingen af European Metro Group's tilbud havde overset en angivelse om rabat. Dette var en overtrædelse af direktivets ligebehandlingsprincip, men overtrædelsen havde konkret været uden reel betydning.

Ad udbyderens vurdering af den valgte tilbudsgivers tilbud: European Metro Group's synspunkter sigtede til, at den valgte tilbudsgiver havde taget nogle forbehold, der efter European Metro Group's opfattelse bevirkede, at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt. Landsretten udtalte, at en tilbudsgiver kan tage forbehold ved udbud efter forhandling, og at sådanne forbehold herefter kan gøres til genstand for forhandling. På baggrund af sagens oplysninger fandt landsretten ikke grundlag for European Metro Group's påstand om, at udbyderen havde behandlet den valgte tilbudsgivers tilbud positivt på usagligt grundlag.

Udbyderen frifandtes herefter.

D. Spørgsmål, om udbyderen havde handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og almindelige licitationsretlige principper ved ikke at have åbnet tilbudsgivernes justerede tilbud samtidig, idet udbyderen åbnede disse tilbud, efterhånden som de indkom: Landsretten henviste til, at fristerne for tilbudsgivernes afgivelse af justerede tilbud blev fastsat med samme længde fra tidspunkterne for møder med de enkelte tilbuds-

givere og derfor udløb på forskellige datoer. Landsretten udtalte videre bl.a., at udbyder ved udbud efter forhandling ikke kan antages at være undergivet den EU-retlige regel, som i hvert fald gælder ved offentligt udbud, at tilbud skal åbnes samtidig. Landsretten henviste desuden til, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt angivelse af, at tilbudene ville blive åbnet samtidig, og at Almindelige Betingelser for Bygge- og Anlægsarbejder, der indeholder en regel om samtidig åbning af tilbudene, ikke var gældende for udbudet.

Udbyderen frifandtes herefter.

E. Spørgsmål om udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at have givet mulighed for alternative tilbud, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat tilstrækkelige minimumskrav: Det fremgår, at udbudsbetingelserne på dette punkt blot indeholdt angivelse af, at alternative tilbud skulle overholde udbudsbetingelsernes angivelse om linjeføring, stationernes placering og antal og anvendelse af førerløse tog med disses afgangintervaller samt en henvisning til nogle generelle bemærkninger om udbyderens målsætning med hensyn til minimotoens drift, design og funktion. Landsretten fandt, at disse angivelser var så upræcise, at de ikke overholdt direktivets artikel 34, stk. 3, hvorefter det skal angives, hvilke mindstekrav alternative tilbud skal opfylde. Udbyderen blev tilpligtet at anerkende dette.

F. Spørgsmål om udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivet som følge af, at det valgte tilbud var alternativt: Denne påstand skal ses i sammenhæng med påstand E. European Metro Group gjorde gældende, at udbyderen ikke havde været berettiget til at antage et alternativt tilbud som følge af, at udbudsbetingelserne ikke havde angivet mindstekravene til alternative tilbud, jf. påstand E. Landsretten statuerede imidlertid med henvisning til sagens omstændigheder, at det valgte tilbud ikke var alternativt.

Udbyderen frifandtes herefter.

G. Spørgsmål, om udbyderen havde handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere en tilbudsgiver, der havde haft et ingeniørfirma og et arkitektfirma som rådgivere, selvom disse firmaer også havde været rådgivere for udbyderen:

Landsretten udtalte generelt, at det ikke i sig selv medførte en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen og en tilbudsgiver havde benyttet de samme rådgivningsfirmaer og udtalte bl.a. videre:

Særligt om ingeniørfirmaet: Landsretten henviste til, at ingeniørfirmaet havde rådgivet udbyderen om miljøspørgsmål og havde deltaget i evalueringen af tilbudene med hensyn til miljøspørgsmål. Landsretten henviste videre til, at ingeniørfirmaet havde udført arbejde for den omtalte tilbudsgiver vedrørende opgaven, men at ingeniørfirmaet ikke havde rådgivet tilbudsgiveren om miljøforhold og ikke havde været inddraget i drøftelser om det kommercielle indhold af tilbudsgiverens tilbud. Landsretten fandt ud fra en samlet vurdering af sagens oplysninger, at ingeniørfirmaets samarbejde med udbyderen ikke havde medført en fortrinsstilling for den pågældende tilbudsgiver i strid med direktivets ligebehandlingsprincip. Derimod fandt landsretten, at ingeniørfirmaets deltagelse i evalueringen af tilbudene med hensyn til miljøspørgsmål ikke var af helt underordnet betydning og derfor var en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet for Udbud

Udbyderen blev tilpligtet at anerkende, at man havde overtrådt direktivets ligebehandlingsprincip på dette punkt.

Særligt om arkitektfirmaet: Landsretten henviste til, at arkitektfirmaet i en periode havde fungeret som intern rådgiver for udbyderen i arkitektoniske spørgsmål ved siden af udbyderens egentlige arkitekturrådgiver, men at arkitektfirmaet ikke havde deltaget i udarbejdelsen af tildelingskriterier. Landsretten henviste videre til, at arkitektfirmaet i en periode havde bistået den omtalte tilbudsgiver med udarbejdelse af tilbudsmateriale og var indgået i en rådgivningsgruppe for denne tilbudsgiver. Derimod havde arkitektfirmaet ikke deltaget i tilbudsgiverens strategiplanlægning eller haft kendskab til tilbudsgiverens tilbudssummer og tilbudskonditioner. På baggrund af sagens oplysninger fandt landsretten ikke holdepunkter for at antage, at den omhandlede tilbudsgiver gennem sit samarbejde med arkitektfirmaet havde fået fordele i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Udbyderen frifandtes herefter på dette punkt.

Udbyderen frifandtes for European Metro Group's påstand om erstatning med begrundelse (stærkt sammentrængt), at European Metro Group havde udvist egen skyld.

Påstand A svarede ikke til nogen påstand i Klagenævnets sag (kendelsen af 18. november 1996).

Påstand B svarer til påstand I,1 i Klagenævnets sag.

Påstand C omfatter bl.a. det spørgsmål, som var anført i påstand I,10 i Klagenævnets sag.

Påstand D svarer til påstand I,2 i Klagenævnets sag.

Påstand E svarer til påstand I, 6 i Klagenævnets sag.

Påstand F svarer ikke til nogen påstand i Klagenævnets sag.

Påstand G svarer til påstand I, 8 i Klagenævnets sag.

European Metro Group fik ved landsrettens dom som anført medhold vedrørende påstand E og delvis medhold vedrørende påstand G. Ved Klagenævnet fik European Metro Group kun medhold vedrørende påstand E.

European Metro Group indbragte landsrettens dom for Højesteret. For Højesteret nedlagde European Metro Group kun påstand om erstatning og fremsatte til støtte herfor en række anbringender, der i det væsentligste svarede til påstandene A-G for landsretten.

Højesterets begrundelse kan sammenfattes således:

Ad påstand A for landsretten: European Metro Group gjorde for Højesteret ikke gældende, at »Project Outline« havde været anvendt som det afgørende evalueringskriterium, men gjorde i stedet gældende, at projektet havde været anvendt som et evalueringskriterium og/eller et mindstekrav for tildeling. Højesteret fandt imidlertid ikke dette bevist.

Ad påstand B-D for landsretten: Højesteret tiltrådte landsrettens begrundelse.

Ad påstand E og F for landsretten:

Højesteret udtalte, at to tilbudsgivere havde fremsat alternative tilbud. Disse tilbud spillede imidlertid ikke nogen praktisk rolle, og det var derfor uden betydning, om tilbudene skulle have været afvist, og om der ikke var fastsat tilstrækkeligt præcise mindstekrav for alternative tilbud.

Højesteret udtalte videre, at udbyderen ikke burde have ladet et alternativt tilbud fra den valgte tilbudsgiver indgå i den endelige evalueringsrapport m.m. Højesteret lagde imidlertid til grund, at dette alternative tilbud ikke indgik i udbyderens beslutningsgrundlag, og at det først blev

forhandlet efter tildelingsbeslutningen. Dette forløb indebar ikke en tilsidesættelse af udbudsreglerne i forhold til European Metro Group.

Ad påstand G for landsretten: Højesteret tiltrådte af de grunde, der var anført af landsretten, at ingeniørfirmaets og arkitektfirmaets varetagelse af andre opgaver end evaluering som rådgiver for udbyderen ikke havde medført en fortrinsstilling for den valgte tilbudsgiver i strid med ligebehandlingsprincippet. Med hensyn til ingeniørfirmaets deltagelse som rådgiver for udbyderen vedrørende miljøspørgsmål fandt Højesteret, at ingeniørfirmaet havde haft konkret mulighed for at favorisere den valgte tilbudsgiver, og at der derfor forelå en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. European Metro Groups indsigelse herom var ikke fortabt ved passivitet.

Højesteret fandt det ikke godtgjort, at European Metro Group ville have fået kontrakten, hvis udbyderen havde overholdt udbudsreglerne, og der var derfor ikke grundlag for at tilkende European Metro Group erstatning for mistet fortjeneste, dvs. positiv opfyldelsesinteresse.

Højesteret fandt heller ikke grundlag for at antage, at European Metro Group ville have undladt at afgive tilbud, hvis European Metro Group havde vidst, at ingeniørfirmaet skulle deltage som rådgiver for udbyderen med hensyn til miljøspørgsmål. Det kunne endvidere ikke antages, at den manglende overholdelse af udbudsreglerne havde medført, at en reel mulighed for European Metro Group for at for kontrakten var forspildt, jf. § 13 a i den dagældende lov om Klagenævnet for Udbud (lovbekendtgørelse nr. 1166 af 20. december 1995). Der var derfor heller ikke grundlag for at tillægge European Metro Group erstatning for udgifterne ved deltagelse i konkurrencen, dvs. negativ kontraktsinteresse.

Som det fremgår gik landsrettens begrundelse for frifindelsen for erstatning stærkt sammentrængt ud på, at European Metro Group havde udvist egen skyld, hvorimod Højesterets begrundelse for frifindelsen var, at der ikke ved udbyderens overtrædelse var påført European Metro Group noget tab, hverken som positiv opfyldelsesinteresse eller som negativ kontraktsinteresse.

Højesteret stadfæstede herefter landsrettens dom.

Østre Landsrets dom af 19. december 2005 i sag 4. afd. nr. B-3256-04, Morsø Kommune mod Køster Entreprise A/S

Udbyder var erstatningsansvarlig over for en tilbudsgiver i anledning af udbyderens annullation af udbudet på grund af egne fejl. Erstatningen fastsat til 150.000 kr. til dækning af mistet nettofortjeneste

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 12. oktober 2004. Dommen er særdeles udførlig, og resuméet nedenfor er yderst summarisk. Interesserede henvises til at rekvirere dommen hos landsretten.

Sagen angik en tjenesteydelse bestående af spuling og tv-inspektion af nogle afløbssystemer. En kommune udbød tjenesteydelsen i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var angivet som det økonomisk meste fordelagtige bud. Efter at der var indkommet tilbud, besluttede kommunen at indgå kontrakt med en tilbudsgiver. En anden tilbudsgiver, K, hvis tilbud havde laveste tilbudspris, beklagede sig herover. Kommunen annullerede derefter udbudet og iværksatte et nyt udbud. K

Klagenævnet for Udbud

afgav ikke tilbud under det nye udbud, og sagen angik kun det første udbud.

K klagede til Klagenævnet over forskellige forhold vedrørende det første udbud, og Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 12. oktober 2004, at kommunen havde begået en række overtrædelser af EU-udbudsreglerne ved det første udbud.

Klagenævnet fastslog herunder, at kommunen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) og ligebehandlingsprincippet ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med K. Klagenævnet henviste herved til, at tilbudene skulle vurderes efter tildelingskriteriet laveste pris, fordi ingen af de fastsatte underkriterier var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Af kendelsens præmisser fremgår, at Klagenævnets afgørelse på dette punkt var truffet på følgende baggrund:

Klagenævnet havde forstået K's påstand om spørgsmålet således: Det ønskedes fastslået, at kommunen havde pligt til at tildele K ordren, hvis kommunen valgte at gøre brug af de indkomne tilbud. Det lå derimod ikke i påstanden, at kommunen havde haft pligt til at tildele K ordren, hvis der var saglige grunde til at annullere udbudet. Kommunens annullation af udbuddet var sagligt velbegrundet som følge af en række fejl, bl.a. flere overtrædelser af forhandlingsforbuddet m.m., men en udbyder skal ikke ved at annullere et udbud kunne fritage sig for erstatningsansvar for egne grove fejl i forbindelse med udbudet.

Kommunen indbragte sagen for landsretten med påstand om, at K skulle anerkende, at kommunen ikke havde haft pligt til at tildele K ordren som fastslået af Klagenævnet. K påstod frifindelse og påstod kommunen tilpligtet at betale erstatning til K.

Landsretten udtalte:

K skulle som lavestbydende have været tildelt ordren. At dette ikke blev tilfældet, skyldtes alene kommunens ansvarspådragende fejl, der førte til annulleringen af udbudet. Kommunen var herefter erstatningsansvarlig over for K til dækning af K's mistede nettofortjeneste. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 150.000 kr.

Kommunen havde for Klagenævnet gjort gældende, at kommunen som følge af et forbehold i K's tilbud ikke havde haft pligt til at tildele K ordren, men Klagenævnet havde fastslået, at den pågældende bemærkning i tilbudet ikke var et forbehold. Kommunen gjorde ligeledes synspunktet gældende for landsretten, men også landsretten fastslog, at der ikke var tale om et forbehold.

