

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
1998**

Januar 2000

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 1998. 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 enkelte undtagelser 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
Klage ikke taget til følge.....	5
En miljøforening havde ikke klageadgang. Generelle bemærkninger om begrebet retlig interesse i klagenævnsløven .....	5
Danske Slagteriernes indkøb af øremærker til svin ikke omfattet af indkøbsdirektivet. Forelæggelse for EF-domstolen af forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Nævnet ønskede ikke at beskæftige sig med et udbud, der ikke var foretaget som EU-udbud .....	6
Forbehold gjorde et tilbud ukonditionsmæssigt. Tildelingskriterierne var ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og et kriterium om lokal erfaring stred mod ligebehandlingsprincippet.....	7
Beslutning om at færdigbehandle en sag, selv om klageren havde tilbagekaldt den .....	7
Stillingtagen til en lang række spørgsmål i forbindelse med projektkonkurrencer. Nogle spørgsmål taget op ex officio .....	8
Den aktuelle leverandør blev ikke afskåret fra at give tilbud ved at give oplysninger til brug for udbudet. Ikke opsættende virkning .....	9
Om klageret for de brancheforeninger, der er medlemmer af Det Danske Handelskammer .....	10
Klageadgang. Kommunal rengøring var omfattet af udbudsplichten efter tjenesteydelsesdirektivet. Sagsomkostninger .....	11
Udbyder var uberettiget til at fravige en rammeaftale. Generelle bemærkninger ex officio om rammeaftaler .....	12
Udbud af buskørsel i »pakker« var ikke i strid med udbudsreglerne. Delvis annullation af udbudet var sagligt begrundet. Nogle bemærkninger i et tilbud var ikke forbehold. Ikke opsættende virkning.....	13
Kendelse gående ud på forelæggelse af nogle spørgsmål for EF-Domstolen .....	14
Bestemmelser i udbudsbetingelserne måtte forstås som mindstekrav. Alternativt tilbud kan tages i betragtning, selvom hovedtilbudet ikke er konditionsmæssigt. Manglende udfyldelse af tilbudsblanket var ikke tilsidesættelse af en grundlæggende udbudsbetingelse .....	15
Kriterier for prækvalifikation og tildeling var ulovlige. Mindstekrav var ikke angivet tilstrækkeligt præcist. Tildelingskriterier skal have til formål og være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud .....	15
Indhentelse af internt kontroltilbud er ikke i strid med EU's udbudsregler. Forståelsen af tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6.....	17
En selvejende virksomhed, der forestod indsamling af husholdningsaffald i en kommune, var omfattet af indkøbsdirektivet .....	18
Forbigået tilbudsgiver havde retlig interesse. Klageadgang var ikke afskåret ved passivitet eller manglende overholdelse af frist for processkrift. Udbyders manglende oplysning om dispensation fra Arbejdstilsynet var i strid med de EU-retlige krav til beskrivelse af det udbudte .....	19

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Et renholdningsselskabs eneret til at udføre renovation i en kommune var omfattet af tjenesteydelsesdirektivet, uanset at renholdningsselskabet tidligere havde haft rettigheder af koncessionslignende karakter.....	20
Udbudsbetingelser gav ikke mulighed for afgivelse af alternative tilbud .....	21
Udbud af handicapkørsel skulle være sket efter tjenesteydelsesdirektivet. Ikke i strid med direktivet, at der efter forhandling var indgået kontrakter vedrørende nogle geografiske områder, for hvis vedkommende der ikke var indkommet egnede bud .....	21
Et alment boligselskab var et offentligt organ og dermed omfattet af udbudsdirektiverne. Traktatens artikel 6 og artikel 30 indebærer i hvert fald almindeligvis ikke forbud mod krav om bestemte fabrikater ved udbud, der ikke når op på tærskelværdien .....	22
Et tilbudsforbehold var mindre væsentligt og gjorde ikke tilbudet ukonditionsmæssigt. Efterfølgende forhandling om ændring af forbeholdet var lovlig. Nogle bemærkninger i klagerens tilbud var ikke forbehold, og prissætning af dem var derfor ikke lovlig. Ikke opsættende virkning .....	24
Klagenævnet er kompetent til at foretage en præjudiciel vurdering i henhold til andre retsregler end de EU-retlige. Klage ikke taget til følge på baggrund af de konkrete omstændigheder .....	25
Udbud efter forhandling. Grænsefladeerklæringer i 2 kontrakter var ikke ulovlige bortset fra klausuler om solidarisk hæftelse. Ændringer af projektet under udbudet og efter indgåelse af kontrakt var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet.....	25
CEN-norm burde have været anvendt ved udbud af indkøb af affaldsbeholdere. Ikke opsættende virkning .....	26

## Resuméer af kendelser

### **14. januar 1998. Xyanide Company ApS mod Københavns Kommune** *Klage ikke taget til følge*

En forbigået tilbudsgiver klagede over forskellige forhold i forbindelse med en kommunes ekspedition af et udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet vedrørende kørsel med hjælpemidler.

Klagenævnet tog stilling til klagepunkterne således:

1) Klage over, at kommunen vidste, at den valgte tilbudsgiver, der havde haft opgaven før udbudet, havde begået forskellige uregelmæssigheder ved arbejdets udførelse, hvorfor kommunens valg af denne tilbudsgiver måtte skyldes uvedkommende hensyn: Ikke taget til følge, da det ikke var bevist, at kommunen havde et kendskab som hævdet.

2) Klage over, at udbudsbetingelserne var uklare: Ikke taget til følge, da klageren ikke havde spurgt kommunen om forståelsen af det punkt i udbudsbetingelserne, som klageren var i tvivl om.

3) Klage over, at kommunen ikke havde set bort fra et forbehold i klagerens tilbud, idet kommunen burde have forstået, at forbeholdet var indsat ved en fejl: Ikke taget til følge, da klageren ikke med rette havde kunnet forvente, at kommunen ville forstå, at forbeholdet skyldtes en fejl.

### **15. januar 1998. Miljøforeningen for bevarelse af miljøet omkring Københavns Lufthavn mod Københavns Lufthavn A/S**

*En miljøforening havde ikke klageadgang. Generelle bemærkninger om begrebet retlig interesse i klagenævnsloven*

I anledning af en påtænkt udvidelse af Københavns Lufthavn i Kastrup lod Københavns Lufthavn A/S udarbejde en såkaldt VVM-redegørelse i henhold til direktiv 85/337, dvs. en redegørelse for udvidelsens indvirkning på miljøet. En forening, der har til formål at arbejde for bevarelsen af miljøet omkring Københavns Lufthavn, klagede til Klagenævnet over, at nogle tjenesteydelser i forbindelse med udarbejdelsen af VVM-redegørelsen ikke var blevet udbudt i EU-udbud. Foreningen gjorde gældende, at den på baggrund af sit formål havde retlig interesse i VVM-redegørelsen og dens tilblivelse, herunder om redegørelsen skulle have været udbudt efter EU's udbudsregler, og at foreningen derfor var klageberettiget efter Lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 1), hvorefter der er klageadgang for enhver, der har retlig interesse. Foreningen gjorde videre gældende, at den, såfremt de omhandlede tjenesteydelser var blevet udbudt efter EU's udbudsregler, ville have afgivet tilbud eventuelt i samarbejde med andre, og at foreningen i hvert fald på denne baggrund var klageberettiget efter lovens § 4, stk. 1, nr. 1).

Klagenævnet henviste til, at § 4, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud er udformet på baggrund af kontroldirektiverne 89/665 og 92/13. Klagenævnet henviste videre til, at der ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud er tillagt en række organisationer og myndigheder klageadgang, og at det herved er sikret, at der fra offentlige myndig-

heders side gennemføres et tilsyn med, at de offentlige udbydere overholder udbudsreglerne.

På denne baggrund fandt Klagenævnet, at klageadgang efter lovens § 4, stk. 1, nr. 1) alene tilkommer virksomheder, der som potentielle tilbudsgivere har en direkte økonomisk interesse i at få Klagenævnets stillingtagen til, om et arbejde skal udbydes eller skulle være udbudt efter EU's udbudsregler, eller om der ved et udbud er sket tilsidesættelse af disse regler, og i at få Klagenævnets reaktion på en eventuel tilsidesættelse af dem. Den klagende forenings mere generelle interesse i VVM-rapporten og dens tilblivelse indebar således ikke, at foreningen havde klageret efter lovens § 4, stk. 1, nr. 1). Da det endvidere ikke var oplyst, at foreningen drev erhvervsmæssig virksomhed med udarbejdelse af sagkyndige rapporter, havde Klagenævnet ikke lagt vægt på foreningens oplysning om, at den ville have afgivet tilbud på de omhandlede tjenesteydelser, hvis de var blevet udbudt i EU-udbud, og foreningen var derfor heller ikke med denne begrundelse klageberettiget i medfør af bestemmelsen.

Klagenævnet afviste herefter klagen.

## **22. januar 1998. Unitron Scandinavia A/S mfl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri**

*Danske Slagteriers indkøb af øremærker til svin ikke omfattet af indkøbsdirektivet. Forelæggelse for EF-domstolen af forståelsen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Nævnet ønskede ikke at beskæftige sig med et udbud, der ikke var foretaget som EU-udbud*

Ifølge et EU-direktiv skal svin øremærkes og registreres centralt. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Fødevareministeriet) har overladt administrationen af øremærkeudleveringen og registreringen til den private organisation Danske Slagterier. Danske Slagterier har endvidere efter Fødevareministeriets anmodning som et ikke EU-udbud udbudt leverancen af øremærker, og der er derefter valgt to leverandører. To forbige leverandører klagede til Klagenævnet og nedlagde påstand om, at Danske Slagteriers udbud af øremærkeleverancerne skulle være foretaget som EU-udbud, fordi Danske Slagterier måtte sidestilles med en offentlig udbyder i henseende til indkøbsdirektivet, subsidiært at Fødevareministeriet ved sin overladelse til Danske Slagterier af indkøbene af øremærker skulle have fulgt fremgangsmåden i indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Fødevareministeriet påstod frifindelse med begrundelse, at det var de enkelte svineproducenter og ikke Danske Slagterier, der var købere af øremærkerne.

