

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD
1996**

September 1998

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 1996. Resuméerne er opstillet i kronologisk orden. Den dato, som hvert resumé indledes med, er datoen for afsigelsen af den pågældende kendelse.

Særligt om *opsættende virkning* bemærkes:

Klagenævnet tager kun stilling til, om der skal meddeles opsættende virkning i en sag, hvis klageren begærer opsættende virkning. Klagenævnets afgørelser herom er med en enkelt undtagelse ikke truffet i kendelsesform. Resuméerne nedenfor indeholder derfor ikke egentlige beskrivelser af Klagenævnets afgørelser om opsættende virkning. Hvis der under forberedelsen af en sag, der er afsluttet med kendelse, er truffet afgørelse om opsættende virkning, vil dette dog være nævnt i resuméet, og resuméerne omtaler derfor de fleste af Klagenævnets afgørelser om opsættende virkning.

Indholdsfortegnelse vedrørende kendelsernes emner

	side
Hasteprocedure ulovlig. Et tildelingskriterium om lokal tilknytning var ulovligt.	
Kriterier for prækvalifikation kunne ikke også bruges som tildelingskriterier. Ikke annullation	4
Klagenævnet efterprøver ikke udbyders skøn i alle enkeltheder.....	4
Præcisering af tilbud efter udbyders forespørgsel var berettiget.....	5
Tilbud ikke rettidigt modtaget.....	5
Annullation af udbud var berettiget som følge af væsentlige fejl ved gennemførelsen. Ikke opsættende virkning.....	5
Formulering af forbehold var tilbudsgivers risiko. Uberettiget forhandling. Annullation. Stillingtagen til forbehold i klagerens tilbud. Nævnet er ikke kompetent til at tage stilling til, hvem der skal have ordren. Opsættende virkning	6
Tildelingskriterierne var ikke tilsidesat, men var uklare, hvilket var i strid med tjenesteydelsesdirektivet. Udbyder skulle have vurderet en tilbudsgivers økonomi m.m. ved prækvalifikationen	7
Kommunernes Landsforening anset som ordregivende myndighed efter indkøbsdirektivet	8
Udbyder var uberettiget til at tage ukonditionsmæssigt tilbud i betragtning. Sagsomkostninger.....	8
Uklarhed i udbudet m.m. Ikke annullation.....	9
Afvisning af anmodning om prækvalifikation ikke berettiget	10
En udbyders annullation af udbud skal have saglig begrundelse. Ikke opsættende virkning	10
Kriterier for prækvalifikation. Begrundelse for afslag på prækvalifikation.....	11
Klageadgang. Oprettelse af kommunale aktieselskaber medførte ikke udbudspligt.....	12
Lovligheden af krav til tjenesteydelse (arbejds miljømæssige hensyn, bestemt fabrikat m.m.). Ikke annullation. Opsættende virkning	12
Forhandlinger med tilbudsgivere om væsentlige tekniske spørgsmål og til dels pris var i strid med ligebehandlingsprincippet	13
Udbud efter forhandling. Alternative tilbud, utilstrækkelig angivelse af mindstekravene. Ikke annullation. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning.....	14
Ordregiver pålagt at foretage EU-udbud.....	15

Resuméer af kendelser

23. januar 1996. Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune

Hasteprocedure ulovlig. Et tildelingskriterium om lokal tilknytning var ulovligt. Kriterier for prækvalifikation kunne ikke også bruges som tildelingskriterier. Ikke annullation

En kommune udbød totalrådgivningen i forbindelse med udbygningen af en skole i begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet, således at hasteproceduren efter artikel 20 blev anvendt. En arkitektorganisation klagede over kommunens gennemførelse af udbudet.

Klagenævnet udtalte, at den omstændighed, at der skulle vedtages en lokalplan, ikke i sig selv kunne begrunde anvendelse af hasteproceduren, og at nogle frister i tjenesteydelsesdirektivet for den almindelige procedure derfor var overtrådt. En enkelt frist var ikke overholdt, selv hvis udbudet lovligt kunne have været gennemført som hasteprocedure.

Klagenævnet udtalte endvidere, at kommunen havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivet ved, at den ved tildelingen af ordren havde taget hensyn til et tildelingskriterium, der hverken var nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, samt at det pågældende tildelingskriterium (om tilbudsgivers lokale tilknytning m.m.) under alle omstændigheder var ulovligt på grund af sit indhold.

Klagenævnet fastslog desuden, at to kriterier, der lovligt var anvendt ved prækvalifikationen (om tilbudsgivers økonomi og forsikringsforhold), ikke lovligt tillige kunne anvendes som tildelingskriterier.

Klagerens påstand om annullation af udbudet blev ikke taget til følge, allerede fordi klagen først var indgivet ca. et halvt år efter udbudet og klageren ikke havde fremsat begæring om opsættende virkning.

23. januar 1996. H.C. Svendsen A/S mod Birkerød Kommune

Klagenævnet efterprøver ikke udbyders skøn i alle enkeltheder

En kommune udbød udførelse af dagrenovation og indsamling af stor-skrald i henhold til tjenesteydelsesdirektivet. Som tildelingskriterium blev angivet det økonomisk mest fordelagtige bud under hensyn til delkriterierne pris, kvalitet og leveringssikkerhed. Det anførtes, at delkriterierne ikke var angivet prioriteret, og at udvælgelsen ville ske ud fra en helheds-vurdering.