Vestre Landsrets dom af 31. marts 2006 i sagerne B-0911-04 og B 2293-04, Esbjerg Kommune mod Miri Stål A/S

Klagenævnets kendelse af 20. februar 2004 opretholdt. En forbigået tilbudsgiver havde ikke krav på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i anledning af fejl i udbudsbetingelserne, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten ved et udbud uden fejl

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 20. februar 2004 og 20. august 2004.

Sagen drejede sig om en kommunes udbud efter Indkøbsdirektivet af indkøb af affaldsstativer af træ med visse dele af metal. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkri-

terier. I udbudsbetingelserne var fastsat, at affaldsstativernes låg og krængningsgaffel (en anordning til ophængning af en affaldssæk) skulle være af rustfrit metal. Denne formulering skyldtes en fejl, idet rustbeskyttet metal ville være tilstrækkeligt. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 20. februar 2004 statuerede Klagenævnet, at kommunen havde overtrådt udbudsreglerne således:

a) Overtrædelse ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom låg og krængningsgaffel i denne tilbudsgivers affaldsstativ var af galvaniseret jern og ikke af rustfrit metal.

b) Overtrædelse ved, at lade medarbejdere fra en virksomhed deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstativer, selvom den pågældende virksomhed som underleverandør til en tilbudsgiver var økonomisk interesseret i udbudssagens udfald.

Klagerens tilbud var det eneste tilbud, der var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne med hensyn til udførelse af låg og krængningsgaffel i rustfrit metal, og ved den efterfølgende kendelse af 20. august 2004 pålagde Klagenævnet kommunen at betale erstatning til klageren svarende til den fortjeneste, som klageren ville have fået ved at få tildelt ordren, dvs. positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 150.000 kr.

Kommunen havde gjort gældende, at klageren ikke havde lidt noget tab på grund af følgende: Hvis kommunen under udbuddet var blevet opmærksom på, at udbudsbetingelserne skulle forstås sådan, at låg og krængningsgaffel skulle være af rustfrit metal, ville kommunen have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud uden denne angivelse, og klageren ville under et sådant nyt udbud af nærmere angivne grunde ikke have fået kontrakten.

Klagenævnet gav ikke udbyderen medhold i dette synspunkt, idet Klagenævnet fandt det afgørende, at udbyderen faktisk ikke havde annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud, men i stedet havde tildelt ordren i strid med Indkøbsdirektivet.

Kommunen indbragte Klagenavnets kendelser for landsretten, der udtalte (noget sammentrængt, Klagenavnets litrering):

1) Det var i strid med udbudsreglerne, at kommunen havde ladet medarbejdere fra den omtalte anden virksomhed deltage i vurderingen af affaldsstativerne, jf. punkt b) ovenfor, men dette forhold kunne af nærmere angivne årsager ikke begrunde, at klageren havde krav på erstatning for mistet fortjeneste.

2) Kommunen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at tildele den valgte tilbudsgiver kontrakten, selvom dennes tilbud ikke angik affaldsstativer med låg og krængningsgaffel af rustfrit metal som krævet i udbudsbetingelserne.

3) Udbudsbetingelsernes krav om låg og krængningsgaffel af rustfrit metal skyldtes en fejl, og kommunen blev først opmærksom på fejlen efter indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver. Hvis kommunen var blevet opmærksom på fejlen tidligere, kunne kommunen have annulleret udbuddet og iværksat et nyt udbud.

I hvert fald under disse omstændigheder havde klageren kun krav på erstatning for mistet fortjeneste, hvis klageren ville have fået tildelt kontrakten ved et udbud uden den omtalte fejl. Af nærmere angivne grunde

Klagenævnet for Udbud

var det ikke bevist, at klageren i så fald ville have fået kontrakten, og der var således ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning for mistet fortjeneste.

Landsretten bestemte herefter, at kommunen ikke skulle betale erstatning til klageren.

Klageren havde ikke krævet erstatning for udgifter ved afgivelse af tilbud.

Som det fremgår, kom landsretten til samme resultat som Klagenævnet gjorde i kendelsen af 20. februar 2004, hvorimod landsretten kom til et andet resultat, end Klagenævnet gjorde i kendelsen af 20. august 2004.

Den centrale forskel mellem landsrettens dom og kendelsen af 20. august 2004 er, at landsretten opstillede som betingelse for erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, at klageren ville have fået kontrakten ved et nyt udbud uden fejl. Klagenævnet havde anset dette spørgsmål for at være uden betydning som følge af, at kommunen faktisk ikke havde annulleret det fejlbehæftede udbud og gennemført et nyt udbud.

Vestre Landsret dom af 11. april 2006 i sag V.L. B-2855-04, Helle Kommune mod Flemming Damgaard ApS

Klagenævnets kendelser af 29. oktober 2004 og 7. marts 2005 opretholdt

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 29. oktober 2004 og 7. marts 2005.

Sagen drejede sig om følgende:

En kommune iværksatte en licitation efter Tilbudsloven vedrørende en række fagentrepriser ved en om- og tilbygning. Sagen angik tømrer- og snedkerentreprisen. Tildelingskriteriet var angivet som »billigste tilbud«. I udbudsbetingelserne var anført, at parketgulve skulle udføres med parketgulvet Juncker's Harmony, og at der som alternativ skulle afgives tilbud på parketgulvet Evers Tarkett eller et tilsvarende produkt. En tilbudsliste, der indgik i licitationsbetingelserne, og som tilbudsgiverne skulle udfylde, var ikke udformet sådan, at der kunne angives priser på begge typer parketgulv. Klageren, D, afgav tilbud på tømrer- og snedkerentreprisen og angav i tilbudet kun pris for parketgulvet Juncker's Harmony. Klagerens tilbud havde den laveste tilbudspris. Den tilbudsgiver, H, hvis tilbud havde den næstlaveste tilbudspris, angav i sit tilbud med håndskrift et fradrag pr. m² ved brug af parketgulvet Evers Tarkett.

Efter tilbudenens modtagelse opmålte kommunens rådgiver arealet for de gulve, der skulle beklædes med parketgulv, og beregnede på grundlag heraf størrelsen af H's prisreduktion ved brug af parketgulvet Evers Tarkett. Rådgiveren henvendte sig derefter til H og fik dennes bekræftelse på, at prisreduktionen var som beregnet. Kommunen indgik herefter kontrakt med H.

D klagede til Klagenævnet, der ved kendelsen af 29. oktober 2004 konstaterede, at kommunen havde overtrådt Tilbudsloven m.m. således:

1) Konstateret, at kommunen havde overtrådt Tilbudslovens § 8 ved ikke at fastsætte et tildelingskriterium i overensstemmelse med bestemmelsen, dvs. enten »laveste bud« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

2) Konstateret, at kommunen havde overtrådt Tilbudslovens § 10 (om at der, når tildelingskriteriet er laveste pris, kun må forhandles med lavestbydende) ved at forhandle med H, selvom dennes tilbud ikke havde

laveste tilbudspris. Klagenævnet henviste til, at størrelsen af det gulvareal, der skulle belægges med parketgulv, ikke nøjagtigt og entydigt kunne udledes af licitationsbetingelserne. Klagenævnet henviste videre til, at kommunen ikke havde godtgjort, at der ikke under rådgiverens kontakt med H var sket forhandling om den nøjagtige pris for H's udførelse af opgaven under anvendelse af Evers Tarkett.

3) Konstateret, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved under sin vurdering af H's tilbud at tage hensyn den af kommunens rådgiver beregnede fradragspris ved H's anvendelse af Evers Tarkett. Klagenævnet henviste til følgende: Ifølge Tilbudslovens § 7 skal kommunen ved åbningen af tilbudene gøre de tilstedeværende tilbudsgivere bekendt med tilbudssummerne. Heraf følger, at tilbudssummen umiddelbart skal kunne udledes af hvert tilbud, eventuelt ved en simpel sammenlægning af flere delpriser. Dette var imidlertid ikke tilfældet for H's tilbud, idet det som ovenfor nævnt ikke var muligt at udlede arealet for parketgulv nøjagtigt og entydigt af licitationsbetingelserne, hvorfor kommunens rådgiver da også havde været nødt til at henvende sig til H for at få fastlagt H's nøjagtige fradragspris ved anvendelse af Evers Tarkett.

4) Konstateret, at kommunen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1 (om tildelingskriteriet laveste bud) ved at have indgået kontrakt med H, selvom H ikke var lavestbydende. Klagenævnet henviste til, at licitationsbetingelserne måtte forstås sådan, at tilbudsgiverne ikke havde pligt til at afgive tilbud vedrørende begge typer parketgulve, og D's tilbud var således laveste konditionsmæssige bud.

5) Taget op ex officio: Udtalt, at kommunen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 (om kvantitative indførselsrestriktioner) ved i licitationsbetingelserne at angive Juncker's Harmony uden at tilføje »eller dermed ligestillet« eller en tilsvarende bemærkning. Kommunen havde derimod ikke overtrådt artikel 28 ved sin angivelse af Evers Tarkett, da denne angivelse var ledsaget af bemærkningen »eller et tilsvarende produkt«.

Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med H og henviste herved til grovheden af kommunens overtrædelser af Tilbudsloven.

Ved den efterfølgende kendelse af 7. marts 2005 tog Klagenævnet stilling til erstatningsspørgsmålet. Klagenævnet fastslog i denne kendelse, at kommunen var erstatningsansvarlig over for D, og tillagde D en erstatning til dækning af D's positive opfyldelsesinteresse, svarende til D's mistede avance. Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse tog Klagenævnet udgangspunkt i D's oplysning om, at D's dækningsbidrag udgør 18 % af D's omsætning. Klagenævnet henviste herved til, at et dækningsbidrag af denne størrelse er sædvanligt i branchen, og til, at D's virksomhed er en mindre virksomhed uden særlige administrationsomkostninger. Klagenævnet henviste videre bl.a. til, at D kun i meget begrænset omfang havde haft mulighed for at påtage sig andet arbejde i stedet for den mistede entreprise. Der var således ikke grundlag for at fastslå, at D (som hævdede af kommunen) havde tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt.

Kommunen indbragte sagen for landsretten og påstod D dømt til at anerkende, at kommunen ikke havde begået de af Klagenævnet konstaterede overtrædelser, at der ikke var grundlag for annullation af kommunens be-

Klagenævnet for Udbud

slutning om at indgå kontrakt med H, og at kommunen ikke var erstatningsansvarlig over for D.

Landsretten frifandt D.

Præmisserne i landsrettens dom er ret kortfattede og kan i det væsentlige karakteriseres som en sammenfatning af Klagenævnets mere udførlige præmisser i de to kendelser.

Landsretten udtalte bl.a., at bemærkningen i H's tilbud om en fradragspris ved brug af Tarkett-gulve ikke kunne karakteriseres som et tilbud, der kunne indgå i en offentlig licitation, og at rådgiverens henvendelse til H derfor ikke var sket til lavestbydende.

Vedrørende erstatningsspørgsmålet udtalte landsretten bl.a., at selvom D på licitationstidspunktet havde en forfalden moms-gæld, var det ikke sandsynliggjort, at kommunen af den grund (som hævdet af kommunen for landsretten) ikke ville have tildelt D kontrakten.

Sagen for landsretten omfattede ikke et klagepunkt, der ikke blev taget til følge ved Klagenævnets kendelse af 29. oktober 2004, og omfattede heller ikke Klagenævnets konstatering ex officio i denne kendelse (punkt 5 ovenfor).

Ugeskrift for Retsvæsen 2006 s. 2727 V, Vestre Landsrets kendelse af 13. juni 2006 i sagen Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956 mfl.

Under en retssag, der var anlagt af en forbigået tilbudsgiver med påstand om forhøjelse af en erstatning, som Klagenævnet havde pålagt udbyderne at betale til tilbudsgiveren, kunne udbyderne gøre gældende, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, selvom udbyderne ikke selv havde indbragt Klagenævnets kendelser i sagen for domstolene

Den her resumerede afgørelse angår en sag mellem de samme parter afgjort ved Klagenævnets kendelser af 16. december 2004 og 7. juli 2005. Sagen angik et begrænset udbud vedrørende indkøb af vand- og varmemålere iværksat af nogle almene boligorganisationer i fællesskab. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver.

Ved kendelsen af 16. december 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivet på en række punkter, ligesom Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakter med en anden tilbudsgiver. Ved kendelsen af 7. juli 2005 pålagde Klagenævnet udbyderen at betale en erstatning på 250.000 kr. til klageren til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Udbyderne indbragte ingen af Klagenævnets kendelser for domstolene. Klageren indbragte derimod Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 for Vestre Landsret og nedlagde for landsretten påstand om, at udbyderne tilpligtedes at betale en erstatning på ca. 2 mio. kr.

For landsretten påstod udbyderne frifindelse og gjorde gældende, at de havde haft pligt til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning, fordi tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Klageren gjorde heroverfor følgende gældende:

1) Udbyderne havde ikke indbragt Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 for domstolene inden udløbet af 8-ugers fristen i § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud, og udbyderne var som følge heraf afskåret fra at gøre anbringender gældende og fremkomme med indsigelser vedrørende erstatningsgrundlaget.

2) Klagenævnet tog i kendelsen af 16. december 2004 stilling til et anbringende fra udbyderne om, at klagerens tilbud var ukonditions-mæssigt. Udbyderne havde heller ikke indbragt denne kendelse for domstolene inden udløbet af 8-ugers fristen og havde derved accepteret Klagenævnets afgørelse på det pågældende punkt.

Landsretten bestemte ved den her resumerede kendelse følgende:

Ad 1) Klageren havde indbragt Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 inden udløbet af 8-ugers fristen i § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Efter bestemmelsens ordlyd kunne det ikke derudover kræves, at den part, der ville anfægte dele af kendelsen, selv skulle indbringe den for domstolene for at kunne kræve den ændret. Udbyderne var herefter ikke afskåret fra at gøre anbringender gældende og fremkomme med indsigelser vedrørende erstatningsgrundlaget.