Klagenævnet lagde efter sagens oplysninger til grund, at Danske Slagterier var køber af øremærkerne. Klagenævnet udtalte, at Fødevareministeriets overladelse til Danske Slagterier af ordningens administration med tilhørende køb af øremærker og registrering formentlig burde have været EU-udbudt som sådan, men at nævnet så væk fra dette spørgsmål, da der ikke var procederet om det. Klagenævnet kunne ikke tiltræde klagerens synspunkt om, at Danske Slagterier ganske måtte sidestilles med en offentlig udbyder i henseende til indkøbsdirektivet. Da rækkevidden af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, af forskellige grunde måtte anses for usikker, bestemte Klagenævnet imidlertid, at sagen skulle forelægges for EF-domstolen med spørgsmål om forståelse af denne bestemmelse.

Forelæggelsen for EF-domstolen er sket ved en særlig forelæggelseskendelse af 15. juli 1998, se nedenfor.

Klagerne havde under sagen yderligere gjort gældende, at EU's regler om administration af udbud og anvendelse af tildelingskriterier mv. ikke var blevet overholdt i forbindelse med det foretagne udbud. Klagenævnet tilkendegav imidlertid under den mundtlige forhandling, at nævnet ikke ønskede at beskæftige sig med disse spørgsmål, da de ikke havde selvstændig betydning ved siden af spørgsmålet, om der havde været pligt til EU-udbud, og klagerne tog denne tilkendegivelse til efterretning.

## **26. januar 1998. A/S Albertsen & Holm mod Københavns Belysningsvæsen**

*Forbehold gjorde et tilbud ukonditionsmæssigt. Tildelingskriterierne var ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og et kriterium om lokal erfaring stred mod ligebehandlingsprincippet*

Københavns Kommunes belysningsvæsen udbød i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet to entrepriser angående fjernvarmeledninger. I udbudsbetingelserne var oplyst en række forhold vedrørende de forventede ydelser, der ikke kunne angives kvantitetsmæssigt, men alene ønskedes tilbudt i form af enkeltpriser vedrørende hver enkelt ydelse. Det hed endvidere, at der ved vurderingen af de modtagne tilbud ville blive taget hensyn til, om de oplyste enhedspriser var rimelige i forhold til de ydelser, der skulle præsteres, og at der ville blive taget hensyn til blandt andet den tekniske assistance, som entreprenørerne tilbød at yde i forbindelse med opgavernes gennemførelse. Det blev desuden angivet, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive valgt ud fra foranstående kriterier, der ikke var prioriterede. Det anførtes i udbudsbetingelserne, at udbyderen skulle kunne forlange en opgave udført uden for normal arbejdstid og på lørdage samt søn- og helligdage, såfremt særlige forhold gjorde sig gældende. Udbyderen anså et tilbud fra klageren som ikke konditionsmæssigt som følge af, at klageren i tilbudet ud over et branchemæssigt standardforbehold havde henvist til fastpriscirkulæret (Bygge- og boligstyrelsens cirkulære om pris og tid for statslige bygge- og anlægsarbejder) og til, at priserne i tilbudet var gældende for arbejder inden for normal arbejdstid.

Klagenævnet fandt, at klagerens tilbud som følge af de tagne forbehold - bortset fra det branchemæssige standardforbehold, der måtte anses accepteret i udbudsbetingelserne - med føje var afvist som ukonditionsmæssigt. Klagenævnet statuerede imidlertid, at de af udbyderen anvendte tildelingskriterier ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at en betingelse om »erfaring til miljø og arbejdsmæssige forhold ved arbejde i København« var en krænkelse af kravet om ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Nævnet pålagde herefter udbyderen at foretage nyt udbud ved udløbet af de indgåede kontrakter.

## **25. februar 1998. Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune**

*Beslutning om at færdigbehandle en sag, selv om klageren havde tilbagekaldt den*

Konkurrencestyrelsen, der har klageadgang i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede over en kommunes varetagelse af et verserende udbud vedrørende dagrenovation og nedlagde herunder påstand om, at Klagenævnet skulle pålægge kommunen at se bort fra et til-

bud fra Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune (GR). Konkurrencestyrelsen angav, at kommunen ved udformningen af udbudsbetingelserne havde modtaget bistand fra GR i et sådant omfang, at der var sket en forrykkelse af GR's konkurrencemæssige stilling i forhold til de andre tilbudsgivere.

På et tidspunkt efter klagens indgivelse besluttede kommunen at indgå kontrakt med en af de andre tilbudsgivere. Konkurrencestyrelsen tilbagemandede herefter klagen med begrundelse, at resultatet af kommunens overvejelser var at sidestille med, at kommunen havde valgt at se bort fra GR's tilbud, og at GR's mulige konkurrencemæssige fordel således ikke havde haft afgørende indflydelse på udfaldet af udbudsforretningen.

Kommunen anmodede imidlertid Klagenævnet om at færdigbehandle sagen og henviste bl.a. til, at Konkurrencestyrelsen havde beskyldt kommunen for at varetage usaglige hensyn, at der havde været presseopmærksomhed om sagen, og at det var uacceptabelt, hvis andre fik indtryk af, at kommunen havde bøjet sig. Konkurrencestyrelsen protesterede mod sagens færdigbehandling og gjorde gældende, at Klagenævnet ikke var kompetent til at behandle sagen, efter at Konkurrencestyrelsen havde tilbagekaldt den.

Klagenævnet udtalte, at når en klager tilbagekalder en sag for Klagenævnet, vil baggrunden i praksis være, at udbyderen har rettet den eller de fejl, som klagen vedrører, eller at klageren er kommet til det resultat, at udbyderen ikke har overtrådt udbudsreglerne. Hvis en klager imidlertid tilbagekalder klagen i en situation, hvor der stadig er uenighed mellem klageren og udbyderen, om udbyderen har handlet i strid med EU's udbudsregler, og hvis udbyderen derefter fremsætter anmodning om, at Klagenævnet skal tage stilling til, om der er sket overtrædelse af disse regler, vil det kunne indebære en tilsidesættelse af hensynet til udbyderens velbegrundede interesse, hvis Klagenævnet undlader at færdigbehandle sagen. Klagenævnet udtalte videre, at Lov om Klagenævnet for Udbud ikke giver grundlag for at antage, at Klagenævnet er afskåret fra at færdigbehandle en sag under disse omstændigheder. Klagenævnet henviste desuden til, at nævnet ved indgivelsen af en klage fra en klageberettiget offentlig myndighed træder i funktion som et forvaltningsretligt specialtilsyn, og at der ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud er grundlag for at antage, at den offentlige myndighed f. eks. ved at tilbagekalde klagen skulle kunne hindre Klagenævnet i at afslutte sin opgave som specialtilsyn.

På denne baggrund besluttede Klagenævnet at færdigbehandle sagen.

Klagenævnets afgørelse i klagesagen blev herefter truffet ved kendelse af 17. marts 1998, se nedenfor.

### **9. marts 1998. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Ledøje-Smørum Kommune**

*Stillingtagen til en lang række spørgsmål i forbindelse med projektkonkurrencer. Nogle spørgsmål taget op ex officio*

En kommune udbød som projektkonkurrence i henhold til tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 totalrådgivning vedrørende arkitekt-, ingeniør- og landskabsarkitektydelsen ved opførelse af et bibliotek/kulturhus. Efter udbudsbekendtgørelsen skulle prækvalifikationen for hver tilbudsgiver omfatte prækvalifikation af et ingeniørfirma, prækvalifikation af et ar-

kitektfirma og prækvalifikation af et landskabsarkitektfirma. Foreningen af Rådgivende Ingeniører klagede over en række forhold i forbindelse med udbudet (punkterne 1-5 nedenfor). Klagenævnet tog i sin kendelse stilling til klagen og til en række yderligere forhold, som Klagenævnet tog op ex officio (punkterne 6-8 nedenfor).

Klagenævnet statuerede herefter:

1) Kommunen havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivet ved ikke i forbindelse med prækvalifikationen at foretage nogen vurdering af de ingeniørfirmaer, som anmodede om prækvalifikation, jf. princippet i direktivets artikel 27, stk. 1 (om foretagelse af prækvalifikation).

2) Kommunen havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet ved at tage et tilbud i betragtning, selv om det var afgivet af en tilbudsgiver, hvis ingeniørfirma ikke var prækvalificeret, idet der efter prækvalifikationen af den pågældende tilbudsgiver var indtrådt et nyt ingeniørfirma.

3) Kommunen havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6 (om sammensætning af dommerkomitéen ved projektkonkurrencer) ved, at kun to af dommerkomitéens medlemmer havde samme faglige kvalifikationer som tilbudsgiverne.

4) Da der for hver tilbudsgiver skulle prækvalificeres et ingeniørfirma, havde kommunen overtrådt tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6, ved, at intet medlem af dommerkomiteen var ingeniør.

5) Kommunen havde overtrådt direktivets artikel 13, stk. 6, jf. bestemmelsens henvisning til artikel 15, stk. 3, ved, at udbudsbekendtgørelsen ikke indeholdt angivelse af de udvælgelseskriterier, der ville blive anvendt.

6) Som følge af, at det var kommunens hensigt at prækvalificere nøjagtig fem tilbudsgivere, havde kommunen overtrådt tjenesteydelsesdirektivet ved at angive i udbudsbekendtgørelsen, at der ville blive prækvalificeret minimum fem tilbudsgivere.