Der indkom et antal tilbud, hvoraf klagerens på 3.183.140 kr. årligt var det laveste. Kommunen valgte imidlertid at indlede kontraktsforhandlinger med den tilbudsgiver, der havde afgivet det næstlaveste tilbud, der lød på 3.212.408 kr. årligt, dvs. knap 1 pct. højere end klagerens tilbud. Det fremgik, at kommunens valg var truffet ved en politisk beslutning i dens miljø- og teknikudvalg. Beslutningen var motiveret med forskellige synspunkter

og var blevet foreslået af udvalgets formand som en kompromisløsning for at få tilslutning fra alle udvalgets medlemmer.

Klageren gjorde bl.a. gældende, at kommunen ved at vælge den anden tilbudsgiver havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, hvorefter der ikke må ske forskelsbehandling, og klageren nedlagde påstand om, at det pålagdes kommunen ikke at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet fandt ud fra en samlet vurdering efter omstændighederne ikke fuldt tilstrækkelig grund til at annullere kommunens beslutning om at indlede kontraktforhandlinger med den valgte tilbudsgiver. Nævnet henviste herved til, at de to tilbud reelt var identiske prismæssigt, og at det må være overladt en ordregivende myndighed at udøve et skøn, som Klagenævnet ikke bør efterprøve i alle enkeltheder.

31. januar 1996. Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen

Præcisering af tilbud efter udbyders forespørgsel var berettiget

Skov- og Naturstyrelsen udbød som offentligt udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet landinspektørarbejdet med notering af fredskovspligt i tingbogen og matriklen. Udbudet var udformet således, at der kunne bydes på udførelse af opgaven i alle kommuner eller i et antal kommuner. Opgaven blev for hele landet tildelt to landinspektørfirmaer, der i forening havde budt på opgaven i et antal kommuner med bemærkning om, at de kunne udføre opgaven i et større antal kommuner, og som på udbyderens forespørgsel havde bekræftet, at tilbudet kunne gælde hele landet. En anden tilbudsgiver klagede herover og gjorde bl.a. gældende, at der var givet de valgte firmaer lejlighed til at udvide tilbudet.

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet henviste til, at udbyderen ikke var indgået i forhandling med de valgte tilbudsgivere, men alene havde søgt en teknisk afklaring, at der ikke var givet de valgte tilbudsgivere adgang til at udvide tilbudet, men alene til at præcisere dets omfang, at tildelingskriterierne var anvendt korrekt, og at enhedspriserne gjorde tilbudene umiddelbart sammenlignelige.

21. februar 1996. IBF Nord A/S mfl. mod Aalborg Kommune

Tilbud ikke rettidigt modtaget

En kommune udbød et indkøb i offentligt udbud efter indkøbsdirektivet. Klagenævnet udtalte, at et tilbud, der ikke var til stede på det sted, hvor åbningen af tilbud skulle ske, på det tidspunkt, da den skulle finde sted, ikke var rettidigt modtaget, selv om tilbudet efter kommunens vurdering med sikkerhed eller stor sandsynlighed var kommet kommunen i hænde på det pågældende tidspunkt.

2. april 1996. Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune

Annulation af udbud var berettiget som følge af væsentlige fejl ved gennemførelsen. Ikke opsættende virkning

En kommune udbød anskaffelse af en færge i begrænset udbud efter indkøbsdirektivet og prækvalificerede fem værfter, der alle afgav tilbud. Derefter henvendte kommunens tekniske rådgiver sig til de to lavestbydende og senere også til de tre andre værfter om tilbud på et ændret projekt. Efter

at et af værfterne havde klaget til kommunen over fremgangsmåden, indstillede kommunens juridiske kontor, at udbudet blev annulleret, og at der i stedet iværksattes nyt udbud. Indstillingen var begrundet med, at man ved den anvendte fremgangsmåde reelt havde givet tilbudsgiverne mulighed for at ændre tilbudene samtidig med, at man havde oplyst om de oprindelige tilbud, og at man i anden runde ikke havde sendt materialet samtidig til de fem værfter og givet ens frister, hvortil kom, at tilbudsfristen var angivet meget upræcist. Kommunen annullerede herefter udbudet, og iværksatte nyt udbud. Det værft, der havde afgivet det laveste tilbud, klagede til Klagenævnet herover. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klageren fik ikke medhold i klagen. Klagenævnet henviste i sin afgørelse til indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 2, der pålægger en udbyder efter anmodning at meddele en bydende begrundelse for, at udbyderen har besluttet at gøre udbudsproceduren om. Nævnet bemærkede, at denne bestemmelse forudsætter, at en udbyder lovligt kan annullere et udbud og træffe beslutning om at iværksætte et nyt udbud, men at det må antages, at en begrundelse herfor efter omstændighederne kan være i strid med EU's udbudsregler eller EU-retten i øvrigt. Efter det, der var oplyst om kommunens begrundelse for at annullere udbudet og iværksætte et nyt udbud, var der imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at kommunen havde handlet i strid med indkøbsdirektivet eller EU-retlige regler i øvrigt. Klagenævnet lagde herved vægt på, at kommunen alene måtte antages at have tilsigtet at undgå at skulle kontrahere på grundlag af en ukorrekt gennemført udbudsprocedure, og at gennemførelsen af udbudet var behæftet med så væsentlige fejl, at en annullation af det var en korrekt fremgangsmåde. Den omstændighed, at tilbudsgiverne var blevet gjort bekendt med tilbudspriserne i de andre tilbud, afskar ikke kommunen fra at annullere udbudet.