Ad 2) Ved kendelsen af 16. december 2004 tog Klagenævnet forudsætningsvis stilling til, om klagerens tilbud var konditions-mæssigt. Dette skete på baggrund af parternes argumentation og udmøntede sig ikke i kendelsens konklusion. Klagenævnets vurdering fandt endvidere sted på et tidspunkt, hvor erstatningsspørgsmålet var udskudt til senere påkendelse. Under disse omstændigheder var det betænkeligt at fastslå, at Klagenævnet havde truffet en afgørelse, som efter § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud afskar udbyderne fra at påberåbe sig samme synspunkter for landsretten som for Klagenævnet.

I forbindelse med optagelsen af dette resumé på Klagenævnets websted finder Klagenævnet anledning til at bemærke følgende: Som det fremgår af Klagenævnets kendelser af 16. december 2004 og 7. juli 2005, gjorde udbyderne ikke for Klagenævnet gældende, at klagerens tilbud var ukonditions-mæssigt. Tværtimod gjorde udbyderne for Klagenævnet gældende, at ingen tilbud var ukonditions-mæssige, jf. referatet i kendelsen af 16. december 2004 af udbydernes anbringender under overskriften »Generelt«.

Vestre Landsrets dom af 28. februar 2007 i sag V.L. B-1310-05, Nordjyllands Amt mod Mariendal El-Teknik A/S

Denne dom vedrører den kendelse, som Klagenævnet afsagde den 12. april 2005 i en sag mellem de samme parter.

Hovedspørgsmålet under Klagenævnets sag var, om Nordjyllands Amt havde handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at belysningsarmaturer af bestemte fabrikater skulle anvendes, uagtet at amtet havde mulighed for at beskrive kontraktsgenstanden ved hjælp af specifikationer, som var tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede. Klagenævnet statuerede, at dette var tilfældet. Landsretten tog ikke stilling til spørgsmålet, og landsrettens dom er derfor uden betydning for fortolkningen af Bygge- og anlægsgdirektivets artikel 10, stk. 6, nu Udbudsgdirektivets artikel 23, stk. 8. Dommen refereres derfor ikke.

Vestre Landsrets dom af 6. marts 2007 i sag B-1923-05, Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afdeling 8 mfl.

Skønsmæssigt fastsat erstatning på 1 mio. kr. til forbigået tilbudsgiver til dækning af mistet fortjeneste, da det var tilstrækkelig sandsynliggjort, at

Klagenævnet for Udbud

tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderne ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Klagenævnets kendelser af 16. december 2004 og 7. juli 2005 opretholdt, men erstatningen fastsat til et højere beløb end i den sidstnævnte kendelse

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 16. december 2004 og 7. juli 2005.

Sagen drejede sig om et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende levering af vand- og varmemålere m.m. iværksat af nogle almene boligorganisationer i fællesskab. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakterne. Udbyderen gjorde forskellige indsigelser gældende for Klagenævnet, bl.a. at udbuddet ikke var omfattet af Indkøbsdirektivet.

Ved kendelsen af 16. december 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbuddet var omfattet af Indkøbsdirektivet, og at udbyderne havde begået en række overtrædelser af udbudsreglerne, og Klagenævnet konstaterede herunder bl.a., at den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, således at det ikke kunne have været taget i betragtning. Klagenævnet statuerede endvidere, at en kontakt mellem udbyderne og klageren efter, at tilbuddene var afgivet, ikke var en overtrædelse af forhandlingsforbuddet, men havde karakter af en teknisk afklaring, som udbyderen som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne havde haft pligt til at gennemføre. Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Ved kendelsen af 7. juli 2005 pålagde Klagenævnet udbyderne solidarisk at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning på 250.000 kr. til klageren til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse. Klagenævnet lagde herved til grund, at kun to af tilbuddene kunne være taget i betragtning, dvs. tilbuddet fra klageren og fra en anden tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, ligesom Klagenævnet lagde til grund, at det i det mindste var overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået tildelt kontrakterne, hvis udbyderne ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Klagenævnet udtalte desuden, at der ikke kunne lægges vægt på bl.a. et anbringende fra udbyderne om, at udbyderne lovligt kunne have annulleret udbuddet. Klagenævnet henviste herved til, at der ikke kan tillægges hypotetiske indsigelser af denne karakter betydning, idet der i så fald reelt aldrig ville kunne tillægges en forbigået tilbudsgiver erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Udbyderne indbragte ikke Klagenævnets kendelser for domstolene. Derimod indbragte klageren Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 for landsretten med påstand om en højere erstatning end den, der var tillagt ved denne kendelse.

For landsretten var der enighed mellem klageren og udbyderne om, at den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt og ikke kunne have været taget i betragtning. Udbyderne gjorde imidlertid for landsretten gældende, at også klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke kunne have været taget i betragtning. Udbyderne gjorde desuden i denne forbindelse gældende, at den efterfølgende kontakt mellem udbyderne og klageren havde været i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud. Udbyderne gjorde endvidere gældende, at udbuddet ikke var omfattet af Indkøbsdirektivet, og at udbyderne under alle omstændigheder kunne have annulleret udbuddet, således at der i så fald

ikke ville være blevet indgået kontrakter med klageren. Landsretten tog alle de nævnte indsigelser under påkendelse, selvom udbyderne ikke havde indbragt Klagenævnets kendelser for domstolene. Med hensyn til indsigelsen om, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, blev afgørelsen om, at indsigelsen kunne tages under påkendelse, truffet ved en kendelse, der er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2006 s. 2727 V.

I den resumerede dom udtalte landsretten:

Landsretten tiltrådte af de grunde, der var anført i Klagenævnets kendelse af 16. december 2004, at udbuddet var omfattet af Indkøbsdirektivet, og at udbydernes efterfølgende kontakt med klageren ikke var en overtrædelse af forhandlingsforbuddet. Der var ikke grundlag for at antage, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, og udbyderne kunne således lovligt have tildelt klageren kontrakterne. Det var endvidere godtgjort, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, og det var herefter tilstrækkelig sandsynliggjort, at klageren ville have fået kontrakterne, hvis udbyderne ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne. Da det ikke var sandsynliggjort, at klageren havde forsømt sin tabsbegrænsningspligt, var udbyderne som følge af overtrædelserne solidarisk erstatningsansvarlige over for klageren til dækning af dennes mistede fortjeneste. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 1 mio. kr.

Om erstatningsudmålingen bemærkes: Klageren påstod både for Klagenævnet og for landsretten erstatningen til dækning af positiv opfyldelsesinteresse fastsat til ca. 2 mio. kr. I kendelsen af 7. juli 2005 udtalte Klagenævnet, at erstatningen skulle svare til klagerens mistede »nettofortjeneste«, og Klagenævnet fastsatte herefter skønsmæssigt erstatningen til 250.000 kr. I landsrettens dom udtaltes, at erstatningen skulle svare til klagerens mistede »fortjeneste«, og landsretten fastsatte herefter skønsmæssigt erstatningen til 1 mio. kr. Det fremgår ikke, hvilke faktorer landsretten nærmere lagde vægt på ved erstatningsudmålingen. Det har muligvis spillet en rolle, at landsretten havde flere oplysninger end Klagenævnet til belysning af klagerens tab.

Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004, H.O. Service A/S mod Boligforening 32

Tilbudsgiver, der ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt Tilbudsloven, fik erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse svarende til tilbudsgiverens mistede bruttofortjeneste

Denne dom er rettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 1. november 2004.

Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende en entreprise ved et byggearbejde. Klagen til Klagenævnet var indgivet af en tilbudsgiver, H, der ikke havde fået kontrakten, og ved en kendelse af 9. juli 2004 fastslog Klagenævnet, at udbyderen havde begået forskellige overtrædelser af Tilbudsloven.

Klagenævnets kendelse af 1. november 2004 angik et erstatningskrav fra H mod udbyderen. Klagenævnet udtalte i denne kendelse, at udbyderen havde handlet erstatningspådragende over for H ved nogle af de overtrædelser, som Klagenævnet havde konstateret ved kendelsen af 9. juli 2004, og at H's tab skulle opgøres som svarende til den positive opfyldelsesinteresse, idet udbyderen havde været forpligtet til at indgå kontrakt med H. Klagenævnet frifandt imidlertid udbyderen med henvisning til, at

Klagenævnet for Udbud

H's erstatningskrav ikke på mindste måde var nærmere belyst, ligesom der ikke var fremlagt materiale, der på nogen måde blot sandsynliggjorde det påståede tab.

H anlagde derefter retssag mod udbyderen, og retssagen blev afgjort ved den her resumerede dom.

H påstod under retssagen udbyderen dømt til at betale et beløb på ca. 260.000 kr. svarende til H's bruttofortjeneste, dvs. H's tilbudspris med fradrag af materiale- og lønudgifter og udgift til underentreprenør.

For retten var der fremlagt et omfattende bilagsmateriale til belysning af H's tab. Der blev desuden afholdt syn og skøn vedrørende H's sædvanlige bruttofortjeneste m.m.

Retten lagde efter sagens oplysninger til grund, at opgaven ikke eller kun i begrænset omfang ville have belastet H's faste omkostninger. Efter en samlet vurdering af bilagsmaterialet, skønserklæringen og en forklaring fra H's direktør fandt retten, at H's tab skønsmæssigt kunne fastsættes til 230.000 kr. Herefter, og da der ikke var grundlag for at antage, at H ikke havde opfyldt sin tabsbegrænsningspligt, blev udbyderen dømt til at betale 230.000 kr. til H.

Ugeskrift for Retsvæsen 2007 s. 2106 H, Højesterets dom af 11. maj 2007 i sagen Arriva Skandinavien A/S mod Trafikselskabet Movia

Klagenævnets kendelse af 21. juni 2000 opretholdt. Om tilladelige og ikke tilladelige modeller for regulering af tilbudspriser i tilfælde, hvor den hidtidige tjenesteyders medarbejdere skal overtages af den nye tjenesteyder. Den af udbyderen anvendte model var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets ligebehandlingsprincip. Erstatning til tilbudsgiver, der ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelsen, fastsat skønsmæssigt til dækning af tilbudsgiverens mistede fortjeneste. Ved erstatningsfastsættelsen taget hensyn til, at der var tale om et konkurrencepræget marked med lav indtjeningsmargin, og til usikkerhed i forbindelse med anvendelsen af en ny og uprøvet bustype

Denne dom er Højesterets afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 21. juni 2000 i sagen Arriva Danmark A/S mod Hovedstadsområdets Trafikselskab (nu henholdsvis Arriva Skandinavien A/S og Trafikselskabet Movia).

Sagen angik et udbud vedrørende buskørsel på en buslinje. I udbudsbetingelserne var angivet, at loven om virksomhedsoverdragelse fandt anvendelse, og at den valgte tjenesteyder efter kontraktsindgåelsen skulle tilbyde ansættelse til de medarbejdere, der var beskæftiget ved den pågældende buslinje. Det blev videre angivet, at disse medarbejdere skulle overtages med uændret lønanciennitet og under bibeholdelse af lønforløb. Der blev imidlertid ikke i udbudsbetingelserne givet nærmere oplysninger om ansatte medarbejdere og disses lønanciennitet etc., og udbyderen havde ikke indhentet oplysning herom fra den hidtidige tjenesteyder, idet det ikke var muligt at kontrollere sådanne oplysninger.

Med det formål at ligestille den aktuelle tjenesteyder med andre tilbudsgivere ved tilbuddenes afgivelse fastsatte udbyderen i stedet i udbudsbetingelserne følgende model, som udbyderen i en årrække havde anvendt ved udbud vedrørende buskørsel, og som i sagen omtaltes som »HUR-modellen«:

Tilbud fra andre end den aktuelle tjenesteyder: Det forudsattes, at de medarbejdere, der måtte ventes at overgå til den nye tjenesteyder, havde

en nærmere angiven lønmæssig indplacering i henhold forskellige nærmere angivne overenskomster, og der skulle regnes med dette ved tilbuddets udformning. Når det efter kontraktsindgåelse viste sig, hvilke medarbejdere, der skulle overtages, skulle der ske regulering i tilbudsprisen i forhold til de pågældendes faktiske lønmæssige indplacering.

Tilbud fra den aktuelle tjenesteyder: Der skulle ikke ske regulering i tilbudsprisen.

Klageren, A, der var den aktuelle tjenesteyder, og som afgav tilbud uden at få tildelt kontrakten, gjorde gældende, at den omtalte model medførte forskelsbehandling mellem A og de andre tilbudsgivere.

Klagenævnet udtalte, at den omtalte model var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2 (hvorefter ordregiverne skal sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling).

Klagenævnet fandt derimod, at følgende model burde have været anvendt: Der skulle anvendes samme reguleringsklausul for alle tilbud, også et eventuelt tilbud fra den hidtidige tjenesteyder. Udbyderen havde om en sådan model anført, at den ville give den hidtidige tjenesteyder mulighed for i den resterende del af den aktuelle kontraktperiode at udnytte sin stilling som arbejdsgiver for de aktuelle medarbejdere til at flytte medarbejdere med henblik på at billiggøre driftsudgifterne for den pågældende buslinje. Klagenævnet fandt imidlertid efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet, ikke, at risikoen herfor kunne begrunde den forskelsbehandling, som modellen i udbudsbetingelserne indebar.

Udbyderen indbragte sagen for landsretten, der fandt, at udbyderens model ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet, og som i konsekvens heraf frifandt udbyderen for et erstatningskrav fra A.

A indbragte herefter sagen for Højesteret, der udtalte (stærkt sammentrængt):

Udbyderens model var en klar og væsentlig forskelsbehandling af A i forhold til de andre tilbudsgivere, og Højesteret fandt ligesom Klagenævnet, at denne forskelsbehandling ikke var sagligt begrundet. Udbyderen havde derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2.