7) En udbyder, der i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen har prækvalificeret fem tilbudsgivere, kan ikke frit senere prækvalificere en yderligere tilbudsgiver, når en af de prækvalificerede ikke vil indgive projektforslag. I den foreliggende situation, hvor meddelelsen fra en prækvalificeret om, at man ikke ville indgive projektforslag, blev modtaget i så god tid inden udløbet af fristen for projektforslag, at der ikke var behov for at forlænge fristen, havde udbyderen ikke handlet i strid med EU's udbudsregler ved at prækvalificere en yderligere tilbudsgiver, således at antallet af tilbudsgivere fastsat i udbudsbekendtgørelsen stadig kunne overholdes.

8) Kommunen havde overtrådt EU's udbudsregler ved ikke utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen at tilkendegive, om man ville være forpligtet til at indgå en tjenesteydelsesaftale med vinderen af projektkonkurrencen. Klagenævnet gav i forbindelse hermed en redegørelse for direktivets regler om projektkonkurrencer og de udbudsretlige konsekvenser af en tilkendegivelse fra udbyder som omtalt.

### **17. marts 1998. Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune**

*Den aktuelle leverandør blev ikke afskåret fra at give tilbud ved at give oplysninger til brug for udbudet. Ikke opsættende virkning*

En kommune, som skulle udbyde affaldsbortskaffelsen i kommunen, lod en teknisk rådgiver udarbejde udbudsbetingelserne, og den tekniske rådgiver tilvejebragte i vidt omfang de nødvendige oplysninger hos den

virksomhed, der aktuelt udførte opgaven, dvs. Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune (GR), som havde udført opgaven siden 1947. Kommunen udbød herefter opgaven i begrænset udbud efter tjenesteydelsesdirektivet og prækvalificerede fem virksomheder. Fire virksomheder, herunder GR, indgav tilbud. Konkurrencestyrelsen klagede derefter til Klagenævnet og gjorde gældende, at kommunen havde modtaget bistand fra GR i et sådant omfang, at der var sket forrykkelse af GR's konkurrencemæssige stilling, og at kommunen ikke måtte tage GR's tilbud i betragtning. Konkurrencestyrelsens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge. På et tidspunkt tilbagekaldte Konkurrencestyrelsen klagen, fordi kommunen havde besluttet at indgå aftale med en anden tilbudsgiver end GR. Klagenævnet besluttede imidlertid i kendelse af 25. februar 1998 at færdigbehandle sagen, se ovenfor.

Klagenævnet udtalte i sin afgørelse, at den tekniske rådgivers indhentelse af oplysninger hos GR før udarbejdelsen af udbudsbetingelserne ikke gav grundlag for at antage, at rådgiveren havde tilsigtet andet end at fremskaffe de nødvendige oplysninger. Nævnet henviste til, at kommunen havde ønsket at udbyde en ydelse, der i væsentligt omfang svarede til den hidtidige ydelse, hvilket kommunen var berettiget til, og at rådgiveren herefter ikke havde haft andre muligheder for at fremskaffe de nødvendige oplysninger end at få dem fra det aktuelle renholdningsfirma. Der var ikke grundlag for at antage, at rådgiveren havde modtaget andre oplysninger om den aktuelle renovationsordning, end hvad der havde betydning for udarbejdelsen af udbudsbetingelserne. At GR havde givet rådgiveren alle oplysninger om den aktuelle renovationsordning, hvilket GR måtte antages at være forpligtet til, kunne herefter ikke indebære en sådan fordel for GR under det efterfølgende udbud, at kommunen under dette var berettiget og forpligtet til ikke at tage GR's tilbud i betragtning.

Klagenævnet udtalte videre, at en bestemmelse i udbudsbetingelserne om at der skulle sikres et serviceniveau mindst svarende til det nuværende, var uhensigtsmæssig. Nævnet henviste imidlertid til, at kommunen inden tilbudsfristens udløb nåede at udsende et tillæg med præcisering af udbudsbetingelsernes krav til serviceniveauet, og der var ikke grundlag for at gå ud fra, at der ved tillæggets udsendelse var sket overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, ligesom der heller ikke var sket overtrædelse af tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 3, om at tilbudsfristen ved begrænset udbud skal være mindst 40 dage. Klagenævnet havde endvidere ikke ved sin gennemgang af udbudsbetingelserne fundet noget, der tydede på, at kommunen havde tilsigtet at give GR en fordel.

Klagenævnet konkluderede herefter, at kommunen ville have handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets ligebehandlingsprincip, hvis den havde undladt at tage GR's tilbud i betragtning.

**27. april 1998. Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik**  
*Om klageret for de brancheforeninger, der er medlemmer af Det Danske Handelskammer*

En brancheforening, der er medlem af Det Danske Handelskammer, klagede til Klagenævnet over et udbud, og Det Danske Handelskammer indtrådte under sagens forberedelse som klager i stedet for brancheforeningen. Klagenævnet udtalte: Det Danske Handelskammer er klageberettiget i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. De bran-

cheforeninger, der er medlemmer af Det Danske Handelskammer, har ikke en selvstændig klageadgang alene som følge af dette medlemskab. I det foreliggende tilfælde, hvor Det Danske Handelskammer var indtrådt som klager i stedet for den klagende brancheforening, havde brancheforeningen ikke retlig interesse i at opnå Klagenævnets stilling til, om den havde selvstændig klageadgang i medfør af § 4, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud (om klageadgang for enhver, der har retlig interesse i at klage).

### **8. juni 1998. L.R. Service Aps mod Skovbo Kommune**

*Klageadgang. Kommunal rengøring var omfattet af udbudspligten efter tjenesteydelsesdirektivet. Sagsomkostninger*

En kommune indgik i 1993 kontrakt med et rengøringsfirma om rengøring af et antal lokaler og institutioner. Kontrakten udløb 31. juli 1997, idet der dog i kontrakten var åbnet mulighed for, at en fortsættelse kunne aftales. I juli 1997 indgik kommunen en ny rengøringskontrakt med samme rengøringsfirma, og rengøringsfirmaets vederlag oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Et rengørings- og konsulentfirma klagede til Klagenævnet med påstand om, at nævnet skulle fastslå, at der skulle have været foretaget EU-udbud med hensyn til den nye kontrakt. Klageren nedlagde desuden påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at kommunen skulle have foretaget EU-udbud vedrørende rengøringen af en børnehave, der var åbnet i oktober 1996. Klagerens interesse i sagen var at komme til at udføre konsulentvirksomhed med hensyn til EU-udbud af rengøring, og klageren var ikke interesseret i selv at afgive tilbud på rengøring. Kommunen gjorde bl.a. gældende, at klageren ikke var klageberettiget.

Klagenævnet henviste til, at klageren drev virksomhed med rengøring og derfor var potentiel tilbudsgiver med hensyn hertil. Klageren havde allerede derfor retlig interesse i at kunne klage til Klagenævnet over manglende EU-udbud af rengøring og var herefter klageberettiget i medfør af § 4, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter der er klageadgang for enhver, der har retlig interesse i at klage. Klagenævnet tog ikke herved stilling til, om klageren ville have været klageberettiget, hvis man alene havde drevet konsulentvirksomheden.

Klagenævnet henviste videre til, at rengøringskontrakten fra 1993 var udløbet, og at kontrakten af juli 1997 derfor ikke kunne anses som en fortsættelse af kontrakten fra 1993. Det var uden betydning, at kontrakten fra 1993 åbnede mulighed for, at en forlængelse kunne aftales. Kommunen havde derfor haft pligt til at udbyde den rengøring, som kontrakten fra 1997 angik, i EU-udbud. Klagenævnet fandt ikke anledning til at annullere kommunens beslutning om at indgå kontrakten fra 1997, da klageren ikke havde nedlagt påstand herom, og da kommunen havde tilkendegivet, at den ville gennemføre et EU-udbud efter kontraktperiodens udløb i år 2000. (Dissens for at annullere kommunens beslutning om at indgå kontrakten fra 1997 med henvisning, at det manglende EU-udbud var en alvorlig fejl.)

Klagenævnet fandt ikke anledning til at beskæftige sig med rengøringen af den omtalte børnehave, allerede fordi rengøringen af den var omfattet af kontrakten fra 1997.

Klagenævnet pålagde ikke kommunen at betale sagsomkostninger til klageren, idet klagerens eventuelle udgift i anledning af sagen for Klage-

nævnet måtte anses for en markedsføringsudgift set i relation til firmaets konsulentvirksomhed.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

**1. juli 1998. Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt**

*En virksomhed, der havde udarbejdet en funktionsanalyse, var ikke afskåret fra at give tilbud. Opsættende virkning*

Et arkitektfirma udarbejdede for et amt en funktionsanalyse vedrørende et sygehus' bygninger, og amtet foretog på grundlag af analysen i medfør af tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 begrænset udbud af en projektkonkurrence angående totalrådgivning for en ombygning og udvidelse af sygehuset. Amtet tilkendegav over for det arkitektfirma, der havde udarbejdet funktionsanalysen, at det ikke kunne prækvalificeres. Arkitektfirmaet klagede til Klagenævnet herover, og Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte, at der efter en konkret bedømmelse af klagerens involvering i rådgivningen til amtet ikke var grundlag for at antage, at klageren var afskåret fra at blive prækvalificeret. Klagenævnet lagde i den forbindelse afgørende vægt på, at klageren på intet tidspunkt under sagsforløbet havde udarbejdet materiale, der kunne betegnes som et projekt, og at de økonomiske overslag, der forelå fra klagerens side, alene kunne betegnes som rent foreløbige. Den aktivitet, klageren i øvrigt havde udøvet som bistand til og i samarbejde med andre rådgivere forud for prækvalifikationen, måtte i det hele betegnes som en behovsanalyse til brug for de politiske beslutningstagere om, hvorvidt en udvidelse af sygehuset skulle foretages, således at de økonomiske konsekvenser af eventuelle beslutninger kunne belyses.

Nævnet fandt anledning til ex officio at bemærke, at der forelå uoverensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne.