26. april 1996. E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk

Formulering af forbehold var tilbudsgivers risiko. Uberettiget forhandling. Annullation. Stillingtagen til forbehold i klagerens tilbud. Nævnet er ikke kompetent til at tage stilling til, hvem der skal have ordren. Opsættende virkning

Et fælleskommunalt interessentskab udbød en bygningsentreprise vedrørende ombygning af et kloakværk i begrænset udbud efter bygge- og anlægsdirektivet. Der indkom tre tilbud. I begge de to laveste var der taget en række forbehold om forskellige enkeltheder. Efter henvendelse fra udbyderens tekniske rådgiver frafaldt de to tilbudsgivere imidlertid forbeholdene, og udbyderen indgik herefter kontrakt med den lavestbydende. Den anden af de to tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen som følge af forbeholdene i den valgte tilbudsgivers tilbud havde været uberettiget til at tage det i betragtning. Klagerens begæring om opsættende virkning blev taget til følge.

Klagenævnet udtalte, at det var usikkert, hvorledes forbeholdene i den valgte tilbudsgivers tilbud skulle forstås, og at det ikke kunne fastslås, at de ikke medførte afgørende ændringer i forhold til udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte videre, at risikoen for, at forbehold formuleres på en sådan måde, at der opstår tvivl om deres rækkevidde, påhviler tilbudsgiveren, og at forbeholdene herefter medførte, at udbyderen havde været berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i

betragtning. Ved desuagtet at tage det i betragtning havde udbyderen tilsidesat det ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for bygge- og anlægsdirektivet. Klagenævnet udtalte endvidere, at selv om henvendelsen fra udbyderens rådgiver til den valgte tilbudsgiver alene skulle forstås som en forespørgsel om frafald af forbeholdene, havde udbyderen herved indladt sig i forhandling med tilbudsgiveren om nedsættelse af prisen og havde derved handlet i strid ligebehandlingsprincippet.

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

Udbyderen havde nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at udbyderen som følge af forbeholdene i klagerens tilbud var berettiget til ikke at tage det i betragtning, og klageren havde nedlagt påstand om, at dette ikke blev taget til følge. Klagenævnet udtalte herom: Efter Lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 1, jf. § 3, behandler Klagenævnet klager over ordregivere, mens der ikke er hjemmel til, at en ordregiver kan indbringe tvivlsspørgsmål vedrørende EU's udbudsregler eller et konkret udbud for Klagenævnet. Udbyderen havde nedlagt påstanden på baggrund af, at man ved den videre behandling af udbudet skulle tage stilling til, om klagerens tilbud var konditionsmæssigt, og klageren havde ved sin påstand over for udbyderens påstand tilkendegivet, at klageren var indforstået med, at Klagenævnet afgjorde spørgsmålet i stedet for at henvise klageren til senere at indgive en ny klage til Klagenævnet om det. Klagenævnet havde på denne baggrund besluttet at tage stilling til den omtalte påstand fra udbyderen. Klagenævnet udtalte videre, at et af forbeholdene i klagerens tilbud, dvs. om tidspunktet for aflevering af projektmateriale, indebar en afgørende ændring i forhold til udbudsvilkårene, og at udbyderen derfor ved tildelingen af ordren ville være berettiget og forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud.

Udbyderen havde desuden nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at udbyderen var berettiget til at acceptere tilbudet fra den tredje tilbudsgiver, der ikke havde taget forbehold. Klagenævnet udtalte imidlertid, at det ligger uden for nævnets kompetence at tage stilling til, hvilken tilbudsgiver en ordregiver i den konkrete situation skal tildele ordren, og nævnet afviste derfor påstanden.

30. maj 1996. A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd

Tildelingskriterierne var ikke tilsidesat, men var uklare, hvilket var i strid med tjenesteydelsesdirektivet. Udbyder skulle have vurderet en tilbudsgivers økonomi m.m. ved prækvalifikationen

Et fælleskommunalt interessentskab udbød som begrænset udbud efter tjenesteydelsesdirektivet nogle tjenesteydelser vedrørende dagrenovation. En forbigået tilbudsgiver klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at interessentskabet havde tildelt ordrene i strid med tildelingskriterierne.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at antage, at udbyderen ikke havde tildelt ordrene i overensstemmelse med tildelingskriterierne, og udbyderen havde været berettiget til at tillægge tidligere dårlige erfaringer med klageren betydning. Klageren fik således ikke medhold.