Efter overtrædelsens karakter var udbyderen erstatningsansvarlig over for A. Det var efter sagens oplysninger godtgjort, at A ville have fået kontrakten, hvis forskelsbehandlingen ikke havde fundet sted, og A havde herefter krav på erstatning for den mistede fortjeneste. Ved vurderingen af tabets størrelse blev det taget i betragtning, at der var tale om et stærkt konkurrencepræget marked, og at A generelt havde lav indtjeningsmargin, ligesom der var forbundet en særlig usikkerhed med, at der skulle anvendes en ny og uprøvet bustype. Erstatningen måtte på denne baggrund udmåles skønsmæssigt og fastsattes herefter til 3 mio. kr. (A havde påstået erstatningen fastsat til 11,7 mio. kr.).

Klagenævnet for Udbud

Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007 i sag 15. afd. B-1982-06, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S mod Unicomputer A/S
Udbud af rammeaftaler uden tidsbegrænsning var ikke i strid med Indkøbsdirektivet, da det i udbudsbekendtgørelsen og kontrakterne på grundlag af udbuddet var angivet, at der forventedes nyt udbud efter 2-3 år, og at der var et gensidigt opsigelsesvarsel på 6 måneder

Dommen er landsrettens afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 27. april 2006 i en sag mellem de samme parter.

Sagen angik nogle rammeaftaler vedrørende levering af datamateriel, som Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI) i 1998 indgik med et antal leverandører efter forudgående begrænset EU-udbud i henhold til det dagældende Indkøbsdirektiv. Klageren var en forhandler, som havde anmodet om at blive prækvalificeret under udbuddet, men som ikke var blevet prækvalificeret.

Kendelsen af 27. april 2006 angik forskellige påstande fra klageren. Klagenævnet tog en af disse påstande til følge. Denne påstand angik det forhold, at rammeaftalerne var udbudt og indgået uden tidsbegrænsning, og Klagenævnet konstaterede ved kendelsen, at dette forhold var i strid med udbudsreglerne. Klagenævnet henviste herved til, at tidsbegrænsede kontrakter kun med særlig begrundelse kan indgås for en længere årrække, og at der ikke var grundlag for at antage, at de omhandlede rammeaftaler kun kunne fungere efter hensigten, hvis de var tidsbegrænsede. Klagenævnet henviste desuden til, at tidsbegrænsede kontrakter indebærer risiko for forringelse af konkurrencen.

SKI indbragte sagen for landsretten, der afgjorde sagen ved den her resumerede dom.

Landsretten henviste til følgende (noget sammentrængt):

Indkøbsdirektivet indeholdt ikke regler om rammeaftaler, herunder om hvorvidt rammeaftaler kunne være tidsbegrænsede. Der var ikke grundlag for at antage, at det var nødvendigt at iværksætte et udbud om rammeaftaler uden tidsbegrænsning, men dette medførte ikke i sig selv, at det udbud, som sagen angik, var i strid med grundlæggende EU-retlige principper. Reglen i artikel 32, stk. 2, i det nugældende udbudsdirektiv om, at rammeaftaler normalt højst må gælde for 4 år, kunne ikke føre til andet resultat, da der ikke var grundlag for at antage, at denne bestemmelse er udtryk for kodificering af allerede gældende EU-ret.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at rammeaftalerne forventedes udbudt på ny efter 2-3 år, og at der ville være et gensidigt opsigelsesvarsel på 6 måneder, og disse vilkår var gentaget i de rammeaftaler, der blev indgået på grundlag af udbuddet. Under disse omstændigheder var det overvejende betænkeligt at fastslå, at det var i strid med Indkøbsdirektivet, således som dette må fortolkes under hensyn til grundlæggende EU-retlige principper, at udbuddet angik rammeaftaler uden tidsbegrænsning.

Klageren blev herefter dømt til at anerkende, at det ikke var i strid med Indkøbsdirektivet, at det omhandlede udbud angik rammeaftaler, der ikke var tidsbegrænsede.

Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007 i sag 15. afd. B-3105-03, Unicomputer A/S mod Greve Kommune

Værdien af nogle indkøb skulle ikke sammenlægges, da det var overvejende betænkeligt at fastslå, at der var den nødvendige sammenhæng mellem indkøbene. Ordregiverens overtrædelse af forhandlingsforbuddet ved for-

handlinger med SKI-leverandører medførte ikke erstatningsansvar over for en virksomhed, der ikke var SKI-leverandør

Dommen er landsrettens afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 29. september 2003 i en sag mellem de samme parter.

Sagen angik en kommunes indkøb af nogle computere og printere uden forudgående EU-udbud. Købet af computere skete i henhold til en rammeaftale mellem leverandøren og Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI). Denne rammeaftale var indgået efter forudgående EU-udbud foretaget af SKI. Købets værdi oversteg tærskelværdien i det dækkende indkøbsdirektiv. Købet af printere skete hos en leverandør, der ikke havde indgået en rammeaftale med SKI. Værdien af dette køb var under Indkøbsdirektivets tærskelværdi.

En virksomhed, der ikke havde indgået en rammeaftale med SKI, klagede til Klagenævnet, der afgjorde klagesagen ved kendelsen af 29. september 2003.

Klagen gik i første række ud på, at det ikke havde fritaget kommunen for pligten til at foretage EU-udbud, at købet af computere var sket i henhold til leverandørens rammeaftale med SKI. Klagenævnet gav ikke klageren medhold heri og henviste herved til, at SKI-ordningen er godkendt af Kommissionen, og til, at SKI ikke var inddraget i sagen.

Klagenævnet udtalte desuden bl.a., at værdien af købet af printere skulle have været sammenlagt med værdien af købet af computere i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 4, og at der derfor skulle have været foretaget EU-udbud af købet af printere. (Den pågældende regel gik ud på, at der skulle ske sammenlægning af værdien af delaftaler, som et påtænkt varekøb var opdelt i. Reglen er nu afløst af den tilsvarende regel i Udbudsdirektivets artikel 9, 5, a). Klagenævnet udtalte endvidere bl.a., at nogle forhandlinger, som kommunen i forbindelse med købet af computere havde ført med leverandører, der havde rammeaftaler med SKI, var i strid med ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet.

Klageren indbragte herefter sagen for landsretten ved et sagsanlæg mod kommunen med påstand om, at kommunen skulle anerkende, at kommunen havde været uberettiget til at købe computerne uden forudgående EU-udbud. Klageren nedlagde desuden en erstatningspåstand. Kommunen påstod frifindelse og nedlagde påstand om, at klageren skulle anerkende, at købet af printerne havde kunnet ske uden EU-udbud.

Samtidig rejste klageren en ny sag for Klagenævnet med SKI som indklaget. Under denne klagesag gjorde klageren gældende, at SKI's rammeaftaler med computerleverandører var i strid med EU-udbudsreglerne, dels som følge af rammeaftalernes indhold, dels fordi rammeaftalerne ikke var tidsbegrænsede.

Klagenævnet afgjorde den nye klagesag ved en kendelse af 27. april 2006. Klagenævnet gav ved kendelsen ikke klageren medhold i synspunktet om, at SKI's rammeaftaler efter deres indhold var i strid med udbudsreglerne, men udtalte, at det var i strid med udbudsreglerne, at rammeaftalerne var indgået uden tidsbegrænsning. SKI indbragte derefter sagen for landsretten ved et sagsanlæg mod klageren med påstand om, at klageren skulle anerkende, at det ikke var i strid med udbudsreglerne, at SKI's rammeaftaler med computerleverandører var indgået uden tidsbegrænsning.

Klagenævnet for Udbud

Landsretten behandlede de to sager for landsretten sammen og afgjorde dem samtidig ved særskilte domme i hver sag.

I dommen i sagen anlagt af SKI mod klageren fastslog landsretten, at de omhandlede rammeaftaler ikke var i strid med udbudsreglerne. I øvrigt henvises til særskilt resumé af denne dom.

Det følgende angår alene landsretssagen anlagt af klageren mod kommunen. Landsretten afgjorde denne sag således:

Landsretten gav ikke klageren medhold i påstanden om, at det var i strid med udbudsreglerne, at kommunen havde købt computerne uden forudgående EU-udbud. Landsretten henviste herved til dommen i sagen anlagt af SKI.

Landsretten gav kommunen medhold i, at klageren skulle anerkende, at købet af printerne havde kunnet ske uden EU-udbud. Landsretten henviste herved til, at printerne blev købt for en ordinær bevilling i modsætning til computerne, der blev købt for en ekstraordinær bevilling, og til, at anskaffelsen af printerne ikke var nødvendig for computerens funktion. Det var herefter overvejende betænkeligt at fastslå, at der var en sådan sammenhæng mellem de to indkøb, at der skulle ske sammenlægning af computerne og printerens værdi i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 4.

Landsretten frifandt kommunen for klagerens erstatningspåstand med henvisning til følgende: Kommunen havde ikke handlet ansvarsdragende ved at købe computerne og printerne uden forudgående EU-udbud. Klagenævnets konstatering af, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet ved at forhandle med leverandører, der havde rammeaftaler med SKI, medførte endvidere ikke erstatningsansvar over for klageren, der ikke havde en rammeaftale.

Østre Landsrets dom af 5. februar 2008 i sager 9. afd. B-1329-05 og B-1330-05, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

Forbehold om vinterforanstaltninger, indeksregulering og forurennet jord angik ikke grundlæggende elementer og var heller ikke væsentlige forbehold omfattet af en angivelse i udbudsbetingelserne af, at tilbud med væsentlige forbehold ikke ville blive taget i betragtning. Udbyderens prissætning af forbeholdene var sket inden for rammerne af det skøn, der tilkom udbyderen ved prissætningen. Klagenævnets kendelser af 26. august 2004 og 8. marts 2005 ændret

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 26. august 2004 og 8. marts 2005.

Sagen angik et EU-udbud vedrørende et bygge- og anlægsarbejde. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud, der indeholdt væsentlige forbehold, ikke ville blive taget i betragtning.

Der indgik tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Klageren gjorde for Klagenævnet gældende, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke måtte tages i betragtning som følge af forbehold om vinterforanstaltninger og indeksregulering, principalt fordi disse forbehold angik grundlæggende elementer, subsidiært fordi de var væsentlige. Klageren gjorde mere subsidiært gældende, at udbyderen ikke havde prissat forbeholdene korrekt. Klageren gjorde desuden gældende, at udbyderen havde

overtrådt forhandlingsforbuddet og havde foretaget en ukorrekt tilbudsvurdering.

Ved kendelsen af 26. august 2004 konstaterede Klagenævnet, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke måtte tages i betragtning, fordi forbeholdet om vinterforanstaltninger angik et grundlæggende element. Klagenævnet bemærkede desuden, at udbyderens prissætning af dette forbehold ikke havde givet den nødvendige sikkerhed for, at den valgte tilbudsgiver ikke som følge af forbeholdet havde opnået en økonomisk fordel i forhold til klageren. Klagenævnet annullerede som følge heraf udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, men tog i øvrigt kun klagen til følge på et mindre væsentligt punkt.

Ved kendelsen af 8. marts 2005 pålagde Klagenævnet udbyderen at betale en erstatning på 5 mio. kr. svarende til klagerens mistede dækningsbidrag. Klageren havde nedlagt påstand om en erstatning på ca. 20 mio. kr.

Sagen for landsretten angik sagen kun spørgsmålene om forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud og om erstatning. Klageren fremsatte for landsretten de samme anbringender som for Klagenævnet med hensyn til forbeholdene om vinterforanstaltninger og indeksregulering og fremsatte nu yderligere tilsvarende anbringender med hensyn til et forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud vedrørende forurenede jord. Klageren gentog for landsretten påstanden om en erstatning på ca. 20 mio. kr.

Landsretten udtalte:

En beregning af prisen for vinterforanstaltninger er en sædvanlig byggeøkonomisk beregning, og den valgte tilbudsgivers forbehold om vinterforanstaltninger kunne prissættes af alle involverede. Da forbeholdet endvidere ikke var så uklart eller usikkert, at det indebar en væsentlig risiko for fordrejning af konkurrencen, var der ikke grundlag for at statuere, at forbeholdet angik et grundlæggende element, eller for at det skulle anses for et væsentligt forbehold. Landsretten fandt ikke grundlag for at anse udbyderens prissætning af forbeholdet for at falde uden for rammerne af det skøn, der var tilkommet udbyderen ved prisfastsættelsen.

Heller ikke de øvrige forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud (om indeksregulering og forurenede jord) kunne anses for at angå grundlæggende elementer eller som væsentlige, ligesom der ikke var grundlag for at tilsidesætte udbyderens prissætning af dem.

Udbyderen blev herefter frifundet.

Ugeskrift for Retsvæsen 2008 s. 1331 Ø, Østre Landsrets dom af 22. december 2008 i sag 14. afd. B-1989-05, Centralforeningen af Taxi-foreninger i Danmark som mandatar for Taxi Stig v/ Stig Marcussen mod Region Sjælland (tidligere Vestsjællands Amt)

En ordregivende myndigheds iværksættelse af EU-udbud af en tjenesteydelse ca. 4½ år efter, at Klagenævnet havde truffet afgørelse om, at tjenesteydelsen var udbudspligtig, var en efterlevelse af Klagenævnets afgørelse, og efterlevelsen havde fundet sted inden for rimelig tid og var gennemført ud fra saglige hensyn. Ordregiveren var ikke erstatningsansvarlig i anledning af ordregiverens oprindelige indgåelse af kontrakt om tjenesteydelsen uden gennemførelse af EU-udbud, da det på kontraktens tidspunkt var fast antaget, at tjenesteydelsen ikke var udbudspligtig. Ordregiverens indgåelse uden gennemførelse af EU-udbud af en tillægskontrakt

Klagenævnet for Udbud

for en overgangsperiode blev ikke kendt ugyldig eller uvirksom, da tillægskontraktens indgåelse var sagligt begrundet, og da der ikke generelt er pligt til at opsige en kontrakt, der er indgået i strid med EU-udbudsreglerne. Ordregiveren ikke pålagt at betale erstatning til en potentiel tilbudsgiver i anledning af, at tillægskontrakten var indgået uden EU-udbud, da det ikke var overvejende sandsynligt, at den potentielle tilbudsgiver ville have fået tildelt en kontrakt, hvis der havde været foretaget EU-udbud, og da den potentielle tilbudsgiver ikke havde haft udgifter i anledning af, at der ikke var foretaget EU-udbud

Denne dom er Østre Landsrets afgørelse bl.a. af de spørgsmål, der blev behandlet i Klagenævnets kendelse af 3. maj 2005 i en sag mellem Taxa Stig ved Stig Marcussen mfl. og Vestsjællands Amt.