**2. juli 1998. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Københavns Lufthavne A/S**

*Udbyder var uberettiget til at fravige en rammeaftale. Generelle bemærkninger ex officio om rammeaftaler*

Københavns Lufthavne A/S udbød som begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en række rådgivende ingeniørarbejder. Ifølge udbudsbetingelserne skulle der indgås rammeaftaler om ydelserne, og udbudsbetingelserne indeholdt en standardrammeaftale samt en standarddelaftale, dvs. en model til de delaftaler, der på grundlag af rammeaftalerne senere skulle indgås om de enkelte arbejder. Udbyderen prækvalificerede 15 ingeniørvirksomheder og indgik rammeaftale med dem alle. I den omtalte standarddelaftale i udbudsbetingelserne var ingeniørfirmaets ansvar for fejl begrænset på nærmere angiven måde. Udbyderen indgik på grundlag af rammeaftalerne delaftaler med 13 af ingeniørfirmaerne. På et tidspunkt besluttede udbyderen, at der ikke skulle være ansvarsbegrænsninger i udbyderens fremtidige rådgiverkontrakter, og udbyderen indgik derefter to yderligere delaftaler med to af de 13 ingeniørfirmaer. Disse delaftaler indeholdt bestemmelser om ubegrænset hæftelse for ingeniørfirmaet. Foreningen af Rådgivende Ingeniører klagede herover.

Klagenævnet udtalte, at bestemmelserne om ingeniørfirmaernes erstatningsansvar i de omtalte nye delaftaler afveg så meget fra de tilsvarende bestemmelser i standarddelaftalen i rammeaftalen med de to ingeniørfirmaer, at udbyderen ikke havde kunnet indgå disse delaftaler på grundlag af rammeaftalen. Ved at indgå de nye delaftaler havde udbyderen derfor handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 5, stk. 2, jf. artikel 20, stk. 2, i), sammenholdt med artikel 20, stk. 1 (om rammeaftaler).

Klagenævnet udtalte endvidere ex officio: Der hersker betydelig usikkerhed med hensyn til, om forsyningsvirksomhedsdirektivets regler om rammeaftaler alene giver en udbyder mulighed for at indgå én rammeaftale for hver udbudt tjenesteydelse, om udbyderen afhængig af omfanget af den udbudte tjenesteydelse kan indgå rammeaftaler med flere tilbudsgivere, eller om udbyderen efter eget ønske kan indgå rammeaftale med mange tilbudsgivere vedrørende en tjenesteydelse. Efter indholdet af og formålet med reglerne om rammeaftaler i forsyningsvirksomhedsdirektivet var det i strid med direktivet, at udbyderen havde indgået rammeaftale med 15 ingeniørfirmaer om samme tjenesteydelse. Nævnet fandt ikke anledning til under sagen at tage stilling til, om der generelt eller under visse omstændigheder kan indgås mere end én rammeaftale.

### **3. juli 1998. Nybus A/S mfl. mod Storstrøms Trafikselskab**

*Udbud af buskørsel i »pakker« var ikke i strid med udbudsreglerne. Delvis annullation af udbudet var sagligt begrundet. Nogle bemærkninger i et tilbud var ikke forbehold. Ikke opsættende virkning*

Et fælleskommunalt trafikselskab udbød som offentligt udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet ca. halvdelen af amtets rutekørsel med bus. Som tildelingskriterium var angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en række delkriterier, der var nævnt i ikke prioriteret rækkefølge. Kørslen blev i udbudet opdelt i 17 såkaldte »pakker«. Det anførtes i udbudsbetingelserne, at der kunne gives tilbud på en enkelt pakke eller kombinationer af pakker, og at der kunne afgives alternative tilbud baseret på nærmere angivne forhold. Det anførtes videre, at udbyderen forbeholdt sig ret til at indgå aftale på grundlag af de kombinationer af pakker, som udbyderen fandt økonomisk mest fordelagtige, og til at annullere udbudet helt eller delvis og foretage nyt udbud helt eller delvis. Der indkom tilbud fra 15 tilbudsgivere. Udbyderen indgik kontrakter med tre tilbudsgivere om forskellige pakker. Udbyderen besluttede endvidere at annullere udbudet vedrørende to pakker og at gennemføre et nyt udbud med hensyn til dem.

Seks af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagernes begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbudsbetingelsernes opdeling i pakker gjorde det umuligt at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud på en objektiv og gennemskuelig måde: Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at det havde været hensigtsmæssigt at optimere konkurrencen ved at opdele udbudet i pakker og give tilbudsgiverne mulighed for at afgive tilbud på en eller flere pakker m.m., og at den anvendte fremgangsmåde med hensyn til afgivelse af tilbud, vurdering af tilbud og indgåelse af kontrakt ikke var

i strid med EU's udbudsregler. Tildelingskriterierne var ikke uegnede ved et udbud tilrettelagt som sket eller i strid med EU's udbudsregler.

2) Klage over udbyderens annullation af udbudet vedrørende to pakker med henvisning til, at denne annullation var usaglig og dermed uberettiget: Ikke taget til følge. Henvist til, at annullationen kun omfattede en begrænset del af det udbudte, og til, at udbyderen som følge af indholdet af nogle tilbud havde haft behov for annullationen. Klagenævnet havde endvidere efter en gennemgang af udbyderens vurdering af tilbudene ikke fundet grundlag for at antage, at udbyderen ikke havde foretaget en objektiv vurdering i overensstemmelse med tildelingskriterierne. Annullationen var således sagligt begrundet.

3) Klage over, at udbyderen i udbudet havde fastsat, at muligheden for at annullere udbudet delvist og foretage nyt udbud kunne tages i betragtning ved vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud: Ikke taget til følge. Henvist til, at når et udbud er tilrettelagt som sket, kan det forekomme, at udbyderen på grundlag af tilbudskriterierne vurderer et tilbud eller en kombination af tilbud, der ikke omfatter alle pakkerne, som den økonomisk mest fordelagtige løsning. Udbyderen må herefter vurdere, om dette tillige udgør en saglig begrundelse for at annullere den øvrige del af den udbudte kørsel. Efter det oplyste havde udbyderen fulgt denne fremgangsmåde.

4) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, uagtet det indeholdt et forbehold om, at ikke alle de tilbudte nye busser kunne være klar på tidspunktet for kontraktens ikrafttræden, og fordi udbyderen ikke havde prissat forbeholdet: Ikke taget til følge. Udtalt, at den pågældende tilbudsgiver ikke havde taget forbehold, men blot havde tilkendegivet, at det af nærmere angivne grunde ville være usikkert, om alle de nye busser, som tilbudsgiveren i givet fald skulle købe, kunne være leveret til kontraktstart, at der derfor eventuelt i en overgangsperiode ville blive indsat brugte busser, og at nogle af udbudsbetingelsernes krav ikke ville være opfyldt vedrørende disse busser. Endvidere henvist til, at oplysningen var givet på baggrund af det almindeligt kendte forhold, at en tilbudsgiver i forbindelse med et tilbud som det foretagne ikke køber nye busser, før udbyderen har besluttet, at tilbudsgiveren skal have kontrakten.

5) Klage over, at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde anført, at der i en overgangsperiode accepteredes fravigelser fra udbudsbetingelsernes krav til busser, jf. punkt 4: Ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at der var tale om praktiske problemer, som er almindeligt kendt blandt professionelle tilbudsgivere og udbydere inden for området.

Klagerne fik således ikke medhold i nogen dele af klagen.

## **15. juli 1998. Unitron Scandinavia A/S mfl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri**

*Kendelse gående ud på forelæggelse af nogle spørgsmål for EF-Domstolen*

Om det spørgsmål, der forelagdes for EF-domstolen, henvises til resuméet ovenfor af Klagenævnets kendelse af 22. januar 1998 i samme sag. Forelæggelseskendelsen indeholdt en redegørelse for spørgsmålet og indeholdt i øvrigt bl.a. en redegørelse for Klagenævnets sammensætning og virksomhed og en begrundelse for, at Klagenævnet anser sig kompetent til at stille spørgsmål til Domstolen i medfør af Traktatens artikel 177.

### **31. august 1998. Miri Stål A/S mod Ringsted Kommune**

*Bestemmelser i udbudsbetingelserne måtte forstås som mindstekrav. Alternativt tilbud kan tages i betragtning, selvom hovedtilbudet ikke er konditionsmæssigt. Manglende udfyldelse af tilbudsblanket var ikke tilsidesættelse af en grundlæggende udbudsbetingelse*

En kommune udbød som offentligt udbud i henhold til indkøbsdirektivets leverance af ca. 12.000 affaldsbeholdere og indgik derefter kontrakter med 2 af tilbudsgiverne. En forbigået tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at udbyderen havde taget et af de valgte tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldt udbudsbetingelsernes krav om, at indsamling af flasker ikke måtte ske ved anvendelse af sække: Ikke taget til følge, idet Klagenævnet efter sagens oplysninger lagde til grund, at de pågældende affaldsbeholdere ikke skulle forsynes med sække til brug for indsamling af flasker.

Klage over, at udbyderen havde taget et alternativt tilbud fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldt udbudsbetingelsernes krav på en række nærmere angivne punkter: Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at der efter udbudsbetingelserne kunne afgives alternative tilbud, og at en række bestemmelser i udbudsbetingelserne måtte antages at være fastsat som mindstekrav, jf. indkøbsdirektivets artikel 16, stk. 1, (om mindstekrav ved alternative tilbud) og af tilbudsgiverne måtte forstås sådan. Klagenævnet foretog herefter en detaljeret gennemgang af det omhandlede tilbud og konkluderede, at det opfyldt udbudsbetingelsernes mindstekrav. Klagenævnet bemærkede, at det følger af EU-reglerne, at et alternativt tilbud kan tages i betragtning, hvis det er konditionsmæssigt, og at det således ikke er en betingelse, at også hovedtilbudet er konditionsmæssigt.