Klagenævnet konstaterede ex officio, at udbyderen havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1 (om udformningen af tildelingskriterier) ved at formulere tildelingskriterierne uklart, idet de var formuleret på to forskellige måder i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet konstaterede endvidere ex officio, at udbyderen havde handlet i strid med direktivets artikel 27, stk. 1 (om prækvalifikation) ved, at udbyderen ikke havde vurderet den valgte tilbudsgivers forhold vedrørende materiel, personale og økonomi i forbindelse med prækvalifikationen, men reelt havde udsat denne vurdering til det tidspunkt, da tilbudene skulle bedømmes.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

4. juni 1996. Håndværksrådet mod Kommunernes Landsforening

Kommunernes Landsforening anset som ordregivende myndighed efter indkøbsdirektivet

Kommunernes Landsforening indrykkede en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende om hjælpemidler til handicappede og indgik en prisaftale om parykker, der ikke var nævnt som vareområde i udbudsbekendtgørelsen. Prisaftalen angik den pågældende leverandørs leverancer til de enkelte kommuner. Håndværksrådet klagede herover og gjorde gældende, at aftalen var omfattet af EU's udbudsregler. Kommunernes Landsforening gjorde heroverfor gældende, at den ikke var en ordregivende myndighed i henhold til indkøbsdirektivet og derfor ikke var forpligtet til at overholde direktivet.

Klagenævnet statuerede, at aftalen havde fået virkning som en indkøbsaftale indgået af en offentlig ordregivende myndighed. Da der samlet havde været tale om et udbud over indkøbsdirektivets tærskelværdi, havde der foreligget pligt til udbud. Allerede fordi udbudet var udformet uden nøjagtig beskrivelse af det udbudte og dermed var vildledende, udtalte nævnet, at udbudet ikke burde være foretaget som sket, og at den omtalte aftale ikke burde være indgået på grundlag af udbudet.

4. juni 1996. Dansk Industri mod Kolding Kommune

Udbyder var uberettiget til at tage ukonditionsmæssigt tilbud i betragtning. Sagsomkostninger

En kommune udbød i begrænset udbud indkøb af ca. 5.000 sæt borde og stole til skoler. I udbudsbetingelserne indgik et udkast til en europæisk standard for møbler til undervisningsbrug, benævnt »N 69«, der indeholder angivelser af dimensioner for forskellige stolestørrelser. En af dimensionerne angår stolens sædehøjde fra gulv, som er angivet forskelligt for de forskellige stolestørrelser. Tilbudet fra en af tilbudsgiverne gik imidlertid ud på den samme sædehøjde fra gulv for alle stole, idet tilbudsgiveren anså kravene i N 69 om forskellig sædehøjde fra gulv opfyldt ved måling fra højdejusterbare fodstøtter, der således blev anset for gulv. Konceptet blev i sagen kaldt »flydende gulv«. Kommunen valgte den pågældende tilbudsgiver som leverandør. Dansk Industri klagede til Klagenævnet med påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at kommunen havde overtrådt EU's udbudsregler ved valget af tilbudsgiver.

Klagenævnet udtalte, at N 69 kun naturligt kan forstås sådan, at stolesædernes højde fra gulv skal måles fra det egentlige gulv. Tilbudet fra den valgte leverandør var derfor ikke i overensstemmelse med N 69 og dermed ikke i overensstemmelse med kommunens udbudsmateriale. Kommunen havde således tilsidesat det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra den valgte leverandør i betragtning.

Som følge af sagens karakter og betydelige omfang (1½ dags mundtlig forhandling m.m.) pålagde nævnet kommunen at betale sagsomkostninger med 50.000 kr. til Dansk Industri

7. juni 1996. Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune

Uklarhed i udbudet m.m. Ikke annullation

En kommune udbød på egne vegne og på vegne to andre kommuner indkøb af ortopædisk fodtøj som begrænset udbud efter indkøbsdirektivet.

I udbudsbekendtgørelsen var anført, at der skulle indgås tre-årige aftaler, mens det i udbudsbetingelserne var angivet, at der skulle indgås to-årige aftaler. Denne forskel skyldtes, at der var opstået debat blandt de offentlige udbydere med hensyn til, om indkøb af hjælpemidler til borgere skulle udbydes i EU-udbud, og at man derfor ville kunne revurdere situationen efter to år.

Ifølge udbudsbetingelserne skulle der indgås aftaler med virkning fra 1. januar 1995, og fristen for afgivelse af tilbud var en dato i oktober 1994. Der indkom nogle rettidige tilbud, men den kommune, der havde foretaget udbudet, indgik først den 23. maj 1995 kontrakt med en af tilbudsgiverne. Kontrakten angik leverancer fra kontraktens indgåelse. Baggrunden for dette var, at kommunen havde afventet en sag hos konkurrencemyndighederne vedrørende indkøbsaftaler om hjælpemidler.

De to andre kommuner besluttede på et tidspunkt at annullere udbudet for deres vedkommende. Dette skyldtes, at den tilbudsgiver, som den udbydende kommune havde valgt, fik problemer med at etablere forretningssted i de to andre kommuner, samt den omtalte debat i offentlige udbyderkredse med hensyn til udbud af indkøb af hjælpemidler.