Vestsjællands Amt indgik i 2001 en kontrakt med et redningskorps F om redningskorpsets udførelse af tre tjenesteydelser bestående af patienttransport i perioden 2002-2007. Nogle organisationer for hyrevognmænd klagede til Klagenævnet over, at kontrakten var indgået uden EU-udbud. Ved (i realiteten) enslydende kendelser af 8. april 2003 og 28. april 2003 konstaterede Klagenævnet, at der skulle have været foretaget EU-udbud efter det dagældende tjenesteydelsesdirektiv. Klagenævnets afgørelse herom kom som en overraskelse, idet bl.a. Konkurrencestyrelsen, der har det overordnede ansvar for udbudsområdet i Danmark, havde haft den opfattelse, at tjenesteydelsen ikke var udbudspligtig.

Klagenævnets kendelser af 8. april 2003 og 28. april 2008 blev ikke indbragt for domstolene, og Vestsjællands Amt og Konkurrencestyrelsen tog Klagenævnets konstatering af EU-udbudspligt til efterretning. For at undgå erstatningsansvar over for F tog amtet ikke skridt til at opsige kontrakten med F til ophør før kontraktens udløb med udgangen af 2007, men amtet var indstillet på, at der skulle foretages EU-udbud i forbindelse med kontraktens udløb. Amtet indgik i Region Sjælland ved strukturreformen pr. 1. januar 2007, og som følge af forskellige forhold i forbindelse med strukturreformen og med indførelsen ved lov af et landsdækkende kommunikationsnet blev der først gennemført EU-udbud i form af to særskilte udbud i september 2007 og februar 2008. Disse EU-udbud blev iværksat af Region Sjælland og omfattede tilsammen hele regionens område. På grundlag af disse udbud indgik Region Sjælland sidst i 2008 kontrakt med et redningskorps S om dettes overtagelse af patienttransporten i regionens område i løbet af 2009. I februar 2008 indgik Region Sjælland uden forudgående EU-udbud en tillægskontrakt med F om F's udførelse af patienttransport i en overgangsperiode efter udløbet af kontrakten med F med udgangen af 2007.

I 2004 klagede nogle hyrevognmænd til Klagenævnet over, at Vestsjællands Amt ikke som følge af Klagenævnets kendelser af 8. april 2003 og 28. april 2003 havde opsagt kontrakten fra 2001 med F. Klagenævnet tog stilling til denne klage ved kendelsen af 3. maj 2005. I denne kendelse konstaterede Klagenævnet, at Vestsjællands Amt af nærmere angivne grunde ikke havde haft pligt til at opsige kontrakten. Klagenævnet frifandt endvidere amtet for en erstatningspåstand fra klagerne med henvisning til, at klagerne af nærmere angivne grunde ikke ville have haft mulighed for at afgive tilbud under det EU-udbud, der skulle have været gennemført.

En organisation for hyrevognmænd indbragte som mandatar for en af klagerne, TS, Klagenævnets kendelse af 3. maj 2005 for domstolene, og retssagen blev afgjort ved dommen af 22. december 2008.

TS nedlagde under retssagen påstand om, at Region Sjælland skulle anerkende, at kontrakten fra 2001 mellem Vestsjællands Amt og F skulle ophæves, i det omfang den var videreført ved tillægskontrakten fra februar 2008 mellem Region Sjælland og F, og at Region Sjælland skulle anerkende, at tillægskontrakten var »ugyldig/uvirksom«. TS nedlagde endvidere påstand om, at Region Sjælland skulle betale erstatning til TS til dækning af TS' tab som følge af Vestsjællands Amts indgåelse af kontrakten med F i 2001 uden EU-udbud og Region Sjællands indgåelse af tillægskontrakten med F i februar 2008 uden EU-udbud.

Landsretten lagde til grund, at Vestsjællands Amts indgåelse af kontrakten i 2001 med F uden forudgående EU-udbud var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, ligesom landsretten lagde til grund, at Vestsjællands Amt havde taget dette til efterretning. Landsretten fandt endvidere, at de EU-udbud, der blev foretaget i september 2007 og februar 2008, var en efterlevelse af Klagenævnets afgørelse om udbudspligt. Denne efterlevelse havde fundet sted inden for rimelig tid, og gennemførelsen var sket ud fra saglige hensyn, herunder hensynet til at undgå samfundsmæssigt værdispild og hensynet til, at patienttransporterne ikke kunne ophøre, før der gennem et udbud var fundet en kontraktspart. Landsretten henviste desuden til, at man først kort før strukturreformens ikrafttræden pr. 1. januar 2007 kendte det geografiske område for de enkelte regioner, og til, at det landsdækkende kommunikationsnet skulle fastlægges, før tjenesteydelsen kunne beskrives endeligt i udbudsbetingelserne.

Uanset at Region Sjællands tillægskontrakt med F fra februar 2008 var indgået i strid med udbudsreglerne, fandt landsretten ikke anledning til at kende tillægskontrakten ugyldig eller uvirksom. Landsretten henviste herved til, at der havde været saglige grunde til at indgå tillægskontrakten, ligesom landsretten henviste til, at tillægskontrakten blev indgået for en kort overgangsperiode og blev indgået efter EU-udbuddet i september 2007 og kort før EU-udbuddet i februar 2008. Landsretten udtalte videre, at der ikke består en generel pligt til at opsig en kontrakt, der er indgået i strid med EU-udbudsreglerne. Landsretten bemærkede herved, at ændringen af kontroldirektiverne ved direktiv 2007/66 ikke havde betydning for sagen, da direktiv 2007/66 ikke er implementeret i Danmark, og at landsretten ikke havde taget stilling til, om det ville have haft betydning for afgørelsen, hvis direktivet havde været implementeret i Danmark.

Om erstatningspåstanden under retssagen udtalte landsretten:

Ad Vestsjællands Amt undladelse af at iværksætte EU-udbud før indgåelsen af kontrakten med F i 2001: Undladelsen af at iværksætte EU-udbud var i overensstemmelse med den fortolkning af EU-udbudsreglerne, som de statslige myndigheder anså for korrekt, og amtet havde ikke haft grundlag for at sætte spørgsmålstegn ved denne fortolkning. Amtet havde derfor ikke handlet ansvarspådragende ved indgåelsen af kontrakten med F i 2001 uden forudgående EU-udbud.

Ad Region Sjællands indgåelse af tillægskontrakten med F i februar 2008 uden forudgående EU-udbud: Det var ikke overvejende sandsynligt, at TS ville have fået tildelt en kontrakt i henhold til et sådant udbud, hvis det var blevet iværksat, og der var derfor ikke grundlag for at tillægge TS erstatning for mistet fortjeneste. Da TS endvidere ikke havde haft udgifter som følge af, at et sådant udbud ikke var blevet iværksat, var der heller ikke grundlag for at tillægge TS erstatning til dækning af udgifter.

Klagenævnet for Udbud

Landsretten frifandt herefter Region Sjælland.

Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S

Udbyderen var erstatningsansvarlig til dækning af tilbudsgivernes udgift til udarbejdelse af tilbud, da udbyderen ikke havde gennemført en forsvarlig og professionel tilbudsvurdering. Dissensen i Klagenævnets kendelse af 4. december 2007 tiltrådt

Denne dom er landsrettens afgørelse om nogle erstatningsspørgsmål i en sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 13. juli 2007 og 4. december 2007.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse bestående af levering og drift af elektroniske lov-samlinger. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne, T.

En af de to andre tilbudsgivere, M, klagede til Klagenævnet, og ved kendelsen af 13. juli 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter, navnlig med hensyn til udformningen af udbudsbetingelserne. Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt på grundlag af udbuddet og henviste herved til, at udbyderen som følge af en af overtrædelserne ikke havde haft mulighed for at tage stilling til, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige.

Klagenævnets kendelse af 4. december 2007 angik et erstatningskrav fra M, og Klagenævnet pålagde ved denne kendelse udbyderen at betale en erstatning på 1,5 mio. kr. til M til dækning af M's tab ved ikke at have fået kontrakten, dvs. den positive opfyldelsesinteresse.

Kendelsen af 4. december 2007 var en flertalsafgørelse med dissens fra et af Klagenævnets medlemmer. Dissensen gik ind for at tillægge M et beløb på 500.000 kr. til dækning af forgæves afholdte udgifter, dvs. negativ kontraktsinteresse. Dissensen udtalte, at udbyderen som følge af de begåede fejl havde haft saglig grund til at annullere udbuddet, og at udbuddet ikke udgjorde et forsvarligt grundlag for indgåelse af kontrakt, hvorfor M ikke havde bevist, at M ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået fejlene. Dissensen henviste desuden til, at M med føje havde kunnet forvente, at udbyderen trods de mangelfulde udbuds-betingelser ville gennemføre en forsvarlig og professionel vurdering af tilbuddene, og at udbyderen havde pådraget M et tab svarende til M's for-gæves udgifter til udarbejdelse af tilbud som følge af, at udbyderen ikke havde foretaget en forsvarlig og professionel tilbudsvurdering.

Udbyderen indbragte Klagenævnets kendelse af 4. december 2007 for domstolene. Samtidig anlagde den tredje tilbudsgiver, S, sag ved domsto-lene mod udbyderen med påstand om erstatning. De to retssager blev be-handlet samtidig og blev afgjort ved den her resumerede dom.

Der var under retssagen ubestridt, at udbyderen havde begået de fejl, der blev konstateret ved Klagenævnets kendelse af 4. juli 2007, og at disse fejl var ansvarspådragende for udbyderen.

Landsretten udtalte:

Som fastslået i Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007 var udbuddet behæftet med sådanne mangler, at det var uegnet til at identificere det

økonomisk mest fordelagtige tilbud. og som anført i dissensen i Klagenævnets kendelse af 4. december 2007 havde udbyderen haft saglig grund til at annullere udbuddet som følge af fejlene. Det var derfor ikke muligt at fastslå, om S eller M ville have fået tildelt kontrakten, hvis udbyderen havde overholdt udbudsreglerne, og der var herefter ikke grundlag for at tillægge S og M erstatning efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse.

Som videre anført i dissensen i kendelsen af 4. december 2007 havde udbyderen påført tilbudsgiverne et tab svarende til de forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud som følge af, at udbyderen ikke havde gennemført en forsvarlig og professionel tilbudsvurdering, idet tilbudsgiverne med rette havde kunnet forvente, at udbyderen ville gennemføre en forsvarlig og professionel tilbudsvurdering.

Den erstatning, som udbyderen herefter skulle betale til S og M, skulle omfatte udgifter til løn mv. for de pågældende medarbejders tidsforbrug ved udarbejdelse af tilbuddene, en skønsmæssig andel af indirekte udgifter samt dokumenterede eksterne udgifter (dvs. trykningsudgifter m.m.). Erstatningen til M skulle derimod ikke som hævdet af M angå forskellige udgifter i forbindelse med sagens behandling for Klagenævnet, da disse udgifter var omfattet af nogle sagsomkostninger, som Klagenævnet havde tillagt M.

De erstatninger, som udbyderen skulle betale til S og M, blev herefter skønsmæssigt fastsat til henholdsvis 400.000 kr. og 500.000 kr.

Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sag 7. afd. B-2541-07, Region Syddanmark mod Sectra A/S

Klagenævnets afgørelse af 29. august 2007, hvorved der blev konstateret en række overtrædelser af udbudsreglerne, opretholdt. Udbyderens overtrædelser af udbudsreglerne ved en fejlagtig tilbudsvurdering var ikke så meget kvalificerede, at de kunne begrunde, at domstolene pålagde udbyderen at opsiges kontrakten med den valgte tilbudsgiver. Udbyderen frifundet for krav fra forbigået tilbudsgiver om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Udbyderen pålagt til denne tilbudsgiver at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af tilbudsgiverens negative kontraktsinteresse, da det var bevist, at tilbudsgiveren ikke ville have afgivet tilbud, hvis tilbudsgiveren på forhånd havde kendt udbyderens overtrædelser.

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 29. august 2007.

Sagen angik et udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende levering af et it-system. Klagen til Klagenævnet var indgivet af en tilbudsgiver S, der ikke havde fået kontrakten. Ved kendelsen af 29. august 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter (forskellige uberettigede prissætninger og vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden m.m.). Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Udbyderen indbragte Klagenævnets kendelse for domstolene med påstand om, at S skulle anerkende, at udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne vedrørende nogen af de overtrædelser, som var konstateret i Klagenævnets kendelse. Udbyderen fik imidlertid ikke medhold, idet landsretten tilsluttede sig, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne

Klagenævnet for Udbud

som konstateret i kendelsen (påstand 1 - 6 under retssagen svarende til påstand 4, 5, 6, 8, 9, 16 og 19 samt spørgsmål 24 i Klagenævnets kendelse). S blev derfor frifundet.