Klage over, at udbyderen havde taget et af de valgte tilbud i betragtning, selvom det ikke opfyldt et krav i udbudsbetingelserne om, at tilbudet skulle afgives på tilbudslisten (dvs. en tilbudsblanket i udbudsbetingelserne): Ikke taget til følge. Henvist til, at Klagenævnet havde gennemgået en tilbudsliste, der var en del af det pågældende tilbud og sammenholdt den med indholdet af tilbudslisten i udbudsbetingelserne, og at nævnet herefter havde konstateret, at tilbudsgiverens manglende udfyldelse af udbyderen tilbudsliste ikke var tilsidesættelse af en grundlæggende udbudsbetingelse.

### **14. september 1998. Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik**

*Kriterier for prækvalifikation og tildeling var ulovlige. Mindstekrav var ikke angivet tilstrækkeligt præcist. Tildelingskriterier skal have til formål og være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud*

En offentlig myndighed udbød som begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet tjenesteydelsen planlægning og implementering af Det Centrale Virksomhedsregister. Der indkom tilbud fra 3 prækvalificerede, og udbyderen indgik på et tidspunkt kontrakt med en af disse. En brancheforening, der er medlem af Det Danske Handelskammer, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Det Danske Handelskammer indtrådte på et tidspunkt som klager i stedet for den oprindelige klager, jf. herom Klagenavnets kendelse af 27. april 1998.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at udbyderen havde anvendt kriteriet »tid« som et af kriterierne for prækvalifikationen: Taget til følge med bemærkning, at dette kriterium ikke kan anvendes som kriterium i forbindelse med en prækvalifikation, og at udbyderen derfor havde handlet i strid med EU's udbudsregler ved at anvende det.

Klage over udbyderens anvendelse af kriteriet »kvalitet« ved prækvalifikationen, efter udbyderens oplysning anvendt i betydningen »kvalitets sikring«: Taget til følge med bemærkning, at kriteriet »kvalitets sikring« er et lovligt kriterium ved en prækvalifikation, jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 32, stk. 2, f), 1. led, og at udbyderen havde handlet i strid med EU-reglerne ved ikke at angive dette kriterium på en klar og utvetydig måde.

Klage over udbyderens anvendelse af kriteriet »profiler af medarbejdere« ved prækvalifikationen: Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at antage, at kriteriet havde været anvendt på en ukorrekt måde.

Klage over, at udbudsbetingelserne gav tilbudsgiverne mulighed for med visse undtagelser at tage forbehold over for alle bestemmelser i udbudsbetingelserne: Taget til følge med bemærkning, at udbudsbetingelserne ikke på tilstrækkelig klar og utvetydig måde angav de mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde.

Klage over, at udbyderen havde anvendt nogle nærmere angivne tildelingskriterier på ukorrekt måde: Klagenævnet udtalte bl.a., at et tildelingskriterium er lovligt, hvis det har til formål og er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at kravene til udformningen af tildelingskriterierne skærpes, når ydelsen er kompliceret og udbudsbetingelserne, herunder mindstekravene, ikke er meget detaljerede. Tildelingskriteriet »tidsplan« var ikke entydigt og var i betydningen mellemfrister ikke ved det aktuelle udbud egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og udbyderen havde derfor handlet i strid med EU's udbudsregler ved at fastsætte dette tildelingskriterium. Tildelingskriteriet »Den samlede tilbudte løsnings kvalitet« var uanvendeligt bl.a. under hensyn til, at tilbudene skulle opfylde visse mindstekrav, og udbyderen havde handlet i strid med EU's udbudsregler ved at fastsætte dette tildelingskriterium. Tildelingskriteriet »Kontraktsvilkår« var så upræcist, at det var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og udbyderen havde derfor handlet i strid med EU's udbudsregler ved at fastsætte dette tildelingskriterium. Herved henvist til, at udbudsbetingelsernes mindstekrav var meget lidt detaljerede, og at der ikke var fastsat mindstekrav vedrørende kontraktsvilkårene.

Klage over, at den indgåede kontrakt på en række nærmere angivne punkter adskilte sig fra et udkast til kontrakt i udbudsbetingelserne: Klagenævnet havde ikke anledning til at tage stilling til dette klagepunkt som følge af, at nævnet havde fastslået, at udbyderen ikke havde fastsat mindstekravene tilstrækkeligt præcist.

En påstand fra klageren om annullation af den indgåede kontrakt blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at klagen først var indgivet mere end et halvt år efter, at det stod klart, at udbudsbetingelserne var i strid med tjenesteydelsesdirektivet, således at Klagenævnet ikke på et tidligt tidspunkt havde fået mulighed for at træffe beslutning om opsættende virkning. Også henvist til, at påstanden om annullation af kontrakten først

var nedlagt nogle måneder efter klagen til Klagenævnet, og til, at en del af klagepunkterne først var blevet præciseret under den mundtlige forhandling for Klagenævnet og i øvrigt i vidt omfang på nævnets foranledning.

### **18. september 1998. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Frederiksberg Kommune**

*Indhentelse af internt kontroltilbud er ikke i strid med EU's udbudsregler. Forståelsen af tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet en opgave med udarbejdelse af tilstandsvurderinger og vedligeholdelsesplaner for en del af kommunens ejendomme. Tildelingskriterium var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbekendtgørelsen forbeholdt sig kommunen at udforme et såkaldt kontroltilbud, dvs. et tilbud fra en afdeling i kommunen, og at annullere udbudet, hvis kontroltilbudet viste, at en sådan annullation var mest fordelagtig. Dette var i overensstemmelse med Finansministeriets retningslinjer for statslige udbud, jf. § 4 i Finansministeriets cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994.

Der prækvalificeredes 5 virksomheder, der alle afgav tilbud. Desuden afgav kommunens arkitekt- og ingeniøraftdeling et kontroltilbud. Dette var lavere end de øvrige tilbud.

En ingeniørorganisation klagede til Klagenævnet over, at kommunen havde forbeholdt sig ret til at indhente et kontroltilbud. Ingeniørorganisationen henviste herved til nogle udtalelser fra Bolig- og Byministeriet, hvorefter indhentelsen af kontroltilbud antagelig var i strid med tjenesteydelsesdirektivet, og hvorefter det var tvivlsomt, om udbudet sagligt kunne annulleres med den begrundelse, at kontroltilbudet var økonomisk mest fordelagtigt. Det fremgik, at kommunen efter ingeniørorganisationens opfattelse ville pådrage sig erstatningsansvar over for tilbudsgiverne ved at annullere udbudet. Ingeniørorganisationen klagede også over nogle forhold vedrørende de prækvalificeredes mulighed for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne.

Med hensyn til kontroltilbudet udtalte Klagenævnet: Et kontroltilbud er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men er blot en teknik for udbyderens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at udlicitere den pågældende opgave. En udbyder må endvidere kunne annullere et udbud med henvisning til, at et kontroltilbud har vist sig bedre end de eksterne tilbud, idet det som almindelig regel må stå en udbyder frit for at opgive sin kontraheringshensigt og annullere et udbud, hvis udbyderen ikke finder de indkomne tilbud tilfredsstillende. Det er herefter ikke en overtrædelse af EU's udbudsregler, at en udbyder lader sin organisation udarbejde et kontroltilbud. Klagenævnet henviste til, at det anførte var i overensstemmelse med opfattelsen hos Kommissionen, jf. dennes udtalelse af 1. juli 1997 i EF-tidende C 45/2 af 10. februar 1998. Klagenævnet bemærkede videre, at det hører under domstolene, om en udbyder, der annullerer et udbud med henvisning til et kontroltilbud, derved kan blive erstatningsansvarlig over for de eksterne tilbudsgivere i visse tilfælde, fx hvis udbyderen fra begyndelsen ikke reelt har regnet med at skulle vælge en ekstern tilbudsgiver.

Med hensyn til klagen i øvrigt udtalte Klagenævnet: Det var uheldigt, at en tilkendegivelse fra kommunens tekniske rådgiver kunne forstås sådan, at spørgsmål til udbudsbetingelserne skulle være modtaget ca. en

måned før tilbudsfristens udløb. Det var ligeledes uheldigt, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at spørgsmål skulle stilles senest 10 arbejdsdage før tilbudsdagen. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6, (om udbyderens pligt til at give yderligere oplysninger efter anmodning senest 6 dage før budenes åbning) må antages at indeholde en forudsætning om, at der efter omstændighederne kan stilles spørgsmål til udbudsbetingelser helt op til 6 dage før tilbudsfristens udløb. Bestemmelsens frist på 6 dage må endvidere antages at angå 6 kalenderdage og ikke 6 arbejdsdage, jf. artikel 3, stk. 3, i Rådets forordning 1182/77. Der var dog ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at de nævnte forhold var en overtrædelse af direktivets artikel 19, stk. 6, idet der til dels syntes at have været tale om en sprogligt uheldig formulering, og idet artikel 19, stk. 6, efter det foreliggende var blevet overholdt.

Klagen blev således ikke taget til følge.

### **21. september 1998. Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Miljøteam Århus**

*En selvejende virksomhed, der forestod indsamling af husholdningsaffald i en kommune, var omfattet af indkøbsdirektivet*

En virksomhed klagede over, at Miljøteam Århus, der forestår indsamlingen af husholdningsaffald i Århus Kommune, ikke havde foretaget EU-udbud af nogle indkøb af affaldsbeholdere. Miljøteam Århus påstod klagen afvist med henvisning til, at man ikke var omfattet af EU's udbudsregler, og gjorde herved gældende, at Miljøteam Århus ikke er et offentligt organ, jf. indkøbsdirektivets artikel 1, b).