Det Danske Handelskammer klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet (punkterne 1-4 nedenfor), og Klagenævnet tog et yderligere forhold op ex officio (punkt 5 nedenfor). Klagenævnet afgjorde herefter sagen således:

1) Klage over, at den udbydende kommune havde indgået kontrakt med virkning fra 23. maj 1995, selv om det i udbudet var angivet, at der skulle indgås kontrakt fra 1. januar 1995: Ikke taget til følge som følge af baggrunden for ændringen, dvs. at kommunen havde afventet en sag hos konkurrencemyndighederne.

2) Klage over, at kontraktperioden i udbudsbetingelserne var angivet til to år på trods af, at den i udbudsbekendtgørelsen var angivet til tre år: Taget til følge. Henvist til, at begrundelsen, dvs. den omtalte debat om udbud af hjælpemidler, ikke var en saglig begrundelse for forskellen. Forholdet var derfor i strid med indkøbsdirektivet, selv om ligebehandlingsprincippet ikke var tilsidesat.

3) Klage over, at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at der var tale om leverancer til tre forskellige kommuner: Taget til følge. Bl.a. henvist til, at der ikke i de tre kommuner var en fælles opfattelse af, hvordan de var stillet over for tilbudsgiverne. Den udbydende kommune havde derfor ved udformningen af udbudsbekendtgørelsen tilsidesat de specifikationskrav, der følger af indkøbsdirektivet.

4) Klage over, at den udbydende kommune først havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver ca. syv måneder efter tilbudsfristens udløb: Ikke taget til følge. Det var ganske vist nok uheldigt, at valget af tilbudsgiver blev truffet på så sent et tidspunkt, at kontrakten ikke kunne træde i kraft fra 1. januar 1995 som forudsat i udbudet. Efter udbudsvilkårene skulle tilbudene imidlertid kun være bindende i to måneder, og der var ikke grundlag for at antage, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved udsættelsen af afgørelsen.

5) Klagenævnet udtalte, at den udbydende kommune havde handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke skriftligt at orientere tilbudsgiverne om de to andre kommuners annullation af udbudet for deres vedkommende.

En påstand fra Det Danske Handelskammer om annullation af den udbydende kommunes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at klagen først blev indgivet ca. fire måneder efter den udbydende kommunes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, og at der ikke straks ved klagens indgivelse var blevet fremsat begæring om opsættende virkning. Allerede som følge heraf var der ikke grundlag for annullation, men i øvrigt kunne de konstaterede overtrædelser af indkøbsdirektivet efter deres beskaffenhed ikke begrunde en annullation.

13. juni 1996. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune

Afvisning af anmodning om prækvalifikation ikke berettiget

En kommune udbød nogle opgaver med rådgivning, tilsyn og udførelse af en miljøteknisk undersøgelse m.m. i forbindelse med etablering af en museumshavn som begrænset udbud efter tjenesteydelsesdirektivet. Kommunen afviste et rådgivende ingeniørfirmas anmodning om at blive prækvalificeret med begrundelse, at dette firma havde udført en miljøundersøgelse for kommunen vedrørende det pågældende område, og at en prækvalifikation af firmaet derfor ville indebære en favorisering i strid med tjenesteydelsesdirektivet. Foreningen af Rådgivende Ingeniører klagede herover.

Klagenævnet statuerede, at det rådgivende ingeniørfirma ikke i forbindelse med miljøundersøgelsen var kommet i besiddelse af oplysninger, som kunne berettige en afvisning af firmaet med den anførte begrundelse. Klagenævnet henviste herved til, at de tekniske informationer, der var blevet tilvejebragt ved miljøundersøgelsen, var af helt uvæsentlig betydning med hensyn til en del af de udbudte opgaver.

13. september 1996. Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune

En udbyders annullation af udbud skal have saglig begrundelse. Ikke opsættende virkning

En kommune udbød indsamling af renovation m.m. i begrænset udbud efter tjenesteydelsesdirektivet og prækvalificerede seks virksomheder, hvoraf fire afgav tilbud. Kommunen annullerede derefter udbudet med henvisning til, at der var for stor afstand mellem de indkomne bud. Det fremgår, at et lokalt firma, der hidtil havde udført opgaven, ikke var den lavestbydende.

En organisation klagede til Klagenævnet over kommunens annullation af udbudet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte i sin afgørelse, at tjenesteydelsesdirektivet ikke indeholder en generel regel om, at en offentlig udbyder er forpligtet til at indgå aftale i forbindelse med et udbud, og at det fremgår forudsætningsvis af direktivets artikel 12, stk. 2 (om efter anmodning at meddele begrundelse for annullation af et udbud), at en offentlig udbyder, som ikke ønsker at indgå aftale, skal træffe beslutning om at annullere udbudet. Nævnet udtalte videre, at adgangen til at annullere et udbud imidlertid ikke er fri, og at det må antages, at en offentlig udbyder, som annullerer et udbud uden saglig begrundelse, handler i strid med EU's udbudsregler. Klagenævnet udtalte desuden, at nævnet havde gennemgået tilbudene og en vurdering af dem fra kommunens tekniske rådgiver, ligesom nævnet henviste til kommunens redegørelse for dens vurdering af tilbudene og den vurdering, der førte til beslutningen om at annullere udbudet. Klagenævnet statuerede herefter, at der ikke var tilvejebragt grundlag for, at nævnet kunne fastslå, at kommunen havde haft en saglig begrundelse for sin beslutning om at annullere udbudet. Nævnet konstaterede herefter, at kommunen ved sin annullation af udbudet havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet.