S nedlagde for landsretten følgende selvstændige påstande, som landsretten tog stilling til som angivet nedenfor:

A. Udbyderen skulle tilpligtes at anerkende, at udbyderen var forpligtet til at opsig kontrakten med den valgte tilbudsgiver:

Landsretten frifandt udbyderen for denne påstand og henviste herved til følgende: Det følger af § 2, stk. 6, i kontroldirektiverne, at virkningen af de beføjelser, der er tillagt de nationale klageorganer, fastlægges i national ret, og der er efter dansk ret ikke pligt til at bringe en kontrakt til ophør. Efter EU-retten består en sådan pligt heller ikke generelt, men efter EF-domstolens praksis kan pligten dog gælde ved meget grove og alvorlige overtrædelser såsom efter omstændighederne undladt udbud. Udbyderens fejlagtige evaluering var ikke en sådan meget kvalificeret overtrædelse.

(Det fremgår, at den omtalte praksis fra EF-domstolen er EF-domstolens dom af 18. juli 2007 i sag C-503/03, Kommissionen mod Tyskland).

B. Udbyderen skulle betale erstatning til S med ca. 14,6 mio. kr. til dækning af S' tab ved ikke at have fået kontrakten:

Landsretten fandt det ikke bevist, at S ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, hvorfor landsretten frifandt udbyderen for denne påstand.

C. Udbyderen skulle betale erstatning til S med ca. 376.000 kr. til dækning af S' udgift ved at udarbejde tilbud (subsidiær påstand i forhold til påstand B):

Landsretten fandt det bevist, at S ikke ville have afgivet tilbud, hvis S på forhånd kendt udbyderens overtrædelser af udbudsreglerne. Udbyderen var derfor forpligtet til at dække S' spildte udgifter ved afgivelse af tilbud. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 300.000 kr. bl.a. med henvisning til, at det var uklart, hvorvidt en del af S' opgørelse af udgifterne angik fortjeneste.

(Ad B og C: Det fremgår ikke direkte – men nok forudsætningsvis – af landsrettens dom, at landsretten anså de konstaterede overtrædelser for ansvarspådragende efter dansk rets almindelige erstatningsregler).

Retten i Århus' dom af 6. maj 2009 i sag BS 9-2355/2007, Lejerbo Herning, afdeling 86-0 mod MT Højgaard A/S

Klagenævnets kendelse af 10. august 2007 opretholdt. Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse med 6 mio. kr., da det var overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne

Denne dom er domstolenes afgørelse i en sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 10. august 2007 i en sag mellem de samme parter.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende et byggearbejde. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 10. august 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne 1) ved at tage tilbuddet fra den

valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt et forbehold over for udbudsbetingelsernes tidsplan, og selvom den valgte tilbudsgiver ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde vedlagt referencer og cv'er for underentreprenører, 2) ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne om, hvad et underkriterium sigtede til, 3) ved at vurdere tilbuddene på en måde, der var i strid med udbudsreglerne, og 4) ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på nogle forhold, der udgjorde et udvælgelseskriterium. Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Udbyderen indbragte Klagenævnets afgørelse for retten ved et sagsanlæg mod klageren, der tillige under retssagen nedlagde en erstatningspåstand. Retten tiltrådte – med forskellige udførlige begrundelser –, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som konstateret i Klagenævnets kendelse.

Retten fandt det endvidere overvejende sandsynligt, at udbyderen ville have tildelt klageren kontrakten, hvis udbyderen havde undladt at tage den valgte tilbudsgivers ukonditionsmæssige tilbud i betragtning. Retten henviste herved til, at klagerens tilbud var det eneste tilbud, der lovligt kunne tages i betragtning, og til, at der efter sagens oplysninger var et meget stærkt ønske om at få gennemført det omhandlede byggearbejde.

Retten pålagde herefter udbyderen at betale erstatning til klageren til dækning af klagerens mistede fortjeneste. Erstatningsbeløbet fastsattes til 6 mio. kr. med henvisning til nogle skønserklæringer om emnet og til klagerens sparede risiko.

Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009 i sag B-0257-08, ISS Facility Services A/S og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune, og sag B-0258-08, Silkeborg Kommune mod Konkurrencestyrelsen

Udbyderens annulation af et udbud var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, da den ikke havde til formål at favorisere en bestemt tilbudsgiver og havde samme betydning for alle tilbudsgiverne. Udbyderens annulation af udbuddet var heller ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet, da der ikke var grundlag for at antage, at den givne begrundelse for annulationen var ukorrekt. Det var ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen ikke på forhånd havde givet tilbudsgiverne oplysning om et forhold, som udbyderen tillagde afgørende vægt, da gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre ligebehandlingsprincippets overholdelse, og da den manglende oplysning ikke havde medført, at tilbudsgiverne blev behandlet ulige. Klagenævnets kendelse af 24. april 2007 ændret

Ved denne dom har Vestre Landsret taget stilling til Klagenævnets afgørelser i to sager vedrørende samme udbud, dels Klagenævnets kendelse af 24. april 2007, hvor Klagenævnet tog stilling til en klage fra Konkurrencestyrelsen over, at en kommune havde annulleret et udbud, dels til Klagenævnets kendelse af 20. august 2007, hvor Klagenævnet tog stilling til erstatningskrav fra 4 forbigåede tilbudsgivere.

Ved Klagenævnets kendelse af 24. april 2007 fastslog Klagenævnet, at kommunen havde handlet i strid med EU-udbudsretten ved at annullere det begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet af rengøring af kommunens skoler, fordi kommunens begrundelse for annulationen ikke var en saglig begrundelse. Under udbuddet havde tilbudsgiver A afgivet »det økono-

Klagenævnet for Udbud

misk mest fordelagtige tilbud«, og kommunen bestred ikke, at en kontrakt med A indgået på grundlag af A's tilbud ville opfylde alle de krav til arbejdsmiljø, rengøringsstandard og kvalitet, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Klagenævnet lagde til grund, at kommunens reelle begrundelse for at annullere udbuddet var, at kommunen havde en ubegrundet formodning om, at en kontrakt med A ikke ville kunne tilgodese de arbejdsvilkår, som kommunen ønskede, at det kommunale rengøringspersonale skulle have, også når dette personale var overgået til A.

Ved Klagenævnets kendelse af 20. august 2007 tog Klagenævnet bl.a. stilling til A's påstand om erstatning, principalt erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse, samt til påstande fra 3 andre tilbudsgivere B, C og D om erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse. Klagenævnet fastslog, at kommunens ulovlige annullation af udbuddet indebar, at kommunen havde handlet ansvarspådragende. Klagenævnet lagde imidlertid efter det fremkomne til grund, at kommunen – hvis kommunen havde gjort sig indholdet af de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed klart – ville have haft en saglig grund til at annullere udbuddet, nemlig at annullere udbuddet bl.a. med henblik på at udnytte mulighederne for at se på andre former for rengøring af kommunens skoler, som kommunesammenlægningen indebar. Som følge heraf havde kommunens ulovlige annullation af udbuddet ikke påført A, B, C og D noget tab, hvorfor kommunen blev frifundet.

Kommunen indbragte Klagenævnets kendelse af 24. juli 2007 for Vestre Landsret med påstand om, at Konkurrencestyrelsen skulle tilpligtes at anerkende, at kommunen ikke havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at annullere udbuddet. A og Dansk Industri indbragte Klagenævnets kendelse af 20. august 2007 for Vestre Landsret med påstand om, at kommunen skulle tilpligtes at anerkende, at kommunen havde handlet ansvarspådragende over for A ved at annullere udbuddet.

De to retssager blev behandlet sammen og blev afgjort ved den her resumerede dom.

Landsretten lagde til grund, at begrundelsen for kommunens annullation af udbuddet var, at kommunen selv ønskede at varetage de udbudte rengøringsopgaver. Landsretten henviste desuden til, at kommunens beslutning om at annullere udbuddet var en politisk beslutning, og at domstolsprøvelsen var begrænset til, om beslutningen om annullation af udbuddet overholdt gældende ret, herunder fællesskabsrettens udbudsregler.

Landsretten henviste videre til følgende: Der var ikke grundlag for at antage, at kommunens beslutning om annullation af udbuddet havde til formål at fravælge netop A, og annullationen af udbuddet havde virkning for alle tilbudsgiverne, der derfor var blevet behandlet lige. Kommunen havde således ikke tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at annullere udbuddet. Da der ikke var grundlag for at antage, at den begrundelse, som kommunen havde givet for annullationen, dvs. at kommunen selv ønskede at udføre rengøringsopgaverne, var ukorrekt, havde kommunen heller ikke overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at annullere udbuddet.

Kommunen havde ikke på forhånd oplyst om timetallets betydning for vurderingen af tilbuddene, og det havde derfor ikke været muligt for tilbudsgiverne at tage hensyn til dette forhold ved deres udarbejdelse af tilbud. Landsretten henviste imidlertid til, at det af dom afsagt den 28. janu-

ar 2009 af Retten i Første Instans i sagen T-125/06, Centro Studio Manieri mod Rådet fremgår, at gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Da ingen af tilbudsgiverne på forhånd var bekendt med, hvilken betydning kommunen tillagde timetallets størrelse, havde de alle afgivet deres tilbud på samme grundlag, og den manglende oplysning om timetallets betydning havde således ikke betydet, at deres chancer for at vinde udbuddet blev ulige. Kommunen havde derfor ikke overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke på forhånd at give oplysning om timetallets betydning.

Landsretten dømte herefter Konkurrencestyrelsen til at anerkende, at kommunen ikke havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at annullere udbuddet.

Landsretten frifandt endvidere kommunen for A's og Dansk Industris påstand. Landsretten henviste herved navnlig til, at kommunen ikke havde handlet ansvarspådragende over for A, og at kommunen hverken udbudsretligt eller aftaleretligt havde haft pligt til at indgå kontrakt på grundlag af udbuddet.

Følgende bemærkes om den dom fra Retten i Første Instans, til hvilken der henvises i landsrettens begrundelse: Denne dom angik en klage fra en tilbudsgiver over, at Rådet havde annulleret et udbud vedrørende drift af en vuggestue. Annullationen skyldtes, at Rådet havde besluttet at overdrage opgaven til OIB, der er en institution under Kommissionen. Tilbudsgiveren gjorde bl.a. gældende, at det var i strid med gennemsigtighedsprincippet, at Rådet efter udbuddets iværksættelse havde indledt forhandlinger med OIB uden at oplyse tilbudsgiveren herom. Retten i Første Instans udtalte kort gengivet om dette spørgsmål, at gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre ligebehandlingsprincippets overholdelse og at beskytte tilbudsgiverne mod tab (»uigenkaldelige investeringer«), og at det ikke var godtgjort, at et eller begge af disse formål var blevet tilsidesat, præmis 89-90.

Østre Landsrets dom af 19. maj 2009 i sag 8. afd. a.s. B-1591-08, MT Højgaard A/S mod Fonden for Frederiksborg Centret

En udbyder, der havde indgået kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde uden forinden at gennemføre et EU-udbud, var ikke erstatningsansvarlig over for en forbigået tilbudsgiver i anledning af, der ikke var gennemført EU-udbud. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse som følge af udbyderens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet under den tilbudsindhentning, som udbyderen havde valgt at gennemføre. Angår samme sag som Klagenævnets kendelser af 3. oktober 2006 og 21. februar 2007

Ved denne dom har Østre Landsret taget stilling til Klagenævnets kendelser af 3. oktober 2006 og 21. februar 2007 samt til forskellige erstatningsspørgsmål, som ikke har været behandlet af Klagenævnet.

Ved Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2006 fastslog Klagenævnet, at Fonden for Frederiksborg Centret havde handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivet ved uden forinden at gennemføre EU-udbud at beslutte at indgå en kontrakt med en virksomhed A om udvidelse af en hal, uagtet der forinden skulle have været gennemført et EU-udbud. Fonden havde den fejlagtige opfattelse, at fonden ikke var omfattet af Bygge- og anlægsgdirektivet, og fonden iværksatte alene en tilbudsindhentning, hvorun-

Klagenævnet for Udbud

der fonden modtog 3 tilbud. Klagen blev indgivet af de 2 andre tilbudsgivere B og C.

Ved Klagenævnets kendelse af 21. februar 2007 tog Klagenævnet stilling til erstatningspåstande fra B og C, der ønskede at få deres tab ved forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud dækket (negativ kontraktsinteresse). Klagenævnet fastslog, at fonden ved den konstaterede overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivet havde handlet ansvarspådragende over for de 2 tilbudsgivere, men Klagenævnet konstaterede herefter, at overtrædelsen ikke havde påført B og C noget tab, da B og C var professionelle entreprenørfirmaer med ekspertise på udbudsområdet, og da B og C, da de afgav tilbud, fuldt ud var bekendt med, at tilbudsindhentningen ikke var iværksat efter reglerne i Bygge- og Anlægsdirektivet, men desuagtet alligevel valgte at afgive tilbud. Fondens blev derfor frifundet.

B anlagde sag mod fonden ved Retten i Hillerød, hvis dom af 26. maj 2008 af B blev indbragt for Østre Landsret. For landsretten nedlagde B påstand om, at fonden skulle dømmes til at betale B 2,7 mio. kr. (beregnet som erstatning for positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært et mindre beløb (eventuelt alene erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse). Under sagen for landsretten var der enighed mellem parterne om, at fonden som fastslået af Klagenævnet ved kendelsen af 3. oktober 2006 havde handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved ikke at gennemføre EU-udbud, og landsretten tiltrådte Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 21. februar 2007 om, at fonden som følge heraf var erstatningsansvarlig over for B. Landsretten tiltrådte endvidere Klagenævnets afgørelse om, at der imidlertid ikke var grundlag for at pålægge fonden at betale erstatning til B, idet landsretten udtalte: »Landsretten finder...ikke, at [B] alene som følge af den manglende overholdelse af EU-reglerne er berettiget til erstatning«.