Af sagens oplysninger fremgik: Miljøteam Århus er en selvejende virksomhed, der ledes af et repræsentantskab på 15 medlemmer, hvoraf Århus Kommune vælger 3 og forskellige grundejer- og lejerforeninger de resterende 12. Miljøteam Århus udøver sin virksomhed i henhold til en overenskomst med Århus Kommune, hvorefter Miljøteam Århus har eneret til afhentning af husaffald i Århus Kommune, således at Miljøteam Århus i princippet modtager alle de renovationsafgifter, som Århus Kommune opkræver hos brugerne. Miljøteam Århus' indtægter består så godt som udelukkende af disse renovationsafgifter. Der tilstræbes ikke et overskud for Miljøteam Århus, og Miljøteam Århus' budgetter skal godkendes af Århus Kommune.

Klagenævnet udtalte, at efter det, der var oplyst Miljøteam Århus' opbygning, formål og virksomhed, var Miljøteam Århus omfattet af indkøbsdirektivet for så vidt angår spørgsmålet om indkøb af materiel mv. til opfyldelse af de opgaver, som Miljøteam Århus enten havde påtaget sig eller måtte være pålagt. Afvisningspåstanden toges herefter ikke til følge.

Klagenævnets realitetsafgørelse vedrørende klagen blev truffet ved kendelse af 9. juni 1999.

**28. september 1998. Humus/Genplast ved Hans Jørgen Rasmussen mod Esbjerg Kommune**

*Forbigået tilbudsgiver havde retlig interesse. Klageadgang var ikke afskåret ved passivitet eller manglende overholdelse af frist for processkrift. Udbyders manglende oplysning om dispensation fra Arbejdstilsynet var i strid med de EU-retlige krav til beskrivelse af det udbudte*

En kommune udbød som offentligt udbud i henhold til indkøbsdirektivet indkøb af et antal affaldsbeholdere. Som tildelingskriterium blev angivet det mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle nærmere angivne delkriterier. Det anførtes i udbudsbetingelserne, at alle gældende forskrifter fra Arbejdstilsynet skulle overholdes.

Endvidere angav udbudsbetingelserne, at der ønskedes tilbud på affaldsbeholdere både med og uden lodrette håndtag. Baggrunden for dette var, at udbyderens tekniske rådgiver ved henvendelser til Arbejdstilsynet havde konstateret, at der muligvis kunne opnås dispensation fra et generelt krav fra Arbejdstilsynet om, at affaldsbeholdere skal have lodrette håndtag, men at man ikke havde ønsket at lade udbudet afvente en dispensationssag.

Knap en måned efter udfærdigelsen af udbudsbetingelserne og ca. 3 uger før tilbudsfristens udløb søgte kommunens tekniske rådgiver Arbejdstilsynet om dispensation fra kravet om lodrette håndtag. Denne dispensation blev meddelt ca. en uge før tilbudsfristens udløb. Der blev ikke givet de virksomheder, der havde rekvireret udbudsbetingelserne, meddelelse om dispensationen.

Sagen blev indbragt for Klagenævnet af en forbigået tilbudsgiver, der i overensstemmelse med udbudsbetingelserne havde afgivet tilbud på levering af affaldsbeholdere både med og uden lodrette håndtag, og hvis tilbud for begge kategorier lå prismæssigt højt i forhold til de øvrige tilbud. Klageren gjorde bl.a. gældende, at kommunens valg af leverandør var sket i strid med udbudsbetingelsernes angivelse af, at Arbejdstilsynets krav skulle være overholdt. Klageren forklarede, at han havde regnet med, at kommunen som følge af Arbejdstilsynets regler ville vælge affaldsbeholdere med lodrette håndtag, og at kommunen af ergonomiske årsager ville vælge klagerens tilbud om sådanne affaldsbeholdere. Han forklarede videre, at han ville have søgt at konkurrere på prisen, hvis han havde forstået, at der var en reel mulighed for, at kommunen ville vælge affaldsbeholdere uden lodrette håndtag.

Kommunen påstod principalt afvisning med henvisning til, at klageren ikke havde retlig interesse i at klage, og at han havde udvist passivitet og ikke havde indleveret et processkrift rettidigt.

Klagenævnet udtalte:

Ad afvisningspåstanden:

Klageren havde som tilbudsgiver ved udbudet retlig interesse i, at EU's udbudsregler blev overholdt ved administrationen af udbudet. Klageren var derfor klageberettiget i medfør af § 4, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter der er klageadgang for enhver, der har retlig interesse i at klage.

Det afskar ikke klagerens klageadgang, at han først havde klaget til Klagenævnet ca. ¾ år efter udbudet. Klagenævnet henviste herved bl.a. til, at der ikke er fastsat nogen frist for at klage til Klagenævnet og til, at klageren havde indgivet klagen inden for rimelig tid efter, at han var blevet bekendt med de forhold, der havde begrundet klagen.

Klagenævnet fandt det yderst beklageligt, at klagerens advokat ikke havde overholdt en af Klagenævnet fastsat frist for afgivelse af et proces-skrift (replik), men nævnet fandt dog efter omstændighederne ikke fuldt tilstrækkelig anledning til at afvise sagen som følge heraf. Nogle bestemmelser i retsplejeloven, som kommunen havde henvist til på dette punkt (§ 360, stk. 1, jf. § 353, 2. punktum) gælder ikke for Klagenævnets sagsbehandling og kunne ikke anvendes på denne.

Ad sagens realitet:

Klagenævnet havde ikke grundlag for at fastslå, at kommunens valg af leverandør var sket i strid med udbudsbetingelserne. Nævnet fandt imidlertid, at kommunen burde have oplyst i udbudsbetingelserne, at der ville blive søgt om dispensation fra kravet om lodrette håndtag, og at kommunen burde have givet de interesserede virksomheder, herunder klageren, oplysning om dispensationen, da den forelå. Det kunne ikke afvises, at sådanne oplysninger kunne have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af deres tilbud, jf. den ovenfor refererede forklaring fra klageren. Klagenævnet konstaterede herefter, at kommunen ved at undlade at give de nævnte oplysninger havde tilsidesat de krav om en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler.

## **21. oktober 1998. Farum Industrirenovation A/S mod Københavns Kommune**

*Et renholdningsselskabs eneret til at udføre renovation i en kommune var omfattet af tjenesteydelsesdirektivet, uanset at renholdningsselskabet tidligere havde haft rettigheder af koncessionslignende karakter*

**NB! Kendelsen er ændret ved Klagenævnets kendelse af 25. marts 2002 i samme sag.**

Yderst kompliceret sag, der i absolutte hovedtræk kan resumeres således under udeladelse af en lang række enkeltheder af overskuelighedsgrunde:

Renovationen i Københavns og Frederiksberg kommuner var i en år-række blevet udført af et renholdningsselskab, »R98«, der var en selv-ejende institution oprindeligt dannet af grundejere i de to kommuner. R 98's ledende organer bestod af repræsentanter for grundejerforeninger og for de to kommuner mfl. I 1993 blev der senest med virkning fra 1. januar 1994 foretaget nogle ændringer af R98's struktur og vedtægter. Samtidig blev der givet R98 eneret, benævnt koncession, til at udføre renovationsindsamlingen i de to kommuner til udgangen af marts 2020, men R98 skulle herudover gennem et datterselskab udøve ikke koncessionerede aktiviteter med bearbejdning og deponering af affald m.m. I 1997 vedtog Københavns Kommune en række affaldsregulativer, der indeholdt forskellige reguleringer af renovationsudførelsen. Der blev ikke foretaget EU-udbud i den forbindelse.

En renovationsvirksomhed klagede til Klagenævnet og nedlagde en række påstande, der med forskellige formuleringer sigtede til, at R98's udførelse af renovationen i Københavns Kommune efter klagerens opfattelse var i strid med EU-retten. Kommunen gjorde bl.a. gældende, at der forelå en koncessionsaftale, og at tjenesteydelsesdirektivet ikke indeholder bestemmelser, som regulerer koncessionsaftaler.

Klagenævnet udtalte, at R98 efter sin tilblivelseshistorie utvivlsomt havde haft rettigheder af koncessionslignende karakter, og at disse rettigheder kun havde kunnet bringes til ophør ved udløb, opsigelse eller ekspropriation. Klagenævnet fandt imidlertid, at det retlige grundlag for R98's virke i hvert fald fra 1. januar 1994 var så afgørende ændret, at virksomhedens ydelser var omfattet af tjenesteydelsesdirektivet. Det pålagdes herefter Københavns Kommune at udbyde renovationen som EU-udbud.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

## **22. oktober 1998. Mangor og Nagel Arkitektfirma A/S mod Middelfart Kommune**

*Udbudsbetingelser gav ikke mulighed for afgivelse af alternative tilbud*

En kommune ønskede at opføre et aktivitetscenter for ældre og handicappede og integrere aktivitetscentret i et eksisterende plejehjem. Som et led heri skulle der opføres i alt 80 boliger. Kommunen udbød totalrådgivningen vedrørende projektet som begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet. Som tildelingskriterium angaves det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I udbudsbekendtgørelsen var anført, at alternative bud ikke ville komme i betragtning. Af udbudsbetingelserne fremgik, at projektet var opdelt i 2 selvstændige økonomiske enheder med et samlet rammebeløb på ca. 50 mio. kr. incl. moms. På et spørgemøde blandt de prækvalificerede oplyste kommunen ifølge mødereferatet, at projektet ikke skulle omfatte flere modeller.

En prækvalificeret arkitektvirksomhed afgav et tilbud, der angik to modeller. Denne ene model indeholdt opførelse af 78 boliger og blev af arkitektvirksomheden betegnet som tilsyneladende gangbar inden for rammebeløbet. Den anden model indeholdt 80 boliger. Arkitektvirksomheden angav, at denne model ikke kunne holdes inden for rammebeløbet, men at overskridelsen ville være beskeden, dvs. 7 % af rammebeløbet, og at der muligvis kunne ske en del tilpasninger af servicearealer mv., om end der vanskeligere kunne ske en reduktion i kvalitetsniveauet. Kommunen afviste arkitektvirksomhedens tilbud med begrundelse, at alternative tilbud i henhold til udbudsbekendtgørelsen ikke kunne komme i betragtning.