Klagenævnet udtalte videre, at nævnet efter Lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1, 1. punktum, kan annullere ulovlige beslutninger truffet af offentlige udbydere. Der var ikke som hævdet af kommunen grundlag for at antage, at denne bestemmelse ikke også omfatter ulovlige beslutninger om at annullere et udbud, og Klagenævnet kan således, når en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne gør det påkrævet, annullere en ulovlig beslutning om at annullere et udbud. I den foreliggende situation var der imidlertid ikke forhold, som kunne begrunde en annullation af kommunens beslutning.

I kendelse af 17. oktober 1997 tog Klagenævnet stilling til en efterfølgende begæring om aktindsigt.

9. oktober 1996. Elinstallatørernes Landsforening mfl. mod Københavns Lufthavne A/S

Kriterier for prækvalifikation. Begrundelse for afslag på prækvalifikation

Københavns Lufthavne A/S udbød som begrænset udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet nogle storentrepriser vedrørende en terminalbygning, der skal forbinde en kommende jernbanestation med lufthavnens terminalkompleks. Det anførtes i udbudsbekendtgørelsen, at udbyderen i forbindelse med prækvalifikationen ønskede oplysninger og dokumentation om den interesserede virksomhed med hensyn til økonomi, teknik, kvalitetssikring, faglige kvalifikationer og erfaring fra arbejder med tilsvarende kompleksitet og størrelsesorden m.m. Det anførtes, at der ved prækvalifikationen skulle udvælges maksimalt fem virksomheder for hver storentreprise.

Sagen for Klagenævnet angik en af storentrepriserne. Der indkom 25 anmodninger om prækvalifikation vedrørende denne storentreprise, hvorefter udbyderen prækvalificerede fem virksomheder. På begæring fra en brancheorganisation gav udbyderen derefter en skriftlig begrundelse for afslagene på prækvalifikation for de øvrige virksomheders vedkommende. Denne begrundelse gik ud på, at de fem prækvalificerede virksomheder efter en

samlet bedømmelse var fremkommet med de mest tilfredsstillende oplysninger om kvalitetssikring og referencer m.m., og at udbyderen af fortrolighedshensyn ikke kunne begrunde udvælgelsen yderligere.

Den pågældende brancheorganisation klagede til Klagenævnet sammen med en anden brancheorganisation. Klagerne gjorde gældende, at udbyderen ikke havde prækvalificeret de fem virksomheder, der var de bedste i henhold til de kriterier for prækvalifikation, der var angivet i udbudet, og at udbyderens begrundelse for afslagene på prækvalifikation ikke var tilstrækkelig. Udbyderen gjorde heroverfor gældende, at alle 25 virksomheder opfyldte betingelserne for prækvalifikation i henhold til udbudet, og at man havde udvalgt de fem prækvalificerede med henblik på at optimere konkurrencesituationen under tilbudsgivningen.

Klagerne fik ikke medhold. Klagenævnet udtalte, at der efter ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 31, stk. 1 (om, at bl.a. prækvalifikation skal ske efter objektive, fastlagte og tilgængelige kriterier) og efter de hensyn, der ligger bag direktivet, hverken var grundlag for at fastslå, at prækvalifikationen udelukkende skal ske på grundlag af de kriterier og regler, der er omtalt i udbudsbekendtgørelsen, eller for at fastslå, at prækvalifikationen skal ske som en proces, der fører frem til, at ordregiveren fastslår, hvilke virksomheder, der er de mest kvalificerede. Klagenævnet fandt herefter, at udbyderen havde handlet i overensstemmelse med udbudsreglerne ved at foretage udvælgelsen af de fem tilbudsgivere med henblik på at optimere konkurrencesituationen ved tilbudsgivningen mest muligt.

Klagenævnet fandt endvidere, at udbyderens begrundelse for afslagene på prækvalifikation opfyldte de krav, der efter udbudsreglerne kan stilles til en ordregivende myndighed vedrørende afgørelser af denne beskaffenhed.

11. oktober 1996. Luis Madsen mfl. mod Odense Kommune

Klageadgang. Oprettelse af kommunale aktieselskaber medførte ikke udbudspligt

En kommune oprettede to aktieselskaber til varetagelse af vandforsynings- og renovationsvirksomhed og ejede selv alle aktierne. Nogle ansatte i kommunen og deres fagforening havde ikke retlig interesse i en prøvelse af lovligheden heraf efter udbudsreglerne. En klage fra den faglige organisation LO, der er klageberettiget, blev ikke taget til følge, da der under de foreliggende omstændigheder var tale om en divisionering af kommunens virksomhed, som ikke medførte udbudspligt.