B påberåbte sig herudover for landsretten til støtte for sin påstand om erstatning, at forskellige andre forhold i forbindelse med fondens indhentning af tilbud var erstatningspådragende for fonden. B gjorde bl.a. gældende, at fonden var erstatningsansvarlig på grund af overtrædelse af Markedsføringsloven (som ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence), og at fonden var erstatningsansvarlig på grund af forskellige overtrædelser af den dagældende »Tilbudslov«, nemlig lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentelse af tilbud i bygge- og anlægssektoren, og den dagældende »Tilbudsbekendtgørelse«, nemlig bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentelse af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Ved dommen fastslog landsretten, at fonden ved gennemførelsen af indhentningen af tilbud havde overtrådt »reglerne i tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen«, og – forudsætningsvis – at disse overtrædelser indebar et erstatningsansvar for fonden. Landsretten konstaterede herefter, at det ikke var godtgjort, at B ville have fået kontrakten, hvis tilbudsindhentningen var gennemført »i overensstemmelse med tilbudslovgivningen«, og at der således ikke var grundlag for at fastsætte en erstatning som positiv opfyldelsesinteresse. Landsretten konstaterede afsluttende, at fonden havde »tilsidesat sin forpligtelse til at behandle de bydende lige på en sådan måde, at den direkte har skadet [B's] muligheder for at få kontrakten og samtidig tilgodeset [A]«, og fonden blev dømt til at friholde B for B's udgifter til at deltage i udbuddet (negativ kontraktsinteresse). Erstatningen blev fastsat til 300.000 kr.

Landsretten fandt i overensstemmelse med byretten ikke grundlag for at tillægge B et beløb i henhold til Markedsføringsloven.

Retten i Horsens' dom af 20. maj 2009 i BS 99-1556/2007, Skat mod SP Moulding A/S

Opretholdelse af Klagenævnets kendelse af 3. september 2007, ved hvilken der blev konstateret overtrædelser af udbudsreglerne og foretaget annullation af udbyderens tildelingsbeslutning. Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen kunne have annulleret udbuddet, og da det således ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ved tilbudsvurderingen ville overtræde udbudsreglerne

Denne dom er domstolens afgørelse af den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 3. september 2007.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende produktion og levering af nummerplader. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver S, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 3. september 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne således:

1) Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne om antallet af nummerplader, der skulle produceres inden for forskellige kategorier, herunder nogle ufuldstændige oplysninger, der havde kunnet påvirke tilbudsgivernes beregning af tilbudspriserne og udbyderens vurdering af tilbuddene.

2) Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på tilbudsgivernes produktionsapparat, selvom dette ikke var omfattet af nogen af underkriterierne.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Nogle øvrige klagepunkter blev ved kendelsen ikke taget til følge.

Udbyderen indbragte Klagenævnets kendelse for domstolene, og retssagen blev afgjort dommen af 20. maj 2009.

Udbyderen nedlagde under retssagen påstand om, at S skulle tilpligtes at anerkende, at udbyderen ikke var forpligtet til at annullere sin beslutning om indgåelse af kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

S nedlagde heroverfor påstand om, at retten skulle stadfæste Klagenævnets annullation af udbyderens beslutning om indgåelse af kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

S nedlagde desuden selvstændig påstand om, at udbyderen skulle tilpligtes at betale erstatning til S principalt ca. 26 mio. kr. til dækning af S' mistede fortjeneste ved ikke at have fået tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært et mindre beløb til dækning af S' udgift ved at udforme ansøgning om prækvalifikation og afgivelse af tilbud m.m. (negativ kontraktsinteresse).

Retten udtalte med begrundelser reelt svarende til begrundelserne i Klagenævnets kendelse af 3. september 2007, at udbyderen havde over-

Klagenævnet for Udbud

trådt udbudsreglerne som konstateret i Klagenævnets kendelse, ligesom retten som følge af karakteren af udbyderens overtrædelser frifandt S for udbyderens påstand.

Retten tog også stilling til nogle af de punkter, med hensyn til hvilke Klagenævnet havde konstateret, at udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og udtalte med begrundelser nogenlunde svarende til begrundelserne i Klagenævnets kendelse, at udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne på disse punkter.

Om erstatningsspørgsmålet udtalte retten:

Efter karakteren af den udbudte ydelse og en betydelig prisforskel i tilbuddene fra S og fra den valgte tilbudsgiver var det tilstrækkelig sandsynliggjort, at udbyderen ville have annulleret tilbuddet, hvis udbyderen havde erkendt usikkerheden om tilbudsgivernes beregning af tilbudspriserne (dvs. den overtrædelse af udbudsreglerne, der er nævnt under punkt 1 ovenfor). En sådan annullation ville være sagligt begrundet, og det var derfor ikke bevist, at S ville have fået tildelt kontrakten, hvis udbyderen havde overholdt udbudsreglerne. S havde derfor ikke krav på erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

S havde afgivet tilbud, selvom S havde kendskab til uklarhederne i udbudsbetingelserne med hensyn til den forventede årlige produktion af nummerplader (jf. punkt 1 ovenfor). Udbudsbetingelsernes mangelfuldhed på det nævnte punkt havde derfor ikke medført et tab for S ved forgæves afholdte udgifter.

Det var imidlertid overvejende sandsynligt, at S ikke ville have afgivet tilbud, hvis S på forhånd havde vidst, at udbyderens tilbudsvurdering ikke ville blive gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne (jf. punkt 1 og punkt 2 ovenfor). S havde derfor lidt et tab som følge af udbyderens tilbudsvurdering, hvorfor S havde krav på erstatning til dækning af sine forgæves afholdte udgifter ved afgivelse af tilbud. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 750.000 kr., heri indbefattet et sagsomkostningsbeløb på 150.000 kr., som Klagenævnet ved kendelsen af 3. september 2007 havde pålagt udbyderen at betale til S, og som var betalt.

Note: Udbyderen nedlagde under retssagen en ukorrekt påstand. Udbyderen skulle have nedlagt påstand om, at retten skulle ophæve Klagenævnets annullation af udbyderens tildelingsbeslutning

Østre Landsrets dom af 29. juni 2009 i sag 15. afd. B-2542-08, Økonomistyrelsen mod Klagenævnet for Udbud

Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 vedrørende en af klagerens påstande var ugyldig som følge af mangelfuld begrundelse

Denne dom angår Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 i en klagesag, der angik Økonomistyrelsens EU-udbud i form af konkurrencepræget dialog vedrørende etablering af et radiokommunikationsnet. Klagen var indgivet af Damm Cellular Systems A/S.

Ved kendelsen af 14. april 2008 konstaterede Klagenævnet i relation til klagerens påstand 16, at Økonomistyrelsen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog. Klagenævnet henviste herved til, at Økonomistyrelsen ikke havde sandsynliggjort, at der var grundlag for at anvende denne udbudsform, idet Økonomistyrelsen kendte sine tekniske behov og krav. Klagenævnet henviste desuden til, at Økonomistyrelsen ikke havde gjort gældende, at de retlige eller finansielle forhold gav anledning til problemer.

Klagenævnets afgørelse var en flertalsafgørelse, idet et af Klagenævnets tre medlemmer stemte for ikke at tage den pågældende påstand til følge.

Efter kendelsen anlagde Økonomistyrelsen retssag mod Klagenævnet med påstand om, at Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 16 blev kendt ugyldig, og Østre Landsret tog Økonomistyrelsens påstand til følge.

Landsretten begrundede sin afgørelse herom med følgende:

Klagenævnets henvisning til, at Økonomistyrelsen ikke havde gjort gældende, at de retlige eller finansielle forhold gav anledning til problemer, måtte forstås som sigtende til Økonomistyrelsens valg af udbudsform. Henvisningen var derfor urigtig, idet Økonomistyrelsen for Klagenævnet havde gjort gældende, at de retlige og/eller finansielle forhold havde haft betydning for valget af udbudsformen konkurrencepræget dialog. Klagenævnets afgørelse manglede herefter en tilstrækkelig konkret begrundet stillingtagen til det afgørende spørgsmål, om Økonomistyrelsen inden udbuddet var i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med projektet. Den mangelfulde begrundelse udgjorde en så væsentlig sagsbehandlingsfejl, at Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 16 var ugyldig.

Østre Landsrets dom af 18. september 2009 i sag 16. afd. B-926-08, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S

Ligebehandlingsprincippet var ikke overtrådt ved prækvalifikation af konsortier, selvom nogle medarbejdere i virksomheder, der indgik i konsortierne, havde deltaget i forberedelsen af udbuddet, da konsortierne ikke havde fået en konkurrencefordel herved. Ligebehandlingsprincippet var heller ikke overtrådt ved, at udbyderen lod en af sine medarbejdere deltage i dele af udbudsproceduren, selvom denne medarbejder havde tilknytning til en af de nævnte virksomheder. Klagenævnets kendelser af 24. august 2007 og 14. januar 2008 opretholdt.

Denne dom er landsrettens afgørelse i en sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 24. august 2007 og 14. januar 2008.

Sagen angik et udbud med forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende totalrådgivningskontrakten om Metro Civil Works ved »Cityringen«, dvs. udbygningen af den københavnske metro. Der blev afgivet tilbud fra 5 prækvalificerede konsortier. Klagen til Klagenævnet var indgivet af et prækvalificeret konsortium L, der ikke havde fået kontrakten. Klagen gik ud på, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet dels ved at prækvalificere tre af de andre konsortier, selvom nogle ansatte i virksomheder, der indgik i disse konsortier, havde deltaget i et udredningsarbejde, der lå til grund for udbudsbetingelserne, dels ved lade udbydernes projektdirektør deltage i forskellige beslutninger i forbindelse med udbuddet, selvom projektdirektøren havde en nærmere angivet tilknytning til en af de omtalte virksomheder.

L fik ikke medhold i klagen til Klagenævnet. Ved kendelsen af 24. august 2007 konstaterede Klagenævnet (med dissens), at udbyderen ikke havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere de omtalte konsortier, og ved kendelsen af 14. januar 2008 konstaterede Klagenævnet på grundlag af en samlet vurdering af forskellige omstændigheder i sagen, at udbyderen ikke havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at lade sin projektdirektør deltage i forskellige beslutninger i forbindelse

Klagenævnet for Udbud

med udbuddet. Ved den sidstnævnte kendelse afviste Klagenævnet endvidere et klagepunkt om, at udbyderen havde overtrådt Forvaltningslovens regler om habilitet, da spørgsmålet ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence.

L indbragte Klagenævnets kendelser for landsretten og nedlagde for landsretten følgende påstand 1:

»Metroselskabet tilpligtes at anerkende, at Metsroselskabet har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip i forbindelse med EU-udbuddet af totalrådgivningskontrakten om Metro Civil Works ved Cityringen (MCW-kontrakten).«

Påstanden indeholdt ingen beskrivelse af, hvilke overtrædelser L ønskede landsrettens stillingtagen til, men det fremgår af dommens gengivelse af L's anbringender, at L ønskede landsrettens stillingtagen til de samme overtrædelser, som Klagenævnet havde taget stilling til.

L nedlagde endvidere for landsretten en påstand 2 om, at Metsroselskabet skulle tilpligtes at anerkende, at Metsroselskabet i forbindelse med udbuddet havde »handlet i strid med offentligretlige principper om inhabilitet«.

L fik heller ikke medhold for landsretten.

Landsrettens præmisser vedrørende påstand 1 er særdeles udførlige, men går summarisk gengivet ud på, at udbyderen ikke havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere de tre konsortier, da disse konsortier ikke havde fået en konkurrencefordel ved de omtalte medarbejders deltagelse i udredningsarbejdet, og at udbyderen efter sagens omstændigheder ikke havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved projektdirektørens deltagelse i dele af udbudsproceduren.

Landsretten opretholdt således Klagenævnets ovennævnte kendelser i sagen. Landsrettens begrundelse med hensyn til de omtalte medarbejders deltagelse i udredningsarbejdet svarer reelt til begrundelsen fra det ene medlem af Klagenævnets flertal i kendelsen af 24. august 2007. Landsrettens begrundelse med hensyn til projektdirektøren svarer reelt til begrundelsen i Klagenævnets kendelse af 14. januar 2008.

Vedrørende påstand 2 frifandt landsretten udbyderen med den begrundelse, at udbyderen som følge af sin organisering ikke var omfattet af offentligretlige grundsætninger om habilitet.

Retten i Hernings dom af 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008, Holstebro Kommune mfl. mod AV Form A/S

Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008 opretholdt. Udbyderne pålagt at søge kontrakten med den valgte tilbudsgiver bragt til ophør bl.a. med henvisning til, at der i kontrakten var taget forbehold for en eventuel afgørelse fra Klagenævnet om opsættende virkning

Denne dom er rettens afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008.

Sagen angik et udbud efter Udbudsdirektivet iværksat af 12 kommuner i fællesskab vedrørende en rammeaftale om levering af beskæftigelsesmaterialer til skoler. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Klagen til Klagenævnet blev indgivet i standstill-perioden, og klageren begærede ved klagens indgivelse klagen tillagt opsættende virkning. Samtidig med klagens indgivelse underrettede klageren ordregiverne om kla-

gen og om, at klagen var begæret tillagt opsættende virkning. Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Ved kendelsen af 27. marts 2008 fastslog Klagenævnet, at ordregiverne havde handlet i strid med Udbudsdirektivet på fire punkter (ad påstand 1-4). Der henvises til resuméet af Klagenævnets kendelse. Klagenævnet konstaterede endvidere, at ordregiverne havde handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2006 § 6 b, stk. 1, ved den 4. januar 2008 at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, uagtet der den 21. december 2007 var indgivet klage til Klagenævnet med begæring om opsættende virkning, og uagtet Klagenævnet endnu ikke den 4. januar 2008 havde taget stilling om opsættende virkning (ad påstand 5). Klagenævnet annullerede ordregivernes beslutning af 4. januar 2008 om indgåelse af kontrakt.