Arkitektvirksomheden klagede til Klagenævnet med påstand om, at nævnet skulle fastslå, at kommunens afvisning af arkitektvirksomhedens tilbud havde været uberettiget. Arkitektvirksomheden gjorde gældende, at dens tilbud angik to løsningsmodeller vedrørende samme projekt, og at der ikke var så stor forskel på de to modeller, at de kunne betegnes som alternative. Subsidiært gjorde arkitektvirksomheden gældende, at udbudsbetingelserne ikke forbød alternative forslag.

Klagenævnet lagde på baggrund af udbudsbekendtgørelsen og kommunens informationer til tilbudsgiverne til grund, at tilbudsgiverne ikke havde adgang til at afgive alternative tilbud og således heller ikke havde adgang til at afgive tilbud om varianter af samme projekt. Klagen blev herefter ikke taget til følge.

## **10. november 1998. Dansk Taxi Forbund mod Århus Amt**

*Udbud af handicapkørsel skulle være sket efter tjenesteydelsesdirektivet. Ikke i strid med direktivet, at der efter forhandling var indgået kontrakter*

*vedrørende nogle geografiske områder, for hvis vedkommende der ikke var indkommet egnede bud*

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet handicapkørsel i amtet. Den kørsel, som udbudet angik, var opdelt i 25 pakker efter geografiske områder. Der var adgang til at afgive tilbud på alle pakker, på en eller flere pakker eller på en eller flere dele af pakkerne. Der indkom 42 tilbud, fordelt med 35 tilbud på enkelte pakker og 7 tilbud på kombinationer af pakker. En enkelt tilbudsgiver, der bestod af en sammenslutning af et stort antal vognmænd, afgav alene tilbud på den samlede kørsel. Det synes at fremgå, at de vognmænd, der var deltagere i den pågældende sammenslutning, ikke afgav individuelle tilbud, fordi sammenslutningen havde opfordret dem til at undlade dette. Amtet forkastede det pågældende tilbud, fordi det ville medføre en omkostningsstigning på ca. 46 % i forhold til de hidtidige udgifter.

Amtet konstaterede derefter, at der var geografiske områder i amtet, som ikke var omfattet af nogen af de øvrige tilbud. Disse områder blev herefter individuelt forhandlet til kontraktsafslutning uden fornyet udbud, medens der for de øvrige områders vedkommende blev indgået kontrakter med vognmænd, der havde afgivet tilbud med hensyn til de pågældende områder. Den samlede omkostningsstigning i forhold til de hidtidige udgifter blev ca. 12%.

En medlemsorganisation for den virksomhed, der havde afgivet tilbud på den samlede kørsel, klagede til Klagenævnet. Klageren nedlagde påstand om, at nævnet skulle fastslå, at udbudet burde være sket i henhold til tjenesteydelsesdirektivet, og om, at nævnet skulle fastslå, at de skete forhandlinger var i strid med EU's udbudsregler, uanset hvilket direktiv der burde være anvendt, og at amtets afvisning af det omhandlede tilbud havde været uberettiget.

Klagenævnet udtalte, at udbudet burde have været foretaget i medfør af tjenesteydelsesdirektivet, men nævnet fandt dog ikke grundlag for at annullere udbudet som følge heraf. Klagenævnet udtalte videre: Tilbudet på hele kørslen var utvivlsomt uacceptabelt for amtet og var alene var afgivet som et samlet tilbud på den samlede kørsel. Amtet stod herefter tilbage med geografiske områder, for hvis vedkommende ingen havde budt. Nævnet fandt ikke, at amtet havde overtrådt EU's udbudsregler ved på denne baggrund at afslutte kontrakter på de omtalte områder efter individuel forhandling også med virksomheder, der ikke havde givet tilbud vedrørende disse områder. Nævnet henviste herved til tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 3, a), hvorefter der under visse betingelser kan ske udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, når der ikke er indkommet bud eller egnede bud.

### **11. november 1998. Tømrermester Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab**

*Et alment boligselskab var et offentligretligt organ og dermed omfattet af udbudsdirektiverne. Traktatens artikel 6 og artikel 30 indebærer i hvert fald almindeligvis ikke forbud mod krav om bestemte fabrikater ved udbud, der ikke når op på tærskelværdien*

**NB! Ændret ved Vestre Landsrets dom af 8. marts 2002 i sag B-0014-99.**

Et boligselskab holdt en licitation vedrørende opførelse af et antal boliger. Byggeriets værdi nåede ikke op på bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, og der blev ikke foretaget EU-udbud. I licitationsbetingelserne var angivet, at udvendige døre og vinduer skulle være af et bestemt fabrikat. En tømrermester fik tildelt tømrerenterprisen for nogle af boligerne. Han gav entreprisekontrakten en påtegning om, at han havde kalkuleret med et andet fabrikat for udvendige døre og vinduer end det foreskrevne fabrikat, og angav et beløb som merpris for dette. Boligselskabet tilkendegav heroverfor, at den omtalte merpris ikke godkendtes. Tømrermesteren udførte derefter den omhandlede tømrerentreprise og anvendte udvendige døre og vinduer af det foreskrevne fabrikat uden at få den ønskede merpris.

På et tidspunkt klagede tømrermesteren til Klagenævnet med påstand om, at nævnet skulle fastslå, at boligselskabet havde overtrådt Traktatens artikel 6 og artikel 30 (henholdsvis om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og om varernes frie bevægelighed) ved forskriften om anvendelse af udvendige døre og vinduer af et bestemt fabrikat.

Bolig- og Byministeriet indtrådte under sagen for Klagenævnet til støtte for klageren og gjorde gældende, at Traktatens artikel 30 om varernes frie bevægelighed gælder for offentlige udbydere også i tilfælde, hvor det udbud, der er tale om, ikke når op på tærskelværdien i det pågældende udbudsdirektiv. Bolig- og Byministeriet henviste herved til EF-domstolens dom i Dundalk-sagen, dom af 22. september 1988 i sag 45/87. Bolig- og Byministeriet henviste videre til, at de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne efter Kommissionens opfattelse gælder for alle udbydere, der er omfattet af direktiverne, også selvom det pågældende udbud ikke når op på tærskelværdien.

Klagenævnet lagde ved sagens afgørelse til grund, at boligselskabet var en almen boligorganisation i henhold til § 1, nr. 2) i loven om almene boliger samt støttede private andelsboliger mv., og at sådanne boligorganisationer er offentligretlige organer i henseende til EU's udbudsdirektiver og derfor er omfattet af udbudspligten i henhold til disse.

Klagenævnet udtalte videre:

Dundalk-dommen, der drejede sig om et anlægsarbejde, angik et krav i udbudet om, at nogle rørledninger skulle være i overensstemmelse med en nærmere angivet irsk standard. EF-domstolen statuerede, at dette krav stred mod Traktatens artikel 30 om varernes frie bevægelighed, uanset at det arbejde, som udbudet angik, ikke var omfattet af det dagældende bygge- og anlægsdirektiv. Dundalk-dommen angik imidlertid et stort projekt, hvis værdi utvivlsomt overskred tærskelværdien i det dagældende bygge- og anlægsdirektiv, og dommen kan ikke antages at tage stilling til udbud, der ikke når op på tærskelværdien i vedkommende udbudsdirektiv.

Udbud af mindre værdi har almindeligvis ikke interesse og betydning i EU-sammenhæng. Ved sådanne udbud ville det desuden være uforholdsmæssigt omkostningskrævende for udbyderne at skulle overholde udbudsdirektivernes regler om tekniske specifikationer og foretage den deraf følgende nødvendige tekniske vurdering af tilbudene. Reglerne om tærskelværdier i EU's udbudsdirektiver må antages at have til formål at identificere de udbud, for hvis vedkommende de nævnte forhold gør sig gældende, og dermed generelt udskille dem af fra det EU-retlige dækningsområde. Klagenævnet fandt herefter, at Traktatens artikel 6 og artikel 30 i hvert fald almindeligvis ikke indebærer et krav om, at angivelse af et be-

stemt fabrikat ikke uden videre må forekomme ved udbud, der ikke når op på tærskelværdien i vedkommende udbudsdirektiv.

Klagen toges herefter ikke til følge.

Klagenævnet fremhævede, at nævnet kun kan beskæftige sig med EU-retlige spørgsmål, og at nævnet således ikke kunne tage stilling til, om boligselskabet havde overtrådt danske regler om offentlige udbyderes udbud, eller om boligselskabet havde pligt til at betale den merpris, som tømremesteren havde forlangt.

### **23. november 1998. Marius Hansen A/S mod Forskningsministeriet**

*Et tilbudsforbehold var mindre væsentligt og gjorde ikke tilbudet ukonditionsmæssigt. Efterfølgende forhandling om ændring af forbeholdet var lovlig. Nogle bemærkninger i klagerens tilbud var ikke forbehold, og prissætning af dem var derfor ikke lovlig. Ikke opsættende virkning*

Et ministerium udbød som offentligt udbud i henhold til bygge- og anlægsdirektivet 9 fagentrepriser ved opførelsen af en laboratoriebygning. Sagen angik lukningsentreprisen. For dennes vedkommende indkom der 4 tilbud, og udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt et forbehold om, at entreprenørforeningens standardforbehold inklusive faglige forbehold forudsattes gældende. Før kontraktens indgåelse havde den valgte tilbudsgiver på foranledning af udbyderens tekniske rådgiver accepteret, at forbeholdet blev ændret til at gå ud på anvendelse af entreprenørforeningens standardforbehold i den udstrækning disse ikke stred mod udbudsmaterialet. Det var oplyst, at udbyderens tekniske rådgiver havde prissat det oprindelige forbehold til 0 kr.