16. oktober 1996. Danske Vognmænd mod Stevns Kommune

Lovligheden af krav til tjenesteydelse (arbejds miljømæssige hensyn, bestemt fabrikat m.m.). Ikke annullation. Opsættende virkning

En kommune udbød indsamling af dagrenovation i offentligt udbud efter tjenesteydelsesdirektivet. Ved fastsættelsen af kravene til den udbudte tjenesteydelse tilgodeså kommunen arbejds miljømæssige hensyn, ligesom kommunen stillede tekniske krav, som medførte, at den tilbudsgiver, der fik kontrakten, måtte anskaffe en bestemt renovationsbil. En vognmandsorganisation klagede til Klagenævnet over udbudets krav til tjenesteydelsen. Klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet antog, at det ikke indebar nogen overtrædelse af Traktatens artikel 6 eller artikel 30 (om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner), at tilbudsgiverne måtte anskaffe en renovationsbil, som for tiden alene kan købes hos én dansk forhandler, og at kommunen ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at stille krav til tjenesteydelsen, som var begrundet i arbejdsmiljømæssige hensyn.

Klagenævnet statuerede derimod, at kommunen havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivets artikel 14, stk. 6 (om principielt forbud mod tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat) ved i beskrivelsen af tjenesteydelsen at henvise til en sækkækærre af et bestemt fabrikat, men denne overtrædelse gav ikke grundlag for at annullere udbudet.

31. oktober 1996. Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune

Forhandlinger med tilbudsgivere om væsentlige tekniske spørgsmål og til dels pris var i strid med ligebehandlingsprincippet

En kommune udbød i begrænset udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet opførelse af et kraftvarmeværk i totalentreprise. Der indkom tilbud fra otte prækvalificerede. Kommunens rådgivende ingeniørfirma skilte tre tilbud ud som særligt interessante og førte derefter indgående forhandlinger med de tre tilbudsgivere. Under disse forhandlinger skete der væsentlige ændringer i alle tre tilbud. Bl.a. ændredes to af tilbudene fra at angå seks motorer (motorgeneratorer) til at angå syv motorer, ligesom den tredje tilbudsgiver nedsatte prisen. Det rådgivende ingeniørfirma orienterede tilsyneladende i et vist omfang hver af tre tilbudsgivere om forhandlingerne med de to andre. Der blev indgået kontrakt med en af de tilbudsgivere, der havde ændret motorantallet, og den tilbudsgiver, der havde nedsat prisen, klagede til Klagenævnet med påstand om, at det skulle fastslås, at kommunen havde overtrådt udbudsreglerne. Kommunen påstod frifindelse og nedlagde desuden påstand om, at det skulle fastslås, at kommunen var berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Et flertal bestående af to medlemmer af Klagenævnet fandt, at forhandlinger af et omfang og en karakter som de skete var i strid med EU's almindelige ligebehandlingsprincip. Flertallet fandt det ikke afgørende, om udbyderens rådgivende ingeniørfirma under de omtalte forhandlinger havde orienteret hver af de tre tilbudsgivere om forhandlingerne med de to andre og således f. eks. havde orienteret klageren om, at de to andre tilbudsgivere havde ændret deres tilbud til at omfatte syv motorer. Flertallet ville ganske vist ikke helt afvise, at der kan forekomme tilfælde, hvor det vil være i overensstemmelse med EU's principper om ligebehandling og gennemsigtighed at give alle tilbudsgivere lejlighed til efterfølgende at ændre deres tilbud, men en mundtlig orientering som et led i forhandlinger af den karakter, der havde været tale om, ville efter flertallets opfattelse under alle omstændigheder ikke være en tilstrækkelig overholdelse af disse principper. Flertallet udtalte videre, at det i sig selv var i strid med ligebehandlingsprincippet, at kontrakten med den valgte tilbudsgiver angik syv motorer, da udbudet naturligt måtte forstås sådan, at der højst skulle anvendes seks motorer.

Et mindretal bestående af et medlem af Klagenævnet fandt ikke, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet. Dette medlem af nævnet henviste til, at de opklarende møder med alle tre tilbudsgivere efter hans op-

fattelse ikke gik ud over, hvad der er nødvendigt ved en totalentreprise og ikke var udtryk for en forskelsbehandling. Mindretallet fandt endvidere, at udbudsmaterialets angivelse vedrørende antallet af motorgeneratorer måtte forstås som omtrentlig, og at etablering af syv motorer derfor ikke var en afvigelse fra udbudsmaterialet.

Der var enighed i Klagenævnet om yderligere at udtale, at kommunen ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet, hvis den havde indgået kontrakt med klageren. Klagenævnets flertal henviste herved til, at de omtalte forhandlinger også havde fundet sted med klageren, og til, at der herunder havde været forhandlet pris med klageren, hvorfor indgåelse af kontrakt med klageren ville have været en særlig klar overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Mindretallet henviste alene til, at klageren havde nedsat prisen under forhandlingerne.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

Klagenævnets kendelse af 21. september 1995 i sagen angik nogle spørgsmål om aktindsigt.