Efter afsigelsen af Klagenævnets kendelse anlagde tre af de 12 kommuner retssag mod klageren, og retssagen blev afgjort ved den her refererede dom.

De tre kommuner nedlagde for retten principalt påstand om, at klageren skulle anerkende, at Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008 var ugyldig, samt at omkostningsbeløbet fastsat af Klagenævnet skulle tilbagebetales. Subsidiært nedlagde de tre kommuner fire påstande om, at klageren skulle anerkende, at udbyderne ikke havde begået de fire overtrædelser, som Klagenævnet havde konstateret i kendelsen, samt påstand om, at Klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen skulle ophæves.

Til støtte for den principale påstand om ugyldighed af Klagenævnets kendelse gjorde de tre kommuner gældende, at Klagenævnets afgørelser vedrørende de fire overtrædelser var forkerte, samt at Klagenævnet ikke havde haft hjemmel til at træffe bestemmelse om opsættende virkning. De tre kommuner henviste herved til, at Klagenævnets underretning om udsættelse af kontraktindgåelse ikke var sket omgående som foreskrevet i § 6 a, stk. 3, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Klageren påstod frifindelse og nedlagde endvidere en selvstændig påstand om, at de tre kommuner skulle anerkende, at den indgåede kontrakt med den valgte tilbudsgiver skulle ophæves.

Retten tiltrådte, at ordregiverne havde overtrådt Udbudsdirektivet som konstateret i Klagenævnets kendelse ad påstand 1-4.

Retten tiltrådte endvidere, at ordregiverne havde handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 b, stk. 1, ved i en situation, hvor der inden for standstill-perioden var indgivet klage til Klagenævnet med begæring om opsættende virkning, og hvor ordregiverne var underrettet herom, at indgå kontrakt, før Klagenævnet havde taget stilling til anmodningen om opsættende virkning. Sagsøgerne havde i den forbindelse gjort gældende, at det var en sagsbehandlingsfejl fra Klagenævnets side, at Klagenævnet ikke hurtigere end sket havde fremsendt den foreskrevne yderligere underretning til ordregiverne om klagens indgivelse. Retten tog ikke stilling til dette anbringende, men anførte, at en eventuel sagsbehandlingsfejl af denne karakter ikke kunne have betydning for ugyldighedsspørgsmålet vedrørende Klagenævnets afgørelse.

Retten tog således hverken sagsøgernes principale eller subsidiære påstande til følge.

Vedrørende klagerens selvstændige påstand henviste retten til, at ordregiverne havde overtrådt udbudsreglerne i et sådant omfang, at Klage-

Klagenævnet for Udbud

nævnet havde annulleret tildelingsbeslutningen, og til, at ordregiverne i kontrakten med den valgte tilbudsgiver havde taget forbehold for en eventuel afgørelse fra Klagenævnet om opsættende virkning. Retten dømte herefter de tre kommuner til at anerkende, at de var »forpligtet til at søge kontrakten af 4. januar 2008 mellem sagsøgerne og [den valgte tilbudsgiver] bragt til ophør«.

Vestre Landsrets dom af 26. april 2010 i sag B-0855-09, Scan-Plast Produktion A/S mod Herning Kommune

En kommune havde ikke pligt til at medtage en særlig type affaldsbeholdere under et EU-udbud vedrørende almindelige affaldsbeholdere, da de særlige affaldsbeholdere ikke var en delydelse til de almindelige affaldsbeholdere. Statueret, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip som følge af, at det ikke var bevist, at kommunen under en telefonisk tilbudsindhentning om de særlige affaldsbeholdere havde anmodet tilbudsgiverne om tilbud på samme ydelse og på samme vilkår. Klagenævnets kendelse af 2. juli 2008 delvis ændret

Denne dom er landsrettens afgørelse i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 2. juli 2008.

Sagen angik en kommunes telefoniske tilbudsindhentning hos nogle virksomheder vedrørende indkøb af affaldsbeholdere til såkaldt problemaffald. De pågældende affaldsbeholdere omtales af landsretten og i det følgende som »problemkasser«. Problemkassernes værdi var i sig selv under Udbudsdirektivets tærskelværdi for indkøbskontrakter, men oversteg den særlige tærskelværdi for delkontrakter om indkøb i Udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra b. Tilbudsindhentningen blev foretaget i 2006, dvs. før ikrafttrædelsen af Tilbudslovens afsnit II pr. 1. juli 2007.

Klagen til Klagenævnet var indgivet af en virksomhed, der havde afgivet tilbud under den telefoniske tilbudsindhentning, men som ikke havde fået tildelt kontrakten. Klagerens påstande for Klagenævnet gik ud på, at Klagenævnet skulle konstatere følgende: Principalt: Kommunen skulle have foretaget EU-udbud vedrørende problemkasserne, idet forskellige følgeudgifter hos kommunen skulle have været medregnet ved beregningen af problemkasserne værdi, der derved kom over tærskelværdien. Subsidiært: Kommunen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip som følge af, at den telefoniske tilbudsindhentning hos klageren havde angået en anden type problemkasser end hos de andre tilbudsgivere. Klagenævnet tog ikke klagen til følge.

Klageren indbragte Klagenævnets kendelse af 2. juli 2008 for domstolene, og retssagen blev afgjort ved Vestre Landsrets dom af 26. april 2010. Klageren nedlagde under retssagen de samme påstande som for Klagenævnet. For landsretten begrundede klageren efter det foreliggende den principale påstand om pligt for kommunen til EU-udbud med følgende: Aftalen om anskaffelse af problemkasserne var en delaftale i forbindelse med kommunens generelle anskaffelse af affaldsbeholdere og var omfattet af reglen i Udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra b (om sammenlægning af værdien af delkontrakter om indkøb og pligt til udbud af sådanne delkontrakter over en særlig tærskelværdi). Anskaffelsen af problemkasserne var herefter udbudspligtig, og kommunen skulle have medtaget problemkasserne i et EU-udbud vedrørende almindelige affaldsbeholdere, som kommunen gennemførte samtidig med den telefoniske tilbudsindhentning om problemkasserne.

Landsretten udtalte:

1) Ad klagerens principale påstand om pligt til EU-udbud (udtalelserne gengives ordret, da de ikke skønnes at kunne refereres dækkende på anden måde):

»Efter bevisførelsen...lægges det til grund, at den to hjulede beholder, der er sendt i EU-udbud, er af en anden type med hensyn til udformning og anvendelse end problemkassen. Det bemærkes herved bl.a., at der til den to hjulede beholder er stillet en række specifikke krav til beholderens tekniske indretning og udstyr, at den to hjulede beholder er beregnet til håndtering af en anden type affald, og at problemkassen ikke er en integreret del af den to hjulede beholder. Det lægges endvidere til grund, at kommunen for så vidt angår problemkasserne har ønsket en samarbejdspartner, der har kunnet sikre en løsning på det problem, som de daværende kasser har været behæftet med vedrørende hængslingen af låget, og at der for problemkassen ligeledes er stillet særlige krav til størrelse, indretning, holdbarhed og rengøring.

Uanset, at beslutningen om indkøb af de to typer beholdere er truffet på samme møde i ...udvalget under et fælles punkt på dagsordenen om affaldshåndtering, er problemkasserne under disse omstændigheder ikke en delydelse til udbuddet af de to hjulede beholdere. Der er heller ikke i øvrigt efter det oplyste om kommunens indkøb af de to typer beholdere en sådan sammenhæng mellem indkøbene, at kommunen efter udbudsdirektivet har haft pligt til at udbyde problemkasserne og de to hjulede beholdere samlet.«

Landsretten frifandt herefter kommunen for klagerens principale påstand om, at der skulle have været foretaget EU-udbud.

2) Ad klagerens subsidiære påstand om kommunens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med den telefoniske tilbudsindhentning:

Landsretten henviste til forelæggelsen af sagen for landsretten, hvilket efter det foreliggende sigter til, at kommunen ikke havde bestridt, at det EU-retlige ligebehandlingsprincip var gældende for tilbudsindhentningen. Landsretten fandt det endvidere ikke bevist, at kommunen ved den telefoniske tilbudsindhentning havde anmodet tilbudsgiverne om at afgive tilbud på samme ydelse og under samme vilkår.

Landsretten tog herefter påstanden til følge.

Østre Landsrets dom af 14. maj 2010 i sag 22. afd. B-338-09, MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune

Udbyderne var erstatningsansvarlige over for en forbigået tilbudsgiver som følge af overtrædelse af udbudsreglerne ved at foretage tilbudsvurderingen i strid med udbudsbetingelserne og som følge af, at udbyderne havde indgået kontrakt med en anden tilbudsgiver, efter at Klagenævnet ved en kendelse havde konstateret overtrædelsen. Erstatningen skulle fastsættes til dækning af den forbigåede tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, da denne tilbudsgivers tilbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis tilbudsvurderingen var sket i

Klagenævnet for Udbud

overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Klagenævnets kendelse af 1. oktober 2008 ændret

Denne dom angår erstatningsspørgsmålet i den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelser af 10. april 2008 og 1. oktober 2008.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet iværksat af to ordregivende myndigheder i fællesskab vedrørende projektering og udførelse af et bygge- og anlægsarbejde i totalentreprise. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Tilbuddene skulle omfatte et basisprojekt og nogle supplerende optionsprojekter, og i udbudsbetingelserne var angivet en beregningsmodel for, hvorledes tilbudspriserne for projekterne ville indgå i tilbudsvurderingen i relation til et underkriterium »Pris«. Ved kendelsen af 10. april 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have vurderet tilbudene efter en anden beregningsmodel i relation til dette underkriterium. Overtrædelsen hang sammen med, at udbyderne fra begyndelsen havde tilsigtet at bruge den anvendte beregningsmodel, men var kommet til at beskrive modellen misvisende i udbudsbetingelserne.

(Klagenævnet konstaterede desuden i kendelsen af 10. april 2008, at udbyderne havde begået en nærmere angivet anden overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen. Denne overtrædelse er uden betydning for erstatningsspørgsmålet og omtales ikke nærmere i dette resumé).

Klageren havde nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle annullere udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, men Klagenævnet tog ved kendelsen af 10. april 2008 af nærmere angivne grunde ikke denne påstand til følge. På baggrund heraf indgik udbyderne kontrakt med den valgte tilbudsgiver kort efter afsigelsen af kendelsen af 10. april 2008.

Ved kendelsen af 1. oktober 2008 tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra klageren, der bl.a. gjorde gældende, at klagerens tilbud i hvert fald overvejende sandsynligt ville være blevet anset for det økonomisk mest fordelagtige, hvis udbyderen havde foretaget tilbudsvurderingen i overensstemmelse med beregningsmodellen i udbudsbetingelserne. Udbyderne bestred dette. Klagenævnet udtalte i kendelsen af 1. oktober 2008, at udbyderne havde handlet erstatningspådragende over for klageren ved at bruge den anvendte beregningsmodel ved tilbudsvurderingen. Klagenævnet frifandt imidlertid udbyderen for erstatningspligt bl.a. med henvisning til, at udbyderne helt overvejende sandsynligt også ved en korrekt tilbudsvurdering ville have anset det valgte tilbud for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og til, at klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud lå inden for den risiko, som en tilbudsgiver må påregne.

Klagenævnet tog ved kendelsen af 1. oktober 2008 desuden stilling til et yderligere klagepunkt. Dette klagepunkt gik ud på, at udbyderne havde overtrådt udbudsreglerne ved uanset Klagenævnets konstatering af udbyderens overtrædelser i kendelsen af 10. april 2008 at have indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver, og klageren gjorde gældende, at udbyderne var erstatningsansvarlige over for klageren som følge heraf. Af nærmere angivne grunde tog Klagenævnet ikke det pågældende klagepunkt til følge.

Klageren indbragte erstatningsspørgsmålet for domstolene, og ved dommen af 14. maj 2010 tog landsretten stilling til det principielle spørgsmål, om klageren var berettiget til erstatning, og om en erstatning i givet fald skulle fastsættes som svarende til klagerens positive opfyldelsesinteresse, dvs. klagerens tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten.

For landsretten erklærede udbyderne sig enige i, at anvendelse af den beregningsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne, ville have ført til, at klageren havde fået tildelt kontrakten. Udbyderne gjorde imidlertid gældende, at anvendelse af denne beregningsmodel ville føre til uhenigtsmæssige resultater, og at modellen derfor var uanvendelig.

Landsretten udtalte (lidt sammentrængt gengivet): Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 10. april 2008 var endelig. Det forhold, at Klagenævnet ikke ved kendelsen annullerede udbydernes tildelingsbeslutning, førte ikke til, at udbyderne var udelukket fra at ifalde erstatningsansvar. Udbyderne havde ved tilbudsvurderingen været forpligtet til at anvende den beregningsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne, og udbyderne havde handlet ansvarspådragende over for klageren ved at anvende en anden beregningsmodel. Det kunne ikke lægges til grund, at beregningsmodellen i udbudsbetingelserne var uanvendelig eller uhenigtsmæssig, og det lagdes som ubestridt til grund, at anvendelse af denne beregningsmodel ville have ført til, at klagerens tilbud var blevet anset som det mest »favorable« tilbud. Landsretten fandt endvidere, at udbyderne havde pådraget sig erstatningsansvar over for klageren ved efter Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 at fastholde tildelingsbeslutningen og indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Landsretten fastslog herefter, at udbyderne var forpligtet til at betale erstatning til klageren til dækning af klagerens mistede fortjeneste ved ikke at få tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).