En af de øvrige tilbudsgivere klagede over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet afgjorde sagen således:

Ad forbeholdet i den valgte tilbudsgivers tilbud: Forbeholdet omfattede 8 faglige standardforbehold. Klagenævnet havde gennemgået disse, og det var nævnets vurdering, at deres rækkevidde ikke var uoverskuelig i relation til den aktuelle entrepriser, og at de tværtimod ville få meget begrænset betydning. Udbyderen havde derfor ikke som følge af forbeholdet været forpligtet til at se bort fra tilbudet. Prissætningen af forbeholdet til 0 kr. var ikke en sådan fejlbedømmelse, at der var tale om en tilsidesættelse af bygge- og anlægsdirektivet.

Ad den senere ændring af forbeholdet: EU's regler om offentlige udbud, hvor tildelingskriteriet er den laveste pris, afskærer ikke fuldstændig udbyderen fra at forhandle med den valgte tilbudsgiver, og udbyderen havde ikke tilsidesat EU's udbudsregler ved sin forhandling med tilbudsgiveren om ændring af forbeholdet.

Ad en klage over, at udbyderen havde anset nogle bemærkninger i klagerens tilbud som forbehold og havde prissat dem: Klagenævnet foretog en gennemgang af de pågældende bemærkninger og statuerede, at en del af dem ikke var forbehold, hvorfor nævnet konstaterede, at udbyderen havde handlet i strid med EU's udbudsregler ved at prissætte dem. Herved til dels henvist til, at de dele af udbudsbetingelserne, som bemærkningerne refererede til, var uklare. Nogle øvrige bemærkninger var forbehold og var prissat korrekt.

**27. november 1998. Turistvognmændenes Landsforening mod Ribe Amt**

*Klagenævnet er kompetent til at foretage en præjudiciel vurdering i henhold til andre retsregler end de EU-retlige. Klage ikke taget til følge på baggrund af de konkrete omstændigheder*

Et amt udbød handicap-kørsel i amtet som offentligt udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet. Der indkom 2 tilbud, og amtet accepterede det ene. En organisation, der repræsenterede den anden tilbudsgiver, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold vedrørende udbudet. Amtet påstod principalt sagen afvist med henvisning til, at sagen bl.a. drejede sig om, hvem der var tilbudsgiver i henhold til det accepterede tilbud, og at dette ikke var en udbudsretlig problemstilling, men måtte afgøres efter dansk rets almindelige regler.

Klagenævnet udtalte vedrørende afvisningspåstanden: I medfør af § 2, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud har Klagenævnet kompetence til at tage stilling til, om offentlige udbydere har overtrådt EU's udbudsregler. Nævnet har herunder kompetence til at tage stilling til, om en udbyder efter EU's udbudsregler har været berettiget til at tage et tilbud i betragtning, og dette gælder også, selvom der i afgørelsen heraf må indgå en præjudiciel vurdering i henhold til andre retsregler end de EU-retlige. Afvisningspåstanden toges herefter til ikke følge.

Vedrørende sagens realitet udtalte Klagenævnet: Uanset at det accepterede tilbud var sendt med et brev med angivelse af en organisation, der ikke var berettiget til at afgive tilbud og med dennes organisations logo, og uanset at den pågældende organisation var angivet som tilbudsgiver i tilbudet, fremgik det klart af brevets og tilbudets tekst, at tilbudsgiveren ikke var den omtalte organisation, men derimod 4 vognmænd, der var berettiget til at afgive tilbud. En oplysning ved tilbudet om en af de 4 vognmænds vognpark var tilsyneladende misvisende, men amtet kendte ikke forholdet ved kontraktens indgåelse, og der var intet grundlag for at gå ud fra, at amtet havde pligt til at kontrollere oplysningens rigtighed, ligesom det efter udbudsbetingelserne var tilbudsgiverens ansvar at have det nødvendige antal godkendte køretøjer. Tjenesteydelsesdirektivets artikler 23, 29 og 32, som klageren havde påberåbt sig, medfører ikke forpligtelser for en ordregiver til at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i et tilbud. Amtet var herefter berettiget til at regne med, at tilbudet var afgivet af de 4 vognmænd, og at oplysningerne i tilbudet var rigtige, og amtet havde derfor ikke overtrådt EU's ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet i betragtning. Klagen toges herefter ikke til følge.

**3. december 1998. Højgaard og Schultz A/S mfl. mod Ørestadsselskabet I/S**

*Udbud efter forhandling. Grænsefladeerklæringer i 2 kontrakter var ikke ulovlige bortset fra klausuler om solidarisk hæftelse. Ændringer af projektet under udbudet og efter indgåelse af kontrakt var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet*

Et interessentskab udbød som udbud efter forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en totalentreprise vedrørende gennemførelse af 1. etape af en bybane i København (Minimetroen). Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I udbudsbekendtgørelserne var ydelsen opdelt i kontrakt A om tunneler og stationer m.m., kontrakt B

om jernbanesystemet m.m. og kontrakt C om de samlede arbejder. Udbyderen prækvalificerede et antal konsortier, der alle afgav tilbud, og udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne om kontrakt A og med en anden tilbudsgiver om kontrakt B. De 2 valgte tilbudsgivere afgav grænsefladeerklæringer, hvorefter forhold med relation til grænsefladen mellem dem skulle løses af dem indbyrdes, og hvorefter de ikke havde ret til tidsfristforlængelse i tilfælde af gensidig forsinkelse og hæftede solidarisk for begge kontrakters opfyldelse m.m. 13 virksomheder, der alle indgik som deltagere i konsortier, der var prækvalificeret til både A, B og C, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at kontrakterne med de 2 valgte tilbudsgivere som følge af grænsefladeerklæringerne reelt svarede til kontrakt C, selvom de valgte tilbudsgivere ikke begge var prækvalificeret til kontrakt C: Ikke taget til følge, idet Klagenævnet ikke havde grundlag for at antage, at udbyderens udvælgelse af de 2 tilbudsgivere ikke var sket i overensstemmelse med EU's udbudsregler, og idet det ikke var i strid med disse regler, at udbyderen havde forhandlet sig frem til grænsefladeerklæringerne. At de 2 kontrakter herved i et vist omfang var kommet til at svare til indholdet i en kontrakt C, kunne ikke tillægges selvstændig betydning, da dette blot var en følge af den måde, hvorpå udbudsforretningen havde været tilrettelagt.

Klagenævnet konstaterede dog, at bestemmelserne i grænsefladeerklæringerne om solidarisk ansvar var i strid med EU's udbudsregler, idet hver af de 2 tilbudsgivere derved var indgået som kontraktspart vedrørende den anden tilbudsgivers arbejde, uanset at udbyderen kun havde måttet indgå kontrakter med dem om det arbejde, som den pågældende tilbudsgiver var valgt til at udføre.

Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at give samtlige prækvalificerede mulighed for at afgive nyt tilbud, efter at der var gennemført visse ændringer af projektet (ændret perronlængde på nogle stationer, flytning af en station, udeladelse af en station, flytning af visse tunnelstrækninger m.m.): Ikke taget til følge, idet de pågældende ændringer efter deres tekniske karakter, økonomiske konsekvenser og omfang i forhold til det samlede projekt hverken hver for sig eller samlet var af en sådan beskaffenhed, at udbyderen af hensyn til EU's ligebehandlingsprincip havde været forpligtet til at annullere udbudet og foretage nyt udbud eller til at gennemføre den fastlagte tilbudsprocedure endnu engang.

Klagenævnet havde i kendelse af 18. november 1996 taget stilling til en anden klage vedrørende samme projekt.

#### **4. december 1998. Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Herning Kommune**

*CEN-norm burde have været anvendt ved udbud af indkøb af affaldsbeholdere. Ikke opsættende virkning*

En kommune, der ønskede en gennemgribende ændring af sit renovationsystem, udbød som begrænset udbud i henhold til indkøbsdirektivet levering af nye affaldsbeholdere til kommunen. Som tildelingskriterium var angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I udbudsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede, var opstillet detaljerede krav til affaldsbeholderne, ligesom det anførtes, at kommunen tilsigtede en miljø-

bevidst nytænkning på området. Under et møde med de prækvalificerede tilkendegav kommunen, at der ikke var et udviklingselement i udbudet. Kommunen indgik efter det foreliggende kontrakt med en af de prækvalificerede tilbudsgivere.

En af de øvrige prækvalificerede klagede til Klagenævnet med påstand om annullation af udbudet. Klageren henviste til, at kommunen ikke i udbudet havde anvendt en standardiseringsnorm fra den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN). Klageren gjorde gældende, at dette var i strid med indkøbsdirektivets artikel 8, hvorefter der i udbud almindeligvis skal anvendes tekniske specifikationer, som er nævnt i direktivets bilag III, herunder CEN-standarder. Kommunen anførte heroverfor, at den ønskede nyudvikling ikke havde været mulig, hvis man i udbudet havde henvist til CEN-normen. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte, at det efter udbudsbetingelsernes udformning m.m. måtte stå tilbudsgiverne klart, at kommunen ønskede at etablere en affaldshåndtering af ganske anden og mere avanceret art end vanligt. Klagenævnet henviste imidlertid videre til, at affaldsbeholderne skulle udføres uden noget væsentligt udviklingselement, hvilket nævnet forstod som overensstemmende med kendte produktionsmetoder og principper. Klagenævnet udtalte, at den ønskede udformning kunne opnås uden væsentlige fravigelser af CEN-normen, som primært er en kvalitetsnorm, og nævnet fandt herefter, at kommunen ved udbudet burde have henvist til CEN-normen, eventuelt med præcisering af de punkter, hvorpå fravigelse kunne accepteres.

Klagenævnet konstaterede således, at kommunen havde overtrådt indkøbsdirektivets artikel 8. Nævnet fandt ikke, at den begæede fejl burde føre til annullation af udbudet.

Indbragt for domstolene.