18. november 1996. European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S

Udbud efter forhandling. Alternative tilbud, utilstrækkelig angivelse af mindstekravene. Ikke annullation. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning

Et interessentskab udbød som udbud efter forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet som totalentreprise bygge- og anlægsarbejderne ved anlæg af 1. etape af Københavns Minimetro, dvs. et jernbaneanlæg i København, til dels i form af en undergrundsbane. Der blev prækvalificeret seks tilbudsgivere. En prækvalificeret tilbudsgiver, som ikke efter udbyderens forhandlinger med de prækvalificerede tilbudsgivere blev valgt som den tilbudsgiver, der skulle indgå kontrakt med, klagede over 10 forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog i sin kendelse stilling til klagepunkterne således:

1) Klage over, at der ikke var foretaget realitetsforhandlinger med klageren: Ikke taget til følge. Henvist til, at udbyderen havde fulgt den fremgangsmåde, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og der var ikke grundlag for at antage, at udbyderens forhandlinger med klageren ikke var gennemført som realitetsforhandlinger.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde åbnet de justerede tilbud fra fire af de prækvalificerede på samme tid: Ikke taget til følge. Henvist til, at det med hensyn til begrænset udbud og udbud efter forhandling ikke i forsyningsvirksomhedsdirektivet er fastsat, at tilbud skal åbnes samtidig, og at dette heller ikke følger af ligebehandlingsprincippet. (Dissens for at begrunde afgørelsen med, at den EU-retlige grundsætning om, at tilbud skal åbnes samtidig, ikke kan antages at finde anvendelse ved udbud efter forhandling, og at samtidig åbning ikke var foreskrevet i udbudsbetingelserne.)

3) Klage over, at udbyderen afsluttende kun havde udvalgt to prækvalificerede til at afgive endeligt tilbud: Ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at bygge- og anlægsdirektivets artikel 22, stk. 3 (om at der ved udbud efter forhandling normalt skal forhandles med mindst tre ansøgere), hverken fandt direkte eller analog anvendelse, og at udbyderen havde fulgt den fremgangsmåde, der var foreskrevet i udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at udbyderen ikke havde givet alle seks prækvalificerede lejlighed til at afgive nyt tilbud, efter at der var foretaget ændringer i projektet, dvs. øgning af stationslængden, ændring af en station til en undergrundsstation, flytning af en station 100 m og etablering af 234 m tunnel: Ikke taget til følge, da ændringerne efter deres tekniske beskaffenhed og deres omfang i forhold til det samlede projekt ikke kunne medføre pligt for udbyder til at foretage nyt udbud.

5) Klage over, at den valgte tilbudsgivers endelige tilbud var ukonditions-mæssigt som følge af forbehold: Ikke taget til følge, da en tilbudsgiver ved udbudsformen udbud efter forhandling kan tage forbehold.

6) Klage over, at udbyderen havde givet mulighed for alternative tilbud, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat tilstrækkelige mindstekrav: Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbudsbetingelsernes angivelser om alternative tilbud var så upræcise, at de langt fra opfyldte de krav, som efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3, stilles til angivelsen af de mindstekrav, som alternative tilbud skal overholde.

7) Klage over, at tildelingskriterierne var for brede og subjektive: Ikke taget til følge, idet Klagenævnet ikke fandt tildelingskriterierne i udbudsbetingelserne uegnede ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der var hovedkriteriet. Dog udtalt, at nogle kriterier om tilbudsgivers organisation efter deres indhold ikke vedrørte udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men alene vurderingen til brug for prækvalifikationen.

8) Klage over, at et af de prækvalificerede konsortier var blevet prækvalificeret, selv om konsortiet omfattede flere virksomheder, der var eller havde været rådgiver for udbyderen: Ikke taget til følge ud fra en konkret vurdering.

9) Klage over, at projektet var udbudt som totalentreprise, uagtet udbyderen reelt havde fastlagt designet for undergrundsstationerne: Ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at udbyderens eventuelle fastlæggelse af et design af undergrundsstationerne ikke ville have været til hinder for udbud som totalentreprise, men at udbyderen i øvrigt efter det fremkomne ikke reelt havde lagt sig fast på et bestemt design.

10) Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet klagerens tilbud korrekt og havde vurderet dem i strid med ligebehandlingsprincippet: Ikke taget til følge. Henvist til, at en fuldstændig vurdering af klagerens tilbud ville ligge helt uden for Klagenævnets kompetence, men at Klagenævnet havde gennemgået udbyderens materiale vedrørende evalueringen af tilbudene uden at finde noget, der tydede på, at udbyderen ikke havde bedømt tilbuddene sagligt og objektivt på grundlag af tildelingskriterierne.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge.

Indbragt for domstolene af klageren. Retssagen afgjort ved Højesterets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 1799 H, ved hvilken klageren (reelt) ikke fik medhold.

12. december 1996. Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk

Ordregiver pålagt at foretage EU-udbud

Et kraftvarmeværk indgik efter »lokalt udbud«, dvs. ikke EU-udbud, aftale med en lokal vognmand om bortkørsel af slagge i en fireårs periode for

en samlet entreprisesum på 6,6 mio. kr. Baggrunden var, at kraftvarmeværket på udbudets tidspunkt havde en fejlagtig opfattelse af, at tjenesteydelsens værdi ville ligge under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelser af den pågældende karakter, dvs. 400.000 ECU eller omkring 3 mio. kr.

Klagenævnet udtalte, at kraftvarmeværket på et langt sikrere grundlag end sket burde have afklaret spørgsmålet, om opgaven skulle udbydes i EU-udbud eller ej, og at kraftvarmeværkets undladelse af at udbyde opgaven i EU-udbud var sket på et helt utilstrækkeligt grundlag og var en alvorlig procedurefejl. Klagenævnet pålagde herefter kraftvarmeværket at udbyde opgaven i EU-udbud.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.